

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONTRATACIÓN  
PÚBLICA

LA MATERIA TRANSIGIBLE EN LA MEDIACIÓN DEL SECTOR  
PÚBLICO.

DR. LUIS FELIPE AGUILAR FEIJOÓ

2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

Dr. Luis Felipe Aguilar

18 de enero del 2008

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONTRATACIÓN  
PÚBLICA

LA MATERIA TRANSIGIBLE EN LA MEDIACIÓN DEL SECTOR  
PÚBLICO.

AUTOR: DR. LUIS FELIPE AGUILAR FEIJOÓ

2008

TUTOR: DR. GUSTAVO JALKH

QUITO, ECUADOR

## **RESUMEN:**

La presente Tesis persigue como objetivo fundamental la determinación de la materia transigible en la mediación en la que interviene el sector público, para ello fundamentalmente, pretende realizar una distinción entre el sector público y el privado, utilizando para esta tarea, mas que una simple enumeración del sector público, la puntualización de sus principales características como son las potestades y prerrogativas de la administración pública.

Posteriormente, el presente trabajo establecerá los principios de la administración pública y de la mediación como medios para determinar aquello que puede ser transigible por la administración, finalmente abordará el problema central que diferencia las actividades del sector privado y el público, que es la libre disposición versus la versus la actividad expresamente permitida.

## TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	7
<i>1. LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:</i> .....	11
1.1 Concepto de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. ....	11
1.1.2 La Mediación. ....	20
1.1.3 La materia transigible – los derechos renunciables.....	23
1.1.4 Breve análisis de las normas relativas a la mediación en el sector público. ....	34
<i>2. EL SECTOR PÚBLICO EN EL ÁMBITO DE LA MEDIACIÓN:</i> .....	39
2.1. ¿Qué comprende al sector público?.....	39
2.2. Las potestades públicas:.....	42
2.2.1. Legislativa. ....	43
2.2.2. Reglamentaria. ....	43
2.2.3. Controladora. ....	43
2.2.4. Jurisdiccional.....	44
2.2.5 Sancionadora.....	45
2.2.6 De administración o de mando.....	46
2.2.7 ¿Mediadora? .....	46
2.3 Las prerrogativas de la Administración Pública .....	47
2.4 ¿Cómo es un proceso de mediación del sector público, cuales son las partes que intervienen. ? .....	51
2.5 La normativa: Análisis de La Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, La ley de Arbitraje y Mediación. ....	55
2.6. Los sujetos de la mediación en el Sector Público: su papel dentro de la mediación: .....	58
2.7.1 ¿Cuales son los principios del Derecho Administrativo? .....	60

2.7.2 Los principios de la mediación .....	65
2.7.3 El respeto a los principios administrativos: .....	69
2.7.4 Un problema, ¿Existe confidencialidad en el sector público? ..	69
3. <i>LA TRANSIGIBILIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.</i> .....	70
3.1 La libre disposición versus la actividad expresamente permitida. 71	
3.2 La cultura de la mediación en la administración pública .....	79
CONCLUSIONES: .....	86
RECOMENDACIÓN:.....	90
BIBLIOGRAFÍA: .....	91

## INTRODUCCIÓN

Habitualmente los trabajos que han versado sobre el proceso de mediación se centran básicamente en el problema del conflicto, sus elementos, el proceso de mediación, el perfil del mediador, y cuando intentan responder a la pregunta ¿cuál es la materia transigible en la mediación, lo hace elementalmente y dicen que lo transigible es lo renunciabile. En complemento, el presente trabajo, si bien analiza algunos conceptos básicos como conflicto y la mediación, los cuales son ineludibles, apunta a un campo diferente del problema.

Se parte de un hecho: el sector público intervine muchas veces en el proceso de solución de conflictos, habitualmente en el proceso judicial, pero también lo hace en aquellos considerados como alternativos, ya sea en arbitraje o mediación; lo que obliga al cambio de las reglas de juego.

Ya se anticipó que el presente trabajo analiza algunos conceptos que para entender a la mediación, son ineludibles, como es el conflicto, la negociación y la mediación misma, pero además se hace hincapié en el sentido de alternativo que debe tener el proceso de solución de conflicto, y además se consigna cual es la materia que debe ser considerada transigible, no limitándose, para el efecto, ha manifestar que lo transigible es lo renunciabile, sino que, hace un estudio sobre lo renunciabile, el consentimiento y los elementos a considerar, para aceptarlo libre de vicio y por lo tanto, válido.

Por otra parte y aún en una etapa introductoria al problema, se analiza la normativa relativa a la mediación, que desde el reconocimiento constitucional hasta el desarrollo en la ley de la materia, tiene en varias normas una remisión expresa, que en muchos de los casos se refieren a la actuación de la administración pública, lo que es ya un acercamiento a la materia de la presente tesis.

Uno de los objetivos del presente trabajo es el que los lectores adquieran un conocimiento de lo que comprende el sector público, para ello, en un esfuerzo que va más allá de la simple enumeración contenida en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, se han consignado sus principales características, que desde un punto de vista práctico, lo adelantamos, se manifiestan a través de las potestades y prerrogativas de la administración; y por otra parte, ya que existe la conexión entre la mediación y el sector público, se encontrará además un análisis de la normativa que domina a la administración pública en los procesos de mediación, para ello los comentarios sobre la Codificación de la Ley de la Procuraduría General del Estado, que constituye a su principal autoridad como representante judicial del Estado, y de la Ley de Arbitraje y Mediación son trascendentes.

Trascendente además es la determinación de los principios que dominan al proceso de mediación, pero además, ya que la presencia del sector público cambia las reglas de juego, la determinación de los principios que gobiernan al sector público es esencial, ya que en el supuesto que exista oposición de unos u otros principios,

prevalecerán aquellos que dominan la administración pública. De ese análisis es que en el presente trabajo nos encontraremos ante un primer cuestionamiento, ¿ existe confidencialidad en la mediación del sector público?

Finalmente abordaremos el tema central de esta tesis, ¿ cuál es la materia transigible en la mediación del sector público?, para ese fin la oposición entre lo que es quizá es la principal distinción entre lo privado y lo público, es bastante útil, nos referimos a la libre disposición versus la actividad expresamente permitida, la que constituye el eje central del problema.

En definitiva y como corolario a lo expuesto, cabe preguntarse si existe una cultura de la mediación en el sector público, si hay una aceptación a este proceso, o ello no tiene importancia pues habitualmente se trata de una obligación contractual y por lo tanto los funcionarios públicos, convencidos o no de la conveniencia del proceso deben concurrir a ella, sobre todo se responderá a la pregunta: ¿La mediación del sector público debe realizarse sobre derechos en discusión o sobre aquellos en los que ya se ha reconocido al particular su derecho?

Finalmente se debe manifestar que el presente trabajo, aunque puede ser útil a cualquier persona que se relacione con el proceso de medicación, principalmente está dirigido a los funcionarios públicos, que en muchos casos, no tienen plena seguridad sobre los compromisos que, como representantes de organismos o entidades públicas, pueden adquirir en el proceso de mediación. Ante todo se

busca aclarar este tema, que en nuestra legislación tiene poco o ningún desarrollo.

# **1. LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:**

## **1.1 Concepto de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.**

De forma previa a establecer el concepto de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, es necesario determinar, aunque sea de manera sucinta uno de sus principales elementos, como es el conflicto.

Dicha definición no es fácil, y no lo es, porque el término en si encierra una cantidad de significados de variada índole, relacionados con distintas temáticas, por ejemplo, conflicto es la *“tensión que un individuo mantiene al estar sometido a dos o más fuerzas que se excluyen mutuamente<sup>1</sup>.”*

El neurólogo Sigmund Freud y su compatriota austriaco, el fisiólogo Josef Breuer, fueron los primeros en utilizar este concepto. Para Freud, el conflicto surge *“cuando las respuestas de comportamiento, necesarias para satisfacer una motivación, no son compatibles con las requeridas para satisfacer otra”<sup>2</sup>*. Y la acepción general nos trae como sinónimos palabras como lucha, batalla, pelea entre otros; es decir la palabra conflicto tanto tiene que ver con los aspectos íntimos y espirituales del ser, como también con su actuar externo y físico, de tal manera lo conveniente es dar un concepto restrictivo, como lo aconsejan las autoras Elena Highton y Gladis

---

<sup>1</sup> Conflicto, *Enciclopedia Encarta* ® © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>2</sup> Conflicto, *Enciclopedia Encarta* ® © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Álvarez, en su libro “Mediación para resolver conflictos<sup>3</sup>”, ya que el significado debe satisfacer nuestras pretensiones exclusivamente desde el punto de vista de nuestro tema; siendo consecuentes con lo dicho, transcribimos la definición de Roberto Bianchi: “*Conflicto es una situación en la que dos o más partes perciben que en todo o en parte tienen intereses divergentes*”<sup>4</sup>

Además cabe recalcar que la polisemia del término, debe ser circunscrita a lo que Marinés Suares ha dado en calificar como “conflictos interaccionales<sup>5</sup>”; esto debido a que los conflictos susceptibles mediación únicamente surgen en este campo, así la autora cita a su vez dos definiciones de conflicto que detallan suficientemente los elementos del mismo, con especial énfasis en esta interacción:

“Pruitt y Rubbin definen al Conflicto como: “divergencia percibida de intereses o creencias, que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente.

Y Boardman y Horowitz: Definimos el conflicto como una incompatibilidad de conductas, cogniciones (incluyendo metas) y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social. Nuestra definición específicamente incorpora conducta, cogniciones y afectos porque todos estos factores son importantes en el conflicto,

---

<sup>3</sup> HIGHTON Elena, ÁLVAREZ Gladis, Mediación para resolver conflictos, Editorial AD-HOC, Buenos Aires- Argentina, 1995. Pág. 41

<sup>4</sup> BIANCHI Roberto, Mediación prejudicial y conciliación. Editorial ZAVALIA, Buenos Aires – Argentina, 1996. Pág. 14

<sup>5</sup> Suares, Marine; Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas, Editorial Paidós, Barcelona-España, 1996. Pág. 70.

por ejemplo: las escaladas (o desescaladas) de un conflicto entre una díada, es al fin de cuentas la función directa de la conducta, las personas reaccionan a las conductas. Sin embargo la conducta es usualmente una función directa de las cogniciones y afectos, aunque algunas veces este lazo no es consciente.”<sup>6</sup>

Una vez entendido que debemos entender por conflicto dentro del contexto de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), podemos decir que el método clásico, si se quiere dogmático de solución de controversias, es aquel que se somete ante el Juez, es decir ante un tercero imparcial revestido de autoridad dentro de la estructura judicial, y que ante este método han surgido otros que son conocidos como ya se anotó como Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) o también como Resolución Alternativa de Conflictos (RAD).

De entre todos los métodos para resolver los conflictos, tenemos dos formas primordiales: las adversariales y las no adversariales, así lo señalan Highton y Álvarez:

a) “Métodos Adversariales:

- Las partes están enfrentadas y son contendientes.
- Un tercero supe la voluntad de las partes y toma la decisión.
- Si una de ellas gana, la otra necesariamente pierde.

---

<sup>6</sup> SUARES, Marine; Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas, Editorial Paidós, Barcelona -1996. Págs. 73-74.

- La decisión que pone fin al litigio se base en la ley o el precedente, por lo que necesariamente se resuelve satisfaciendo el interés de las partes.

b) Métodos no adversariales:

- Las partes actúan juntas y cooperativamente.

- Mantienen el control del procedimiento y acuerdan la propia decisión.

- Todas las partes se benefician con la solución que juntas han creado.

- La decisión a la que arriban las partes resuelve el problema de conformidad a sus propios intereses, sin importar la solución jurídica o los precedentes judiciales”<sup>7</sup>

Existe otra clasificación de la forma de resolver los conflictos, que comparte desde otro punto de vista, las mismas características que la antes anotada, nos referimos a los métodos de heterocomposición y de autocomposición.

Los primeros se determinan por la intervención directa de un tercero en la resolución de un conflicto, es decir, un juez, un árbitro o una autoridad, y el segundo caso, por la actuación de las partes contradictorias que crean su propio acuerdo, a través de la negociación la mediación, la transacción o la conciliación.

---

<sup>7</sup> HIGHTON Elena, ÁLVAREZ Gladis, Mediación para resolver conflictos, Editorial AD-HOC, Buenos Aires- Argentina, 1995. Pág. 95-96

Finalmente para entender lo de “alternativos” de estos métodos, no bastará con decir que esta característica ha sido impuesta para resaltar el que dichos métodos, no se refieren exclusivamente, como ya se dijo, a la forma clásica de solución de disputas, sino que es necesario aclarar que en el caso de la conciliación o la transacción, ambas pueden ser judiciales, es decir pueden suceder dentro de la ejecución del proceso, como así lo determina el Código Civil codificado, “Art. 2372.- *Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.*”

Mientras que sobre la Conciliación, Dupuis nos dice:

“Desde el punto de vista técnico procesal, la conciliación es un modo anormal de terminación de un proceso, que se encuentra regulada en los códigos procesales. A través de ella las partes ponen fin a la controversia. Y si bien es una actividad encaminada a la autocomposición de litis, dentro e nuestra estructura procesal, para que haya conciliación es necesario que se reúnan los siguientes requisitos: a) acuerdo entre las partes, b) que tenga lugar en presencia o con la intervención del juez; y c) que sea homologado por éste.”<sup>8</sup>

Lo que concuerda con nuestro ordenamiento, ya que en lo referente a la audiencia de conciliación, el Código de Procedimiento Civil, determina:

---

<sup>8</sup> DUPUIS, Juan Carlos, *Mediación y Conciliación*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1997. Págs. 26-27

Art. 410.- Si concurrieren ambas partes, el juez dispondrá que cada una, por su orden, deje constancia, en el acta que debe levantarse, de las exposiciones que tuviere por conveniente hacer y, principalmente, de las concesiones que ofrezca, para llegar a la conciliación. Se entenderá que tales concesiones están subordinadas siempre a la condición de ser aceptadas en la conciliación, de tal modo que no implicarán, en caso alguno, reforma de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la demanda y en la contestación.

El juez por su parte, procurará, con el mayor interés, que los litigantes lleguen a avenirse.

Art. 411.- Si las partes se pusieren de acuerdo, lo harán constar en acta, y el juez, de encontrar que el acuerdo es lícito y comprende todas las reclamaciones planteadas, lo aprobará por sentencia y declarará terminado el juicio. La sentencia deberá inscribirse, cuando fuere necesario, a fin de que sirva de título, para los efectos legales correspondientes.

Por lo que, cabe decir que la calificación de método alternativo, se refiere tanto a la no ocupación de la estructura judicial como a las formas anormales de terminación de los juicios como es el caso de la conciliación, la transacción como se verá en su momento

Por lo tanto los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, son aquellos que fuera de la decisión judicial, pretenden resolver la disputa, a través de métodos que en su forma básica pueden ser reconocidos como la negociación, la conciliación, la transacción, el arbitraje y la mediación.

A fin de describir adecuadamente los distintos métodos, resta consignar a que nos referimos, frente a la negociación, el arbitraje y la mediación.

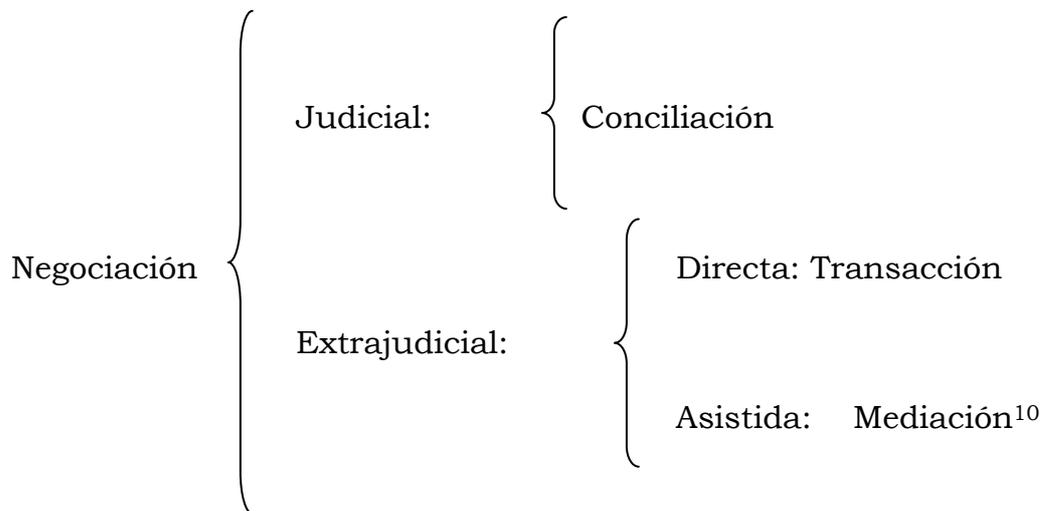
**Negociación:** La negociación es definida por Bianchi, como:

“Un proceso de interacción potencialmente oportunista en el cual dos o más partes con algunos intereses en conflicto buscan estar mejor, mediante una acción decidida conjuntamente, que lo que podrían estar si obraran de otro modo.”<sup>9</sup>

Debe tomarse en cuenta además, como lo manifiesta Dupuis, en la obra citada, <<negociación>> es una denominación genérica que cubre una serie de formas de solución, y que puede ser judicial, extrajudicial, directa o asistida, tal como se explica en el siguiente cuadro:

---

<sup>9</sup> BIANCHI, Roberto, Mediación prejudicial y Mediación, Editorial Zavalia, Buenos Aires - Argentina. 1996 Pág. 26



**Arbitraje:** “Procedimiento por el cual las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios mediadores las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a Derecho. El arbitraje se diferencia de la transacción, en que en realidad se trata de un juicio, pese a no celebrarse ante los tribunales, y las partes no resuelven sus diferencias mediante recíprocas concesiones, sino que encargan a un tercero la decisión. La resolución adoptada por los árbitros se denomina laudo arbitral y tiene la eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser ejecutables de manera forzosa por los tribunales ordinarios de justicia”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> DUPUIS, Juan Carlos, Mediación y Conciliación, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1997. Págs. 26-27

<sup>11</sup> “Arbitraje”, Enciclopedia Encarta © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

El arbitraje además se distingue porque puede ser en equidad o en derecho, como bien lo señala el artículo 3 de la Ley de Mediación o Arbitraje:

#### ARBITRAJE DE EQUIDAD O DERECHO

Art. 3.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

Cabe decir, en un primer acercamiento del régimen al que está sometido el sector público, que de acuerdo al artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el arbitraje al que se somete los organismos del sector público necesariamente debe ser en derecho y por lo tanto su tribunal se conformará con abogados.

### **1.1.2 La Mediación.**

La Constitución Política de la República, publicada en el Registro Oficial de 11 de agosto de 1998, en su artículo 191, inciso tercero, determina: “...Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos de solución de conflictos, con sujeción a la Ley.”

A su vez, y más esclarecedor que este reconocimiento, resulta el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y mediación:

La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo.

Continuando con la exposición, un concepto, más descriptivo de la actividad del mediador, y por tanto de la mediación, nos lo brindan la autoras Highton y Álvarez:

“La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que forma cooperativa encuentren un punto de armonías en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar formulas de arreglo que trasciendan el nivel

de la disputa, atender del conflicto una visión productiva de ambas.”<sup>12</sup>

El concepto de mediación a diferencia del de conflicto es diáfano, se lo comprende de mejor manera al conocer su procedimiento, que en puntos básicos se divide en las siguientes etapas: etapa de contacto; de contexto; de los hechos; de alternativas y negociación<sup>13</sup>, las cuales son recogidas en nuestra la Ley de Arbitraje y Mediación.

Etapas de contacto: En esta etapa, las partes en conflicto realizan los actos conducentes a someter su controversia al proceso de mediación. Así se encuentra establecido en el artículo 46 de la ley de Arbitraje y Mediación, en distintos escenarios:

- a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación<sup>14</sup>.
- b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,
- c) Cuando el Juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

---

<sup>12</sup> HIGHTON Elena, ÁLVAREZ Gladis, Mediación para resolver conflictos, Editorial AD-HOC, Buenos Aires- Argentina, 1995. Pág. 195

<sup>13</sup> OLIVO, Berenice, El Arbitraje y la Mediación como mecanismos adecuados para la solución de conflictos en contratación pública, Quito - 2001. Tesis Doctoral, Universidad Católica del Ecuador, Quito -2001, pág. 207

<sup>14</sup> Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente.

Una vez producido el acercamiento, y ya ante un centro de mediación o mediador independiente, se produce la etapa de contexto, en el que el mediador, explica a las partes, el procedimiento de mediación, el poder inherente a las partes que construyen su acuerdo, las posibles consecuencias como son la firma del acta de acuerdo, un acuerdo parcial o la imposibilidad del mismo, en definitiva da las reglas de juego.

A continuación, deviene al etapa de los hechos, en que las partes a su vez hacen su exposición del conflicto, realizan declaraciones, ponen de manifiesto su posición y sus circunstancias. En esta etapa el mediador se informa a fondo del problema, y una vez obtenida la información, se procede a la etapa de alternativas, en las que el mediador dentro del marco de la neutralidad que debe dominar su acción, explora junto con las partes y siempre permitiendo que ellas sean las que creen los acuerdos, las posibles soluciones o alternativas al conflicto.

Finalmente, la mediación entra en la etapa de negociación, en las que las partes negocian las posibles alternativas de solución, con la ayuda del mediador. Concluida esta etapa, lo dice claramente el artículo 47 de la ley de la materia, termina el proceso de mediación, con la firma del acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

### **1.1.3 La materia transigible – los derechos renunciables.**

Siendo que es aceptado que los derechos renunciables son aquellos que son transigibles, la exposición de este tema se centrará en la transacción.

Entre los distintos conceptos que podemos encontrar acerca de la transacción, según lo establecido en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, anotamos los siguientes:

- ❖ La Concesión que se hace del adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aún estando cierto de la razón o justicia propia.
- ❖ Adopción de un término medio de una negociación; ya se en el precio o en alguna circunstancia.
- ❖ Ajuste.
- ❖ Convenio.

Si bien todos estos conceptos tienen estrecha relación con el temario de este trabajo, es el primero el cual nos interesa, y es que la transacción conceptualmente únicamente existe cuando por ella se pone fin a una controversia.

La Transacción, es una declaración de voluntad y comparte la misma naturaleza de todo negocio jurídico, y como tal debe reunir los mismos requisitos; pero tiene la singularidad que dicho acto tiene serias implicaciones procesales, como es el poner fin al juicio, como así lo define el artículo 2348 del Código Civil: *Transacción es un contrato*

*en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.* Y además dicho acto tiene el mismo efecto que se le otorga a la cosa juzgada, así lo establece el artículo 2362 del Código Civil: *La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia;... es decir, puede sustituir a una sentencia.* Por eso tiene dentro del Código Civil, un desarrollo especial dispuesto en el Libro VI, Título XXXVIII, De la Transacción, que como se demostrará, recoge los principios establecidos en el Título II De los Actos y Declaraciones de Voluntad, del mismo Libro IV<sup>15</sup>.

Volviendo a la norma: *La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia*, ella tiene su par, en el artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que en su parte pertinente, establece: *El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia.* Se debe tomar en cuenta, que el acta de acuerdo es sin lugar a dudas una transacción.

Es necesario recalcar que la transacción para ser tal debe darse dentro de una controversia, así lo establece el artículo 2348: *No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa*, de lo que deduce que lo que renuncia es la expectativa de un derecho, así lo anota también Cabanellas:

---

<sup>15</sup> Siendo que las normas a analizar en este tema corresponden al Código Civil, con la única excepción del artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, cualquier referencia a un artículo deberá entenderse que pertenece a ese cuerpo normativo.

“En realidad, en la transacción, más que renuncia de un derecho, ya que existía controversia, lo se renuncia es una esperanza; que el derecho solo es firme, de discutirse, cuando está acreditado por una sentencia que lo reconozca o lo imponga con fuerza ejecutiva, o que lo constituya, según la diversa índole de las acciones”<sup>16</sup>

Teniendo claro cual es el campo en el que opera la transacción y sus consecuencias, es posible regresar a los requisitos exigidos para la plena validez de los actos y declaraciones de voluntad, constantes en el artículo 1461 del Código Civil:

Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

- 1o.- Que sea legalmente capaz;
- 2o.- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
- 3o.- Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
- 4o.- Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

### **Capacidad:**

Siguiendo el mismo esquema constante en el Código Civil, esta exposición comienza con el desarrollo del tema, capacidad.

---

<sup>16</sup> CABANELLAS, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Décimo Sexta Edición, Tomo VIII, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires - 1981., pág. 163.

*Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.*

Sobre el primero de los requisitos, diremos que la capacidad es la regla general y que sus excepciones, es decir las incapacidades, se encuentran señaladas en la ley, tal como lo hace el artículo 1463:

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Además de estas reglas sobre la incapacidad, existen, tratándose en específico de la transacción, otras que miran a las personas y que determinan casos en los que no cabe la transacción, esto debido a que la transacción al ser uno de los modos extinguir las obligaciones<sup>17</sup>, tiene una tremenda importancia en el mundo jurídico, y por lo tanto,

---

<sup>17</sup> Art. 1583 Código Civil

como ya se dijo, posee sus propias reglas. Así en cuanto a las personas y a la capacidad de las mismas para transigir, tenemos: *Art. 2373.- No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.*

Lo cual nos deja claro el deseo del legislador de otorgarle a la transacción los mismos requisitos de validez del negocio jurídico, como es la capacidad, que fue delineada en líneas precedentes, pero resaltando la facultad de disposición de los derechos objeto de litigio; además es diáfana la relevancia de la persona, lo que queda demostrado con la lectura del artículo “Art. 2358.- La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige. Por consiguiente, si se cree transigir con una persona y se transige con otra, podrá rescindirse la transacción”

De la norma antes trascrita, es necesario resaltar ciertos efectos como el establecido en el artículo 2363 del Código Civil: “La transacción no surte efecto sino entre los contratantes.” Y un límite que se deduce de esa regla, y que consta en el mismo artículo: “Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos, no perjudica ni aprovecha a los otros.”

Otro efecto de la norma contenida en el artículo 2358, es una causal de nulidad, prevista para el caso que exista error en la identidad de quien transige, y además una regla: ... “si se transige con

el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho”.

Otras normas interponen límites definidos para el caso de que otra persona, a nombre de otro, sea la que consiente la transacción; por lo que para transigir no basta un poder general, así lo ordena el artículo 2350: “Todo mandatario necesitará de poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir”.

### **Objeto Lícito:**

La regla general sobre este acápite, la encontramos en el Art. 1478.- *Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.* Por lo tanto existe objeto ilícito en aquello que es moralmente reprochable, prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público<sup>18</sup>, como son los casos contenidos en la enumeración establecida en el Art. 1482.

Art. 1482.- Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y

---

<sup>18</sup> Art. 1477. Código Civil

expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes.

Tomando lo anterior como premisa, es plenamente explicable que el Art. 1480, determine a su vez que: “Hay objeto ilícito (...)de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona”; y que en el Título de la Transacción, tengamos una prohibición específica: “no se puede transigir sobre el estado civil de las personas”<sup>19</sup>; esto debido a que definitivamente esta transacción contraviene al derecho público y versa sobre los derechos y privilegios personalísimos.

### ***Causa lícita:***

La Causa debe ser entendida como el móvil o fin que lleva a las partes al negocio jurídico, siendo claro que en el caso de la compraventa, la causa para el vendedor, es el precio y para el comprador la cosa, las cuales a su vez desde otra óptica se constituyen en el objeto del contrato; la causa lícita, denominada por los españoles *causa jurídica*<sup>20</sup>. Como uno de los requisitos necesarios para la validez de los actos y declaraciones de voluntad, se encuentra determinada en el artículo 1483 del Código civil

---

<sup>19</sup> Art. 2352

<sup>20</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997. Pág. 111

**Art. 1483.-** No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

### **Consentimiento Libre de Vicio:**

El consentimiento es la *Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.*<sup>21</sup> El Código Civil<sup>22</sup>, señala como los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo. Por lo tanto el estudio del consentimiento de la voluntad, se realiza como se colige del título de este tema, mediante la exposición de los hechos que pueden viciarla, una vez más: error, fuerza o dolo.

### **Error**

El error puede ser de hecho y de derecho; existe error de hecho cuando existe equivocación en la materia o circunstancia que

---

<sup>21</sup> Diccionario, Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>22</sup> Art. 1467

determina la declaración de voluntad, así:

**Art. 1469.-** El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

Lo cual es recogido directamente por artículo 2355, referente a la transacción: “Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados...”

O de forma más directa por el Art. 2359.- “El error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir anula la transacción.”

También es un caso de error el que se refiere el Art. 2356.- “Es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título.”

En cambio el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, tal como lo establece el art. 1458 del Código Civil.

**Fuerza:**

La fuerza, es definida por el Art. 1472., en los siguientes términos:

La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

*El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.*

**Dolo:**

El dolo se define como: “En los actos jurídicos, voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída.”<sup>23</sup> Siendo determinado su alcance por el artículo 1474:

1474.- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o

---

<sup>23</sup> Diccionario Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.

Los efectos aquí transcritos, para la fuerza y el dolo son recogidos en el capítulo de la Transacción en el artículo 2355.-“ Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general, por dolo o violencia.” Y en el Art. 1475.- “El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.”

Volviendo sobre el tema de los derechos renunciables, ha quedado claro, que tienen esta calidad todos aquellos derechos sobre los que es posible efectuar una transacción; transacción que debe cumplir con las normas dispuestas para la validez de los actos y declaraciones de voluntad y que debe respetar las normas específicas, establecidas en el el Libro VI, Título XXXVIII, De la Transacción, del Código Civil, que es el cuerpo normativo que rige en mucho al derecho privado; y siendo que en materia privada puede hacerse todo, excepto aquello que la ley expresamente que está prohibido, todos los derechos son renunciables, menos aquellos a los que la ley, los señala como irrenunciables, como es el estado civil de las personas<sup>24</sup>, o los derechos del trabajador<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Art. 2352, Código Civil

<sup>25</sup> Art. 35, numeral 4, Constitución Política de la República.

#### **1.1.4 Breve análisis de las normas relativas a la mediación en el sector público.**

Las Normas relativas a la mediación en el sector público, son básicamente aquellas que permiten, que las entidades públicas tengan como método alternativo a la solución de los conflictos, la mediación tenemos, por lo tanto, las siguientes:

Norma Constitucional:

Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

**Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.**

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional. ( lo resaltado me pertenece)”

Norma pertinente de la materia, se encuentra contenida en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Medicación:

Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

Normas generales, como la contenida en el artículo 108 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, que en su ámbito atañen a todas las entidades del sector público, excepto a aquellas entidades que por su ley especial de creación se encuentran fuera de la aplicación de la Ley de Contratación Pública.

Art. 108.- DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO.- De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato.

Normas que expresamente, permiten a entidades no sujetas a la Ley de Contratación Pública, el acceder a la mediación, como es el caso de la Ley de Hidrocarburos, es decir legislan para la excepción.

Art. 10.- Los actos jurídicos de las instituciones del sector podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial. La impugnación

en sede administrativa se hará de conformidad con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En sede judicial, se tramitará ante los tribunales distritales de lo Contencioso - Administrativo.

Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta ley podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y arbitraje de conformidad con lo establecido en la ley y en el convenio arbitral correspondiente.

A su vez ésta norma tiene su respectivo Desarrollo en reglas inferiores, como es el caso del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y sus Empresas Filiales, para Obras, Bienes y Servicios Específicos:

“Art. 35. Controversias: Las controversias derivadas de los contratos celebrados por PETROECUADOR o sus empresas filiales, en la vía jurisdiccional, se ventilarán ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, según lo dispuesto en el artículo de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada.

Alternativamente, en los contratos se podrá pactar mecanismos alternativos para la solución de las disputas, controversias o

reclamaciones que surjan de o relacionadas con los contratos que celebre PETROECUADOR y sus empresas filiales incluyendo, sin limitación, al incumplimiento, terminación, la validez o invalidez del mismo, cualquier cuestión no contractual relacionada con el contrato, conforme a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación.”

Existe por otra parte, normativa que además de permitir la mediación, ordena la intervención de entidades del sector público como sujeto de la mediación, como es el caso del artículo 106 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil Y Carrera Administrativa:

Art. 106.- Competencias del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos.- A más de las atribuciones y responsabilidades previstas en las leyes de la materia, a este Ministerio le corresponde: ...

g) Atender y ejecutar procesos de mediación y conciliación en conflictos del trabajo que se presenten en las entidades públicas;

Y existen otras, que dentro el ámbito que nos ocupa, es decir el sector público, tratan sobre aspectos procesales y de forma: como es el caso del artículo 1 del Reglamento de Delegación de Firmas para Documentos Oficiales de La Procuraduría General Del Estado:

Art. 1.- PROCURADOR GENERAL.- Serán firmados por el Procurador General los siguientes documentos:

- 1) Los oficios por los cuales ya sea que ejercite directamente la facultad, o que autorice ejercitarla, a los representantes legales de las instituciones públicas, para desistir, allanarse o comprometer la causa en árbitros, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en los artículos 42 y 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>26</sup>;

Resumiendo, el desarrollo normativo dentro el ámbito del sector público de la mediación es estable, firme; y sin embargo no podemos decir que sea suficiente, claro que la mediación es desde su concepto una institución que debe estar alejada del formalismo que sí mantienen las normas regulares para la solución de los conflictos, como es el caso del Código de Procedimiento Civil, pero por el carácter de que se enviste al tratar temas del sector público, deberíamos esperar un mayor acercamiento a la problemática, ya que, esencialmente no existe norma o directriz clara que defina, ¿cuál es la materia transigible en la mediación del sector público?.

---

<sup>26</sup> Con la promulgación de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado el 13 de abril del 2004 mediante el Registro Oficial No. 312, y las reformas a la Ley Orgánica del mencionado Organismo de Control, el artículo pertinente no es el 18 de la de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, sino el 12 de su Codificación

## **2. EL SECTOR PÚBLICO EN EL ÁMBITO DE LA MEDIACIÓN:**

### **2.1. ¿Qué comprende al sector público?**

En primer lugar debemos tener en cuenta que la separación entre Estado y sector público es imposible, para sustentar ello tan sólo bastará decir que los órganos del sector público cumplen la función de representación y administración del Estado, o como de mejor manera lo dice Acosta Romero:

*Los entes colectivos para expresar la voluntad social, necesitan tener órganos de representación y administración, que son los que ejercitan derechos y obligaciones inherentes a aquellos. Dichos órganos de representación y administración, varían mucho en cuanto a su número, composición, estructura y facultades, pues, por ejemplo, en el Estado soberano, tradicionalmente son los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; en el Municipio es el Ayuntamiento, y, en los Organismos Descentralizados, los Consejos de Administración o Juntas Directivas y el Director General.<sup>27</sup>*

Una vez dicho esto, es más claro entender lo que se comprende por sector público, el cual se encuentra enumerado en el artículo 118 de la Constitución con el siguiente texto:

---

<sup>27</sup> Acosta Romero, Miguel, "teoría General del Derecho Administrativo", Editorial Unión Gráfica, México D.F, 1979. Pág. 43.

Art. 118.- Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
2. Los organismos electorales.
3. Los organismos de control y regulación.
4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

Estos organismos y entidades integran el sector público.

Si bien esta enumeración es definitiva, queda puntualizar la circunstancia del sector público con respecto de la mediación, siendo así, el artículo 11 de la codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, establece lo siguiente:

Art.11- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje en derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en al Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, **previa la suscripción del respectivo convenio.** ( Lo resaltado me pertenece)

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.

Con lo cual es claro, que no es suficiente tomar en cuenta que entidades se encuentran dentro de la enumeración que hace el artículo 118 de la Constitución Política de la República, sino que además se debe considerar que es necesario reunir dos requisitos previos, para los casos de mediación nacional o internacional.

El primero, que surge de la lectura del artículo precedente, consiste en la existencia previa de un convenio de mediación, y del artículo 46 de Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 46.- La mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación...

El segundo, se refiere a la capacidad del representante de las instituciones del sector público, en arreglo a lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación:

La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.

Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

## **2.2. Las potestades públicas:**

Una explicación clara de lo que debe entenderse por potestades Administrativas, la da Zavala Egas, que anota:

“Se tratan éstas, por lo antes expresado, del Poder público aprehendido por el Derecho, juridificado formalmente, al que se le agregan *potestades* de variada naturaleza, dentro de ellas las *administrativa*. Lo que equivale a decir que el Poder único del Estado –persona jurídica se desagrega o distribuye entre los órganos que configuran a la persona estatal, tornándolo operativo, para que ejerza una *actividad*, que desarrolle una *función específica*.”<sup>28</sup>

Dicho esto, una premisa debe dominar esta exposición, en realidad es una declaración que adelanta el criterio, respecto de lo transigible en la mediación del sector público: no son transigibles las potestades públicas. Dicho lo cual, tenemos que las potestades públicas, son las siguientes:

---

<sup>28</sup> Zavala Egas Jorge, “Derecho Administrativo” Edino, Guayaquil – 2005. Pág. 76

### **2.2.1. Legislativa.**

Según la exposición que hace el Dr. Patricio Secaira, la potestad legislativa consiste en:

*“el poder que tiene el Estado para promulgar la constitución y las leyes de la república, la cual esta reservada al parlamento. Es la capacidad de instituir o modificar la estructura jurídica del Estado, en ejercicio de la soberanía”<sup>29</sup>*

### **2.2.2. Reglamentaria.**

Consiste en la facultad de reglamentar, es decir en la capacidad de expedir reglamentos, a fin de darle aplicación a la Ley. Secaira anota que sobre esta potestad que está reservada al Ejecutivo o delegada a otras instituciones públicas no posee el carácter soberano que posee la potestad legislativa, y sirve de complemento al ordenamiento jurídico.

### **2.2.3. Controladora.**

“Es una potestad estatal para controlar y regular las actividades públicas o privadas y se orienta a lograr una efectividad eficiente que

---

<sup>29</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 124

garantice el bien común.”<sup>30</sup> En definitiva esta potestad que supervisa la legalidad y la aplicación técnica de las operaciones administrativas.

#### **2.2.4. Jurisdiccional**

Se resume como el poder del Estado para administrar justicia. Dicho ejercicio se lo efectúa generalmente por parte de los órganos que integran la Función Judicial, pero no definitivo, Secaira, señala:

*“dentro de esta clase de potestad también está incluida la capacidad jurídica de entidades públicas dependientes de la función Ejecutiva, de entes autónomos o gobiernos seccionales para decidir los asuntos que son puestos en su conocimiento, siempre que la ley les conceda atribuciones para ello.” ... La potestad jurisdiccional es una sola, aunque puede estar distribuida en órganos judiciales, como en administrativos independientes de las demás funciones del Estado”<sup>31</sup>.*

| Señala además Secaira que en ejercicio del poder soberano, las potestades públicas deben ser distribuidas de tal forma que se pueda obtener un verdadero equilibrio, así tenemos que el legislativo tiene una capacidad jurisdiccional, en cuanto puede ejercerla en el llamado juicio político, otro parte de esta distribución en búsqueda del mencionado equilibrio es la capacidad del Ejecutivo de ser legislador.

---

<sup>30</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 124

<sup>31</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 125

Finalmente sobre este punto es necesario reconocer que principio de unidad jurisdiccional, en el que la capacidad y el poder de administrar justicia *per se* corresponde a los órganos judiciales.

### **2.2.5 Sancionadora.**

“Es la facultad que tiene el Estado para tipificar infracciones a la Ley, determinar las penas e imponer las sanciones correspondientes, sea en el orden administrativo, civil o penal.<sup>32</sup>” el profesor Secaira, además hace una distinción: dentro de la Potestad Sancionadora existe la potestades correctivas y disciplinarias; las correctivas consisten en la “capacidad de ordenar las rectificaciones indispensables a fin de que la ley sea debidamente cumplida y la entidad pública alcance los mayores grados de eficacia, eficiencia y oportunidad...”; dicho lo cual podemos exponer como ejemplo de la misma, el caso de que la administración impone una multa, a un contratista por la mora en la construcción de la obra objeto del contrato; “...en tanto que la sancionadora es la potestad es la potestad estatal de imponer disciplina dentro de sus órganos administrativos, alcanza precisamente a la imposición de sanciones a sus servidores que incumplen el ordenamiento legal<sup>33</sup>”, siendo el ejemplo, las sanciones impuestas para los servidores públicos, por el cometimiento de faltas,

---

<sup>32</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 126

<sup>33</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 126

mismas que se encuentran en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

### **2.2.6 De administración o de mando.**

La potestad de mando, tiene en la función ejecutiva, la forma mas representativa de esta potestad, que consiste en la manifestación del poder estatal “por medio del cual la administración pública está capacitada para tomar decisiones, imponerlas a los administrados y hacer que estas sean debidamente cumplidas<sup>34</sup>”

### **2.2.7 ¿Mediadora?**

En primer lugar diremos que el Estado no tiene una potestad mediadora, no desde el concepto de Potestad, que ya expresamos, no es la desagregación del poder del estado, que se distribuye entre sus órganos para otorgarle operatividad, no, pero se ha planteado esta discusión porque justamente uno de los parámetros para distinguir que es transigible en el sector público, y por lo tanto objeto de mediación, es el que las potestades administrativas, las potestades estatales no son materia de transacción, son exclusivas del estado y por este hecho no pueden ser son objeto de renuncia o negociación. El ejercicio retórico exige que, plantee la siguiente pregunta: ¿Así como el

---

<sup>34</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 126

Estado ostenta a través de los órganos competentes la potestad jurisdiccional, así también debe ejercer la potestad mediadora?

No. Vemos que la facultad para mediar, nace de un reconocimiento constitucional, que entrega a los ciudadanos la capacidad o mejor dicho la alternativa para solucionar sus conflictos de forma definitiva fuera de la intervención judicial; en resumen no estamos frente a una potestad estatal, sino a una facultad que se le otorga a los ciudadanos y de la que puede beneficiarse el aparato estatal.

### **2.3 Las prerrogativas de la Administración Pública**

No es para nadie desconocido que la actuación de la Administración Pública, ejecuta una serie de actos emitidos a través de sus entidades y organismos que, poseen singularidades características que la revisten de una naturaleza especial, y que por la trascendencia de la materia de que se ocupa, como bien parece estar de acuerdo la doctrina, tiende a satisfacer en forma inmediata, las necesidades de sus administrados, siendo este su principal objetivo. Estas características no son otras que las prerrogativas de la Administración Pública.

Prerrogativa en su segunda acepción, es definida como: “Facultad importante de alguno de los poderes supremos del Estado, en orden a su ejercicio o a las relaciones con los demás poderes de

clase semejante.”<sup>35</sup> , o, como lo anota Cassagne: “La prerrogativa es la potestad<sup>36</sup> pública caracterizada por el imperium estatal”<sup>37</sup>

El entendimiento de estas prerrogativas explica en mucho, el revestimiento especial que domina al mundo del sector público, por eso su inventario:

*a) La Creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales:*

Cassagne en la enumeración que hace de las prerrogativas de la Administración Pública anota en primer lugar a la facultad o si quiere privilegio que tienen la Administración de crear por su parte deberes y vínculos para sus administrados, la explicación que realiza el autor, parte de la presunción de legitimidad, y es que, sólo a través de esta prerrogativa se puede justificar que de manera unilateral los órganos que ejecutan la actividad estatal, puedan crear por sobre otros deberes y vínculos obligacionales, con los cuales los administrados se constituyen en deudores de las respectivas prestaciones.<sup>38</sup>

*b) La presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos:*

---

<sup>35</sup> Diccionario, Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>36</sup> “El termino ‘Potestad’ deriva del latin *potestas, potestatis*, cuya raíz es *pot* y significa poder, potestad, poderío, potencia, facultad, soberanía. (...) Es erróneo afirmar que la Administración pública cuenta con potestades jurídicas para desarrollar su actividad y lograr los fines públicos estatales propuestos. La capacidad primaria del Estado ( poder) para establecer mandatos imperativos, necesita de ciertos atributos que la especifican dentro de su orden jerárquico y la fraccionan en facultades particulares. A esos atributos inherentes a la supremacía estatal e indispensables para que la Administración cumpla con sus funciones de interés general , se les llama *potestades administrativas*”. Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996. Pág. 159

<sup>37</sup> Cassagne, Juan Carlos, "Administración Pública", Editorial Abeledo Perrot, buenos Aires, 2002. Pág. 19.

<sup>38</sup> Cassagne, Juan Carlos, "Administración Pública", Editorial Abeledo Perrot, buenos Aires, 2002. Págs. 19 y20

El artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, determina claramente que los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen. Esta presunción reconocida ampliamente y en la doctrina, y que como vemos tiene su reflejo en la ley, puede explicarse como una presunción provisional, así Cassagne a más de determinar esta característica, explica que dicho principio, *“Supone que el respectivo acto dictado por un órgano estatal se ha emitido de conformidad con el ordenamiento jurídico y en ella se basa el deber un obligación del administrado de cumplir el acto.”*<sup>39</sup> además puntualiza, que es una presunción necesaria, ya que de no ser así todo acto estatal bien podría ser no solo cuestionado sino desobedecido, con las obvia consecuencia de la ineficacia estatal e incumplimiento de los fines públicos.

*c) Principio de la ejecutoriedad:*

Ésta prerrogativa, anota una vez mas Cassagne: “habilita a los órganos que ejercen la función materialmente administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando excepcionalmente al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico.”<sup>40</sup> Y en nuestra legislación puede ser reconocido en el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, al que ya nos referimos y es

---

<sup>39</sup> Cassagne, Juan Carlos, "Administración Pública", Editorial Abeledo Perrot, buenos Aires, 2002. Págs. 19 y20

<sup>40</sup> Cassagne, Juan Carlos, "Administración Pública", Editorial Abeledo Perrot, buenos Aires, 2002. Pág. 21

que de la mano de la legitimidad, y con descanso en ella, es que los actos deben ejecutarse. Y no solo en esta norma es reconocida esta prerrogativa, sino además en otras, a manera de ejemplo, como es el caso del Art. 461 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, que establece las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad en las resoluciones que del alcalde.

*c) Prerrogativas relativas con la ejecución de los contratos administrativos*

Estas prerrogativas versan básicamente ponen de manifiesto la desigualdad que en favor de la administración se mantiene en la ejecución de sus contratos, Cassagne señala a manera de ejemplo: “1) *las de dirección y control que la Administración ejerce en el cumplimiento del contrato;* 2) *La modificación unilateral o potestas variandi* 3) *la potestad sancionatoria;* 4) *la ejecución directa del contrato.*<sup>41</sup>”

Estas prerrogativas se ponen de manifiesto en las cláusulas contractuales, por lo tanto deben ser expresadas, ya que se mantiene el principio universal que el contrato es ley para las partes

*d) Prerrogativas Procesales:*

---

<sup>41</sup> Cassagne, Juan Carlos, "Administración Pública", Editorial Abeledo Perrot, buenos Aires, 2002. Pág. 22

Cassagne denomina así a las prerrogativas que configuran un régimen procesal privilegiado para la administración, dicho régimen establece en consideración del sujeto actuante, es decir la Administración pública, que en primer lugar ostenta la presunción de que sus actos son considerados legítimos, y en segundo lugar está protegida por algunas consideraciones procesales que le otorgan una especial consideración, como es la constante en el artículo 9 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que determina:

“Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de veinte días para contestar demandas, contado a partir de la citación o notificación, sin perjuicio del término adicional por la distancia, con arreglo a la ley,...”

#### **2.4 ¿Cómo es un proceso de mediación del sector público, cuales son las partes que intervienen. ?**

Un procedimiento de mediación del sector público debe respetar el trámite dispuesto en la Ley de la materia, específicamente al consignado en el artículo 43.- *La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra - judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.*

Debemos entender que los sujetos que intervienen en la mediación del sector público, son básicamente los mismos que intervienen en la mediación entre privados, sin embargo, esta afirmación tiene varias singularidades, que las atenderemos, absolviendo las preguntas de ¿Quiénes?, ¿Cuándo? y ¿Cómo?:

¿Quiénes pueden comparecer a un proceso de mediación del sector público?

1) En primer lugar tenemos que la particularidad que determina la diferencia con un proceso de mediación normal, es la presencia en una de las partes de un sujeto perteneciente al sector público, de esta circunstancia devienen otras, como requisitos previos que cumplirse.

2) No es posible que comparezca cualquier entidad u organismo del sector público la mediación sino únicamente la interesada, parecerá una verdad de Perogrullo, pero la determinación correcta de la entidad que ostenta la capacidad para ser parte en el conflicto es esencial; en el caso de las entidades que integran el régimen seccional autónomo pueden ser un ejemplo diáfano ya que su jurisdicción está bien delimitada, pero existen otros casos que la complejidad del tema puede involucrar a más de una entidad u organismo.

3) Así como no es posible que comparezca cualquier entidad u organismo a la mediación, sino únicamente aquella que tiene interés

legítimo, tampoco puede comparecer cualquier funcionario en representación de la misma. Lo necesario es que se de cumplimiento al tercer inciso del artículo 43 de la Ley de Arbitraje o Mediación: *“El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder”*. Sin embargo en la práctica, las autoridades no concurren al proceso de mediación, delegan esta facultad, pero suelen guardar para sí la suscripción del acuerdo. Lo necesario es en definitiva, que comparezcan aquellos funcionarios que cuenten con la suficiente autorización para llevar a cabo el proceso de mediación, sin que esto quiera decir que sean estos los que en ulterior término sean los que obliguen a la entidad u organismo, sino que tengan la capacidad para comparecer y formar el acuerdo que luego será ratificado por el representante, así, casi siempre es posible encontrar en dichos procesos a los Asesores Jurídicos y además otros funcionarios que por la materia de la controversia estén relacionados, como pueden ser técnicos o ingenieros.

¿Cuándo el sector público puede comparecer a un proceso de mediación?

1) La presencia del sector público en la mediación para no ser objetada, debe cumplir con el requisito esencial de contar de forma previa con la suscripción de un convenio de mediación que lo

obligue<sup>42</sup>, de ahí que se establece ya como primera diferencia que no son aplicables los literales b y c del artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que determinan, que la mediación procede en los siguientes casos

*b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,*

*c) Cuando el Juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.*

¿Cómo debe comparecer el sector público al proceso de mediación?:

En cuanto a la forma ya se ha dado respuesta, solo puede comparecer la entidad del sector público parte del conflicto, a través de los funcionarios autorizados para obligarla, y contando para el efecto con un convenio previo que la obligue, otros requerimientos serían los comunes a todos los procesos de mediación, es decir en un centro de mediación debidamente autorizado<sup>43</sup>, lo que además implica que cuente con un reglamento; pero mas allá de éstas consideraciones se debe analizar que ésta pregunta, no involucra la necesidad de un centro de mediación específico, esto deberá determinarse en el

---

<sup>42</sup> Art. 11 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado: Los organismo y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje en derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

<sup>43</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, que considera como trámite administrativo, a cargo de la Comisión Administrativa, la Inscripción de Centros de Mediación y Arbitraje.

convenio de mediación, lo que también pudo ser establecido en una cláusula de controversias en un contrato previo; a lo que apunta éste cuestionamiento es a determinar que la administración, al comparecer a un acto de mediación no debe necesariamente renunciar a su derechos, al menos no de una forma irreflexiva, porque se debe tener en claro que por concepto, la mediación cómo método alternativo para la solución de los conflictos, no exige el que los comparecientes lleguen a un acuerdo, si el posible resultado para el Estado no es de alguna manera beneficioso, no existe la obligación de suscribirlo. En definitiva el Estado a través de sus funcionarios debe tener una posición digna, que mire más al deber ser, que a lo coyuntural.

## **2.5 La normativa: Análisis de La Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, La ley de Arbitraje y Mediación.**

El análisis de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en el presente contexto, debe realizarse partiendo de la norma fundamental, que en la materia que nos ocupa, permite el posterior desarrollo en la norma en análisis, por lo tanto es necesario regresar al artículo 191 de la Constitución Política de la República que reconoce en los siguientes términos a la mediación y arbitraje como mecanismos para la solución de Conflictos:

“Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.”

En la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, es necesario consignar el artículo 2, que casi en los mismos términos establecidos en el artículo 245 de la Constitución Política de la República establece: “Art. 2.- El Procurador General del Estado es representante judicial del Estado”. De lo cual, deviene como ya se dijo por mandato constitucional y legal, el que sea el Procurador General o sus delegados, quienes frente a los conflictos del Estado, concurren en su representación y además sea, el funcionario facultado para ejercer el Patrocinio del Estado.

Sobre el Patrocinio del Estado es necesario resaltar algunas de las facultades con las que cuenta el Procurador General del Estado para ejercerlo, las cuales se encuentran en el Art. 5 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

“ Art. 5.- Del ejercicio del patrocinio del Estado.- Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para:

...d) Representar judicialmente al Estado, a los organismos y entidades del sector público, de acuerdo con la Constitución Política de la República, tratados y convenios internacionales y la ley, en cualquier proceso o procedimiento que corresponda a la jurisdicción de los organismos, jueces o autoridades en otro Estado, con facultad para desistir de las acciones que hubiere propuesto y con facultad para transigir;

f) Autorizar a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, previo informe favorable del procurador o asesor jurídico respectivo, para desistir o transigir del pleito, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América; y,...

Así hemos consignado dos facultades mediante las cuales el Procurador General del estado ejerce su competencia, que como queda expresado dentro del contexto que nos ocupa, se traducen en la representación judicial, lo que conlleva la facultad para transigir y la capacidad para autorizar a las máximas autoridades de las entidades del sector público para transigir; importantes éstas facultades, porque ponen de manifiesto que es el Procurador General del Estado, representante judicial del Estado, bien valdría decir que es el representante judicial de aquellos organismos del sector público que

no cuentan con personería jurídica, lo cual se recoge en el Art. 3 de la norma Ibídem, en los siguientes términos:

*“Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones:*

*a) Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público;”*

## **2.6. Los sujetos de la mediación en el Sector Público: su papel dentro de la mediación:**

### **2.6.1 La Actuación de los Funcionarios Públicos en la Mediación:**

Los funcionarios públicos en la mediación, comparecen de acuerdo a la representación que ejercen, y es que, según concurren en representación de una de las partes en disputa o en el caso de los funcionarios de la Procuraduría General del Estado, en vigilancia de la legalidad de los actos en los que interviene el sector público, sus actos serán distintos. Siendo así nos queda identificar quienes son los posibles participantes en la mediación.

Queda fuera de este análisis la determinación del mediador, que como lo deja entrever el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación es el tercero neutral que asiste a las partes en conflicto en la

construcción del acuerdo; sin embargo se deja en claro que el mediador deberá constar inscrito en registro en el Consejo Nacional de la Judicatura.

### **2.6.2 Quienes son los participantes:**

Los participantes son todas aquellas personas que dentro de un conflicto que involucra al sector público, son representantes de una las partes ( público o privado), asesores de ellas o por mandato de la ley deben concurrir en defensa de los intereses estatales a la formación del acuerdo; de ésta definición podríamos entender, con el fin de determinar claramente el papel de los asesores, que los asesores son aquellas personas que sin ser representantes de una de las partes, y por lo tanto sin ostentar la capacidad para transigir por una de ellas, son formadores de opiniones sobre el conflicto y en beneficio de una de las partes colaboran en la formación de argumentos y posiciones; con lo cual queda claro que no por involucrar la mediación al sector público, ella se rija, en la admisión de participantes de forma distinta a la mediación en general

### **2.6.3 La importancia de involucrar a todos los interesados.**

El éxito del proceso de la mediación por parte del sector público debe ser visto de forma integral, no debería concurrir a la mediación una institución sin la debida seguridad de que el cuerdo que forme no será firme; en este punto que recae más en el deber ser, responde a la siguiente consideración: ¿no sería más conveniente para la

administración pública, y por lo tanto para el Estado, el que en los acuerdos de mediación al que concurre, participen todos los interesados inmediatos y posibles?

Obviamente por interesados inmediatos nos queremos referir a las partes en conflicto, pero por posibles queremos agrupar a aquellas instituciones que por sus competencias están llamadas a pronunciarse sobre el acuerdo, como es el caso de la Contraloría General del Estado, el Ministerio de Economía y Finanzas en cuanto los recursos provengan del gobierno central y otras instituciones que dependiendo del conflicto estén llamadas a pronunciarse, como puede ser el caso de los distintos organismos de control, como las Superintendencias de Bancos y Seguros; Compañías, Telecomunicaciones, etc u otros organismos como el SRI, es decir todos aquellos posibles involucrados que no tengan una calidad de representantes, asesores, sino de agentes de realidad, en cuanto dan su visto bueno sobre el procedimiento, la legalidad y la conveniencia.

### **2.7.1 ¿Cuales son los principios del Derecho Administrativo<sup>44</sup>?**

---

<sup>44</sup> En tanto el derecho administrativo regula un sector de la actividad estatal, y de los entes no estatales que actúan en ejercicio de la función administrativa, por autorización o delegación estatal, se lo ubica como una rama del derecho público que proyecta en el *plano existencial* los principios *axiológicos del derecho político* y los principios normativos primarios del derecho constitucional. El derecho administrativo se ocupa de los instrumentos jurídicos que sirven al fin político. Trata también de la regulación procesal pública, en directa concatenación con el derecho político constitucional, que versan sobre la regulación de la gestión pública. Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996. pág. 154

En el Derecho en general tenemos que la palabra principio<sup>45</sup>, puede ser entendida de dos formas, en primer lugar, en términos generales, como la “ *norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.*” <sup>46</sup>; y en segundo como “*Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta*”<sup>47</sup>, para nuestro análisis ocuparemos de la segunda acepción, y es que, en el caso del Derecho Administrativo, siendo este Derecho el que tiene por materia: la Administración Pública, y por lo tanto la actividad a través de la cual, el Estado pretenden la satisfacción de intereses colectivos, los principios rectores que apuntan a brindar al individuo y a la colectividad garantiza de sus derechos, en el trato que tiene frente a la Administración, anotamos los siguientes:

Dignidad humana:

*“Por medio del cual se establece el propósito público de lograr que el ser humano desenvuelva su vida en los elementos indispensables de sustento suyo y familiar, situación que se concreta con la*

---

<sup>45</sup> Los principios generales del derecho no forman un espacio jurídico subsidiario o residual en defecto de la ley, sino que integran pautas de orientación jurídica de innumerables normas, a veces ocasionales e incompletas y sometidas a cambios incesantes y continuos, como es la materia administrativa, sujeta por lo común a una legislación dinámica. Estos principios generales tienen un carácter básico y un sentido ontológico para el derecho todo. Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996. Pág. 186

<sup>46</sup> Diccionario Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>47</sup> Diccionario Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

*entrega de servicios adecuados y oportunos, para la protección de la vida, alimentación, educación, etc.*<sup>48</sup>

Igualdad ante la Ley: Es entendido por todos que la ley es de carácter general y aplicable a todos, lo cual forma parte de nuestra Constitución, en varios artículos de está sobre todo los contenidos en el Título III DE LOS DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES; la igualdad ante la ley no se logra completamente, con el simple enunciado: *la ley es de carácter general y aplicable a todos*, sino como bien lo señala Secaira, se lo pretende por medio del reconocimiento que hace la ley de los sectores sociales mas débiles, observando y aceptando sus diferencias, y por lo tanto a través de una legislación adecuada promoviendo un accionar público mas equitativo.

Legalidad: efecto de lo anteriormente dicho, tenemos el principio de la legalidad que no es otro que, el sometimiento de todos las personas y órganos del poder público al ordenamiento jurídico del estado. Efecto importante de este principio es la presunción de:

*derecho que la voluntad administrativa expresada por las decisiones de la administración están enmarcadas en el ordenamiento jurídico, hasta tanto judicialmente se declare lo*

---

<sup>48</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 57

*contrario. Alcanza incluso a la certeza de que las decisiones judiciales son legales y justas por lo que pueden ejecutarse.*<sup>49</sup>

Proporcionalidad: debe ser entendida desde su primera acepción, como la “Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí.”<sup>50</sup> Y se refiere este principio a esa proporcionalidad o adecuada graduación de ejecución, que debe devenir de la decisión de la administración pública frente al acaecimiento de los hechos que la motivan.

Autotutela Administrativa: Este principio queda en evidencia en el propio control que hace la administración pública de sus actos, ya sea de “modo posterior o anterior a la emisión del acto, o simplemente ejercido por el mismo servicio público al cumplir sus atribuciones de modo que ordena la norma jurídica”<sup>51</sup>.

La Jerarquía:

*“por cuanto el derecho administrativo estructura sus órganos y autoridades, de tal modo que su accionar sea lo menos controvertido posible, dando categorías de supra y subordinación jurídicas, para hacer viables las decisiones que se adopten. No puede entenderse un poder horizontal, éste siempre es vertical pues*

---

<sup>49</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 60

<sup>50</sup> Diccionario Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>51</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 61

*existen órganos públicos de mayor fuerza que otros normas jurídicas con mayor imperio o rigor que otras, y funcionarios públicos con mayores competencias u autoridad que otros, siempre con un lógica jerarquizada”<sup>52</sup>*

Especialidad: este principio consiste en la obligación de la administración de presentar a los administrados los órganos y funcionarios adecuados para la necesidad colectiva, otorgando a través de un conocimiento técnico seguridad en el servicio.

Permanencia del servicio público: se traduce en la continuidad de la actividad de la administración, pero por sobre todo la no interrupción del servicio público.

“La Seguridad Jurídica: entendida como la certeza de que la ley es aplicada y cumplida inexorablemente por toda la nación y sobre todo por las autoridades, instituciones u organismos públicos<sup>53</sup>.” Pero la seguridad jurídica debe además contraer como efecto la percepción de que la ley es eficaz, es decir que su cumplimiento es causa del correcto desenvolvimiento de la sociedad. Esta eficacia se la obtiene no solo de la coercibilidad sino del cumplimiento de las atribuciones y competencias a los funcionarios públicos.

---

<sup>52</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 61

<sup>53</sup> Secaira, Patricio, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial universitaria, Quito, 2004. Pág. 60

## **2.7.2 Los principios de la mediación**

Tenemos como principios o como también se les ha denominado caracteres de la mediación a: la confidencialidad, la voluntariedad, informalidad relativa, cooperativa y creativa, rápida y económica, sintetizando para el efecto la exposición de Juan Carlos Dupuis<sup>54</sup>,

1. **Confidencialidad:** Lo encontramos también entre los principios éticos del mediador y es que, la confidencialidad es lo que provoca uno de los efectos, la tranquilidad del buen resguardo de lo íntimo. De esta forma ayuda la confidencialidad a penetrar en los intereses subyacentes de las partes, encontramos que ella opera en tres casos:

- Frente a terceros: Al mediador le está prohibido revelar lo dicho en el proceso a terceros, para asegurarse de ello, es común firmar un convenio de confidencialidad, con lo que la protección de lo relevado alcanza incluso, el que el mediador no pueda declarar sobre el contenido de la mediación, alcanza por tanto el nivel de un secreto profesional, principalmente esto ayuda al desahogo de las partes y la seguridad de que lo dicho no podrá ser alegado o contraproducente, en definitiva brinda tranquilidad y facilita la apertura de las partes.

---

<sup>54</sup> DUPUIS, Juan Carlos, *Mediación y Conciliación*. Editorial ABELEDO - PERROT Buenos Aires 1997. Págs 49 - 53.

- Frente a la contraparte: En las reuniones privadas, que el mediador mantiene con las partes separadamente, generalmente recibe información de cada una de ellas, que no puede comunicar a la otra, de ahí que es el responsable de preguntar que puede ser relevado y que no, esta situación permite el voto de confianza hacia el mediador.
- Frente al propio mediador: este caso tiene mucho que ver con la ética que debe primar en las actuaciones del mediador, y es que en este caso la confidencialidad le obliga al mediador a no utilizar la información que le ha sido revelada para su provecho, y tampoco le obliga a no ser posterior juez de la causa o abogado de una de las partes o apoderado.

2. **Voluntariedad:** No podemos decir que existe absolutamente la libre voluntad para concurrir al proceso de mediación, sino que existe la capacidad de concurrir a ella, desarrollarla y formar un acuerdo, existe un campo discrecional; en todo caso la causa para concurrir a mediar puede ser una obligación, ya se apoye un contrato o convenio o por que lo manda la ley. De cualquier forma es posible establecer la siguiente clasificación a) Completamente voluntaria; b) Obligatoria: Cuándo la ley o un contrato lo ordena; y c) Optativa: Cuando surge de una invitación no vinculante de una parte a la otra, para que sea optativa en sentido estricto, deberá estar en curso un juicio.

Otro aspecto de la voluntariedad es la capacidad de las partes para decidir sobre su permanencia en el procedimiento de la mediación, ya que no existe manera de obligar a las partes a continuar en el proceso una vez iniciado; he aquí la forma más clara de demostrar la voluntariedad del proceso.

3. **Informalidad relativa o flexibilidad:** El mediador no estará sujeto al cumplimiento de normas o solemnidades; como así sucede en la justicia ordinaria, así tenemos que las etapas del proceso y los tiempos procesales están regidos por el código de la materia; y a la falta de una de las etapas o de un acto procesal acarrea la nulidad de lo actuado. En cambio, en la mediación el principio que rige es la flexibilidad relativa, esto se traduce en que, la mediación mantiene una estructura y que además es posible que las partes se acojan a un proceso no estricto, por eso se puede convenir la forma de llevarse la mediación y les es posible avanzar o retroceder dentro de la misma estructura según su conveniencia y objetivos comunes, en definitiva, la mayor o menor flexibilidad del proceso depende de las partes.

4. **Cooperativa y creativa:** Ya que no es el mediador quien da la solución, sino las partes y estas voluntades trabajan juntas en búsqueda de la solución, es obvio el carácter de cooperación que existe en el proceso. Y es que la labor del mediador consiste en agudizar la conciencia, la imaginación de las partes, para encontrar en forma cooperativa formas que del final al conflicto. La mediación per se

contienen un ingrediente creativo, ya que la solución es buscada, está referida a la situación existente en el momento, no está constreñida a los términos del planteo inicial, tiene como base la cooperación de las partes y la fuerza creativa de estas.

5. **Rápida y económica:** este es tanto uno de sus principios como una de sus características, y es que siempre se hace hincapié en el ahorro que significa, de tiempo y recursos, la mediación. Es que el acuerdo por vía de la mediación es una posibilidad atractiva, no tan sólo por los posibles resultados satisfactorios, sino también por un ahorro; y es que, al ser estructurada la mediación para que sus resultados se den en el menor tiempo posible, y esto debido a la flexibilidad de la misma, el gasto es considerablemente menor al que se diera en un proceso de justicia común. Queda rescatar el que a pesar de que se admite que la mediación es un procedimiento oneroso, este es más económico que un juicio, particularmente por la rapidez con la que se puede llegar a un resultado. Conocidas son, entre profesionales y magistrados, las maniobras dilatorias que se proponen en la jurisdicción ordinaria, quizás esta demora ha sido la que principal causa de la desidia y desconfianza de la comunidad en la administración de justicia

### **2.7.3 El respeto a los principios administrativos:**

El tema anterior, trato de manera general a los principios que dominan la mediación, pero no debemos olvidar que el problema de este tratado investigativo, tiene como especial característica la participación del sector público, y por lo tanto de la administración y los principios que dominan en todos los aspectos sus actuaciones, por lo tanto cabe preguntarse en primer lugar: ¿si la concurrencia a la mediación resulta, para el sector público en una licencia para no considerar los principios administrativos?

No. Definitivamente los representantes de los organismos del sector público no pueden olvidarse que principalmente sus actuaciones están sujetas a los principios administrativos, olvidarlo indefectiblemente quebrantará el orden público, una norma y por tanto conllevará indefectiblemente el quebranto uno de los principios que forman parte de la mediación como del área administrativa pública, la legalidad.

### **2.7.4 Un problema, ¿Existe confidencialidad en el sector público?**

En el sector privado la confidencialidad puede ser total, puede de esta forma, acordarse el secreto sobre los intervinientes, la información manejada para llevar el acuerdo, y también de los términos del mismo; en cambio en el sector público esta confidencialidad es relativa, se

puede admitir que se mantenga en secreto el contenido de la información manejada para llegar al acuerdo, pues en el entendido de que una de las partes pertenece al sector privado y la otra a público, se debe mantener la reserva sobre los intereses del particular; pero las actas de acuerdo parcial o total deben ser públicas, el derecho de los ciudadanos de conocer las actuaciones de su administración lo exigen, por lo tanto las actas resultado de la mediación, en el caso del sector público no pueden ser confidenciales, ni tampoco las partes.

Cabe recordar que la publicidad de los actos de la administración en cierta forma los legitiman, y que solo por motivos de seguridad nacional se admite el secreto de los actos de la administración<sup>55</sup>.

### **3. LA TRANSIGIBILIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.**

El problema que es materia de esta investigación, surge del mandato constitucional contenido en el artículo 119 de la Constitución Política de la República, que ordena que “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley.”

De esta norma nace el dilema con el proceso de mediación del sector público, y es que, la norma constitucional recoge un axioma ampliamente conocido: En Derecho Público únicamente puede hacerse

---

<sup>55</sup> El artículo 36 de la Constitución Política de la Republica establece: Art. 36.- No es aplicable el hábeas data cuando afecte al sigilo profesional; o cuando pueda obstruir la acción de la justicia; o cuando los documentos que se soliciten tengan el carácter de reservados por razones de Seguridad Nacional.

aquello que se encuentra expresamente permitido; de tal forma que cabría pensar que en el Sector Público para poder concurrir a la mediación, es obligatoria la existencia de una norma que lo faculte y por tanto autorice a la autoridad a transigir sobre un conflicto.

Pero como siempre se legisla para la generalidad, no es posible encontrar una norma que en cada caso permita la transigibilidad al sector público, sino que, como ya se anotó, partamos del hecho que la Constitución reconoce a la mediación como método alternativo para la solución de conflictos y otorga al Estado la capacidad de concurrir a ellos. De la misma forma existe el reconocimiento por parte de la legislación de la materia, de tal forma que la problemática, pasa de la determinación si el sector público puede concurrir a la mediación, a establecer y reconocer que es lo transigible en el sector público.

### ***3.1 La libre disposición versus la actividad expresamente permitida.***

Se aclaró en un título anterior, que la problemática no radica en el saber si el Estado tiene la capacidad de concurrir como parte a la mediación, sabemos que tiene esta capacidad, y como mediación y transacción son dos conceptos ligados, debemos suponer que si tiene la capacidad para mediar tiene la capacidad para transigir; siendo así, la cuestión radica en conocer que es lo transigible para el Estado, sobre todo si todas sus actuaciones tienen que ser expresamente permitidas, y por lo tanto no tiene la facultad de disponer libremente.

En primer lugar, debemos dar una explicación sobre el alcance la norma constitucional contenida en el artículo 119, y del principio jurídico que lo recoge.

Tomamos las siguientes palabras:

*“El fundamento de las potestades administrativas se explica afirmando que: ‘la Constitución consagra el principio de legalidad, y que ese principio de legalidad opera, o viene operando hasta el momento constitucional, con un sentido distinto cuando se habla de los poderes públicos y cuando se habla de los particulares...Si para los particulares el principio es libertad y las excepciones a la libertades que suponen habilitaciones a la Administración para excepcionar la libertad, para limitarla; es decir que necesariamente el principio de legalidad, para la Administración, tiene el sentido de una vinculación positiva a lo que la ley dice; la ley crea concreto poderes de actuación cuyo ejercicio son justamente excepciones a la libertad inicial, que es la regla para los particulares”*<sup>56</sup>

Desarrollando este tema tenemos que Zavala Egas, recurre a la opinión de Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández: “

*la legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera y habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción*

---

<sup>56</sup> Zavala Egas Jorge, “Derecho Administrativo” Edino, Guayaquil – 2005. Pág. 82

*administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley<sup>57</sup>.”*

En resumen, así lo afirma Zavala, la Constitución y la Ley son los títulos habilitantes de las potestades administrativas.

Cabe distinguir que:

*... la atribución expresa y específica de las potestades administrativas por la legalidad es una fórmula de aplicación en todos los casos. Pero, ello supuesto, existe a continuación una distinción capital en el modo como esa atribución se realiza: la ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya el supuesto legal complejo y una potestad aplicable al mismo tiempo definida en todos sus términos y consecuencias (por ejemplo: jubilación por edad de los funcionarios, ascenso por antigüedad, liquidación de un tributo...,etc); o bien, por el contrario, definiendo la ley, porque no puede dejar de hacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la Administración del resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto del hecho (por ejemplo: construcción de un obra pública, ascensos o designaciones electivas de funcionario o de cargos), bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable ( por ejemplo: fijación del quantum de una subvención, determinación del contenido de la norma reglamentaria, del Plan Urbanístico, etc.). bien de ambos elementos. La distinción de esas dos formas da*

---

<sup>57</sup> Zavala Egas Jorge, “Derecho Administrativo” Edino, Guayaquil – 2005. Pág. 82

*atribución legal de las potestades administrativas corresponde al par de conceptos de potestad – reglada – potestad discrecional<sup>58</sup>.*

La que nos interesa, como se apreciará por la explicación, es la facultad discrecional; en ella siempre hay un componente de subjetividad, precisamente ello la determina, pero tiene sus límites, así Zavala Egas, cita nuevamente a García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, en cuanto ellos afirman que.

*“ no hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente en virtud de la ley y en la medida que la ley lo ha dispuesto”, y mas allá aún, se consiga cuales son “los elementos que siempre son reglados por la Ley en toda potestad discrecional y sostienen los profesores españoles que estos son: 1) la existencia misma de la potestad; 2) Su extensión ( que nunca podrá ser absoluta...); 3) El fin, porque todo poder conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser una finalidad pública. <sup>59</sup>”*

La facultad para concurrir a la mediación por parte del sector público es discrecional, esto se aprecia de la normativa, así tenemos el artículo 191<sup>60</sup> de la Constitución, ya antes transcrito, que reconoce al

---

<sup>58</sup> Zavala Egas Jorge, “Derecho Administrativo” Edino, Guayaquil – 2005. Pág. 83

<sup>59</sup> Zavala Egas Jorge, “Derecho Administrativo” Edino, Guayaquil – 2005. Pág. 84

<sup>60</sup> Ver Pág. 52

arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos; el artículo 108 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública, y 10 de la Ley de Hidrocarburos, (por dar dos importantes ejemplos) que determinan la facultad discrecional de la administración para valerse de la mediación, de tal forma: Art. – 108: De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, **podrán utilizar los procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias** (lo resaltado me pertenece)

Por lo que determinado que la concurrencia a la mediación en el sector público está dentro de la actividad discrecional que puede realizar dentro de la ley la administración, resta consignar a fin de facilitar la explicación del tema, que no es transigible.

Se dijo anteriormente que las Prerrogativas de la Administración Pública<sup>61</sup>, son el medio por la cual, ésta ejecuta una serie de actos emitidos a través de sus entidades y organismos que, poseen singularidades características que la revisten de una naturaleza especial, y que por la trascendencia de la materia de que se ocupa, como bien parece estar de acuerdo la doctrina, tiende a satisfacer en forma inmediata, las necesidades de sus administrados, siendo este su principal objetivo.

---

<sup>61</sup> Ver Pág. 43.

Dichas prerrogativas exclusivas del Estado son fruto del poder radicado en el; y por lo tanto entregadas a la administración en relación al objeto y fines que ella (a través de sus distintos órganos) desempeña; siendo así no puede existir límite a estas a menos que el propio Estado se lo imponga. Dicha imposición o mejor dicho esta autolimitación, únicamente puede nacer de la norma constitucional o legal, que en mayor o menor grado, modifique las mencionadas prerrogativas, cabe recordar: jurisdiccional, sancionadora, etc.

De esa forma, uno de los límites de la materia transigible del sector público, son las prerrogativas de la administración, (recordando que no son mediables ni transigibles las potestades o las prerrogativas.

Así parece recogerlo la legislación colombiana que determina, en un gran avance para esclarecer cual es la materia objeto de conciliación, en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991<sup>62</sup>, primero la regla general, que consiste en admitir que es posible conciliar total o parcialmente, de manera judicial o extrajudicial los conflictos de contenido patrimonial o económico, y posteriormente en el artículo 6° del Decreto 2651 de 1991<sup>63</sup> que determina la conciliación para los procesos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, con lo que “se extinguió la facultad para conciliar cuando se tratara del ejercicio de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, lo cual tuvo fundamento en que ello implicaba conciliar sobre la legalidad

---

<sup>62</sup> Romero Díaz, Héctor. “La conciliación judicial y Extrajudicial” Legis, Bogotá – 2006. Pág.167

<sup>63</sup> Ídem

del acto administrativo, cuando se tratase de un acto de contenido particular<sup>64</sup>”

Este texto parece recoger desde nuestro punto de vista, la afirmación de que no es posible mediar sobre las prerrogativas de la administración, específicamente la revisión de los actos por medio de la conciliación o mediación entraría en pugna con la prerrogativa estatal de La Creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales<sup>65</sup>; es decir específicamente la facultad de crear vínculos jurídicos por medio de los actos de la administración.

Tampoco cabe, la mediación sobre las Prerrogativas relativas con la ejecución de los contratos administrativos, es decir sobre las cláusulas exorbitantes del contrato, que como ya se anotó versan básicamente sobre 1) las de dirección y control que la Administración ejerce en el cumplimiento del contrato; 2) La modificación unilateral o *potestas variandi* 3) la potestad sancionadora; 4) la ejecución directa del contrato<sup>66</sup>

Pero acaso, con base en esto, es factible suponer que la materia transigible en donde se encuentre inmiscuido un acto de la administración, no puede ser objeto de mediación?

No, y en esto existe un espacio en que se pueden confundir los conceptos; es que se debe aclarar que la mediación versa, para ser admisible, sobre los efectos, no sobre el acto, no sobre las prerrogativas, no sobre las potestades, así tenemos que: “(L)a

---

<sup>64</sup> Romero Díaz, Héctor. “La conciliación judicial y Extrajudicial” Legis, Bogotá – 2006. Pág.168

<sup>65</sup> Ver Pág. 44

<sup>66</sup> Ver Pág. 46

jurisprudencia admitió, en principio, la conciliación en materia contractual así mediara un acto administrativo, precisando que la conciliación recaía sobre los efectos del acto y no sobre la legalidad del mismo.<sup>67</sup>”

La razón para la determinación jurisprudencial (en Colombia) de esto, radica en que el campo de discusión de una controversia, nunca es sobre la potestad de la administración para sancionar, reglar, o modificar unilateralmente contratos; no existe discusión sobre la capacidad de la administración para realizar todas estas acciones, hacerlo sería admitir que no se está frente al poder estatal, manifestado a través de sus órganos, investidos en sus actos de presunción de legalidad; hacerlo sería estar frente a la inexistencia del ordenamiento jurídico y del poder de imperio del Estado.

En cambio los efectos de dichos actos bien puede ser objeto de controversia, es decir, a manera de ejemplo, no está en discusión la facultad de la administración para imponer multas al contratista incumplido, mas si el calculo de ellas.

*“La materia conciliable no es la legalidad del acto, sino los efectos patrimoniales de éste. Cuando la administración se convence de la ilegalidad de un acto, dentro de la etapa conciliatoria, y concilió, no está negociando su legalidad, sino sus consecuencias. En el fondo, cuando la administración llega a esta conclusión dentro de la audiencia, es como si allí mismo lo revocara y aceptara restablecer*

---

<sup>67</sup> Romero Díaz, Héctor. “La conciliación judicial y Extrajudicial” Legis, Bogotá – 2006. Pág.168

*los derechos de la persona afectada con el mismo. Y para hacer esto no sólo existe impedimento legal alguno, sino que existe la permisión legal.<sup>68</sup>*

Punto aparte necesita la materia tributaria, aunque bien puede deducirse que ante esta materia, cabe una aplicación de lo ya expresado, y se dice esto porque en materia de tributos no cabe la mediación, porque la potestad tributaria tiene un mayor alcance que incluye la determinación del tributo; se debe recalcar que transigir sobre ella supondría el detrimento de ésta potestad y además existen recursos definidos en la legislación que establecen para el administrado los mecanismos para reclamar por la aparentemente incorrecta determinación de sus tributos.

### **3.2 La cultura de la mediación en la administración pública**

En primer lugar debemos aclarar que es lo que se pretende encuadrar dentro del término “cultura de la mediación”, que no es nada más que la aceptación y predisposición de los distintos actores de los conflictos en los que interviene al sector público para acudir a la mediación como medio para solución de dichas controversias.

En segundo lugar, debe aclararse que existe dificultad para determinar cual es la tendencia respecto de la cultura de la mediación

---

<sup>68</sup> Romero Díaz, Héctor. “La conciliación judicial y Extrajudicial” Legis, Bogotá – 2006. Pág.183

en la administración pública; datos estadísticos que demostrarían una preferencia, o crecimiento no son fáciles de obtener, principalmente porque los centros de mediación mayoritariamente a los que ha acudido la administración pública aunque suene extraño son privados, y bajo el principio de confidencialidad los datos se mantienen en reserva o en otros casos no se han levantado datos que muestren fehacientemente si es que existe una cultura de mediación en el sector público. Por otra parte, se debe manifestar que lo dicho no quiere decir que no exista una preocupación por parte de la función pública en administrar centros de mediación, que con imparcialidad, sean regentados por el sector público, como es el caso del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

Finalmente, y he aquí el punto de la discusión, debemos averiguar si la predisposición hacia la mediación en el sector público, puede entablarse cuando los derechos en discusión en demérito de la administración están en discusión o deben ser firmes. La dilucidación de este punto, nos dirá también si es que, en los actuales momentos existe una cultura de la mediación en el sector público

Por lo que, la cultura de la mediación en este título pretende distinguir, si existe una verdadera aceptación y predisposición de los distintos actores de los conflictos en los que interviene al sector público para acudir a la mediación como medio para solución de

dichas controversias, pero también, pretende delimitar entre materia discutible y derechos firmes reconocidos por la administración.

Así, en primera instancia Héctor Romero Díaz al hablar de la conciliación manifiesta. "...no significa que el funcionario público llegue al extremo de creer que para poder realizar la conciliación en asuntos contenciosos administrativos no debe existir la menor duda acerca del derecho que le asiste al particular<sup>69</sup>".

Bajo estas palabras se debe aclarar que la mediación por concepto, supone el proceso de solución de una controversia, lo cual conlleva que exista incertidumbre en cuanto a los derechos, así Romero Díaz, anota:

"... no puede moverse con los mismos parámetros que debe seguir para dictar un fallo. Si se exigiera siempre que para conciliar no deba existir duda alguna en materia probatoria, por ejemplo, ni sobre los derechos en discusión, la conciliación se quedaría en el campo de la letra muerta, sin operancia práctica alguna, y el juez estaría, en cierto sentido invadiendo la órbita dispositiva.<sup>70</sup>"

Pero, a la vez, la existencia de la administración pública como una de las partes supone que,

vale la pena advertir que la conciliación contencioso administrativa constituye, sin duda un mecanismo valioso en la solución

---

<sup>69</sup> Ídem, Págs.: 166.

<sup>70</sup> Ídem, Págs.: 166-167

de los conflictos en los cuales se ve envuelto el Estado, no solo porque borra las huellas negativas del conflicto sino porque contribuye eficazmente a la descongestión de los despachos judiciales, tal circunstancia sin embargo, *no debe hacer perder la vista el hecho de que, a través suyo, se comprometen recursos del erario público cuya disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios sino que requiere del cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no requeridos por la ley.*<sup>71</sup> ( la cursiva me pertenece)

Cabe preguntarse si la invitación a la mediación por parte del particular a la administración pública supone necesariamente el concurrir a ella, y peor aún, el que la voluntad de la administración deba promover a toda costa la realización de un acuerdo.

Puede existir acaso una mediación irreflexiva por parte de la administración, cuando el principio de legalidad debe primar en toda la gestión de los funcionarios públicos, además hay requerimientos legales que ratifican la necesidad de que los hechos que sirven de fundamento al acuerdo de mediación tengan por fundamento la certeza; nos referimos al artículo 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que ordena lo siguiente: “*Ninguna entidad u organismo del sector público, ni funcionario o servidor de los mismos, **contraerá compromisos, celebrará contratos, autorizará o contraerá obligaciones,** respecto de recursos*

---

<sup>71</sup> Ídem, Pág.:167, fallo de la Tercera Sala Colombiana, Auto de 29 de junio del 2000, expediente 2633-01.

*financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente.” ( lo resaltado me pertenece)*

Lo que supone que necesariamente que en los conflictos en los que interviene el sector público, un requisito a exigir por parte de los funcionarios que concurren, es el que se les haya extendido la correspondiente partida presupuestaria, caso contrario, no podría comprometer u autorizar el compromiso ni establecer a su representada obligaciones con respecto a un conflicto. Lo contrario sería ilegal.

A su vez debemos suponer que solo se emiten partidas presupuestarias sobre compromisos firmes, es decir no discutibles; siendo así, ¿sobre qué versan los conflictos de la mediación en el sector público?

Por otra parte existen otras consideraciones que deben ser tomadas en cuenta dentro de este título, y es que no deja de ser motivo de reflexión lo anotado por Flórez Gacharná, que refiriéndose a la conciliación (mediación) del sector público anota:

“ El exceso de funciones de aquellos funcionarios, la falta de disponibilidad de infraestructura adecuada y de recursos suficientes e inmediatos, entre muchas otras circunstancias, la harán incompetitiva para los conflictos especiales y, en cambio, probablemente interesante para los asuntos de menor y mínima

cuantía que promuevan contra el Estado, los ciudadanos del común quienes no son precisamente contratistas adinerados<sup>72</sup>”.

La afirmación de Flórez Gacharná, no deja traer algunos puntos que convergen en una realidad que comparten el país de origen del autor (Colombia) y el nuestro, el uno falta de recursos humanos o materiales y el otro, la corrupción.

No es posible aceptar la generalización apurada y desmesurada que los funcionarios públicos son corruptos, de ninguna manera, pero al mismo tiempo no deja de ser cierto que la corrupción existe en gran medida y para muchos sin escrúpulos, resulta ser el sistema que domina.

Por lo cual, es necesario el estricto apego a derecho por parte de las partes intervinientes a la mediación, la garantía de un correcto procedimiento y sobre todo de un acuerdo que no será objetado; de otra forma, la mediación no llegará a ser el mecanismo de solución de controversias exitoso, sino un proceso óptimo para ocultar abyectos intereses. Por eso la cultura de la mediación debe regirse por la fe en el proceso, pero con el cuidado necesario.

No es exagerado decir también que existe un temor por parte de los funcionarios probos que sin tener claras las reglas de juego, intuyen que el posterior examen de sus actuaciones respecto de la mediación les acarrearán problemas administrativos, por decir lo menos, como para que, además teman que sus actuaciones al estar

---

<sup>72</sup> Gacharná Flórez, Jorge, “La eficacia de la Conciliación”. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá - Colombia 2004. Pág. 98

bajo la sospecha de un proceso desprestigiado, puedan conllevar peores sanciones

Dicho todo este criterio, es posible sin embargo afirmar que existe una cultura de la mediación en el sector público que va en aumento, prueba de ello, es la norma constitucional, la Ley de Arbitraje y Mediación, los distintos cuerpos legales que permiten el que la administración concorra al proceso, la cláusula de controversias que en los contratos de la administración, compromete a las partes a concurrir a la mediación en caso de conflicto, la creación de centros de mediación dentro del sector público, como el de la Procuraduría General del Estado y constante anhelo de muchos funcionarios en alcanzar la transparencia del proceso de mediación involucrando a todos los burócratas relevantes para el proceso, como son los funcionarios de la Contraloría, Economía, y Procuraduría General del Estado, a más de aquellos que directamente deban intervenir.

Dicho esto, debemos discernir el punto en controversia:

¿ La mediación del sector público debe realizarse sobre derechos en discusión o sobre aquellos en los que ya se ha reconocido al particular su derecho?

El mandato legal determinado en de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, establece claramente que para contraer cualquier tipo de obligación es necesario el contar con la

partida presupuestaria correspondiente, por lo tanto los funcionarios públicos para concurrir a la mediación y así comprometer los recursos del Estado deben contar con dicha partida y por lo tanto se debe ya en alguna medida haber ya reconocido el derecho del particular.

Por otra parte, ningún funcionario público puede por mandato constitucional ( artículo 119) actuar fuera de sus competencias, bajo ese mandato no puede crear derechos a favor de terceros fuera de su competencia y facultades, cabe decir entonces que los funcionarios públicos solo pueden dentro de la mediación, formar el acuerdo para la efectividad y ejecución de los derechos de los particulares, en ese sentido la mediación del sector público es restringida, quizá vale decir, restringida; en definitiva distinta

### **CONCLUSIONES:**

- ❖ La Mediación es un método de solución de conflictos con plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, que es utilizado no solo por el sector privado sino por el sector público.
  
- ❖ La distinción de la materia transigible entre lo privado y lo público es la nota diferenciadora entre los dos sectores, en el primero es claramente distinguible que es lo renunciable, lo transigible, en definitiva lo mediable, mientras en lo segundo no;

en nuestra legislación nos encontramos en punto ambiguo, gobernado por principios, y aplicado en muchos casos con dudas, y sobre todo por temores por parte de los funcionarios que comprometen a la administración pública a un acuerdo de mediación.

- ❖ En el sector privado, las directrices básicas podrían resumirse bajo las siguientes aforismos: a) se puede hacer todo excepto aquello que se encuentra prohibido por la ley; b) es transigible aquello que es renunciabile; c) para expresar el deseo de mediar, es necesario ser capaz y que el consentimiento se encuentre libre de vicio.
  
- ❖ El sector público esta gobernado por principios que encuadran sus actuaciones, tales principios como legalidad, especialidad y otros, deben ser respetados en toda acción de la administración, así también en el proceso e mediación. Siendo esta particularidad una de las distinciones entre la mediación del sector público y el privado
  
- ❖ En la mediación del sector público concurren los representantes de las distintas entidades que tienen la capacidad para comprometerla, es decir para transigir, o al menos aquellas personas que con una delegación o ratificación tienen la

capacidad para comprometer a la administración mediante un acuerdo.

- ❖ El sector público es aquel comprendido en la enumeración constante en el artículo 118 de la Constitución Política del Estado, y en esa calidad posee algunas características propias de su naturaleza. En primer lugar ostenta las prerrogativas propias de la administración y ejercita su actuación a través de potestades, las cuales le otorgan ventajas sobre los administrados, justificadas en la búsqueda del bien común. Esas ventajas lo obligan a gobernarse por principios, de tal manera que no puede actuar discrecionalmente e incluso cuando la ley así lo permite su discrecionalidad se encuentra enmarcada, por lo tanto frente a la mediación el sector público no puede comparecer en la misma calidad que lo hace el sector privado, su capacidad para mediar se encuentra condicionada a sus principios y a la ley.
  
- ❖ En nuestro ordenamiento jurídico no existe una directriz, como así si sucede en la legislación colombiana, para el delineamiento de aquello que puede ser objeto de la mediación en la administración pública; no existe la consideración de que puede ser objeto de la mediación aquello que es pecuniario, sino tan solo se reconoce que el sector público puede concurrir a la mediación, por lo que la administración para concurrir a la

mediación tiene que determinar de forma negativa cual es el campo de acción, es decir aquello que no puede mediar.

- ❖ La administración pública en primer lugar no puede consentir aminorar el poder que le ha sido entregado y por lo tanto sus manifestaciones, que aparecen principalmente en las potestades y prerrogativa que ostenta, ambas en definitiva dos notas distintivas del sector público.
- ❖ La mediación del sector público, si bien no puede realizarse sobre las ventajas, ya prerrogativas o ya potestades, de la administración si puede desarrollarse sobre sus efectos, observando en ello, la legalidad del posible acuerdo.
- ❖ La mediación del sector público, aunque en desmedro del concepto y el espíritu de la mediación no puede efectuarse sobre hechos absolutamente controvertidos, en ese aspecto sobre los funcionarios públicos solo pueden dentro de la mediación, formar el acuerdo para la efectividad y ejecución de los derechos de los particulares. La mediación del sector público es distinta, quizá vale decir, restringida.

### **RECOMENDACIÓN:**

- ❖ Deben concurrir todos los interesados en el conflicto, para ello sería ideal que comparezcan a mas de los involucrados inmediatos, los funcionarios públicos que en ejercicio de sus competencias tienen que ver con el acuerdo, como es el caso de los funcionarios de la Contraloría General del Estado, el Ministerio de Economía y otras instituciones que según el caso estén llamadas a pronunciarse, como puede ser el caso de los distintos organismos de control, como las Superintendencias de Bancos y Seguros; Compañías, Telecomunicaciones; a fin de que cumpliendo una labor de autorización y revisión simultánea den su visto bueno sobre el procedimiento, la legalidad y la conveniencia del proceso al que concurren.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- **Baruch Bush, Robert A; Folger, Joseph**, “La promesa de mediación: Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento”, Ediciones Granica, Barcelona -1996.
- **Bielsa, Rafael**, "Derecho Administrativo", Tomo II, La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1980.
- **Bastidas, Raquel**, “La cultura de la conciliación”. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogota – Colombia 2002.
- **Cabanellas de Torres, Guillermo**, "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997.
- **Dromi, Roberto**, "Derecho Administrativo", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Omeba, Tomo XVIII, Editorial Driskill S.A, Argentina, 1979.
- **Gacharná Flórez, Jorge**, “La eficacia de la Conciliación”. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá - Colombia 2004.

- **García Rodríguez, Franklin,** “La conciliación en derecho Administrativo”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia 2004.
  
- **Granja Galindo, Nicolás,** “Practica de Derecho Administrativo en el área: Ciencias Jurídicas y Sociales.” Editorial Administrativa Quito –Ecuador 1994.
  
- **Romero Díaz, Héctor.** “La conciliación judicial y Extrajudicial” Legis, Bogotá – 2006
  
- **Santos Balandro, Rubén,** “Bases fundamentales de la mediación, conciliación y arbitraje”, Asociación de escribanos del Uruguay, Montevideo - 2002
  
- **Zavala Egas Jorge,** “Derecho Administrativo” Edino, Guayaquil – 2005.