

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

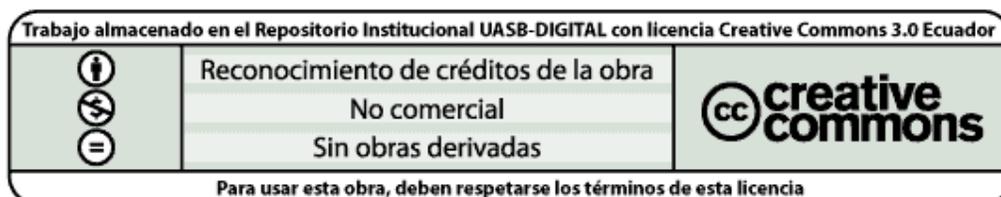
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho de la Contratación Pública

La mediación como procedimiento alternativo de solución de controversias en la contratación pública

Martha Liliana Suárez Romero

Quito, 2017



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, MARTHA LILIANA SUÀREZ ROMERO, autora de la tesis intitulada “La mediación como procedimiento alternativo de solución de controversias en la contratación pública”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 22 de marzo de 2017.

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**LA MEDIACIÓN COMO PROCEDIMIENTO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Autora: Martha Liliana Suárez Romero

Tutora: Dra. Lina Parra Cortes

Quito, 2017

RESUMEN

La presente investigación tiene como objeto el estudio de la mediación como procedimiento alternativo para la solución de las controversias en materia de contratación pública, específicamente en la fase de ejecución del contrato.

En este trabajo se inicia con el estudio del conflicto y los métodos alternativos para su solución, entre ellos la mediación, en el cual interviene un tercero imparcial para ayudar a las partes a encontrar, de mutuo acuerdo, una solución.

La mediación es un método de solución de conflictos reconocido constitucional y legalmente en la *Ley de Mediación* en la que se faculta a las instituciones del sector público a solucionar las controversias por medio de este mecanismo. Los conflictos entre la administración pública y otros sujetos del derecho pueden surgir de su actividad jurídica (acto administrativo, acto de simple administración, actos normativos, hechos administrativos y contratos administrativos).

Es de interés para la presente investigación estudiar la mediación para la solución de las controversias que surgen en virtud del contrato administrativo, en especial sus particularidades al ser una de las partes una entidad del sector público; y finalmente determinar sus ventajas, especialmente su celeridad frente al proceso judicial y su aporte a mantener el equilibrio contractual de los co-contratantes.

DEDICATORIA

A mis hijos Joseph Miguel y Karen Melissa

Mis amados hijos que han sido mi motivación para brindarles ejemplo de superación y progreso, con sacrificio personal y familiar, gracias por la paciencia y tolerancia que han tenido todos estos años dedicados a mi maestría y que me ha faltado tiempo para estar junto a ustedes, los amo.

A mis padres Luis y Carmen

Por su ejemplo de trabajo, esfuerzo, honorabilidad y transparencia que me han inculcado toda mi vida y que me ha servido para proponerme y alcanzar metas que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor y confianza.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco primeramente a Dios por darme salud, vida y haberme permitido incursionar en el campo del Derecho y de la Contratación Pública que son fuente de ingresos personales y familiares que me sirven para el sustento diario, bienestar y progreso.

Agradezco a mí amado esposo Julio, compañero y amigo fiel, por todo el apoyo brindado para alcanzar esta meta, por sus consejos, por su empuje, por su amor y comprensión durante todo el trajinar que vivimos juntos y que constituye parte de mi éxito personal y profesional.

Agradezco a mi tutora, Dra. Lina Parra Cortes, por su orientación y paciencia en el desarrollo del presente trabajo de investigación, por su contribución intelectual y experiencia.

Agradezco además a mis profesores y personal docente de la prestigiosa Universidad Andina por los conocimientos impartidos sin egoísmo de ninguna clase y que me servirán en la aplicación diaria en el desempeño de mis funciones públicas y privadas; a todos gracias por sus aportes.

INDICE

INDICE	7
Introducción.....	9
CAPÍTULO I	11
Los Métodos alternativos de solución de conflictos –MASC-: La Mediación.....	11
1. Aproximación a la teoría del Conflicto.	11
1.1. Teorías sobre el conflicto	13
1.2. Tipos de conflictos.....	15
2. Los métodos de resolución de conflictos	19
2.1. Los métodos alternativos de resolución de conflictos.....	21
3. La mediación.	26
3.1. Concepto.	26
3.2. Principios de la mediación.....	27
3.3. El rol del mediador	29
CAPÍTULO II	32
La mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: en especial en materia de contratación pública.....	32
1. Regulación constitucional.....	32
2. Regulación legal	33
2.1. La Ley de arbitraje y mediación.	33
2.2. Las personas jurídicas del sector público como sujetos en la Mediación.	34
2.2.1. El Sector público.	34
2.2.2 Potestades del sector público.....	35
2.2.3. La relación de la Administración pública con los administrados.	36
3. El contrato administrativo como fuente de conflicto.....	38
4. Mediación en materia de contratación pública.....	41
4.1. ¿Quiénes pueden decidir someterse al mecanismo de mediación las controversias en materia de contratación público?	42
4.2. ¿Cómo expresan su voluntad de solucionar las controversias por medio del procedimiento de mediación?	44

4.4. ¿Qué es lo que se puede transigir en controversias en materia de contratación pública?	46
4.5. El procedimiento de la Mediación.....	52
4.6. El acta de mediación.....	55
4.6.1. Tipos de actas de mediación.	55
4.6.2. Requisitos de forma y de fondo en las actas de acuerdo de mediación.	56
5. Efectos y ejecución del acta de mediación	59
CAPÍTULO III	62
Ventajas de la mediación en materia de contratación	62
1. La mediación es un proceso sumamente ágil frente al proceso judicial.....	63
2. Evita perjuicios económicos tanto para el contratista como para la entidad contratante. Garantiza el equilibrio económico.....	69
CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFÍA.....	76

Introducción

Los métodos alternativos de resolución de conflictos se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador del año 2008, entre ellos la mediación. La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral e imparcial asiste a las partes para que logren un acuerdo. Este mecanismo, puede ser utilizado por particulares así como también por las entidades públicas, es por ello que en la presente investigación se analizará la mediación para solucionar los conflictos en materia de contratación pública, por cuanto al intervenir una persona jurídica del sector público se debe observar el principio de legalidad, en este sentido se debe identificar qué pueden transigir las instituciones públicas, cuál es el procedimiento que se aplica, y las ventajas que implicaría la solución por medio de este método.

Teniendo en cuenta estos aspectos, en el primer capítulo se realiza un acercamiento a la teoría del conflicto y su tipología, a fin de identificar su origen y características. Luego se revisan los métodos de solución de los conflictos, los cuales son clasificados en: heterocompositivos que son aquellos en los que la resolución la adopta un tercer sujeto y las partes se someten a dicha decisión, entre estos se encuentra el proceso judicial; una segunda clase son denominados mixtos, en estos las partes deciden poner en manos de un tercero la solución de su problema, dentro de este tipo de métodos se enmarca el arbitraje; y finalmente se tiene los métodos autocompositivos, los cuales se caracterizan porque las partes son las que encuentran y adoptan la solución, entre estos está la mediación. En la parte final de este primer capítulo se estudia esta última figura, su concepto, los principios que la rigen, y cuál es el rol del mediador.

En el segundo capítulo se realiza un examen de la mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, del cual se desprende claramente que puede ser aplicada para solucionar controversias en toda materia, excepto si existe prohibición expresa de transigir. En este sentido el método indicado puede emplearse para solucionar controversias que surjan de la actividad administrativa de las entidades del sector público, como por ejemplo los contratos públicos, por esta razón se aborda la aplicación de esta institución en materia de contratación pública.

Una vez identificadas cuáles son las particularidades de la aplicación de la mediación en materia de contratación pública, el tercer capítulo se destina a establecer sus ventajas, entre las cuales se tiene dos principales: 1. es un proceso ágil en relación con el proceso judicial, para lo cual se analizaron varios procesos contencioso administrativos sobre contratación pública; y, 2. evita perjuicios económicos para las partes, y permite mantener el equilibrio económico de las partes contractuales.

CAPÍTULO I

Los Métodos alternativos de solución de conflictos –MASC-: La Mediación

Es necesario, previo a tratar sobre los medios alternativos de solución alternativa a los conflictos y a la mediación, hacer referencia a un elemento esencial en este tema, este es el conflicto, por tal razón en las líneas siguientes se realizará un breve acercamiento a la teoría del conflicto.

1. Aproximación a la teoría del Conflicto.

En los estudios académicos existentes sobre el conflicto se coincide que las relaciones violentas en la sociedad son un recurso natural de las relaciones humanas, así Eduard Vinyamata¹ considera que “los conflictos son el motor y la expresión de las relaciones entre las personas”,² de este modo el conflicto sería el elemento necesario para el cambio social³, dejando de lado la cooperación entre los individuos.

El ser humano por naturaleza es un ser social cuyas necesidades requieren de las relaciones interpersonales⁴ por lo que no se niega, de ninguna manera, que el conflicto se encuentra presente en la dinámica social, es por ello que la estructura de la sociedad ha generado varios modos de solucionarlos.

¿Cuándo existe un conflicto? Determinar un concepto a este término no ha sido un tema pacífico, la mayoría de acepciones vertidas sobre este tema han sido orientadas por el ámbito de estudio del autor que lo formula.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al conflicto de la siguiente manera:

Conflicto
Del lat. *conflictus*.
1. m. Combate, lucha, pelea. U. t. en sent. fig.

¹ Eduard Vinyamatam, *Conflictología, Curso de Resolución de conflictos* (Madrid: Ariel, 2007).

² *Ibíd.*, 81.

³ Lina María Velásquez Restrepo, “Noción de la teoría del conflicto, generalidades de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y de las jurisdicciones especiales”, en Diana María Ramírez Carvajal, Mónica María Bustamante Rúa, y otros, *Derecho procesal contemporáneo* (Medellín: Universidad de Medellín, 2010), 459.

⁴ Francisco Corsón Pereira, Eva Gutiérrez Hernanz, *Mediación y teoría* (Madrid: Dykinson, 2014), 10.

2. m. Enfrentamiento armado.
3. m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida.
4. m. Problema, cuestión, materia de discusión. Conflicto de competencia, de jurisdicción.
5. m. *Psicol.* Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos.
6. m. desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta.⁵

Se observa que existen varias acepciones respecto a conflictos, que van desde un conflicto interpersonal hasta llegar a un enfrentamiento armado, sin embargo en dichas acepciones no se considera que el conflicto es inherente a las relaciones sociales. El ser humano, por naturaleza, es un ser social cuyas necesidades requieren de las relaciones intrapersonales.⁶

Lewis Coser desde una interpretación sociológica considera al conflicto interno como una amenaza a la integridad de la estructura funcional;⁷ Ralf Dahrendorf expresa que es un “hecho social, universal, y necesario que se resuelve en el cambio social”.⁸ Eduard Vinyamata vincula al conflicto con la violencia y la agresividad, es así que en su obra *analiza* la agresividad como origen de los conflictos. Por un lado hace referencia a autores, como William James y Sigmund Freud, que afirmaban que la agresividad es una característica instintiva. Por otro lado analiza el conflicto en su dimensión colectiva, en la cual la sociedad es quien desencadena la agresividad del individuo.⁹

En este sentido necesariamente el conflicto tiene como su causa la agresividad de las personas, sea una característica innata o una cualidad que se desencadena por las condiciones sociales. Mas esta concepción de conflicto descarta la posibilidad de que existan conflictos que no tengan la presencia de violencia y agresividad.

Una definición que expresa de forma sencilla y clara lo que es el conflicto es la vertida por Ferrigni, Guerrón y Guerrón, que lo definen como: “una situación en la que dos o más actores, cuyos intereses son incompatibles o mutuamente excluyentes, se

⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, <<http://dle.rae.es/?id=AGHyxGk>>. Consulta: 10 de octubre de 2016.

⁶ Corsón Pereira, *Mediación y teoría*, 10.

⁷ Lewis Coser, *Las funciones del conflicto social*, 1e. (México: Fondo de Cultura económica, 1961), 35.

⁸ Ralf Dahrendorf, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial* (Madrid: Ediciones Rialp, 1962), 253.

⁹ Vinyamatam, *Conflictología*, 85-87.

oponen en el curso de una acción que desarrollan para lograr los objetivos que se originan en esos intereses”.¹⁰

1.1. Teorías sobre el conflicto

Por cuanto las ideas hasta aquí recogidas no nos permiten tener una idea clara del concepto de conflicto, se va a revisar las teorías sobre el conflicto esbozadas por Raúl Calvo Soler, quien presenta las siguientes: a) Las teorías de las propiedades de los individuos, b) Las teorías de las estructuras sociales; y, c) las teorías de los procesos de interacción.¹¹

a) Las teorías de las propiedades de los individuos.

Esta idea de conflicto nace desde una concepción psicológica.¹² Este grupo de teorías considera al conflicto como algo propio del ser humano, por lo tanto afirma que el mismo deviene de la psiquis del individuo que se manifiesta como problemas de conducta, por lo cual diferencia entre conflicto intrapersonal,¹³ e interpersonal que es aquel que se suscita entre dos sujetos. Se vincula esta teoría a conceptos como agresividad, frustración, envidia, cuyos opuestos son satisfacción, acierto.¹⁴

Esta teoría no es aceptada por la doctrina por cuanto niega la interacción de la persona y hace depender al conflicto interpersonal del intrapersonal, además vincula el origen del conflicto a un problema intrasíquico relacionado con patologías.¹⁵

b) Las teorías de las estructuras sociales.

El conflicto surge por la inserción del individuo en una estructura social. Lo que el ser humano puede llegar a ser y conseguir depende no solo de aspectos internos sino de

¹⁰ Yoston Ferrigni, *Hipótesis para el estudio de una política exterior*, V. 8 (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1973) citado por Elena Cobler Martínez y otros, *Mediación Policial* (Madrid: DyKinson, 2014), 13.

¹¹ Raúl Calvo Soler, *Mapeo de Conflictos, Técnica para la exploración de los conflictos* (Barcelona: Gedisa, 2014), 34.

¹² Corsón Pereira, *Mediación y teoría*, 14.

¹³ El término *Intrapersonal* hace referencia a todo aspecto que se encuentra en el ámbito interno del sujeto. Susana Leliwa, *Psicología y educación* (Buenos Aires: Editorial Brujas, 2016), 39.

¹⁴ Calvo Soler, *Mapeo de Conflictos*, 35.

¹⁵ *Ibíd.*

las condiciones externas presentes en esta estructura, ya que en el sistema existe una imposición de comportamientos al individuo con base en su etnia, género, situación económica, etcétera. En este sentido el conflicto es una reacción a la estructura social, una manifestación en contra del poder dominante.¹⁶

La principal objeción a este grupo de teorías es establecer como causa de los conflictos la lucha del poder; no se niega que esta pueda existir, pero no todos los conflictos se pueden reducir a esta lucha.¹⁷

c) Las teorías de los procesos de interacción.

Finalmente se tiene las teorías que postulan el origen de los conflictos en los procesos de interacción, interdependencia e incompatibilidad. Esta interacción entre individuos, esto es a nivel primario, como por ejemplo un divorcio, un tema de alimentos, cobro de una deuda; o también, puede presentarse en o a nivel colectivo como por ejemplo entre empresas.

Estas teorías toman elementos de los grupos anteriormente mencionados, así, no se desconoce en ningún momento que en el proceso de interacción tengan incidencia importante las tensiones internas del individuo, sin embargo, estos problemas internos del individuo deben concretarse en un objetivo, un deseo, de tal modo que se pueda responder a la pregunta: ¿Cuál es la pretensión? Si no es posible determinar qué es lo que quiere, no se puede afirmar la existencia de un conflicto. También considera que el conflicto surge por las relaciones con otros sujetos, ya que al desear algo requiero de los otros para conseguirlo, de tal modo que se configura una interdependencia para la consecución de un objetivo.

De tal modo que se afirma que “el conflicto surge de la interacción del reconocimiento de que los individuos se necesitan unos a otros para realizar sus objetivos y de que, en ciertas circunstancias, esta necesidad pone de manifiesto una incompatibilidad del deseo del «yo» frente al deseo de «los otros»”.¹⁸ (Énfasis agregado).

¹⁶ *Ibíd.*, 37.

¹⁷ *Ibíd.*, 39.

¹⁸ *Ibíd.*, 36.

Como se señaló ut supra, en este modelo se toma en cuenta de las teorías de las estructuras sociales la idea de lucha por un poder, pero aquí el poder no es un fin sino un medio para lograr determinados objetivos, de tal modo que la lucha por el poder se supedita a la lucha por los objetivos, por lo cual se afirma que “el conflicto no se configura como algo inevitable o como algo necesario para el cambio; se asume que es posible la cooperación para la transformación de las sociedades”.¹⁹

Determinado que el conflicto es una lucha por los objetivos incompatibles que surgen de la interacción de los individuos, existen dos presupuestos que se consideran para la noción de conflicto, esto es: 1. La relación de los conflictos con la violencia y 2. La relación de los conflictos con la existencia de normas.

En relación con el primer grupo de teorías se ha manifestado que no existen conflictos sin violencia, sin embargo también existen conflictos no violentos. Y en segundo lugar los conflictos vinculados con las normas, en los cuales existe una confrontación entre derechos y deberes de los sujetos sometidos a ellas; sin embargo, también hay que reconocer que existen conflictos que no cuentan con regulación normativa. Para el caso que nos ocupa, se adoptará la noción de conflicto no violento pero un conflicto normativo.

1.2. Tipos de conflictos.²⁰

Ahora bien, determinado que el conflicto refleja una confrontación entre dos o más sujetos al existir incompatibilidad de objetivos, que surge de la actividad de interacción, y que los mismos pueden tener o no como uno de sus presupuestos la violencia, así como también pueden o no encontrarse normados, es necesario identificar los tipos de conflicto existentes.

a) Funcional²¹

Es aquel conflicto que se presenta entre personas o grupos, cuya discrepancia y solución propenden un beneficio a la organización de la cual forman parte.

b) Disfuncional.²²

¹⁹ *Ibíd.*, 37.

²⁰ Velásquez Restrepo, “Noción de la teoría del conflicto...”, 460.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

En este tipo la confrontación de los sujetos se convierte en un obstáculo para el cumplimiento de los fines de la organización.

c) Individual.²³

El conflicto individual, surge en el ámbito interno de la persona cuando en la realidad se encuentra frente a varias opciones para la satisfacción de sus intereses, así por ejemplo dos opciones ambas atractivas pero excluyentes entre sí y tan solo puede optar por una de ellas.

d) Interpersonal.²⁴

Este conflicto se suscita entre dos sujetos dentro de un grupo, sobre todo en los roles que cada uno asume dentro de la organización, al momento de la interacción al identificar objetivos distintos.

e) Intergrupal o intraorganizacional.²⁵

Este conflicto se da entre dos o más grupos dentro de una organización como consecuencia de la interdependencia existente entre ellos, y uno quiere asumir el control, es decir aquí se da una lucha de poder, como se indicó en líneas anteriores.

f) Organizacional.²⁶

La magnitud del conflicto trasciende del interior de la organización, y los sujetos que intervienen tienen un grado de interdependencia entre sí.

Josep Redorta considera que el hablar de tipologías del conflicto, no considera la intervención en el proceso de solución, por ello propone hablar de la morfología de los conflictos -*Conflict Analysis Tipology*- que se corresponde con patrones esenciales reiterativos. Según el autor referido:

Los patrones se reúnen en cuatro grupos en los que se representan las necesidades más profundas del ser humano: 1) ser, 2) seguir, 3) conseguir y 4) mantener.

1) En el grupo “ser” se encuentran aquellos patrones de conflicto relacionados al sentido de afirmación personal. Se disputa por:

Autoestima: porque el orgullo personal se siente herido.

Valores: cuando los valores o creencias están en juego.

Identidad: el problema afecta la manera íntima de ser quien es.

²³ *Ibíd.*, 461.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

- Información:** cuando algo que se dijo no se dijo o se entendió de forma distinta.
- 2) En el grupo “seguir”, se encuentran los patrones vinculados con la idea de evolucionar y desarrollarse. En ellos se disputa por:
- Expectativas:** cuando no se cumplió o se defraudó lo que uno esperaba del otro.
- Inadaptación:** el cambio en las cosas produce tensión.
- Atributos:** cuando el otro no asume la responsabilidad o culpa.
- Inhibición:** porque le corresponde al otro buscar la solución.
- 3) En el grupo “Conseguir”, el conflicto es a través del dominio.
- Poder:** cuando una parte quiere mandar, dirigir o controlar.
- Normativos:** surge por el incumplimiento de norma legal o social.
- Incompatibilidad personal persistente:** se disputa porque no hay un entendimiento entre las personas.
- Legitimación:** se disputa cuando alguna parte no está autorizada para actuar como lo hace, lo ha hecho o pretende hacerlo.
- 4) En el grupo “mantener” se contempla el sentido patrimonial que el ser humano tiene de las cosas y la percepción de la equidad.
- Recursos escasos:** se disputa cuando no hay recursos suficientes.
- Estructurales:** cuando la solución requiere tiempo, esfuerzo de muchos o medios más allá de las posibilidades personales.
- Intereses:** cuando hay contraposición de deseos e intereses.
- Inequidad:** cuando la conducta del otro es percibida como injusta.²⁷

En la praxis de la mediación ecuatoriana en primer lugar se identifica cuál es la materia de la controversia, es decir si se trata de un tema laboral, mercantil, contractual, etcétera, y un segundo aspecto a considerar es identificar cuál de los patrones antes indicados se encuentran presentes en el conflicto, es decir se realiza una mirada multidisciplinaria, a fin de no sesgar a un conflicto dentro de un determinado tipo, sino que el mismo puede presentar características que puedan enmarcarlo dentro de varias clases.

En el ámbito de la contratación pública, tema objeto de la presente investigación, para determinar la teoría que se aplica al conflicto en esta materia, es necesario identificar quiénes son los sujetos que participan en el contrato administrativo. El contrato es un acto bilateral en el cual participa por un lado interviene una institución que se encuentra en ejercicio de la potestad administrativa y por otro un particular o entidad pública.

²⁷ El modelo de morfología del conflicto se basa en las obras “Aprender a resolver conflictos”, Barcelona, Paidós, 2007 y “Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación”. Barcelona, Paidós, 2007. Citadas por Samuel Paszucky, Casos y Cosas de Mediación (Buenos Aires: Editorial Brujas, 2013), 51.

La administración pública por medio de los contratos administrativos persigue la satisfacción de necesidades públicas que son de interés público, para ello es necesario de la colaboración del sector privado.

En este sentido, si bien la entidad pública representa el interés público y el particular vela por el interés privado, en el caso de la contratación pública, tanto el ente público como el sujeto privado aúnan esfuerzos para la satisfacción de las necesidades públicas, de tal modo que los sujetos se tornan en colaboradores. Al afirmar que existe una relación de colaboración entre los sujetos contratantes, debemos también indicar que nos encontramos frente a una interacción constante entre la entidad contratante y la entidad contratista.

El contratista al colaborar con la administración pública, no solo persigue la satisfacción del interés público, sino también su interés particular sobre todo de índole económico. Mientras que la entidad contratante tiene como fin exclusivo satisfacer las necesidades públicas. En el proceso de interacción existente entre estos sujetos se puede presentar un sin número de circunstancias que pueden conllevar a una disputa.

El interés público puede resultar afectado cuando el contratista no cumple a cabalidad con las especificaciones técnicas o el cronograma de trabajo, razones por la cual la entidad pública a fin de garantizar la satisfacción efectiva de las necesidades públicas adopta decisiones que generan perjuicios al interés particular del contratista.

La ejecución del contrato puede resultar afectado por acciones de la propia administración pública como por ejemplo cuando no cumple con la entrega de anticipos, con los pagos periódicos, entrega de insumos necesarios para que el contratista realice la obra o preste el servicio, en estas condiciones se genera perjuicios tanto para el interés público como para el interés particular.

En este contexto el origen del conflicto en materia de contratación pública surge de la interacción entre el contratista (público o privado) y el contratante (institución pública), y se presenta cuando el interés particular del sujeto privado es incompatible con el interés público que representa la entidad estatal.

Una vez realizada una revisión de la acepción de conflicto y las teorías existentes sobre su origen, así como su tipología, ahora es necesario plantearnos ¿qué hacer cuando

existe un conflicto? La respuesta es solucionarlo por medio de un método de resolución de conflictos.

2. Los métodos de resolución de conflictos

Un método de resolución de un conflicto, debe reunir las siguientes características:

Un requisito obvio, es la existencia previa de un conflicto, por lo tanto no se considerará la actividad que tiene como fin prevenir un conflicto.

La existencia de un proceso, que posea continuidad y perdurabilidad en el tiempo.

Finalmente que tenga como objetivo la resolución del conflicto, de tal modo que “el proceso sea diseñado o implementado con el objetivo de la consecución de un acuerdo o la adjudicación de una solución aceptada por las partes diremos que se trata de un método para la resolución del conflicto.”²⁸

En otras palabras un método de solución de conflictos “es un proceso que tiene como objetivo lograr la finalización de un conflicto preexistente mediante la constitución de un acuerdo o la imposición asumida por las partes de dicha solución”.²⁹

Raúl Calvo Soler, determina dos criterios para clasificar estos métodos: 1. Si hay o no intervención de un tercero en el proceso de resolución; y, 2. El rol que ocupa el tercero respecto de la identificación de una solución para el conflicto.³⁰

En primer lugar hay que determinar qué se entiende por tercero, y se dice que es aquel que no tiene interés específico en el conflicto y tiene la capacidad para condicionar el resultado del mismo (ejemplo el juez, el mediador, el árbitro).³¹ En el primer criterio se identifica: a) los métodos endógenos, en los cuales la solución surge directamente de las partes del conflicto; y, b) los métodos exógenos, en los que intervienen otros agentes, denominados terceros.

En atención al criterio que considera la capacidad del tercero para condicionar la solución, no se puede identificar con precisión sus tipos, pero si distinguir por el grado de incidencia del tercero en el proceso y la solución. Teniendo en un extremo el proceso judicial y en el otro el proceso de facilitación. En el proceso judicial prevalece la decisión del tercero respecto al conflicto, a los cuales también se los denomina como procesos por

²⁸ (Cita retirada), Calvo Soler, *Mapeo de Conflictos*, 58-9.

²⁹ *Ibíd.*, 59.

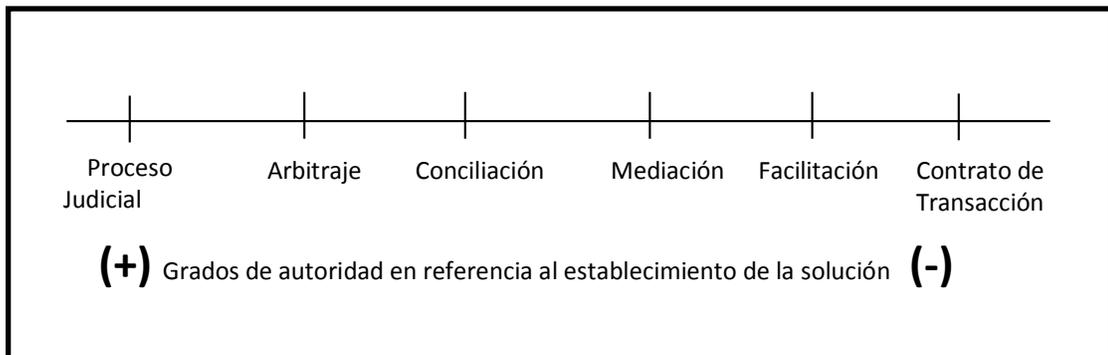
³⁰ *Ibíd.*, 60.

³¹ *Ibíd.*

adjudicación. En la facilitación el tercero no tiene control del proceso y no puede adoptar decisión alguna, su facultad se limita a facilitar la comunicación entre las partes.

A continuación, en el gráfico, se observa el grado de intervención del tercero en cada uno de los métodos:

Gráfico 1
Grado de intervención en los Métodos de solución de conflictos



FUENTE: Calvo Soler ³²

Si bien en las páginas siguientes se abordará el tema de la mediación, es necesario aclarar, conforme se observará, que en este medio participa un tercero el cual controla el proceso pero no induce la solución al conflicto, ya que la misma proviene de las partes, de tal modo que dentro de las clasificaciones indicadas se podría clasificar como un método endógeno, y un método donde el grado de intervención del tercero se reduce al control del proceso, ya que la solución se origina de manera directa en las partes interesadas.

Otra clasificación señala que los modelos de solución de conflictos pueden ser: heterocompositivos, autocompositivos y mixtos.³³

a) Heterocompositivos.

En los modelos heterocompositivos, las partes someten el conflicto a la solución que pueda adoptar el tercero con independencia de la autonomía de la voluntad, es decir el tercero maneja completamente el proceso y la resolución del problema. En este caso se

³² Calvo Soler, *Mapeo de Conflicto*, 129.

³³ Velásquez Restrepo, "Noción de la teoría del conflicto", 460.

refiere a los métodos exógenos, pero en aquellos existe un alto grado de intervención del tercero, como es el caso del proceso judicial.

b) Los autocompositivos.

Son aquellos en los cuales las partes confrontadas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, resuelven sus desavenencias ya sea de manera directa o asistida por un tercero. Si se compara con la clasificación anteriormente indicada, se está hablando de los métodos endógenos al momento que logran obtener la solución de forma directa; y, en el momento de la intervención de un tercero se refiere a los métodos exógenos pero únicamente aquellos en los que el grado de autoridad del tercero es totalmente restringido, es decir no tiene control sobre la solución que las partes adopten, como sucede en la transacción, mediación y conciliación.

c) Mixtos.

Son aquellos en los cuales en primer momento se observa un método auto compositivo al momento que los sujetos parte de la controversia, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, deciden de mutuo acuerdo dejar la solución de su conflicto en manos de un tercero y a partir de este instante se convierte en heterocompositivo, dentro de esta clasificación también se puede enmarcar al arbitraje.

Hasta el momento se han revisado dos clasificaciones que permiten una mejor comprensión de los métodos de solución a los conflictos, ahora bien, parte del título del presente capítulo es *métodos alternativos de solución de conflictos*, lo que nos lleva a preguntarnos: ¿alternativos a qué?, acaso ¿existe un método único? ¿Existe un medio obligatorio para solucionar los conflictos? Estas preguntas se absolverán inmediatamente.

2.1. Los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Un conflicto es una confrontación entre dos o más sujetos que resulta de la incompatibilidad de sus objetivos, de tal modo que cada uno presenta una pretensión contrapuesta, la única forma que se consideraba para solucionar dicha controversia,

tradicionalmente era el proceso judicial, en virtud del cual por medio de una sentencia se determinaba su solución.³⁴

Acudir a la vía jurisdiccional siempre ha involucrado un proceso cuya duración ha sido larga en el tiempo, de tal modo que muchas causas judiciales tardaban meses y hasta años en ser resueltas debido al formalismo y al creciente número de procesos pendientes de resolución, lo que daba como resultado la saturación del sistema judicial y en consecuencia, la dilación de la justicia.³⁵

Por esta situación de crisis en la función judicial, se vio la necesidad de encontrar otras opciones mediante las cuales los ciudadanos resuelvan sus controversias, y no vean como la única opción el proceso judicial, en este sentido los Estados propugnaron por la implementación en el ordenamiento jurídico de los medios alternativos para la solución de conflictos. De tal modo, se denominan alternativos porque se presentan como opción al proceso judicial,³⁶ es decir son procedimientos extrajudiciales de resolución de las controversias.³⁷

En el proceso judicial se concibe al conflicto como una disputa en torno a derechos preexistentes que le confieren a las partes la facultad de exigirlos, en este caso ante el juez, quien conforme a la verdad procesal, independientemente de la voluntad de las partes, decidirá y dispondrá la solución que en derecho corresponda.

El momento en el cual se acude a la función judicial para que éste se resuelva el mismo se torna en un litigio judicial. En este las pretensiones de las partes, sus intereses y pretensiones se someten a reglas de derecho; a las partes las representa un abogado, y finalmente la solución implica la aceptación de la pretensión de una de las partes y la negación a la otra.³⁸

³⁴ Gustavo Jalkh, “Aproximación a los métodos alternativos de resolución de conflictos” en Gustavo Jalkh, comp., *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997), 11.

³⁵ Gustavo Jalkh, “Aproximación a los métodos alternativos...”, 12.

³⁶ *Ibíd.*, 11.

³⁷ Marta Gonzalo Quiroga, “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general” en Marta Gonzalo Quiroga, dir., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (Madrid: DIKYNSON, 2006), 27.

³⁸ Carlos Peña Gonzáles, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos” en Gustavo Jalkh, compilador, *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997), 37.

El objetivo dentro del proceso judicial es el acceso a la tutela judicial de un derecho para su cumplimiento, teniendo en cuenta la crisis de la actividad judicial es necesaria la creación de más tribunales, lo que en los últimos años si ha ocurrido, sin embargo no se ha logrado una solución efectiva.³⁹

Mientras que el objetivo de los métodos alternativos de solución de conflictos (en lo sucesivo MASC) será el acceder, con un menor costo, a un procedimiento efectivo de la tutela de los derechos; para conseguirlo se debe diversificar las formas de resolución de los conflictos y desjudicializar la administración de justicia, para ello es necesario implementar jurídicamente las normas que lo hagan posible.⁴⁰ Así que estos métodos otorgan a los ciudadanos la posibilidad de protección, plural-heterogénea, no necesariamente judicial, de sus derechos.⁴¹

Características de los MASC.

Las principales características de los MASC son:⁴²

a) Rapidez.

Estos métodos permiten un ahorro de tiempo frente a un proceso judicial. La solución de un conflicto puede llegar a resolverse, dependiendo los temas y el método aplicado, en días y ciertos casos en horas. El proceso judicial tiene un periodo de duración mucho más amplio, y en el caso de las causas contenciosas administrativas, con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, en promedio transcurren siete meses para que se dicte sentencia (lo indicado se puede observar en el tercer capítulo del presente trabajo).

b) Reducción de costos.

En cuanto a los costos, si bien el acceso a la justicia es gratuita, sin embargo el contar con un abogado patrocinador, el tiempo en el que se dilata la ejecución de un derecho genera mayores gastos que el acudir a los medios alternativos, que en algunos casos es gratuito, en otros los gastos pueden ser asumidos por las dos partes. Así podemos revisar la tabla de tarifas de los Centros de Mediación del Colegio de Abogados y del

³⁹ Desde el 22 de mayo de 2016 se encuentra vigente el Código Orgánico General de Procesos, promulgado en Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015, el mismo que determina procesos mucho más cortos y rápidos en relación a los determinados en el Código de Procedimiento Civil.

⁴⁰ Artículo 190 de la Constitución del año 2008.

⁴¹ Peña González, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, 28.

⁴² Gonzalo Quiroga, “Introducción a los MASC...”, 29.

Consejo de la Judicatura, en las que se establecen los valores dependiendo de la cuantía del acuerdo, por ejemplo para una controversia cuya cuantía sea entre 94,001.00 y 100,000.00 dólares el valor a pagar en estos centros es aproximadamente de 1300 dólares.⁴³

c) Confidencialidad.

Lo expuesto por las partes en las audiencias es totalmente reservado, no hay un desgaste de la imagen de los sujetos participantes, ya que lo único público es el acuerdo final al que han llegado.⁴⁴

d) Flexibilidad.

En razón de que son las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, quienes deciden optar por los métodos alternativos de solución de los conflictos. De igual forma son ellos lo que pueden decidir qué organización y persona, procedimiento adoptar para solucionar el problema. En este sentido si bien existen determinadas pautas que se debe observar en estas formas de solucionar los conflictos, no se debe observar un procedimiento formal y rígido, sino que las partes de acuerdo a sus necesidades van a ir creando pasos que les lleven al final a obtener una solución amigable.

e) Especialidad.

Quienes dirigen los distintos métodos alternativos son especialistas en la materia de la cual trata el conflicto, así por ejemplo existen mediadores especialistas en tema de familia, en asuntos comerciales, etc.; o tribunales de arbitraje especializados en una determinada materia.

f) Modernidad.

La ventaja de los MASC es su adaptabilidad a las nuevas circunstancias y necesidades de la sociedad actual, al empleo de las nuevas tecnologías, de los avances en comunicación, incluso de llegar a la solución de controversias por medios electrónicos.

Hasta aquí se puede evidenciar que en toda relación humana puede suscitarse controversias y que para la solución de las mismas tenemos la forma típica que es acudir a un proceso judicial, y la alternativa a ella los MASC. En el ámbito de la contratación

⁴³ Las tablas de tarifas véase en: <http://www.colabpi.pro.ec/index.php/centro-de-mediacion/tarifas-de-mediacion>. Consulta 27 de febrero de 2017. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/014-2015.pdf>. Consulta 27 de febrero de 2017.

⁴⁴ Gonzalo Quiroga, “Introducción a los MASC...”, 29.

pública se suscitan problemas entre los contratistas y la entidad pública contratante, conflictos que ya no se solucionan únicamente por medio de la vía judicial sino también por el MASC denominado mediación.

Métodos alternativos de solución de conflictos.

Los principales métodos alternativos de solución de conflictos son: el arbitraje, la conciliación, la mediación y la negociación.⁴⁵

Por ejemplo, en el arbitraje “las diferencias que tienen las partes se presentan a un tercero, el árbitro, quien decide sobre la solución. Aquí las partes no tienen poder sobre el resultado pero sí sobre el proceso.”⁴⁶

La negociación es “la conversación de dos o más personas, tendientes a llevar el estado de las cosas: de problema, controversia o divergencia, a un consenso o advenimiento. Este diálogo deberá llevarse, de ser posible, a través de un método para optimizar la posibilidad de acuerdo”.⁴⁷ Aquí no existe la intervención de un tercero, las partes de forma directa dialogan para encontrar un acuerdo que se convierte en obligatorio por su propia voluntad. Las partes tienen total control sobre el proceso y el resultado.⁴⁸

La conciliación “es el uso de las etapas procesales pertinentes para a través del juez lograr un acuerdo que satisfaga a las partes y que ponga fin a un proceso. Para lograrlo el juez deberá propiciar que las partes dialoguen, se comprometan y analicen sus posibilidades de cumplimiento inmediato de lo que han firmado.”⁴⁹ En el Código de Procedimiento Civil, vigente hasta el 21 de mayo de 2016, se determinaba la audiencia de conciliación, en el Código Orgánico General de Procesos se determina que las partes en cualquier momento podrán conciliar, y el juez en el momento de la audiencia tiene la obligación de invitar a las partes a que concilien.

Como se observa en los MASC referidos existe un elemento en común que es el acuerdo de voluntades, en la conciliación y en la negociación al momento de decidir

⁴⁵ Jalkh, “Aproximación a los métodos alternativos de resolución de conflictos”, 12.

⁴⁶ *Ibíd.* 13.

⁴⁷ Franco Sánchez Hidalgo, “Solución Alternativa de Conflictos: La Mediación”, en Gustavo Jalkh, compilador, *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997), 52.

⁴⁸ Gustavo Jalkh, “Aproximación a los métodos alternativos de resolución de conflictos”, 12.

⁴⁹ Sánchez Hidalgo, “Solución Alternativa de Conflictos: La Mediación”, 52.

resolver por esta vía su conflicto y al instante de adoptar la solución respectiva; mientras que en el arbitraje al momento de decidir someter su controversia a arbitraje. En la mediación se puede encontrar el mismo elemento en común, al ser el método que es de interés para la presente investigación, las siguientes líneas se destinarán para su estudio.

3. La mediación.

3.1. Concepto.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la mediación como: “1. f. Acción y efecto de mediar. 2. f. Der. Actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con *el fin de evitar o finalizar un litigio*”.⁵⁰ (Énfasis agregado)

Franco Sánchez Hidalgo define a la mediación como “una *negociación asistida*, en la que un tercero imparcial ayuda a que dos partes encuentren una solución final a un conflicto o controversia. Para lograrlo, las partes colaboran entre sí, para ellas exponer propuestas que de ser posible llegarán a un acuerdo. La mediación es confidencial.”⁵¹ (Énfasis agregado)

Gustavo Jalkh señala que:

La mediación se define como un proceso alternativo por cual un *tercero neutro* intenta a través de la organización de intercambios entre *las partes* de un conflicto permitirles a estas confrontar sus puntos de vista y *buscar con su ayuda una solución al conflicto* que les opone. En la mediación –y esto es fundamental- el tercero neutro es un facilitador que estimula a las partes que logren un acuerdo y que no tiene ni autoridad, ni poder sobre ellas puesto que él no está ahí sino por voluntad de las partes. Este tercero no es ni juez ni negociador si un planificador creativo.⁵² (Énfasis agregado)

Gladys Stella Álvarez considera que la mediación es un proceso no adversarial, estructurado por etapas, en el cual participa un tercero neutral e imparcial que ayuda a las partes a negociar cuestiones, no necesariamente jurídicas, para llegar a un resultado mutuamente aceptable.⁵³

⁵⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua <<<http://dle.rae.es/?id=QjnsTUN>>>. Consulta: 25 de octubre de 2016.

⁵¹ Sánchez Hidalgo, “Solución Alternativa de Conflictos: La Mediación”, 53.

⁵² Jalkh, “Aproximación a los métodos alternativos de resolución de conflictos”, 13.

⁵³ Gladys Stella Álvarez, “Diferencias entre conciliación y mediación”, en Gustavo Jalkh, compilador, *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997), 82.

Las definiciones nos permiten identificar varios elementos que caracterizan a la mediación. En primer lugar se tiene que es un método alternativo de solución de conflictos, alternativo al proceso judicial. En segundo lugar, en él las partes dialogan, negocian, no se ven como adversarios, de tal modo que no es adversarial como sucede en los procesos judiciales. En tercer lugar se afirma que es una negociación asistida porque la audiencia de mediación debe observar una planificación y un método, con la participación de un tercero que ayuda a las partes a negociar. Un cuarto elemento es el tercero imparcial, denominado mediador, quien no tiene interés en el objeto de la controversia, su único objetivo es que las partes por sí mismas logren un consenso.

Un quinto punto es que este tercero quien va a colaborar con las partes en controversia con el objetivo de que ellas, en uso de su autonomía de la voluntad, propongan fórmulas de arreglo. Y finalmente, la solución que va a ser adoptada de mutuo acuerdo por las partes. El acuerdo debe ser voluntario y sobre todo debe referirse a materia transigible, es decir debe versar sobre derechos cuya transacción no esté prohibida.

3.2. Principios de la mediación.

Una vez identificado el concepto de mediación y sus elementos esenciales, es necesario determinar cuáles son sus principios básicos, los principales son: voluntariedad, imparcialidad-neutralidad, confidencialidad, autocomposición, y principio de buena fe.⁵⁴

a) Voluntariedad.

La voluntariedad en el proceso de mediación es esencial, las partes son libres, en primer lugar para decidir someterse a esta forma de solución de conflictos, desistir en cualquier momento, lo cual también puede hacerlo el mediador; y, de adoptar la solución que ellos consideren mejor.

En varios ordenamientos jurídicos se determina la posibilidad de que la mediación sea previa al proceso judicial, o una vez iniciado el mismo el juez considere necesario que las partes acudan a la mediación. Esto contradice el principio de voluntariedad

⁵⁴ Lucía García García, *Mediación familiar: Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares* (Madrid: Dykinson, 2003), 135-50. La autora señala que la mediación tiene un carácter personalismo por cuanto solo deben comparecer las partes directamente interesadas, sin embargo en varias legislaciones se determina que se puede otorgar mandato para transigir, por lo que sí es posible que su representante acuda al proceso de mediación.

parcialmente, ya que al tornarlo obligatorio suprimen la potestad de elegir el someterse o no a este procedimiento, por lo que en lugar de establecerlo como obligatorio, sería necesario que se realice una etapa previa en la cual se informa sobre el proceso de mediación, y sean las partes quienes decidan o no acudir a esta.

La voluntariedad se mantiene una vez iniciada la mediación, ya que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, conservan la facultad de desistir, de formular y adoptar la solución que consideren conveniente.

La Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 104 determina como una alternativa el uso de la mediación para la solución de las controversias contractuales,⁵⁵ en virtud de esta disposición una cláusula obligatoria en los contratos administrativos es la de solución de controversias en la que se determina el uso de los MASC para resolver los conflictos.

Esto no implica una contradicción al principio, si bien la entidad pública determina de forma obligatoria el acudir a la mediación, se respeta el principio indicado ya que el contratista en primer lugar al decidir participar en un proceso de contratación pública tiene pleno conocimiento de dicha disposición contractual, y en segundo lugar una vez iniciado la mediación cualquiera de las partes puede oponerse a solucionar el conflicto por medio del diálogo y acuerdo amistoso que implica este proceso.

b) Imparcialidad

En líneas anteriores se mencionó que el mediador no debe mostrar favoritismo por ninguna de las partes, esta afirmación se basa en el principio de imparcialidad-neutralidad. El mediador debe tratar objetivamente, dejando al máximo el subjetivismo, al analizar el objeto del conflicto para identificar los intereses y necesidades de los implicados.

De tal modo si el mediador presenta algún interés en el objeto del conflicto o tiene algún parentesco, afinidad o enemistad con una de las partes, se debe excusar y remitirlas a otro mediador.

c) Neutralidad.

⁵⁵ Ecuador, Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial No. 395, de 4 de agosto del año 2008.

La neutralidad hace referencia a que en el proceso de mediación el mediador debe “llevar a cabo su tarea prescindiendo de sus propios valores y principios, sin orientar a las partes intervinientes hacia soluciones presididas por tales principios, sino respetando estrictamente los valores de cada una de ellas”,⁵⁶ en otras palabras es una persona neutral que no se orienta a ninguna de las partes de un conflicto.

En este sentido el mediador debe ser imparcial y neutral con respecto a las partes, al objeto de la controversia, y a la solución a la misma.⁵⁷

d) Confidencialidad

La información proporcionada durante las sesiones de la mediación no debe ser divulgada, es totalmente privada, por lo que el mediador no puede revelar ningún dato proveído por las partes, salvo que exista su consentimiento.

e) Autocomposición.

En la mediación son las partes, no el mediador, quienes formulan las propuestas de solución y finalmente quienes definen los términos del acuerdo.⁵⁸

f) Principio de buena fe.

Es un principio general del derecho, según el cual las partes deben mostrar honestidad y lealtad en sus actuaciones; su actuar debe ir encaminado a la tutela del derecho, y en el caso de la mediación debe estar orientado a encontrar una solución que satisfaga los intereses de las dos partes. También las partes deben actuar de manera correcta y honesta al momento de cumplir lo acordado, sin crear obstáculos o dilatar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el acuerdo.

3.3. El rol del mediador

El mediador es el tercero imparcial y neutral, que participa en la mediación y coadyuva a que las partes lleguen a un acuerdo. Sus principales funciones en el proceso, son:⁵⁹

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ María de los Ángeles Peña Yáñez, *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador* (Madrid: Dykinson, 2013), 28.

⁵⁸ García García, *Mediación familiar: Prevención y alternativa al litigio...*, 146.

⁵⁹ Mario Schilling, *Manual de Mediación* (Santiago de Chile: Cuatro Vientos, 2002), 23-6.

En primer lugar es quien legitima y ayuda a los participantes a reconocer el derecho de cada uno de ellos a participar en la negociación.

Es el facilitador del proceso, al ser una persona especializada en este método de solución de conflictos, es quien suministra un procedimiento y dirige la mediación. Así, se puede identificar roles estrictamente procedimentales,⁶⁰ como por ejemplo:

- a) Puede convocar a las partes a sesiones conjuntas o privadas.
- b) Puede finalizar el proceso de mediación si observa que este método no está funcionando para solucionar el conflicto.

En muchos casos es un instructor de los sujetos que por primera ocasión acuden a este método de solución de conflictos, ya que debe en primer lugar explicar en qué consiste la mediación y en segundo lugar, el procedimiento del diálogo y negociación que en este se efectúa.

Es el explorador de problemas por cuanto colabora con los sujetos del conflicto a que lo exploren y lo miren desde otras perspectivas, a fin de que en este proceso vayan identificando cuestiones e intereses importantes para lograr una solución.

Es importante que el mediador sea auto crítico cuando en determinadas ocasiones realiza sugerencias que pueden llevar a una solución que genere mayores problemas a las partes, para ello puede hacer uso de expresiones como *parece que no fue tan buena la idea que sugerí sobre....*

Es el multiplicador de recursos que, de ser necesario, va requerir la asistencia de expertos en un determinado tema, por lo que puede recomendar a las partes acudan a determinados especialistas sobre la materia que es objeto del conflicto.

Es el agente de la realidad, en primer lugar colabora con las partes a que su percepción sea concordante con los hechos, en algunas ocasiones los conflictos surgen por errores en la percepción; y, en segundo lugar al momento de que las partes proponen formulas solución las puede cuestionar cuando no son razonables, o son poco factibles.

A modo de conclusión se puede señalar que los MASC contribuyen por un lado a descongestionar el sistema judicial de todos aquellos casos en los cuales las partes, directamente o por medio de un tercero, pueden llegar a una solución amistosa; y en segundo lugar al mantenimiento de la paz social, logrando que las partes no se enfrenten

⁶⁰ *Ibíd.*, 26.

en un juicio, es decir evita que se tornen en adversarios, sino que por medio del diálogo lleguen a un acuerdo que satisfaga los intereses de todas las partes.

Entre estos métodos se tiene la mediación en el cual interviene un tercero que coadyuva con sus conocimientos y experiencia, a que las partes por sí mismas encuentren y adopten la solución al conflicto.

Ahora bien, se debe preguntar quiénes pueden transigir y en qué materias, si bien se debe partir indicando que puede transigir quien es titular del derecho objeto de la controversia y sobre materia transigible, sin embargo para tener una respuesta más concreta es necesario revisar la legislación de cada país, es por ello, en el presente caso, que en el capítulo siguiente se analizará la mediación en la legislación ecuatoriana, en especial en materia de contratación pública que es el objeto de la presente investigación.

CAPÍTULO II

La mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: en especial en materia de contratación pública

1. Regulación constitucional.

Los conflictos se presentan en todos los niveles de las relaciones de las personas, así a nivel familiar, vecinal, contractual, entre personas naturales, entre personas jurídicas privadas, entre personas jurídicas públicas, entre personas naturales y personas jurídicas privadas, entre persona naturales y personas públicas.

En la mayoría de Estados con la finalidad de que las partes de un conflicto lo solucionen de forma amistosa, y evitar que acudan al sistema adversarial de justicia, se incorporaron paulatinamente los métodos de solución de conflictos en sus disposiciones constitucionales e infraconstitucionales.

La Constitución del Ecuador de 2008 en el artículo 190 reconoce a la mediación como un método alternativo para la solución de conflictos, sin embargo hay que señalar que la Carta Constitucional de 1998 ya reconocía estos métodos y autorizaba su aplicación para la resolución de controversias.

En este sentido, por mandato constitucional, todo conflicto que verse sobre materia transigible puede ser solucionado por medio de la mediación así también lo ha expresado la Corte Constitucional. Por ejemplo en sentencia No. 134-14-SEP-CC el máximo órgano constitucional señaló que la mediación es “una vía adecuada para la solución de conflictos que surjan de los contratos...”⁶¹

En las siguientes líneas se observará cuál ha sido la regulación legal de la mediación y especialmente su regulación en materia de contratación pública.

⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 134-14-SEP-CC de 17 de diciembre de 2014.

2. Regulación legal

2.1. La Ley de arbitraje y mediación.

En el ámbito legal se tiene la Ley de Mediación y Arbitraje publicada el 14 de septiembre de 1997, la misma que fue derogada por la codificación de 14 de diciembre de 2006.

En primer lugar el artículo 43 del referido cuerpo legal nos brinda la siguiente definición de 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, que ponga *fin al conflicto*”. (Énfasis agregado).

Se han indicado, *vide supra*, los elementos esenciales de este método de solución de conflictos, los mismos que se encuentran reflejados en la definición de la ley, estos elementos son: negociación asistida, intervención de un tercero neutral, un acuerdo voluntario solo respecto a materia transigible (sobre este punto se tratará *ut infra*). El tercero imparcial es denominado mediador el cual debe estar autorizado para actuar como tal y pertenecer a un Centro de Mediación legalmente autorizado.

En segundo lugar determina quiénes pueden hacer uso de la mediación, al respecto el segundo inciso del artículo 44 determina: “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”.

Se ha indicado que los conflictos pueden surgir entre personas naturales, entre una persona natural y una persona jurídica de derecho privado o público, entre personas jurídicas de derecho privado, entre personas de público, entre personas de derecho privado y de derecho público, en todos estos casos conforme la disposición normativa citada cualquiera de las partes de la controversia pueden acudir a la mediación.

De tal modo que las personas jurídicas de derecho público pueden hacer uso de la mediación para solucionar los conflictos que se susciten con otras entidades públicas o con particulares, así lo dispone el tercer inciso del artículo 44 de la Ley en referencia, disposición que establece: “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.” (Énfasis agregado).

Se determinan 3 formas de expresar la voluntad de someterse al procedimiento de mediación, las cuales, conforme el artículo 46 de Ley de Mediación, son:

- a) Por medio de un convenio escrito entre las partes;
- b) Por solicitud de las partes o una de ellas; y,
- c) Por disposición del juez ordinario, de oficio a petición de parte, dentro de un proceso judicial.

Finalmente, conforme lo estatuye el artículo 47 de la ley en mención, el proceso de mediación concluye con un acta en la cual se expresará el acuerdo total o parcial, o la imposibilidad de lograrlo. Esta acta tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.

2.2. Las personas jurídicas del sector público como sujetos en la Mediación.

En primer lugar se tiene la disposición constitucional contenida en el artículo 190 que permite la solución de conflictos mediante los procedimientos alternativos, al proceso judicial. En la misma no existe restricción alguna respecto a los sujetos que pueden someterse a la mediación.

Ut supra se revisó de manera sucinta la regulación legal de la mediación, en el presente acápite se analizará dichos elementos en relación exclusiva con las personas del sector público.

2.2.1. El Sector público.

El Estado tiene entre sus deberes primordiales el garantizar el bien común⁶² para su población, así se desprende de lo determinado en el artículo 3 de la Constitución del Ecuador, para ello es necesario que cuente con una estructura orgánica que ejerza la actividad necesaria para el cumplimiento de estos propósitos. Este conjunto de órganos

⁶² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998), 108.

estatales conforman la administración pública⁶³, conocida comúnmente como sector público.

El artículo 225 de nuestra Carta Magna determina que el sector público se encuentra integrado por:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. 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.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

La administración pública es una persona jurídica, por tanto, “es un sujeto de derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etcétera.”⁶⁴ De ninguna manera afecta a la personalidad jurídica de la administración pública que dentro de ella existan distintos órganos, por cuanto las actuaciones que dichos órganos realizan son imputables a esta.⁶⁵

2.2.2 Potestades del sector público

La actividad de la Administración pública, de acuerdo al derecho administrativo, debe observar un principio básico que es el de legalidad. Este principio postula que el poder estatal debe siempre estar subordinado a la ley, la misma que determina límites a su actuación.⁶⁶ En el actual constitucionalismo se debe tener en cuenta el principio de constitucionalidad que establece que todas las actuaciones del sector público deben estar enmarcadas y no contravenir las disposiciones constitucionales, lo que implica no una eliminación del principio de legalidad, sino que la ley debe ser aplicada en concordancia con la Constitución.

⁶³ Respecto a la Administración Pública véase en Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, t.1. (Lima: Palestra, 2010), 241-60.

⁶⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Bogotá: Temis, 2008), 6.

⁶⁵ *Ibíd.*, 348.

⁶⁶ *Ibíd.*, 415.

En este sentido la Constitución del Ecuador en su artículo 226 prescribe lo siguiente: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

En efecto las potestades de la administración pública proceden directamente del ordenamiento jurídico, y en virtud de estas potestades esta realiza sus actividades, así lo menciona Eduardo García de Enterría: “la potestad es siempre una derivación de un *status* ilegal, por lo cual resulta inexcusable una norma previa que, además de configurarla, la atribuya en concreto.”⁶⁷ En este sentido las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, por cuanto son producto de las normas jurídicas. Las potestades de la administración pública deben ejercerse con la finalidad de conseguir el bien común de la población que forma parte del Estado. Estas potestades del poder público constan en la norma constitucional, en la cual también se determinan sus límites, entre estas tenemos por ejemplo la potestad sancionadora, normativa, de control, etcétera.

2.2.3. La relación de la Administración pública con los administrados.

Los órganos del sector público, independientemente de su función específica, ejercen la función administrativa, y para ello, al ser una persona jurídica, exterioriza su voluntad por medio de las *formas jurídicas* y logra su operatividad mediante las *relaciones jurídicas*.

a) Formas jurídicas.

Las formas jurídicas “son los modos de exteriorización o el continente jurídico de la función administrativa”, los cuales en síntesis son actos y hechos. Son actos jurídicos: los actos administrativos, los reglamentos administrativos, los actos de simple administración, y los contratos administrativos.⁶⁸

Tanto los actos administrativos, reglamentos administrativos, los actos de simple administración son una declaración unilateral de la Administración Pública o de quien está en ejercicio de la función administrativa. Estas formas de exteriorizar la voluntad difieren

⁶⁷ *Ibíd.*, 425.

⁶⁸ Dromi, *Derecho Administrativo*, 160.

en los efectos, los primeros producen efectos individuales en forma directa, los reglamentos administrativos o actos normativos generan efectos jurídicos generales en forma directa y los actos de simple administración son intraorgánicos y producen efectos jurídicos individuales de forma indirecta.

Entonces tenemos que el acto administrativo es una expresión jurídica que se exterioriza en un documento escrito que genera derechos y obligaciones para la administración pública y para los administrados, por ejemplo la destitución de un funcionario público, la convocatoria a un procedimiento contractual.

Los actos de simple administración de igual forma son una manifestación jurídica que sirve para la formación de un criterio de la administración pública, estos únicamente generan efectos por intermedio de los actos administrativos, actos normativos o hechos administrativos ejecutados en su consecuencia. Por ejemplo tenemos los términos de referencia que sirven para elaborar los pliegos precontractuales, los informes técnicos respecto al cumplimiento de obligaciones de un contratista.

Los contratos administrativos que constituyen “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”.⁶⁹ Verbigracia un contrato para la construcción de infraestructura pública celebrado entre una entidad estatal y una empresa.

Los hechos administrativos son la actuación material de la administración pública que produce efectos jurídicos directos o indirectos. Es decir por medio de esta forma jurídica las decisiones de la administración se tornan realidad, se convierten en hechos, por ejemplo la destrucción de una casa.

b) Relaciones jurídicas.

La relación jurídica se da entre dos sujetos de derecho, cuando uno de ellos es titular de un derecho y como contraparte el otro se encuentra en una relación de deber, es decir tiene una obligación hacia el titular del derecho. En las relaciones jurídico administrativas se tiene por un lado los ciudadanos y por otro la Administración pública.⁷⁰

⁶⁹ *Ibíd.*, 161

⁷⁰ *Ibíd.*, 162.

Como se indicó las relaciones jurídicas *concernen a la operatividad de la función administrativa*, estas son: de regulación, de organización, de prestación, de limitación, de intervención, de fiscalización, de protección, y de integración jurídico administrativas.⁷¹

En este sentido las relaciones jurídicas son el conjunto de vínculos o nexos que establece la administración pública con otros sujetos del derecho; mientras que los actos jurídicos son la forma de expresar su voluntad de establecer relaciones jurídicas con otras personas naturales o jurídicas.

En virtud de las relaciones jurídico administrativas y de las formas de expresión de voluntad de la administración pública pueden suscitarse controversias entre las entidades que forman parte del sector público y los administrados (personas naturales o personas jurídicas). Estos conflictos generalmente son solucionados por medio de la vía judicial, es decir por intermedio de un juicio contencioso administrativo.

A fin de que estos conflictos en los que una de las partes son las instituciones públicas sean resueltos por otra vía que la judicial, el tercer inciso del artículo 44 de la Ley Mediación y Arbitraje estableció la posibilidad de solucionarlos por medio de la Mediación.

3. El contrato administrativo como fuente de conflicto.

Uno de los actos jurídicos por medio de los cuales la administración pública exterioriza su voluntad son los contratos administrativos, estos no son una manifestación unilateral, sino un acto bilateral en el que interviene un particular (o también otra entidad del sector público) en virtud del cual se generan obligaciones (artículo 60 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública)⁷². El contrato administrativo, como señala Roberto Dromi, constituye una técnica de colaboración administrativa y de transformación del Estado.⁷³

Su regulación se realiza por medio del derecho administrativo mediante las normas que reglan la denominada *Contratación pública*, cuyos conflictos quedan adscritos a la jurisdicción contenciosa administrativa. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la Ley

⁷¹ *Ibíd.*, 162-4.

⁷² Ecuador, Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial No. 395, de 4 de agosto del año 2008.

⁷³ *Ibíd.*, 339-42.

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la que establece el régimen de los contratos administrativos celebrados por las Entidades del Estado, es así que el artículo 1 de la norma mencionada prescribe:

Art. 1.- Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
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.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos [...]
8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen [...]

En los contratos administrativos, como ya se ha indicado, por un lado se encuentra una persona jurídica prevista en el artículo citado, conforme indica el numeral 12 del artículo 6 de la Ley *ibídem*, se denominan *entidades contratantes*. Y por otro, el *contratista* que es “Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría” de acuerdo a lo previsto en el numeral 6 del artículo 6 de la Ley de la materia.

En un contrato celebrado entre particulares, formalmente, se presume que acuden en igualdad de condiciones, mientras que en un contrato administrativo no se presenta esta igualdad, en primer lugar por los intereses que representan cada una, por un lado el sector público representa el interés público y por otro el contratista representa intereses particulares.⁷⁴

Por esta razón el contratista no solo está obligado por las cláusulas contractuales como sucedería en un contrato entre particulares, sino también “por extensión”, lo está también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento

⁷⁴ García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, 665.

regular y continuo del servicio público, con el cual consiente en colaborar”,⁷⁵ en este sentido debe tener presente que el servicio u obra que se compromete a prestar o realizar está vinculado directamente con un servicio público, que en el caso de incumplimiento del contrato administrativo no afecta únicamente a la entidad contratante sino al interés general.

La administración pública en los contratos administrativos mantiene *clausulas exorbitantes*, lo que evidencia claramente que no existe igualdad, sino que tiene privilegios, que no se determinan en los contratos de derecho privado. Entre esas cláusulas exorbitantes se tiene la prerrogativa de decisión unilateral y ejecutoria que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato, sin perjuicio de su impugnación en sede administrativa o contenciosa administrativa.

En ejercicio de esta prerrogativa la administración puede decidir sobre la validez de un contrato, interpretar su contenido, establecer las condiciones de cumplimiento, determinar cuando existe incumplimiento de las obligaciones contractuales y en este caso establecer las sanciones que correspondan, liquidar el contrato, entre otras atribuciones.⁷⁶ Estas facultades no resultan exclusivamente del contrato sino de la posición jurídica general de la administración pública, de modo que en sí es extracontractual, ya que estas potestades surgen de la propia ley.

Así en la Ley del Servicio Nacional de Contratación Pública se establece entre otras prerrogativas las siguientes: la máxima autoridad de la entidad contratante puede declarar en forma anticipada y unilateral de la terminación del contrato cuando este haya sido celebrado en contra de norma expresa, de cierto modo se le otorga a la administración pública el poder de determinar la validez o no de un contrato (artículo 64); la supervisión y fiscalización del Contrato (artículo 70) por lo que puede adoptar las medidas necesarias para la adecuada ejecución del contrato (artículo 80); multas por incumplimiento de las obligaciones contractuales (artículo 71); celebrar contratos modificatorios (artículo 72); ejecutar las garantías de fiel cumplimiento, de anticipo, técnicas (artículos 74, 75 y 76) o disponer la devolución de las mismas (artículo 77); realizar la recepción provisional y definitiva de los servicios y obras para ello tiene la facultad de determinar si los mismos

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, 670

se encuentra de acuerdo a las estipulaciones contractuales (artículo 81); celebrar contratos complementarios (artículo 85, 86 y 87), declarar la terminación unilateral del contrato por alguna de las causales determinadas en el artículo 94.

Estas prerrogativas no significan que la administración pública puede realizarlas de forma arbitraria, pues a fin de no vulnerar derechos de los contratistas, debe observar el debido proceso en cada uno de los trámites que se efectúe para ejercer estas potestades extraordinarias.

Como se observa la entidad contratante posee varias potestades exclusivas de supervisión y control en la fase de ejecución del contrato administrativo, a fin de garantizar su cumplimiento. Y es en virtud de estas prerrogativas en relación con la ejecución del contrato que pueden surgir conflictos entre la entidad contratante y el contratista.

Por tal motivo, el legislador estableció las siguientes formas para solucionarlos: En primer lugar los métodos alternativos de solución de controversias como son: la mediación y el arbitraje (artículo 104 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública); y de no someterse a los mecanismos mencionados se sujetará a la vía contenciosa administrativa (artículo 105 *ibídem*).

4. Mediación en materia de contratación pública

La Constitución, como ya se indicó, faculta el empleo de la mediación para la solución de controversias; el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado prescribe que las personas jurídicas del sector público pueden someterse al procedimiento de mediación;⁷⁷ y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que la mediación es un método válido para la solución de las controversias que surjan de los contratos administrativos,⁷⁸ esto se ve reflejado en los

⁷⁷ Ecuador, Congreso Nacional, Ley de la Procuraduría General del Estado, Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004. Artículo 11. “Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de 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. 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”.

⁷⁸ La doctrina admite que la mediación procede en las controversias que surgen de la ejecución del contrato público. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo* (Bologna: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000), 46.

documentos precontractuales, denominados pliegos, los cuales contienen las especificaciones técnicas de los servicios o productos requeridos por la entidad pública, así como el procedimiento de la fase precontractual.

Con base en la Ley de Mediación, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento, así como los pliegos de cumplimiento obligatorio elaborados por el Servicio Nacional de Contratación Pública (órgano rector en materia de contratación pública –artículo 6.14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública-), se va a determinar quiénes, cómo y qué se puede transigir.

4.1. ¿Quiénes pueden decidir someterse al mecanismo de mediación las controversias en materia de contratación público?

La ley de mediación en el artículo 44 establece entre las personas que pueden someterse al procedimiento de mediación a las personas jurídicas públicas. Para ello determina que 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.”

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que el personero facultado para contratar es la máxima autoridad de la institución pública (artículo 6 numeral 16), esta facultad puede ser delegada a otros funcionarios por medio de una resolución, no es necesaria su publicación en el Registro Oficial (artículo 61). Es frecuente que las entidades públicas determinen en sus reglamentos o estatutos de organización los funcionarios con facultad para suscribir los contratos administrativos.

Las instituciones públicas tienen un régimen jurídico general y específico al cual debe ceñirse sus actuaciones, así por ejemplo: La Función Ejecutiva tiene como norma que regula su organización y funcional al Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)⁷⁹ y la estructura y organización de sus organismos descentralizados, además de observar la Función Legislativa tiene como su norma de organización la Ley Orgánica de la Función Legislativa⁸⁰ y el Reglamento Orgánico

⁷⁹ Ecuador, Presidencia de la república, Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536, de 18 de marzo de 2002.

⁸⁰ Ecuador, Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial 642, de 27 de julio de 2009.

Funcional de la Asamblea Nacional,⁸¹ el régimen de organización y funcionamiento de la Función Judicial se encuentra previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial⁸² y el Estatuto de Gestión Organizacional,⁸³ o en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados se rigen por el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial (COOTAD)⁸⁴ y los estatutos de organización de cada uno de los GADS.

Como se indicó en las normas de organización y funcionamiento de cada institución pública se determina los funcionarios que están facultados para contratar en nombre de ellas, que puede ser uno o varios, y los casos en los que cada uno de ellos puede contratar, así por ejemplo: En el caso de la Asamblea Nacional es el administrador general quien está facultado a suscribir los contratos (artículo 28, literal d) del Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional); en el caso de la Función Judicial el Subdirector Nacional de Proveeduría está facultado a celebrar contratos en el ámbito de su competencia, el Coordinador Provincial Administrativo puede contratar los servicios de mantenimiento de las obras de infraestructura civil y los servicios de seguridad dentro de su jurisdicción,(4.2.2.1. literal i) y n), y así otras autoridades de esta función.

En el ámbito de la Función Ejecutiva cada uno de sus ministerios o secretarías determina su organización y funcionamiento, y por lo tanto cuales son las autoridades que pueden suscribir los contratos, por ejemplo en el Ministerio de Turismo el Coordinador Administrativo Financiero está facultado para suscribir los contratos de esta entidad.

En conclusión para determinar cuál es la autoridad facultada para contratar es necesario revisar las normas de organización y funcionamiento de cada entidad, y consecuentemente así identificar también si este funcionario está facultado por sí mismo a acudir al procedimiento de mediación o requiere autorización especial de la máxima autoridad.

La ley de mediación determina que la facultad de expresar el consentimiento para solucionar un conflicto por medio del procedimiento de mediación puede ser delegada

⁸¹ Ecuador, Consejo de Administración Legislativa, Asamblea Nacional del Ecuador, Estatuto Orgánico de la Función Legislativa., Registro Oficial 642, de 27 de julio de 2009.

⁸² Ecuador, Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial 544, de 9 de marzo de 2009.

⁸³ Ecuador, Consejo de la Judicatura, Estatuto de Gestión Organizacional del Consejo de la Judicatura, Registro Oficial Edición Especial No. 158, de 28 de abril de 2014.

⁸⁴ Ecuador, Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial, Registro Oficial 303, de 19 de octubre de 2010.

mediante poder. El poder debe ser emitido conforme lo determina el artículo 42 literal 1, esto significa que es suficiente que se lo realice por medio de un oficio emitido por la autoridad competente, claro que debe constar expresamente la facultad para transigir.

En cuanto a la persona natural o jurídica contratista pueden expresar su consentimiento de someterse al mecanismo de mediación, el representante legal o un procurador judicial designado por medio de un poder, en el cual debe existir cláusula especial para transigir.

4.2. ¿Cómo expresan su voluntad de solucionar las controversias por medio del procedimiento de mediación?:

En el presente acápite se analiza cómo las partes de un conflicto en materia de contratación pueden expresar su voluntad de someterse al procedimiento de mediación. Para ello es necesario en primer lugar revisar el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual determina las siguientes formas de acceder a la mediación: a) Mediante convenio escrito entre las partes; b) A falta de convenio escrito mediante solicitud de las partes o de una de ellas; y, c) Por disposición del juez competente.

En materia de contratación pública ni la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni su reglamento establecen la forma de someterse al procedimiento de mediación, sin embargo en los modelos de contratos que determinados en los pliegos⁸⁵ precontractuales, elaborados por las entidades contratantes con base en los modelos del Servicio Nacional de Contratación Pública, se encuentra establecida una cláusula de solución de controversias. En este sentido “el convenio de mediación no es otra cosa que, aquel que se encuentra debidamente establecido en una cláusula contractual (compromisoria)”⁸⁶.

⁸⁵ Los pliegos son los documentos precontractuales en los cuáles constan las condiciones de participación en un determinado procedimiento de contratación, en estos se determinan: la convocatoria, el objeto de la contratación, el presupuesto referencial, las especificaciones técnicas del bien o servicio, las condiciones del procedimiento, los parámetros de la evaluación de las ofertas, las obligaciones de las partes, y el proyecto del contrato (artículo 6, numeral 24 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública y artículo 20 de su reglamento). Los modelos de pliegos pueden ser revisados en la página web del Servicio Nacional de Contratación de Compras Públicas: <<http://portal.compraspublicas.gob.ec/compraspublicas/normativas>>. Consulta: 21 de febrero de 2017.

⁸⁶ Héctor Mesías Echanique Cueva, *La mediación una alternativa a la solución de conflictos en el Ecuador* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 55.

En esta cláusula se determina el siguiente contenido (puede variar, sin embargo siempre debe constar expresamente la voluntad de someterse al procedimiento de mediación):

Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria, las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a mediación y será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

Si respecto de la divergencia o divergencias suscitadas no existiere acuerdo, y las partes deciden someterlas al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será competente para conocer la controversia el Tribunal distrital de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio principal de la Entidad Contratante.⁸⁷

Esta cláusula establece el convenio de las partes de tener como primer recurso para solución de las controversias la negociación directa (acuerdo amigable), si no se encuentra una respuesta favorable a la controversia el segundo mecanismo es la mediación; y solo en última instancia acudir al proceso contencioso administrativo.

En el caso de no existir una cláusula contractual en la que se determine la mediación como un medio de solución de controversias que surjan en torno al contrato administrativo, no es impedimento para hacerlo. A falta de dicha cláusula cualquiera de las partes (entidad contratante o contratista) pueden acudir al Centro de Mediación y presentar su solicitud.

Si es la institución pública la que realiza la solicitud, de manera previa se requiere la autorización expresa de la máxima autoridad; y en el caso de que el contratista sea el solicitante, para aceptar la mediación de igual manera debe existir el pronunciamiento expreso de la máxima autoridad. Es decir en el caso de controversias en materia de contratación pública, se puede someter a la mediación ya sea mediante convenio escrito (incluido como cláusula en el contrato), o a solicitud de las partes.

⁸⁷ Esta cláusula fue tomada del Contrato de Menor Cuantía No. MCBS-MT-2014-003 del mes de mayo de 2014, celebrado entre el Ministerio de Turismo y el contratista Rubén Basantes Cabrera.

4.4. ¿Qué es lo que se puede transigir en controversias en materia de contratación pública?

Por medio del procedimiento mediación únicamente se pueden someter controversias que versen sobre materia transigible, al respecto en primer lugar se identificará qué puede ser objeto de transacción. El Código Civil en el libro cuarto, título XXXVIII regula la institución de la transacción, de dichas disposiciones se desprenden las siguientes reglas sobre la materia transigible:

- No cabe la transacción cuando implique la renuncia de un derecho que no es objeto de la controversia. (Artículo 2348 Código Civil).
- Solo se puede transigir la persona que es titular de los derechos que son objeto de la controversia que somete a mediación, en la materia que nos ocupa, solo el contratista y la entidad contratante, o una tercera persona con poder y autorización para transigir otorgado por las partes del contrato. (Artículos 2349 -2350 Código Civil). Es decir no procede la transacción sobre derechos ajenos (Artículo 2354 Código Civil)
- Puede ser objeto de transacción la acción civil que nace de un delito. (Artículo 2351 Código Civil)
- No procede la transacción sobre el estado civil de las personas. (Artículo 2352 del Código Civil)
- No se puede transigir sobre derechos que no existen. (Artículo 2354 del Código Civil).

El Código Civil regula las relaciones entre particulares, en este sentido al regular la transacción lo hace específicamente en el ámbito privado, y se determina como límite a la autonomía de la voluntad de las partes, a fin de garantizar determinados temas de orden público como es la protección del interés colectivo y el respecto al orden jurídico

Una vez identificadas las reglas generales sobre la materia transigible, las mismas que son aplicables al derecho privado, es necesario establecer qué puede ser objeto de transacción en el derecho público, específicamente en materia de contratación pública.

La controversia surge del contrato administrativo, es decir en la etapa contractual que “se identifica por el periodo de tiempo durante el cual los co-contratantes deben

ejecutar las prestaciones estipuladas, y comprende desde el perfeccionamiento hasta su finalización, independientemente del motivo determinante de ésta.”⁸⁸

La institución de la transacción y su objeto transigible en materia de derecho público debe ser matizado, por cuanto uno de los sujetos parte de la controversia es la administración pública, por esta razón el tema de la transigibilidad en derecho público no debe recibir el mismo tratamiento que en derecho privado, por cuanto las autoridades públicas actúan con base a las potestades legales y constitucionales y no pueden hacer caso omiso al ordenamiento jurídico.

En relación a este tema Juan Pablo Aguilar expresa que: “En otras palabras, la noción de transigibilidad, en el sentido de límite a la libertad individual, como se la entiende en el Derecho Privado, no se aplica en el Derecho Administrativo, porque no cabe utilizar una institución que busca poner límites al ejercicio de derechos que, en el caso de los órganos administrativos, no existen”.⁸⁹

Las instituciones públicas en su actuar deben respetar la siguiente máxima: *en derecho público solo se puede hacer lo que la ley permite*, de tal modo la administración pública dentro de su ámbito de acción únicamente puede ejercer las potestades que la ley le otorga, es decir debe observar el principio de legalidad.

En este sentido en materia de contratación pública las potestades de dictar la terminación unilateral del contrato, el poder de dirección, fiscalización y control y el poder sancionatorio de la administración no pueden de ninguna manera ser objeto de la mediación.

Dentro de las potestades de control y sanción se tiene la terminación unilateral del contrato determinada en el artículo 94 de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. La norma referida establece las siguientes causales en las que procede terminar con el contrato de forma unilateral, estas son:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;

⁸⁸ Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2 ed. (Bogotá: Temis, 2012), 7.

⁸⁹ Juan Pablo Aguilar Andrade, “Derecho administrativo y transigibilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 6 (2014), 261.

4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este contexto la terminación unilateral es una prerrogativa de la Administración pública, una cláusula exorbitante en los contratos públicos, que se puede dictar siempre y cuando se cumpla uno de los presupuestos que constan en la norma citada, y de ser así el caso de ningún modo puede ser objeto transigible esta potestad, de tal modo que cuando la controversia surja de la resolución administrativa en la que se dicta la terminación unilateral del contrato, esta decisión en ningún momento puede ser objeto transigible, por lo tanto tampoco se puede aplicar la mediación para solucionar este conflicto.

El poder de dirección, fiscalización y control tiene como objetivos: “(i) asegurar que el contrato alcance el fin público específico que sanciona la ley, (ii) procurar que el contrato se cumpla de la manera convenida, y (iii) facilitar que el contrato se cumpla del modo más satisfactorio a la consecuencia del interés público”.⁹⁰

En virtud de la potestad de dirección, fiscalización y control la entidad contratante ejerce la atribución de policía con el único fin de asegurar el cumplimiento a cabalidad del objeto contractual, esto bajo las condiciones y especificaciones determinadas en el texto contractual. Esta potestad es limitada, ejercida de acuerdo con la ley y el propio contrato, por lo cual no autoriza a la administración a intervenir en la esfera del contratante cuando esté da cumplimiento a las cláusulas contractuales. Al respecto determina el artículo 70 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con

⁹⁰ Claudio Mayorga Klenner, *Contratación Administrativa* (Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 2012), 223.

pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones.

Las atribuciones de dirección, fiscalización y control no serían de utilidad sin el poder de sancionar en caso de incumplimientos contractuales, esto es la potestad sancionatoria que tiene como fin la necesidad de asegurar el cumplimiento del contrato. El contratista al suscribir el contrato entra a una sujeción especial en relación con la entidad contratante, por lo cual la administración adquiere la capacidad de imponer sanciones de carácter disciplinario.⁹¹ Las sanciones que puede adoptar la entidad contratante son: multas y la declaración de la terminación unilateral por el incumplimiento contractual, conforme lo determinan los artículos 71 –inciso segundo- y 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que en todo contrato administrativo se debe determinar una cláusula obligatoria de multas. Las multas serán consecuencia del incumplimiento del cronograma de actividades determinado en los contratos, así como también por incumplimiento de toda obligación contractual. Las multas impuestas pueden ser objeto de impugnación en sedes administrativa y judicial.

En la mediación en ningún momento se discute la facultad sancionatoria de la entidad pública, sino si las causas que generaron la multa son las correctas y si la cuantía de la multa está correctamente determinada. En este sentido en una controversia que surja con relación a las multas, el objeto materia de discusión y sobre el cual podrá acordar será las causas de la sanción y el valor generado por este concepto, pero en ningún momento conllevará la renuncia de la potestad de la entidad pública de imponer la sanción si ha existido justa causa.

En consecuencia estas potestades públicas derivadas de la ley y establecidas en el contrato no son renunciables por lo tanto no se puede hablar de su transigibilidad, pero si podrá ser objeto de un acuerdo las causas y los efectos derivados del ejercicio de sus atribuciones legales,, en este sentido Héctor Romero Díaz expresa: “La materia conciliable no es la legalidad del acto, sino los efectos patrimoniales de éste. Cuando la

⁹¹ *Ibíd.*, 235.

administración se convence de la ilegalidad de un acto, dentro de la etapa conciliatoria, y concilió, no está negociando su legalidad, sino sus consecuencias.”⁹²

Se debe tener en cuenta que la Administración Pública representa no un interés particular sino el interés público, que es el de los ciudadanos, por lo cual para determinar en cada caso en concreto qué puede ser transigible en el ámbito de contratación pública se debe tener razones demostrables que hagan aconsejable la transacción.⁹³

En materia de contratación pública las potestades de terminación unilateral del contrato, el poder de dirección, fiscalización y control y el poder sancionatorio de la administración no son negociables ni transigibles. Si puede ser objeto de dialogo y de un examen ante un mediador las causas que motivan a la institución pública para adoptar dichas decisiones y los efectos que ellas generan, lo que no implica una renuncia de las potestades públicas.

Es decir una vez que la administración adopta una resolución en ejercicio de las potestades atribuidas por la ley y el contratista está en desacuerdo respecto a la decisión, puede hacer uso de los recursos administrativos que prevé la ley para su impugnación⁹⁴ con la finalidad de que la propia administración revise sus actuaciones, o acudir a la mediación para revisar las circunstancias por las cuales la entidad contratante adoptó su resolución, y de ser necesario reformar o revocar la resolución administrativa si esta no tiene los debidos fundamentos.

Verbigracia, si en el caso de imposición de multas por incumplimiento contractual el contratista no está de acuerdo con el monto de las mismas puede acudir a la mediación para solucionar dicha controversia, al asistir la Administración Pública a este procedimiento va a dialogar, examinar y llegar a un acuerdo, no sobre la potestad sancionatoria, sino con base a las circunstancias alegadas y probadas por el contratista, llegar a un acuerdo sobre las mismas, es decir establecer si las multas se encuentran correctamente determinadas, y de no ser así corregir dichos valores.

⁹² Héctor Romero Díaz, *La conciliación judicial y Extrajudicial* (Bogotá: Legis, 2006), 183.

⁹³ Víctor Sebastián Baca Oneto, “Los medios «alternativos» de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la ley de Contratos y Adquisiciones del Estado), *Arbitration* No. 1 (2006), 221-48.

⁹⁴ El artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública otorga el recurso de apelación para impugnar los actos administrativos emitidos por las entidades contratantes.

Así por ejemplo⁹⁵ el Ministerio de Telecomunicaciones –MINTEL- con la Empresa Consultora Consulting para diseñar un sistema de gestión de la calidad del ministerio. EL 7 de abril de 2014 la consultora entrega el informe final y todos los productos. El 30 de mayo de 2014 suscriben el acta final de entrega recepción única y definitiva. Una de las obligaciones de la contratista era entregar una garantía técnica al momento de la suscripción de acta, la misma que fue entregada el 25 de noviembre de 2014, esta póliza de seguros no fue aceptada por el MINTEL por cuanto la misma era por un periodo de tiempo inferior al previsto en el contrato.

Por esta razón el MINTEL el 16 de junio de 2015 terminó de forma unilateral el contrato e impuso una multa de 217.875,00 dólares por 415 días de retraso contados desde el 11 de abril de 2014 –entrega del anticipo- a 31 de mayo de 2015. Frente a esta resolución emitida por la entidad pública surge la controversia, por cuanto la contratista considera que no existía argumentos para dar finalizado el contrato de forma unilateral, por esta razón se da el procedimiento de mediación.

En informe técnico de 29 de febrero de 2016, la Directora del MINTEL informó que en la determinación de las multas existen errores, siendo lo correcto 93.450,00 dólares por 178 días, quedando un valor pendiente de 169.050,00 dólares.

Una vez realizado el proceso de mediación las partes acordaron: 1. La consultora aceptó haber incurrido en retardo de las obligaciones contractuales al no haber entregado oportunamente y en el plazo de vigencia que correspondía la garantía técnica. 2. La consultora acepta que se retenga el valor de 33.000 en lugar de la garantía técnica. 3. El MINTEL se compromete a revocar la resolución con la cual se finalizó de manera unilateral el contrato. 4. El MINTEL se compromete a cancelar el valor de 136.050,00 dólares.

Como se observa en el caso antes descrito en ningún momento es objeto de la mediación la potestad sancionadora de la entidad pública sino los elementos que se consideraron para imponer las multas, situación que tuvo como consecuencia la disminución del valor de las multas y la revocatoria de la resolución de la terminación unilateral del contrato.

⁹⁵ Teniendo en consideración el principio de confidencialidad en el presente ejemplo las denominaciones sociales de la entidad pública y del contratista se sustituyen por otros nombres.

Otro ejemplo⁹⁶ es el suscitado entre la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC (entidad contratante) y Trafigura Beheer BV (contratista). La controversia se genera por cuanto Trafigura solicitó la terminación del contrato por mutuo acuerdo argumentando que el precio del GLP varió, lo cual afectaba al equilibrio contractual, sin embargo EP FLOPEC ante la petición y abstención de la contratista decidió finalizar el contrato de forma unilateral. Una vez sometido al proceso de mediación el contratista se comprometió a proveer de GLP, al precio pactado contractualmente; mientras que EP FLOPEC se obligó a revocar la resolución de terminación unilateral del contrato.

Una vez identificado qué puede ser objeto de diálogo y discusión en el procedimiento de mediación en materia de contratación pública es necesario indicar que para contraer obligaciones las instituciones públicas deben contar con la respectiva certificación presupuestaria en la que conste la existencia de los recursos (artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas – en lo sucesivo COPFP-), por cuanto una vez que se suscriba el acta de mediación dichos recursos quedan comprometidos y no podrán ser destinados para otro fin (artículo 116 COPFP). En este sentido el artículo 178 COPFP determina taxativamente la prohibición de comprometer recursos públicos sin contar con la respectiva certificación presupuestaria.

4.5. El procedimiento de la Mediación.

En el proceso de mediación, teniendo como base el reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado (en adelante Reglamento CM-PGE),⁹⁷ se pueden identificar las siguientes etapas:

1. Solicitud

En líneas anteriores se expresó las formas en las que pueden manifestar la voluntad de someterse al procedimiento de mediación. Si existe un convenio escrito de aceptación de la mediación, cualquiera de las partes realizar la petición al Centro de Mediación a fin de que se inicie el procedimiento respectivo.

⁹⁶ El presente caso se encuentra publicado en el informe de gestión del año 2014, Procuraduría General del Estado, Informe de Gestión año 2014, 68-75, «http://www.pge.gob.ec/images/publicaciones/rc2014_pge_02.pdf»

⁹⁷ Ecuador, Procuraduría General del Estado, Resolución No. 037, Registro Oficial de 20 de enero de 2016.

En el caso de no existir acuerdo escrito, la solicitud puede ser suscrita por las dos partes (entidad contratante y contratista) y en ella expresar su voluntad de someter la controversia al procedimiento de mediación; o, cualquiera de las partes puede presentarla, sin embargo se requiere que la otra parte exprese su consentimiento de someterse a este mecanismo de solución de controversias.

El reglamento CM-PGE en su artículo 21 determina el siguiente contenido de la solicitud de mediación:

1. Nombres y apellidos de los solicitantes y la calidad en que comparecen;
2. Direcciones de las partes, números telefónicos; además podrán incluir números de casilla judicial de los profesionales que los patrocinen, de fax y/o correo electrónico, etc.;
3. Un resumen de la naturaleza del conflicto susceptible de mediación;
4. Firma de los solicitantes y/o de su abogado patrocinador;
5. Nombramiento del representante legal del solicitante, de ser el caso;
6. Otros documentos relacionados con el conflicto, tales como: contratos, informes, partidas de nacimiento, etc.; y, delegación, poder o procuración judicial; y,
7. De tratarse de un caso con el sector público, una declaración de que existe o no un proceso administrativo, arbitral o judicial pendiente, así como examen especial de la Contraloría General del Estado; incluyendo los detalles del o los procesos.” (Énfasis agregado).

En el séptimo requisito se pueden identificar dos elementos:

- a) La declaración de la existencia o no de un proceso administrativo, arbitral o judicial.

Tanto si la solicitud la realiza la entidad contratante o el contratista siempre deben realizar esta declaración. Cabe anotar que la existencia de algún tipo procedimiento administrativo o arbitral no impide iniciar la mediación, pero en estos casos se suspende la tramitación de los mismos.

- b) Examen especial de la Contraloría General del Estado.

El examen especial verifica, estudia y evalúa aspectos específicos o de una parte de las actividades concernientes a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental de las instituciones públicas, aplica las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen. Y finaliza con el informe que deberá contener comentarios, conclusiones, recomendaciones.

2. Admisión y designación del mediador.

Una vez presentada la solicitud el director del centro de mediación analizará dos situaciones:

a) El cumplimiento de los requisitos determinados en el numeral anterior.

Si no cumple, dispondrá que la o las partes procedan a completar su petición.

b) Si se trata de materia transigible.

El Director del centro de mediación debe realizar un examen del objeto de la controversia, en el caso de contratación pública deberá identificar que no se trate de ninguna de las potestades públicas que posee la administración pública en relación al contrato.

Una vez que se identifica que la petición cumple con los requisitos y que versa sobre materia transigible admitirá a trámite la misma y se procede a designar al Mediador, quien debe expresar su aceptación mediante escrito dirigido al Director del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. (Artículos 22 y 23 del Reglamento CM-PGE).

3. Convocatoria

Una vez que el mediador ha aceptado su designación, se debe señalar día y hora en la que se llevará la audiencia respectiva, en lo posible se coordinará con las partes para este señalamiento. Si es el caso en el que una de las partes presentó su solicitud individual se procederá a notificar a la otra parte; la notificación pone en conocimiento de la otra parte. Notificado que ha sido el sujeto invitado, este puede presentar su oposición a someterse a este método de solución de controversias, o su aceptación. Es necesario además notificar al Procurador General del Estado quien designará un delegado para que asista a las audiencias que se efectúen en este procedimiento.

En el caso que una o las partes no comparezcan a la convocatoria por dos ocasiones, es evidente la ausencia de voluntad de solucionar la controversia por este mecanismo, por lo que se debe elaborar la respectiva *acta de imposibilidad de mediación*. Si asisten las dos partes se instalará la audiencia respectiva.

4. Audiencia de mediación

A la audiencia pueden asistir las partes involucradas por sus propios derechos o por medio de sus apoderados. Las partes se reúnen con el mediador a quien expondrán los

hechos del conflicto (antecedentes, causas, motivos) con la finalidad de identificar el punto central de la controversia, y cuáles son los intereses de las partes.

Una vez identificado cual es el interés de las partes, cada una de ellas expondrá las posibles soluciones a la controversia que satisfagan los intereses de ambas partes. De ser necesario contar con expertos en un determinado tema las partes podrán designarlo de mutuo acuerdo. Los honorarios de los expertos correrán por cuenta de las partes.

El mediador durante el desarrollo de la audiencia puede hacer uso de distintos modelos⁹⁸ y técnicas⁹⁹ para conducir de manera amigable el diálogo entre los comparecientes y lograr obtener propuestas claras y concretas en virtud de las cuales procedan a la negociación para llegar a un acuerdo (artículo 27 del Reglamento CM-PGE).

5. Elaboración del acta final.

La mediación finaliza con la firma del acta que es el documento en el cual se deja constancia de las actuaciones realizadas en la audiencia y la resolución final a la que han llegado las partes (artículo 47 de la Ley de Mediación).

4.6. El acta de mediación.

4.6.1. Tipos de actas de mediación.

El acta final puede ser de tres tipos:¹⁰⁰

a) Acta de mediación de acuerdo total.

Expresa una solución definitiva a la controversia, refleja el acuerdo de las partes de poner fin al problema. Tiene el mismo valor de una sentencia ejecutoriada, por lo tanto tiene efecto de cosa juzgada.

Es decir la controversia que es resuelta por intermedio de un acta de mediación no se puede acudir a un proceso judicial ya que dicho conflicto ya ha sido solucionado, además el acta de mediación no puede ser impugnada, y para su ejecución se requiere seguir el proceso de ejecución determinado en el Código Orgánico General de Procesos.

⁹⁸ Entre los modelos que se puede aplicar en la mediación se tiene: el de la Escuela de Harvard, el Transformativo, el Circular Narrativo. Manuel Álvarez Torres, Beatriz Gil vallejo y Juan Jesús Morcillo Jimenez, *Mediación Civil y Mercantil* (Madrid: Dickinson, 2013), 147-50.

⁹⁹ Entre estas técnicas se tiene: la confrontación, el reencuadre, la recontextualización, el resumen. María Ángeles Peña Yáñez, *El Proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador* (Madrid: Dickinson, 2013), 64-98.

¹⁰⁰ Echanique Cueva, *La mediación una alternativa a la solución de conflictos en el Ecuador*, 72.

En el caso de existir un proceso en trámite una vez suscrita el acta de mediación, el Director del Centro de Mediación debe informar a la autoridad judicial quien procederá a disponer el archivo de la causa.

b) Acta de mediación de acuerdo parcial.

Esta acta se realiza cuando las partes han llegado a una solución de parte de la controversia, mientras que sobre otros aspectos se mantiene la disputa. Y es sobre esta última parte que está pendiente de solución que puede dirimirse ante la justicia ordinaria.

c) Acta de imposibilidad de mediación (ningún acuerdo de las partes).

En este documento se va a expresar y certificar que las partes de la controversia no llegaron a acuerdo alguno; esto puede suscitarse por dos situaciones: cuando las partes o una de ellas no han asistido a la audiencia; o, en el caso de haberse llevado la diligencia las partes no lograron llegar a ningún acuerdo.

4.6.2. Requisitos de forma y de fondo en las actas de acuerdo de mediación.

La Ley de Mediación expresa lo siguiente: “En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador” (artículo 47, inciso segundo).

El Reglamento CM-PGE nos determina con mayor precisión el contenido del acta de mediación, los cuáles se considera deben ser los que por lo mínimo deben reflejar las actas respecto a la mediación en materia de contratación pública. Siguiendo lo previsto en el artículo 31 del reglamento referido, se puede establecer como elementos necesarios del acta de mediación los siguientes:

- a) Información de los comparecientes. Los nombres y apellidos, y la calidad en la que comparecen.
- b) Antecedentes.
 - a. Los hechos que originaron el conflicto, información sobre la petición, las convocatorias y las audiencias realizadas.
 - b. Por ser casos en los que interviene una institución del sector público, además debe hacerse constar.

- i. El informe técnico, de fiscalización o del administrador del contrato;
- ii. Informe económico-financiero, de ser el caso;
- iii. *Informe jurídico fundamentado, pronunciándose favorablemente sobre la conveniencia y legalidad de los acuerdos arribados en la mediación, así como que se trata de materia transigible; y,*
- iv. Certificación presupuestaria, conforme lo dispuesto en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuando los acuerdos impliquen la erogación de recursos públicos.

c) Acuerdos.

Debe contener la solución a la cual han llegado de mutuo consenso, determinando de forma clara las obligaciones a cargo de cada una de las partes, la forma y el plazo en que deben ser cumplidas.

d) Responsabilidad del acuerdo.

Las partes en primer momento declararán que los documentos que se aportaron como sustento del acuerdo son auténticos; y en segundo lugar deberán designar quiénes son los responsables (sobre todo en el caso de la institución pública) de dar cumplimiento al acuerdo logrado.

e) Autorización o delegación.

El documento en el cual el Procurador General del Estado autorizar que procede acordar sobre los temas en controversia, debe adjuntarse al expediente del proceso de mediación.¹⁰¹ Es necesario que en el contenido del acta se haga referencia a esta autorización.

f) Aceptación.

Las partes expresarán de manera clara que de forma libre y voluntaria decidieron llegar a una solución amigable, así como la aceptación de los efectos que se genera en virtud del acuerdo.

¹⁰¹ Ley de la Procuraduría General del Estado, artículo 5. “Del ejercicio del patrocinio del Estado.- Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para: [...] 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”.

g) Cuantía.

Se determinará el valor monetario que implica el acuerdo, o de ser el caso se declarará que se trata de cuantía indeterminada, sin embargo no excluye la opción de establecer condiciones cuyo valor sean determinables.

h) Plazo

Es necesario determinar el periodo de tiempo en el cual las partes deben cumplir los compromisos adquiridos, para que en el caso de incumplimiento en el plazo pactado poder demandar su ejecución.

i) Pago de servicios de la mediación.

Las partes determinarán a cargo de quien estará el pago de los rubros de la mediación.

j) Firmas.

Las partes y el mediador suscribirán el acta de mediación. La Ley de Mediación determina que “Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas” (artículo 47, inciso tercero).

Finalmente para concluir el tema de mediación en materia de contratación pública debemos revisar cuál ha sido la casuística respecto a las causas ingresadas y su finalización, para el efecto a continuación consta la información proporcionada por la Procuraduría General del Estado:

De los datos referidos se observa que de las peticiones ingresadas en las cuales una de las partes son entidades del sector público, de dichos casos la mayoría corresponden temas referentes a contratación público. Ahora bien de las causas concluidas en cada año, tenemos que finalizaron con acuerdo total el 29 % en el año 2013, el 34 % en el año 2014, el 32 % en el año 2015 y el 48 % en el año 2016; mientras que el 31 % en el año 2013, el 19 % en el año 2014, el 17 % en el 2015, y el 30 % de las solicitudes de mediación finalizaron por falta de comparecencia (la mayoría de ausencia por parte de los representantes de las instituciones públicas).¹⁰⁶ 5. Efecto y ejecución del acta de mediación.

¹⁰⁶ Ibid.

	2013 ¹⁰²	2014 ¹⁰³	2015 ¹⁰⁴	2016 ¹⁰⁵
Total de solicitudes ingresadas	903	1175	1193	1012
Solicitudes en el ámbito del sector público	407	648	787	542
Solicitudes en materia de contratación pública	314	429	341	357
Del total de solicitudes ingresadas en las que intervino el sector público a continuación se va a observar el estado de estos procesos al finalizar cada uno de los años objeto de observación y la forma de finalización:				
Casos No concluidos al finalizar el año	250	368	41	326
Casos concluidos al finalizar el año	157	280	746	216
De los casos concluidos, finalizaron de la siguiente manera:				
Constancia de imposibilidad (no comparecencia)	50	53	127	56
Razón de comparecencia	18	24	190	39
Imposibilidad de legitimación	4	37	55	4
Imposibilidad de acuerdo	40	69	135	60
Acuerdo parcial	-	2	-	-
Acuerdo total	45	95	239	104

5. Efectos y ejecución del acta de mediación

La ley de mediación dispone que el acta de mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada (artículo 47, cuarto inciso LAM). El artículo 101 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) establece que la sentencia ejecutoriada tiene efectos irrevocables respecto a las partes que intervinieron, en consecuencia no se puede demandar por la misma causa razón o derecho.

En este contexto la controversia resuelta en el proceso de mediación no puede ser materia de un nuevo proceso (administrativo, judicial, de mediación, o arbitraje), lo cual conlleva que de ningún modo el acuerdo que consta en el acta de mediación puede ser

¹⁰² Ecuador, Procuraduría General del Estado, Informe de Gestión año 2013, 60-63, «<http://www.pge.gob.ec/images/publicaciones/informedegestion2013abc.pdf>»

¹⁰³ Procuraduría General del Estado, Informe de Gestión año 2014, 68-75.

¹⁰⁴ Procuraduría General del Estado, Informe de Gestión año 2015 «http://www.pge.gob.ec/index.php?option=com_azurapagebuilder&view=page&id=163»

¹⁰⁵ Procuraduría General del Estado, Informe de Gestión año 2016, 81-90«http://www.pge.gob.ec/images/2017/rendicion2016/Rendicion_2016.pdf »

revisado por una autoridad administrativa o judicial, caso contrario se vulneraría el derecho a la seguridad jurídica consagrado el artículo 82 de la Constitución.

La ley al otorgar efecto de sentencia ejecutoriada al acta de mediación también le dota de obligatoriedad, por esta razón se establece que su ejecución se realizará por la vía del apremio. Al respecto el COGEP en el artículo 363 determina que el acta de mediación constituye un título de ejecución, por lo cual para hacer cumplir las obligaciones asumidas por las partes se debe seguir el *proceso de ejecución* reglado en los artículos 362 y siguientes del COGEP.

El objetivo del proceso es únicamente hacer cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo de la mediación, en ningún momento tiene como fin el declarar nuevos derechos y obligaciones, así lo prevé el 364 del COGEP: “La ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución. Las partes actuarán en plano de igualdad, pero se limitarán exclusivamente al control del cumplimiento del título de ejecución, conforme con la ley”.

El procedimiento de ejecución inicia con la solicitud de ejecución (artículo 370 COGEP) la misma que deberá reunir los mismos requisitos de la demanda¹⁰⁷, pero en el caso de que el título de ejecución sea el acta de mediación se debe adjuntar a la petición lo siguiente: “a) Copia certificada del acta de mediación; b) Copia del registro del Centro de Mediación; c) Certificado del Mediador otorgado por el Director del Centro de Mediación; [...] e) Copia certificada del Registro de compareciente debidamente firmado.”¹⁰⁸ En el caso de la ejecución del acta de mediación en la que una de las partes es la administración pública, la solicitud deberá ser presentada en el Tribunal Contencioso Administrativo competente.

Presentada la solicitud, el juez admitirá a trámite la misma y designará un perito para que efectúe la liquidación respectiva del capital, intereses y costas en el término que el juez considere pertinente, mientras que el actor dentro del término de cinco días puede presentar todo comprobante de respaldo de los gastos incurridos por costas procesales (artículo 371 COGEP).

¹⁰⁷ El contenido de la demanda se encuentra determinado en el artículo 142 del COGEP.

¹⁰⁸ Ecuador, Consejo de la Judicatura, Instructivo para la derivación de causas judiciales a centros de mediación, Registro Oficial: 139 de 1 de agosto de 2007.

Una vez recibido el informe del perito liquidador el juez debe emitir el correspondiente mandamiento de ejecución en el cual se dispondrá que el ejecutado cumpla con la obligación en el término de cinco días, bajo la prevención que de no hacerlo, se procederá con la ejecución forzosa (artículo 372 COGEP).

El sujeto obligado puede: a) oponerse al mandamiento de ejecución en virtud de las siguientes causas: “1. Pago o dación en pago. 2. Transacción. 3. Remisión. 4. Novación. 5. Confusión. 6. Compensación. 7. Pérdida o destrucción de la cosa debida” (artículo 373 COGEP). Cualquiera que sea la causa que alegue el ejecutado deberá presentar los elementos que justifican la misma, no se admite ofrecimiento de prueba, es decir al momento de expresar su oposición debe también adjuntar los documentos de respaldo. Cabe indicar que la oposición en ningún momento suspende el mandamiento de ejecución. b) Puede presentar una oferta de pago a la cual deberá adjuntar una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación (artículo 374 COGEP).

En el caso que el sujeto obligado no dé cumplimiento al mandato de ejecución el juez dispondrá el embargo de los bienes del ejecutado, una vez realizado el embargo el juez dispondrá que se realice el respectivo avalúo. Una vez receptado el informe pericial sobre el avalúo de los bienes embargados, notificará el informe pericial y señalará la *audiencia de ejecución*.

En la audiencia de ejecución se resolverá sobre la oposición, sobre la fórmula de pago las observaciones de las partes a los informes periciales de los inmuebles embargados, resolver sobre la admisibilidad de tercerías. La audiencia finaliza con el respectivo auto que resuelva cada uno de los asuntos planteados, de ser el caso continuará con el remate respectivo de los bienes del sujeto obligado (artículo 392 del COGEP).

De lo expuesto hasta el momento se observa que el procedimiento de mediación es sencillo y rápido, y sobre todo son las partes las que encuentran la solución a la controversia, por lo que tanto la entidad contratante como la persona contratista (natural o privada) obtienen beneficios mutuos. De tal modo se puede afirmar de forma previa que el proceso de mediación frente al proceso judicial presenta ventajas para las partes, tema que se analizará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

Ventajas de la mediación en materia de contratación

La mediación, en toda materia que sea su objeto, presenta varias ventajas,¹⁰⁹ a continuación se señala algunas:

- a) Genera descongestión en los tribunales.

Actualmente la congestión judicial es un problema que se encuentra presente en la mayoría de las administraciones de justicia de los países de América Latina, frente a este problema la mediación se ve como una alternativa para la solución de conflictos. Al emplearla para solucionar los conflictos y lograr una solución efectiva, se evita que dichos casos trasciendan al ámbito judicial, aumentando la carga procesal de los tribunales.

La alta carga procesal de la administración de justicia se puede identificar en el estudio realizado por Luis Pasara sobre las causas ingresadas desde el año 2002 al 2008, allí concluyó que durante el periodo mencionado anualmente el ingreso de causas ha ido aumentando lo cual significa que “un número cada vez mayor de conflictos busca solución en el aparato judicial”.¹¹⁰

- b) Ahorro de tiempo

La mediación frente al proceso judicial, es mucho más ágil. Dependiendo de la materia, la solución de un conflicto por vía judicial puede durar meses o años, mientras que la mediación a un problema puede tener un periodo de duración de días o incluso horas, de tal modo que las partes van a destinar un tiempo mínimo para atender estos conflictos y lograr una solución efectiva.

En conflictos referentes a contratación pública este tiempo puede extenderse a un par de meses, ya que para llegar a la mediación se debe cumplir con las formalidades indicadas en líneas anteriores, como por ejemplo contar con la partida presupuestaria que justifique la existencia de recursos económicos para el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales que se lleguen a plasmar en el acta.

¹⁰⁹ Antonio Horacio Tommaso, *Mediación y trabajo social*, (Buenos Aires: Espacio Editorial, 2004), 22-24.

¹¹⁰ Luis Pásara, “La producción judicial: cifras y calidad”, en Luis Pásara, ed., *EL funcionamiento de la justicia del Estado*, 1 ed. (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011), 5.

c) Todos ganan.

En el proceso judicial existe una contienda legal, las partes se ven como contrincantes, y una de las partes espera que sus pretensiones triunfen sobre las de la otra. En la mediación se evita que haya un perdedor y un ganador, todos ganan, ya que al encontrar la solución por sí mismos, realizan concesiones mutuas a fin de encontrar una solución amigable, manteniendo así la relación amistosa entre los intervinientes.

d) Aumentan la creatividad

Se señaló que uno de los principios de la mediación es la flexibilidad, por lo cual las partes tienen la facultad de utilizar distintos modelos de intervención en el conflicto así como las técnicas que sean necesarias para lograr un diálogo y finalmente un acuerdo amigable.

e) Aumento del protagonismo de las partes.

En el proceso judicial es el juez, quien conforme los elementos que constan en el proceso y de conformidad con la normativa respectiva, va imponer una solución a la controversia, limitando a las partes a defender sus intereses.

La colaboración de las partes, que aunque es la esencia de la mediación, tiene connotaciones especiales: La preocupación conjunta por la preservación de la paz social y a solidaridad comunitaria.¹¹¹ Es por estas razones que las partes van a proponer alternativas de solución, y de mutuo acuerdo, persiguiendo una satisfacción recíproca de sus necesidades, van a encontrar la solución, siendo ellos los protagonistas de la solución.

Una vez indicadas de manera breve las ventajas de la mediación, a continuación se va a hacer referencia a las dos principales ventajas de la mediación en materia de contratación pública:

1. La mediación es un proceso sumamente ágil frente al proceso judicial.

Ut supra se ha mencionado que el proceso de mediación en comparación con el proceso judicial, es mucho más ágil. A continuación se revisará algunos procesos judiciales referentes a materia de contratación pública, el objeto de la demanda, su estado

¹¹¹ Zulma Rivero de Baralle y Cristina Di Pietro, “El estado en mediación-2009”, en Barmat, Norberto, Battola, Karina, and Belucci, Marta, *Casos y cosas de mediación* (Córdoba: Editorial Brujas, 2014), 61.

actual, y el tiempo transcurrido desde su inicio. Los casos que son materia de análisis se seleccionaron de las causas ingresadas durante los años 2015 y 2016 al Tribunal Contencioso Administrativo No. 1 con sede en Quito, de todos estos procesos se tomó una muestra de las demandas referentes a contratos públicos.

a. No. de Causa: 2015-0008

No. de Causa	2015-0008
Fecha de inicio	7 de enero de 2015
Actor	EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A. (EGIS S&E) – Contratista-
Demandado	Ministerio del Ambiente (MAE)-Entidad Contratante-
Objeto de la Controversia	La empresa EGIS S&E y el MAE suscribieron en el año 2011 el contrato para la “Formulación de un plan nacional para la gestión de los residuos sólidos en el Ecuador”, y un adendum modificatorio ha dicho contrato. De acuerdo a informes elaborados por el MAE la empresa EGIS S&E en sus productos no ha cumplido con los requerimientos determinados en el contrato ni en los términos de referencia, por lo cual mediante Resolución de 28 de agosto de 2014, el MAE procede a declarar la terminación unilateral del contrato. EGIS S&E considera que los productos entregados cumplen a cabalidad con los requerimientos que constan en el contrato y en los términos de referencia, razón por la cual afirman no existen razones que sustenten la terminación unilateral del contrato.
Estado de la causa	El 13 de enero de 2016 se solicita la apertura del término de prueba. El 11 de agosto de 2016 se revoca el auto de 28 de agosto de 2015, y el tribunal dispuso que continúe el proceso. Con fecha 21 de 09 de 2016, el tribunal dispuso correr traslado a la parte actora con la petición de revocatoria de la providencia de 11 de agosto de 2016.
Ultima actividad	29 de septiembre de 2016 presentan un escrito.
Tiempo transcurrido desde el inicio hasta la última actividad.	1 año, 8 meses, 3 semanas, 1 día

b. No. de Causa: 2015-0014

No. de Causa	2015-0014
Fecha de inicio	8 de enero de 2015
Actor	Sumil S.A. –Contratista-
Demandado	Ministerio de Defensa - Entidad Contratante-
Objeto de la Controversia	El 11 de mayo de 2009 la empresa SUMIL suscribió con el Ministerio de Defensa del Ecuador un contrato cuyo objeto fue la modernización de 10 vehículos blindados para la defensa de la frontera norte. La controversia en relación a este contrato surgió sobre la “desuanización de los equipos”, SUMIL consideró que este procedimiento debe ser realizado por el Ministerio de Defensa, por lo

	<p>cual mediante oficio de 28 de febrero de 2011. Al respecto el Ministerio de Defensa respondió que la desuanización ante el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.</p> <p>El 27 de abril de 2011 el Ministerio de defensa dispuso la suspensión de la ejecución del contrato. Luego el 18 de agosto de 2011, el Ministerio de Defensa, con la finalidad de evitar que se declare el abandono tácito de la mercadería, procedió a realizar la desaduanización. El 14 de julio de 2014 mediante resolución No. 001-2014 Ministro de Defensa Procedió a declarar la terminación unilateral del contrato.</p>
Estado de la causa	Con fecha 5 de octubre de 2015 el representante de la empresa SUMIL solicitó se derive la causa a Mediación, por esta razón el Tribunal ordenó suspender la tramitación de la causa.
Ultima actividad	Con fecha 21 de octubre de 2015 se remitió el expediente al Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.
Tiempo transcurrido desde el inicio hasta la última actividad.	9 meses, 1 semana, 6 días

c. No. de Causa: 2016-01222

No. de Causa	2016-01222
Fecha de inicio	27 de junio de 2016
Actor	EXAGON CONSULTORES CIA. LTDA. –contratista-
Demandado	Secretaría Nacional de Planificación (SEMPLADES) –entidad contratante-
Objeto de la Controversia	<p>El 12 de diciembre de 2014 EXAGON suscribió con SEMPLADES el contrato de consultoría para “CONSULTORÍA PARA EL DESARROLLO DEL COMPONENTE DE PLANIFICACIÓN, IMPLEMENTACIÓN, SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DE ALIANZAS DEL BUEN VIVIR”. El contrato preveía la entrega de 6 productos que consistían en la entrega de informes y estudios sobre alianzas públicos privados.</p> <p>EXAGON entregó los productos 1, 2, 3, 4, 5, los mismos que fueron objeto de varias observaciones, por lo que se presentaron varias versiones, incluso el 8 de marzo de 2016 se realizó la recepción de pleno derecho del producto. La Controversia radica en el criterio de SEMPLADES que los productos entregados por la consultora no cumplen con los criterios requeridos para los mismos.</p>
Estado de la causa	El 29 de diciembre de 2016 se señaló el 18 de enero de 2017 la realización de la audiencia de juicio.
Ultima actividad	29 de diciembre de 2016
Tiempo transcurrido desde el inicio hasta la última actividad.	6 meses (hasta la presente fecha no existe sentencia).

d. No. de Causa: 2016-01227

No. de Causa	2016-01227
Fecha de inicio	28 de junio de 2016
Actor	FABRIEQUIPOS C.A –contratista-
Demandado	BANCO DE DESARROLLO DEL ECUADOR –entidad contratante-
Objeto de la Controversia	FABRIEQUIPOS y el Banco de Desarrollo del Ecuador suscribieron varios contratos para la adquisición de mobiliario, remodelación y adecuación de edificios, instalación del sistema eléctrico y electrónico de varias edificaciones. Estos contratos fueron terminados por mutuo acuerdo, para ello la institución pública se comprometió a realizar las liquidaciones pertinentes. En estas liquidaciones el Banco determinó varios valores por multas, con las cuales la empresa contratista no está de acuerdo.
Estado de la causa	El 29 de junio se inadmite la demanda.

e. No. de Causa: 2016-01228

No. de Causa	2016-01228
Fecha de inicio	29 de junio de 2016
Actor	Consorcio VIALEZ Y ASOCIADOS –contratista-
Demandado	SERVICIO ECUATORIANO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS (SECOB) –entidad contratante-
Objeto de la Controversia	El 18 de mayo de 2013 VIALEX y el SECOB suscribieron el 18 de abril de 2013 el contrato para la “CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO DE SALUD TIPO C, SECTOR NUEVO MONTE SINAI 1 (CIUDAD VICTORIA) DE LA PARROQUIA PASCUALES CANTON GUAYAQUIL”. El anticipo se entregó el 5 de mayo del 2014. El SECOB informó a la contratista que los planos no son definitivos por lo que se ha ordenado la suspensión de la ejecución del contrato por varias ocasiones, incurriendo la contratista en varios gastos por concepto de consumo de energía eléctrica, seguridad, servicios profesionales, y otros, los cuales no se encontraban determinados en el contrato. Actualmente, por los trabajos ejecutados, se encuentran impagas 6 planillas de avance de las obras. Por esta razón la contratista demanda la terminación unilateral del contrato.
Estado de la causa	El 5 de julio de 2016 de inadmite la demanda

f. No. de Causa: 2016-01242

No. de Causa	2016-01242
Fecha de inicio	22 de Agosto de 2016
Actor	Luis Alfredo Guayaquil Reginfo–contratista-
Demandado	Ministerio de Agricultura Ganadería y Pesca (MAGAP) – entidad contratante-

Objeto de la Controversia	El 19 de febrero de 2009 el señor Luis Guayaquil Reginfo y el Instituto Nacional de Riego (adscrito al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca) suscribieron el contrato para la implementación de 65 sistemas de riego, cambio de tubería en varios cantones de las provincias de Chimborazo y Tungurahua. El 28 de abril de 2015 suscribieron el acta de recepción definitiva, sin embargo hasta la fecha de presentación la demanda no le han sido canceladas las planillas por los trabajos ejecutados.
Estado de la causa	Se efectuó la audiencia preliminar el 28 de diciembre de 2016
Ultima actividad	Audiencia de 28 de diciembre de 2016
Tiempo transcurrido desde el inicio hasta la última actividad	4 meses

En los dos primeros casos a y b (2015-0008, 2015-0014) hay que indicar que su procedimiento se rige con base en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA) y Código de Procedimiento Civil (CPC) que se encontraban vigentes hasta el 22 de mayo de 2016, por cuanto a partir del 23 de mayo del mismo año entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos.

El procedimiento de los procesos contenciosos administrativos, de acuerdo a LJCA y al CPC era el siguiente: 1. Demanda; 2. Calificación de la demanda y citación; 3. Contestación a la demanda; 4. Etapa de Prueba (10 días); y, 5. Sentencia.

En el caso 2015-0008 se ha solicitado la apertura del término de prueba, petición que no fue atendida, y erróneamente se declaró el abandono, y en el caso 2015-0014 se suspendió el trámite en razón que las partes decidieron someter la controversia al procedimiento de la mediación. En el primer caso ha transcurrido más de un año ocho meses hasta la fecha de la última actividad, y aun no se abre la etapa de prueba, mientras que en el segundo caso la decisión de remitir la causa a medición tuvo lugar nueve meses después de presentada la demanda.

Los casos c, d, e y f, fueron presentados con fecha posterior al 23 de mayo de 2016, por lo tanto los mismos se rigen a lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos –COGEP- (artículos 326-331). Las acciones contencioso administrativas se tramitan en procedimiento ordinario (artículos 289-298 COGEP). De acuerdo a las normas indicadas el procedimiento es: 1. Demanda; 2. Calificación de la demanda y citación; 3.

Contestación a la demanda (30 días); 4. Audiencia preliminar (una vez finalizado el periodo indicado en el numeral anterior); 5. Audiencia de juicio (dentro de los 30 días de concluida la audiencia preliminar); 6. Sentencia (La misma que debe ser expresada de forma oral al finalizar la audiencia de juicio).

En los casos d y e (2016-01227, 2016-01228) se inadmitieron las demandas, por cuanto las mismas no cumplían con los requisitos previstos en el COGEP.¹¹² En el caso c (2016-01222) ha transcurrido seis meses desde la presentación de la demanda hasta la asignación de fecha para la audiencia de juicio, la misma que se llevará a cabo después de un mes, es decir la presente causa finalizará en siete meses aproximadamente. En el caso d (2016-01242) la audiencia preliminar se efectuó 4 meses desde la presentación de la demanda.

En los procesos contenciosos administrativos iniciados con base en el COGEP en general se observa que los mismos concluyen en un periodo promedio de seis meses, como se puede observar en el caso c (2016-01222), o, por ejemplo, en los siguientes:

#	No. de Causa	Fecha de inicio	Fecha de Sentencia	Presentan recurso
1	2016-01187	14/06/2016	02/12/2016	
2	2016-01189	16/06/2016	20/12/2016	
3	2016-01192	20/06/2016	05/12/2016	
4	2016-01181	09/06/2016	10/11/2016	Recurso de Casación
5	2016-01196	21/06/2016	29/11/2016	Recurso de Casación

En conclusión, teniendo en cuenta que la resolución de una controversia referente a la ejecución de un contrato administrativo tiene un tiempo de duración promedio de seis meses, sin embargo el mismo se puede extender si se presenta recursos horizontales como son la aclaración o ampliación, o el recurso extraordinario de casación; y posteriormente las obligaciones determinadas en la sentencia pueden ser objeto de un proceso de ejecución; mientras que un proceso de mediación puede durar un tiempo promedio de dos

¹¹² Esta situación fue común en las primeras demandas presentadas con el nuevo procedimiento instaurado en el COGEP.

meses,¹¹³ y el acta donde consta el acuerdo al que han llegado las partes, tiene el carácter de sentencia ejecutoriada, por lo cual no puede ser objeto de recurso alguno, y en el caso de incumplimiento la parte perjudicada puede iniciar el proceso de ejecución de la misma conforme lo determina el artículo 264 del COGEP.

2. Evita perjuicios económicos tanto para el contratista como para la entidad contratante. Garantiza el equilibrio económico.

El buscar la solución a una controversia en materia de contratación pública por medio de un proceso judicial puede generar graves perjuicios económicos a las partes, ya que por un lado el objeto contractual no se cumpliría, lo cual no solo afecta al interés de la entidad contratante, sino también al interés público, ya que todas las contrataciones administrativas persiguen un valor superior que es el contribuir al bienestar de la población; y por otro lado el interés particular sobre todo en el ámbito patrimonial.

En todo contrato, ya sea privado o administrativo, debe existir reciprocidad en las obligaciones que cada una de las partes asume, de tal modo que las prestaciones que surgen del acuerdo contractual se consideren equivalentes, por esta situación tiene relevancia el principio de equilibrio contractual, el mismo que es esencial sobre todo en la etapa de la ejecución contractual, ya que es necesario que dicha correspondencia se mantenga hasta la finalización del contrato.¹¹⁴

Toda controversia que surge en torno a la ejecución del contrato puede generar perjuicios económicos de distinta dimensión a las partes, consiguientemente el quebrantamiento del equilibrio económico, situación que se va agravando mientras más tiempo se demore encontrar la solución al problema. Es necesario realizar una revisión del principio de equilibrio económico, este principio ha sido definido por Marienhoff de la siguiente manera:

El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contractuales en el momento de celebrar el contrato, entre un

¹¹³ En líneas anteriores se indicó que uno de los principios de la mediación es la confidencialidad, basado en el mismo los expedientes de mediación tramitados en el centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, únicamente se ha podido revisar una muestra de los expedientes tramitados durante los años 2015 y 2015, sin embargo no se va a hacer referencia a un caso específico

¹¹⁴ Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 7.

conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia igualdad)¹¹⁵

En este sentido cuando las condiciones económicas pactadas se alteran en perjuicio de una de las partes contratantes, y que ocurren con posterioridad a la suscripción del contrato, surge el deber de reparar este equilibrio. Esta equivalencia de prestaciones correlativas es necesario que permanezca durante toda la vigencia del contrato, esto es desde su celebración hasta su terminación.

La aplicación de este principio genera un derecho tanto para la entidad contratante como para el contratista, ya que por distintas circunstancias sean actos propios de las partes o ajenos a su voluntad, puede generar perjuicios a cualquiera de ellos.

Este equilibrio económico se puede romper por actos o hechos de la entidad contratante o también del contratista, por actos generales de la administración, por factores exógenos a las partes del negocio, todas estas causas llevan inevitablemente hacia una controversia.

Hay que tener en cuenta que no toda alteración implica el quebrantamiento del principio de equilibrio económico y genera derecho a la indemnización correspondiente, esta modificación de las condiciones debe reunir las siguientes características:¹¹⁶

a) La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento. La causa que genera el quebrantamiento del principio debe ser generada por hechos ajenos a las partes o que provengan de la parte que no ha sido perjudicada.

b) La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato. El hecho que causa la ruptura de este principio debe suscitarse después de la suscripción del contrato, es decir en el periodo de ejecución del mismo, por lo cual el desequilibrio se presenta sobre todo en los contratos conmutativos y de tracto sucesivo.

¹¹⁵ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo, Contratos administrativos* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998), 469.

¹¹⁶ Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 25-31.

c) La alteración debe ser causada por un alea anormal. Significa que el hecho que generó el desequilibrio no pudo ser previsto por ninguna de las partes al momento de contratar, es decir que sean extraordinarios.

d) La alteración debe afectar la economía del contrato de forma grave. Esto es que dicha modificación de las condiciones deben generar un perjuicio grave, es decir gastos y costos no previstos en el momento de contratación, y que efectivamente inclinen la balanza hacia una de las partes.

Analizado el principio de equilibrio económico, se debe señalar que toda controversia suscitada alrededor de la ejecución del contrato administrativo genera perjuicios tanto a la entidad contratante como al contratista.

Así por ejemplo,¹¹⁷ puede suscitarse un conflicto respecto a un contrato para la adquisición de bienes, en el cual el contratista se obliga para con la entidad, verbigracia, a entregar diez camiones de determinadas características, los mismos que serán destinados para el traslado de medicinas a los centros médicos fronterizos. La administración de forma unilateral da por terminado el contrato por considerar que el contratista ha *incumplido* sus obligaciones contractuales. El contratista impugna dicho acto administrativo, es negado.

En primer lugar genera un perjuicio económico para la entidad contratante, claro poseen varios seguros para de alguna manera reparar ese daño, como por ejemplo la ejecución de garantías, sin embargo de ningún modo van a recuperar el tiempo y recursos destinados al procedimiento precontractual, además que deben recurrir a un nuevo procedimiento precontractual, además en el ejemplo al cual se hizo referencia, va a afectar al interés público, sobre todo a los destinatarios de las medicinas que por falta de transporte no van a llegar a la ciudadanía. El correlato de esta situación, son las consecuencias que el contratista sufre, como la pérdida de la inversión realizada en obtener los vehículos de acuerdo a las especificaciones requeridas, el ser declarado contratista incumplido.

¹¹⁷ En el presente ejemplo no se menciona las denominaciones sociales de la entidad pública y del contratista por cuanto la información de los procesos de mediación son reservados y confidenciales. Este caso fue sometido al proceso de mediación sin embargo el mismo no finalizó en un acuerdo amistoso.

Esta controversia puede ser solucionada mediante el proceso de mediación, en el cuál las partes van a dialogar, y si ha existido un incumplimiento por parte del contratista, y los intervinientes concuerdan en las causas de la multa, se establecerá la multa correspondiente, se determinará las condiciones para el cumplimiento del contrato evitando así los perjuicios económicos, y por lo tanto evitando la ruptura del equilibrio económico.

A modo de colofón se observa que la mediación aplicada para la solución de los conflictos en materia de contratación pública, como por ejemplo acarrea varias ventajas para las partes, tanto para la entidad contratante como para el contratista, encuentra la solución a su controversia de manera ágil, y también evitan perjuicios económicos; lo más destacable de este método es que en ningún momento las partes se ven como contrincantes, sino como dos sujetos que colaboran entre ellos para encontrar una solución que les beneficie mutuamente, por lo tanto las dos partes *ganan*, situación que coadyuva a mantener una relación amistosa entre ellos, y finalmente permite fomentar una cultura de paz en la sociedad.

CONCLUSIONES

El pensamiento jurídico de la sociedad ecuatoriana orienta a que frente a todo conflicto jurídico la única opción es presentar una demanda ante una autoridad judicial, situación que ha ido generando congestión en la administración de justicia y consecuentemente extendiendo el tiempo de resolución de las causas. Ante esta situación se establecieron tanto en la Constitución de 1998 como en la del año 2008 otras formas de solucionar las controversias, estos son los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos –MASC-. Se denominan alternativos por cuanto es una opción a la vía judicial.

Entre los MASC se encuentra la mediación que se halla regulada en la Ley de Mediación y Arbitraje. En este método interviene un tercero imparcial que colabora con las partes con la finalidad de que encuentren una solución amistosa, que les beneficie mutuamente, de esta manera coadyuva a mantener la paz social.

El tercero imparcial es denominado mediador quién tiene un rol trascendental en la mediación. Esta persona está capacitada para facilitar el diálogo entre las partes para lo cual puede convocar a varias reuniones conjuntas o privadas a fin de con cada una de las personas en conflicto ir encontrando posibles soluciones.

El conflicto surge de la interacción de las personas, partiendo de esta idea, las instituciones públicas interactúan con otros sujetos de derecho. En este sentido teniendo en cuenta que la forma en la que los sujetos de derecho público se interrelacionan con otros es por intermedio de las relaciones jurídicas y su actividad jurídica. La administración pública expresa su voluntad mediante los actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos.

Los contratos administrativos pueden dar origen a controversias entre las instituciones del sector público (entidades contratantes), y personas naturales, jurídicas privadas o públicas (contratistas). Frente a estos problemas la Constitución, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la Ley de Mediación ha facultado a la administración pública para que este tipo de controversias sean solucionadas por medio de la mediación.

La mediación en materia de contratación pública presenta ciertas particularidades que le diferencian de la aplicación de este método en otras materias. Una primera característica es que, al ser parte de la controversia una persona jurídica del sector público, quien puede decidir someter el problema a esta forma de solucionar los conflictos es la máxima autoridad de cada institución pública, teniendo en cuenta que aquellas que no cuentan con personalidad jurídica requieren de autorización especial para transigir emitida por el Procurador General del Estado.

En relación con la materia transigible en derecho público y en materia de contratación pública, en ningún momento puede ser objeto transigible las potestades públicas. Y finalmente se debe destacar que las instituciones públicas para poder acudir a la mediación requieren necesariamente contar con la certificación presupuestaria que acredite la existencia de recursos económicos para cumplir con las obligaciones que lleguen en el acuerdo de la mediación.

El acta de mediación genera efectos de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada por lo cual el problema solucionado por medio de este método alternativo no puede ser discutido nuevamente en vía judicial. El Código Orgánico General de Procesos determina que el acta de mediación es un título de ejecución, por lo tanto en caso de incumplimiento de los compromisos en ella establecidos, la parte afectada puede exigir mediante el proceso de ejecución que la parte obligada cumpla con lo acordado, de no hacerlo se podrán acudir a medidas de carácter real, como por ejemplo el embargo y remate de los bienes del sujeto incumplido.

La mediación conlleva varias ventajas frente al proceso judicial, una de ellas es que en el segundo existe una relación de GANAR-PERDER ya que las partes se enfrentan y una de sus posturas es la que prevalece; mientras que en la mediación las dos partes ganan, es decir en este caso existe la relación GANAR-GANAR, las dos partes satisfacen mutuamente sus intereses. En el ámbito de la contratación pública las principales ventajas son la celeridad y la prevención de perjuicios económicos. En primer lugar permite una solución rápida a los conflictos que se suscitan de los contratos administrativos, de los casos analizados se observó que los procesos contenciosos administrativos, actualmente, tienen una duración promedio de seis meses, mientras que los casos solucionados

mediante este método tienen una duración que varía entre semanas hasta dos meses promedio. En segundo lugar, teniendo en cuenta que toda controversia contractual genera gastos y pérdidas para las partes lo cual quebranta el principio de equilibrio económico, otra ventaja relevante en la aplicación de este mecanismo para solucionar estos conflictos es el mantener el balance entre los sujetos contractuales, de esta forma la entidad pública logra cumplir con sus deberes en beneficio del interés público, y el contratante no ve perjudicado en sus intereses patrimoniales, de este modo hace posible mantener la armonía y paz social.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, Gladys Stella. “Diferencias entre conciliación y mediación”. En Gustavo Jalkh, compilador, *Resolución alternativa de conflictos*. Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997.
- Baca Oneto, Víctor Sebastián. “Los medios «alternativos» de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)”. Lima: *Arbitration No. 1-2006*.
- Calvo Soler, Raúl. *Mapeo de Conflictos, Técnica para la exploración de los conflictos*. Barcelona: Gedisa, 2014.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, t.1. Lima: Palestra, 2010.
- Corsón Pereira, Francisco y Gutiérrez Hernanz, Eva. *Mediación y teoría*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Coser, Lewis. *Las funciones del conflicto social*, 1e. México: Fondo de Cultura económica, 1961.
- Dahrendorf, Ralf. *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*. Madrid: Ediciones Rialp, 1962.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua, <<http://dle.rae.es/?id=AGHyxGk>>. Consulta: 10 de octubre de 2016.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- Echanique Cueva, Héctor Mesías. *La mediación una alternativa a la solución de conflictos en el Ecuador*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Ecuador, Presidencia de la república, Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536, de 18 de marzo de 2002.
- , Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial 642, de 27 de julio de 2009.
- , Consejo de Administración Legislativa, Asamblea Nacional del Ecuador, Estatuto Orgánico de la Función Legislativa, Registro Oficial 642, de 27 de julio de 2009.
- , Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial 544, de 9 de marzo de 2009.

- , Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial, Registro Oficial 303, de 19 de octubre de 2010.
- , Procuraduría General del Estado, Resolución No. 037, Registro Oficial de 20 de enero de 2016.
- , Consejo de la Judicatura, Instructivo para la derivación de causas judiciales a centros de mediación, Registro Oficial: 139 de 1 de agosto de 2007.
- Ferrigni, Yoston. *Hipótesis para el estudio de una política exterior*, V. 8. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1973. Citado por Elena Cobler Martínez y otros, *Mediación Policial*. Madrid: DyKinson, 2014.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 2008.
- García García, *Mediación familiar: Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson, 2003.
- Jalkh, Gustavo. “Aproximación a los métodos alternativos de resolución de conflictos”. En Gustavo Jalkh, compilador. *Resolución alternativa de conflictos*. Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997.
- Lora, Huergo. *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho administrativo. Contratos administrativos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- Mayorga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 2012.
- Paszucky, Samuel. *Casos y cosas de mediación*. Córdoba: Editorial Brujas, 2014.
- Peña Gonzáles, Carlos. “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”. En Gustavo Jalkh, compilador. *Resolución alternativa de conflictos*. Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997.
- Peña Yáñez, María de los Ángeles. *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*. Madrid: Dykinson, 2013.
- Quiroga, Marta Gonzalo. “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general”. En Marta Gonzalo Quiroga, dir. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Madrid: DIKYNSON, 2006.

- Rivero de Baralle, Zulma y Cristina Di Pietro. “El estado en mediación-2009”. En Samuel Paszucky. *Casos y cosas de mediación*. Córdoba: Editorial Brujas, 2014.
- Rodríguez, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2 e. Bogotá: Temis, 2012.
- Romero Díaz, Héctor. *La conciliación judicial y Extrajudicial*. Bogotá: Legis, 2006.
- Sánchez Hidalgo, Franco. “Solución Alternativa de Conflictos: La Mediación”. En Gustavo Jalkh, compilador. *Resolución alternativa de conflictos*. Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997.
- Schilling, Mario. *Manual de Mediación*. Santiago de Chile: Cuatro Vientos, 2002.
- Tommaso, Antonio Horacio. *Mediación y trabajo social*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2004.
- Velásquez Restrepo, Lina María. “Noción de la teoría del conflicto, generalidades de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y de las jurisdicciones especiales”. En Diana María Ramírez Carvajal, Mónica María Bustamante Rúa, y otros. *Derecho procesal contemporáneo*. Medellín: Universidad de Medellín, 2010.
- Vinyamatam, Eduard. *Conflictología, Curso de Resolución de conflictos*- Madrid: Ariel, 2007.