

REPÚBLICA DEL ECUADOR

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES



III Diplomado Superior en Alta Gerencia

LA MEDIACION EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografía para optar por el Título

“Diplomado en Alta Gerencia”

Autor: Ab. Ximena Contreras

Asesor: Dr. Rolando Peralta Quintanilla

BIBLIOTECA - IAEN



012559

## **DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO**

El presente trabajo monográfico dedico en primer lugar al Instituto Geográfico Militar, Institución que me brindó la posibilidad de obtener este título de Diplomado en Alta Gerencia.

De igual forma para el Instituto de Altos Estudios Nacionales , cuerpo docente, personal administrativo y de manera especial a mi tutor; quienes me permitieron enriquecerme con sus conocimientos y experiencias en este campo y amistad brindada durante el desarrollo del curso y esta monografía; para ellos mi agradecimiento por siempre.

Parte fundamental y apoyo incondicional es el que me brindo mi querida hija Andrea, a la cual dedico este trabajo de una manera especial, por su comprensión, y desinteresado apoyo, a ella dedicare toda mi vida los logros alcanzados como profesional.

<b>CAPITULO I: MARCO REFERENCIAL</b>	<b>1</b>
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.2 ANTECEDENTES .....	2
1.3 FORMULACION DEL PROBLEMA .....	3
1.4 DELIMITACION DEL PROBLEMA .....	4
1.5 OBJETIVO: GENERAL.....	5
1.6 OBJETIVO: ESPECIFICO .....	5
1.7 JUSTIFICACION .....	5
1.7.1 EN LA CONSTITUCIÓN.....	6
1.7.2 EN LAS LEYES: EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION.....	6
1.7.3 LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO .....	8
1.7.4 EL CODIGO DEL TRABAJO.....	8
1.7.5 OTRAS NORMAS .....	9
1.8 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.....	9
1.8.1 SEGÚN SU ORIGEN .....	9
1.8.2 POR SU MODO DE FORMACIÓN .....	10
1.8.3 POR SUS EFECTOS .....	11
1.8.4 SEGÚN LAS RELACIONES DE DEPENDENCIA .....	12
1.9 CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	13
1.10 LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y SU VÍNCULO JURÍDICO.....	15
1.10.1 CONCEPTO DEL ACTO JURÍDICO.....	15
1.10.2 PRINCIPIO JURÍDICO.....	15
1.11 TERMINACION DE LOS CONTRATOS .....	18
<b>CAPITULO II NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN</b>	<b>20</b>
2.1 CONCEPTUALIZACION.....	21
2.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA MEDIACION .....	23
2.3 CLASES DE MEDIACION.....	24
2.4 ELEMENTOS.....	30
2.5 VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN .....	31
2.6 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LA TRANSACCION.....	31
2.7 PARTES QUE INTERVIENEN.....	33
<b>CAPITULO III APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN</b>	<b>35</b>
3.1 EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	35
3.2 LA MEDIACIÓN FRENTE A LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.....	41
3.3 PROCEDIMIENTO JURÍDICO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACION .....	43
3.4 ACTA DE MEDIACION.....	51
<b>CAPITULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>59</b>
4.1 CONCLUSIONES .....	59
4.2 RECOMENDACIONES.....	62
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>64</b>

## **CAPITULO I: MARCO REFERENCIAL**

### **1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En nuestra sociedad, en las comunidades, en las organizaciones y las relaciones entre los individuos y el Estado, se afronta a diario conflictos. Un conflicto no necesariamente puede ser negativo, anormal o disfuncional; es en si un hecho real, por tanto se generaran gastos para las partes en búsqueda de una solución.

En nuestra legislación para la solución de conflictos de cualquier índole, se recurría por lo general a la administración de justicia, la cual en su procedimiento contempla como obligatoria en los litigios una instancia de conciliación.

La eficacia de este procedimiento es prácticamente nula, por lo general los abogados estamos formados para litigar y no conciliar.

Otro de los aspectos a ser tomados en cuenta en los procesos judiciales para la resolución de conflictos es el relacionado con el tiempo demasiado extenso (esto se puede evidenciar en los Juzgados de las grandes ciudades como Quito, Guayaquil Cuenca, Loja), lo cual conlleva pérdida de tiempo y dinero; por lo que es necesario buscar soluciones no procesales que mejoren en sí el sistema de administración de justicia, como es el caso de la Mediación.

La Mediación, como medio alternativo es conseguir que el conflicto se extinga, obedeciendo en sí a un propósito racional, y que como fin

persigue la paz de las partes mediante su propia intervención, y ~~está~~ es la gran diferencia con la administración de justicia, la cual basa sus resoluciones en la decisión de un tercero.

## **1.2 ANTECEDENTES**

En las relaciones entre los seres humanos se puede evidenciar un sinnúmero de inconvenientes que surgen como consecuencia de actos y contratos que se llevan a cabo, como producto de la convivencia social.

Esos actos y contratos en su mayoría no se cumplen en los términos preestablecidos y por el contrario surgen conflictos que deben ser resueltos por la administración de justicia.

En el caso de la Administración Pública su funcionamiento no obedece a pautas discrecionales de actuación de los funcionarios que la integran, sino que enmarca su actividad dentro del respeto al principio de legalidad. En otras palabras, la Administración Pública puede actuar siempre en el marco de las competencias y atribuciones que le han sido asignadas por la Ley. Ninguna de sus actividades, puede justificarse en su propia autoridad pues solo la Ley puede otorgar a los entes administrativos sus facultades de actuación. Si la Administración no tiene previamente una autorización legal para actuar, simplemente no puede hacerlo.

Históricamente, el sistema procesal ecuatoriano, por norma general contempló como fórmula para tratar de llegar a un acuerdo y terminar un litigio, una instancia denominada "audiencia de conciliación". No obstante este recurso dentro de un proceso judicial se ha convertido en mero

trámite al que concurren abogados para ratificar y ventilar los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y su contestación, ante un funcionario del juzgado.

La práctica judicial y la tendencia a la confrontación a disminuido este valioso recurso para resolver, por mejor vía el conflicto.

En el mundo actual el Ecuador se inscribe dentro de los mecanismos alternativos para resolver conflictos y la vieja conciliación judicial se renueva en la figura de la mediación como Institución jurídica autónoma e independiente.

### **1.3 FORMULACION DEL PROBLEMA**

En temas administrativos entre entidades del Estado o éste con particulares, radica en que si para su solución o resolución lo encaminamos a través de la administración de justicia, estos conllevan como aspectos negativos especialmente el tiempo que tiene que transcurrir para obtener una solución al mismo, que es dado a través de una resolución de un Juez, por lo tanto el gasto es mucho más oneroso, tanto por las múltiples diligencias o pruebas que tendrán que ser aportadas dentro del proceso o el lucro cesante o daño emergente que pueda suscitarse por la demora en su resolución o solución al conflicto.

Manifestamos resolución, porque pueda ser que no se llegue a una solución dentro del proceso y las partes deban someterse a la sentencia obligatoria y coercitiva del Juez de la causa.

En nuestro estudio principal referente a los Contratos Administrativos, la

no pronta solución del conflicto conlleva a la paralización de la ejecución de un contrato, lo que acarrea graves pérdidas económicas y retrasos en los proyectos institucionales, esto sin dejar de lado las responsabilidades que puedan determinarse para los diferentes funcionarios públicos que intervinieron en la tramitación para la adjudicación del contrato.

Ante este análisis la Mediación, viene a ser un medio alternativo muy positivo para la solución de los conflictos administrativos

#### **1.4 DELIMITACION DEL PROBLEMA**

En nuestra sociedad, las personas que se enfrentan a un conflicto disponen de diferentes medios para resolver sus problemas o conflictos, cada una de esas opciones varía respecto de la formalidad del problema, el carácter reservado del enfoque, las personas comprometidas, la decisión que será la consecuencia y el nivel de coerción ejercitado por las partes en disputa o sobre ellas.

Es decir pueden darse procedimientos privados o informales que solo comprometen a los litigantes sobre un conflicto o puede darse la intervención de la acción pública para someter a la parte contraria. En nuestro caso necesariamente para la resolución de un conflicto administrativo debemos recurrir a la administración de justicia o la mediación como un proceso negociador para la solución de un conflicto.

Para la Mediación necesariamente las partes intervinientes, sea el caso entre dos entidades del Sector Público o una persona privada con una entidad del Estado, deberán voluntariamente en el documento contractual aceptar que exista una mediación, como medio legal para resolver

cualquier divergencia contractual para la ejecución de un contrato.

### **1.5 OBJETIVO: GENERAL**

Es el análisis somero de los diferentes procedimientos judiciales que pueden darse en los conflictos civiles, familiares, penales (inclusive), administrativos, los cuales pueden darse a través de la administración de justicia.

### **1.6 OBJETIVO: ESPECIFICO**

Es demostrar que la alternativa de Mediación es un procedimiento legal, rápido y económico.

### **1.7 JUSTIFICACION**

La figura jurídica de la mediación, trata de solucionar en el menor tiempo las divergencias y conflictos, permitiendo de esta manera solucionar un conflicto en un menor tiempo y además evitando para las partes gastos.

Merece reconocer que esta institución ayuda a los jueces y magistrados a la solución de conflictos impidiendo de esta forma, la acumulación de causas en esas judicaturas.

En el desarrollo de la temática formulada para este trabajo investigativo, se podrá evidenciar un sinnúmero de ventajas para las partes en conflicto, al momento de utilizar a la mediación como un mecanismo de solución de controversias y la posibilidad cierta de que el Estado no solamente puede

utilizar como tradicionalmente ha venido haciendo a la administración de justicia para resolver sus conflictos, sino además a la Mediación y de esta manera evitar a la postre grandes costos a la economía del país.

Del análisis legal que a continuación se detalle veremos como en nuestra legislación se hace constar ya la Mediación como alternativas ágiles de solución y cual es su procedimiento, así por ejemplo tanto en nuestra Carta Magna como en las leyes vigentes en el país:

#### **1.7.1 EN LA CONSTITUCIÓN**

La Carta Política en su artículo 35 numeral quinto contempla la “transacción” en materia laboral: “Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa competente”.

El artículo. 118, inciso 3 de la Constitución vigente en el año 1997 señalaba que: “Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias”; y el artículo 191 inciso 3, de la actual Carta Política, consagra definitivamente como principio constitucional, los procedimientos alternativos para la resolución de conflictos: “ Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley “.

#### **1.7.2 EN LAS LEYES: EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION**

En el Título XXXVIII del Libro Cuarto del Código Civil (CÓDIGO CIVIL): “De la Transacción” artículo 2348, primer inciso reza: “Transacción es un

contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”.

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación dice: “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

En virtud del precepto constitucional se dictó la nueva Ley de Arbitraje y Mediación Ley de Mediación y Arbitraje, cuyos títulos II y III reseñan la mediación como una institución moderna para solucionar conflictos dentro del actual orden legal. Art. 44 inciso segundo: “ ...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”.

La relación entre la mediación y la transacción exhibe gran importancia para quienes negocian directamente o median los términos de un acuerdo, puesto que el contrato de transacción, al igual que el acta de mediación, tienen mérito de cosa juzgada en última instancia. Cuando se trata de una transacción extrajudicial, se puede prescindir de la firma de un mediador certificado o autorizado en los términos de la Ley de Mediación y Arbitraje, pues como secuela de la transacción, el contrato transaccional tiene el mismo efecto jurídico que una sentencia ejecutoriada de última instancia.

En síntesis, se puede hablar de mediación formal –en los presupuestos de la Ley de Mediación y Arbitraje – y una suerte de mediación informal, la cual, para lograr el mismo efecto jurídico, deberá ajustarse a las reglas

establecidas en el Título XXXVIII del Código Civil. Por supuesto que un proceso diseñado y dirigido por un experto capacitado y entrenado como mediador, con certeza, tendrá mayores probabilidades de éxito.

### **1.7.3 LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

Según esta ley, son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo –art. 8, lit. f- intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre y cuando el Defensor del Pueblo lo considere procedente y necesario; y, el artículo 12 dispone además que debe realizar investigaciones y organizar el procedimiento basándose en los principios de gratuidad, informalidad e inmediatez.

### **1.7.4 EL CODIGO DEL TRABAJO**

En la legislación laboral actual, la mediación se diferencia de la conciliación y es un procedimiento obligatorio, particularmente para los conflictos laborales y así consta en los artículos 470 y siguientes del Código del Trabajo, que regulan la actuación de los funcionarios de mediación del Ministerio del Trabajo y de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

Se hace constar a la mediación como una primerísima vía para superar las diferencias existentes entre empleadores y trabajadores y si no hubiere acuerdo, el expediente se remite al Inspector del Trabajo para que éste lo someta a conocimiento del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, cuya composición no puede estar integrada por quienes hayan intervenido

como representantes de las partes en la mediación.

La conciliación laboral se convierte en un nuevo recurso y le faculta al tribunal proponer las bases de conciliación, que se diferencia de la mediación en la cual las propuestas de resolución competen exclusivamente a las partes.

### **1.7.5 OTRAS NORMAS**

Diversas leyes, tratados y reglamentos, sobre todo, los expedidos después de publicarse la Ley de Arbitraje y Mediación, se remiten al procedimiento de mediación para la solución de controversias (Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana; Ley de Defensa del Consumidor; Ley de Mercado de Valores; Ley de Propiedad Intelectual), también normas como la Ley de Hidrocarburos se refieren a la mediación como mecanismo para la solución de conflictos: "Artículo 10.- ...Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta Ley podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y arbitraje, de conformidad con lo establecido en la Ley y en el convenio arbitral correspondiente."

## **1.8 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS**

En el derecho Romano la clasificación de los contratos era importante que en el ejercicio de las acciones dependía de cada tipo de contrato. En Roma los contratos se clasificaron desde los siguientes puntos de vista:

### **1.8.1 SEGÚN SU ORIGEN**

Se distinguían los contratos de derecho civil y los de derecho de gentes.

a) Derecho Civil.- Eran aquellos en que solo podían participar los ciudadanos romanos y también por excepción los peregrinos que tenían el jus commercil.

b) Contrato de Derecho de Gentes.- Son aquellos en que no era necesaria la ciudadanía romana ni el juez commercil, y que por tanto, podrían celebrarse entre extranjeros y ciudadanos en este contrato tenemos la compra venta, la locación, la sociedad y el mandato.

### **1.8.2 POR SU MODO DE FORMACIÓN**

Según este criterio los contratos se dividían en verbales, literales, reales y consensuales.

a) Los contratos verbales.- (verbis) se perfeccionaban mediante el pronunciamiento de ciertas palabras sacramentales, estos contratos fueron en Roma la stipulatio, la dictio dotis y el insiu randum liberti, en las estipulación clásica, por ejemplo el acreedor, "prometer darme 100 ases" y el deudor respondía "sí prometo".

b) Los contratos literales.- Eran los que exigían como elemento esencial una escritura una inscripción o asiento efectuado en los registros o codex que elevaban los ciudadanos. Contratos literales eran los nominatranscriptitia los quirographa y los singlapha.

c) Los contratos reales.- Eran los que se perfeccionaban por la entrega de la cosa de modo que aunque las partes se pusieren de acuerdo sobre la obligación, si no existiere el acto material de entrega, no se producía los efectos jurídicos del contrato, por ejemplo, el mutuo, si yo simplemente

prometo a Luis prestar 100, no hay mutuo sino una mera promesa, para que surja el mutuo debe entregarle los 100, contratos reales son el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

d) Los contratos consensuales o solo consensu.- Son los que se perfeccionan desde que las partes manifiestan su consentimiento, de manera que desde ese momento se producen las consecuencias jurídicas contractuales, tales son la compraventa, la locación, la sociedad y el mandato, todos de buena fe.

### **1.8.3 POR SUS EFECTOS**

Desde este punto de vista los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales.

a) Unilaterales.- Son los contratos que engendran obligaciones para una sola de las partes, como ocurría con el mutuo y la estipulación, en que solo se obligaban el mutuario y el promitente respectivamente.

b) Contratos bilaterales o sinalagmáticos, son aquellos en que las dos partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra, como acontece en la compraventa, el arrendamiento. etc. En la compraventa, por ejemplo, el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio en dinero.

Hay que distinguir el acto jurídico unilateral del contrato bilateral, en el acto unilateral interviene una sola parte, como ocurre en el testamento.

En el contrato así sea unilateral, intervienen dos o más personas, se requiere el acuerdo de dos o más voluntades. La clasificación de los

contratos en unilaterales y bilaterales depende, en consecuencia de la extensión de las obligaciones de las partes.

Bilaterales.- Estos contratos se subdividen en perfectos e imperfectos.

Son perfectos aquellos contratos en que desde el instante mismo de su conclusión las dos partes contraen obligaciones ( compraventa, arrendamiento etc.)

Contratos de buena fe eran el comodato, el depósito, la prenda y todos los sinalagmáticos. La clasificación que estamos considerando no tiene importancia en nuestro derecho, pues, según nuestro Código Civil, todos los contratos son de buena fe, ya que el art. 1562 prescribe: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la Ley o la costumbre, pertenecen a ella."

#### **1.8.4 SEGÚN LAS RELACIONES DE DEPENDENCIA**

Contemplados desde este punto de vista, los contratos se clasifican en principales y accesorios. Principales los que tienen vida jurídica autónoma, los que existen por si mismo, sin necesidad de otro, como el mutuo, la venta. Son contratos accesorios aquellos cuya vida jurídica depende de un contrato principal, esto es, que presuponen la existencia de otro contrato al que se vinculan. Los contratos accesorios en general, tienen por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Esta clasificación tiene interés práctico porque sirve para determinar la existencia de unos y otros, según la regla: "Lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

## **1.9 CONCEPTUALIZACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Contratos administrativos son aquellos actos de declaración de voluntad común que producen efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y otro entre estatal o un particular.

El contrato entraña un acto de voluntades distintas que confluyen para formar la voluntad común; el objeto de este acuerdo mutuo es el nacimiento de obligaciones y derechos de tipo jurídico.

Los efectos jurídicos pueden reflejarse en la contratación administrativa, dentro de la misma administración como fuera de ella, y en ocasiones, incluso afectar a terceros, como ocurre en el contrato de concesión de servicios públicos o en el de concesión de obra pública.

En esta clase de contratos siempre debe intervenir un órgano del Estado, independiente del lugar que ocupe, pero actuando en función administrativa, y, la otra parte puede ser un particular u otra persona jurídica estatal, que deciden celebrar el contrato.

De modo que dentro del genero contrato el administrativo constituye la especie.

Los contratos administrativos y los actos administrativos.- Siendo los actos administrativos unilaterales, se diferencia de los contratos en que estos son bilaterales, la voluntad del particular integra la de la administración y por ello el consentimiento en uno de los elementos fundamentales el contrato.

El contrato administrativo tiene de común con el acto administrativo, que ambos se rigen por el derecho administrativos y además las cuestiones jurídicas que pueden traer aparejadas deben ser sometidas al conocimiento de los tribunales en lo Contencioso Administrativo.

Evidentemente los contratos administrativos pueden ser revocados por razones de interés general, lo mismo que los actos administrativos se revocan por razones de oportunidad pero mientras que los actos administrativos que no han hecho nacer derechos a favor de los particulares pueden ser revocados por la administración por razones de ilegitimidad, los contratos administrativos que siempre dan lugar a derechos no los pueden revocar la administración por si sola y deben acudir al reclamo judicial.

La administración pública y sus necesidades. La administración pública por si sola no puede realizar las obras prestar los servicios y cubrir los suministros suficientes para satisfacer todas las necesidades del país y cumplir los fines del Estado, por lo que es necesario el concurso de las personas naturales o jurídicas privadas. La forma más idónea para materializar ese concurso es la vinculación contractual.

El Código Civil Ecuatoriano artículo 1454 expresa que " Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas ".

## **1.10 LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y SU VÍNCULO JURÍDICO**

### **1.10.1 CONCEPTO DEL ACTO JURÍDICO**

Puede definirse el acto jurídico como la declaración unilateral o bilateral de voluntad, ejecutada con arreglo a la Ley, y destinada a producir efectos jurídicos, creación, conservación, modificación, transferencia, transmisión o extinción de un derecho.

Dos son las características del acto jurídico.- Tratase de la manifestación voluntaria de una o más personas, con lo que se diferencia de los hechos jurídicos propiamente tales que son obra de la naturaleza.

La manifestación de la voluntad es hecha con la intención de producir efectos jurídicos, singularidad que diferencia del acto jurídico de los hechos materiales del hombre-, y de los otros hechos jurídicos voluntarios pero realizados sin la intención de producir efectos de derecho delitos y cuasidelitos, plantación de un árbol, abandono de una casa.

"Hay que hacer notar que el acto jurídico no deja de ser tal por el hecho de que su autor no haya tenido el propósito de producir los efectos jurídicos que la ley le asigna, sino otros"

### **1.10.2 PRINCIPIO JURÍDICO**

Derecho y administración.- En los estados modernos es de aceptación general el criterio de que la administración pública se halla sometida al derecho positivo. La justificación del principio jurídico radica en la separación de los poderes del estado y en la concepción revolucionaria

de la Ley como manifestación de la voluntad popular fundamentada en la Constitución Política, la función administrativa es la esencia ejecutiva y la Ley le señala las bases y límites de su actividad la cual no excluye las facultades que tiene para dictar normas generales o reglamentos, pero completamente subordinados a las leyes.

En la contratación Administrativa rige en primer término del derecho público, y solo subsidiariamente, el derecho privado.

El orden que debe observarse en la aplicación de las disposiciones será Constitución Política, Ley especial del contrato, Leyes generales, como la Ley de Contratación Pública. Dentro de cada Ley, las disposiciones especiales para el contrato específico que se tramite y luego los generales.

Finalmente, cabe advertir que sin trastocar el orden normal de la legislación vigente existen ciertas disposiciones aplicables a toda la Contratación Pública, citemos por ejemplo, el art. 6 de la Constitución sobre la renuncia de toda reclamación diplomática " el Art. 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control" sobre el aspecto económico; el art. 304 de esta misma ley, relativa al informe de contratos.

Contrato Ley para las partes.- Es el derecho civil, la expresión ley interpartes, sintetiza la fuerza obligatoria del contrato privado, para los contratantes dentro del concepto transmitido por el Derecho Romano.

En la contratación administrativa hay consenso doctrinario en aceptar que la administración y el contratista deben respetar el contrato celebrado, pero con la variante de que se distinguen determinadas limitaciones debido a la singularidad de esos contratos, especialmente en que la

inmutabilidad es tan solo relativa. Ella obedece al objetivo de la contratación que es el interés público y a las prerrogativas de la administración para hacer posible el cumplimiento de sus fines.

Ahora bien, esa posible mutabilidad se reduce a márgenes muy estrechos, sin que se pueda alterar la naturaleza esencial del contrato, como el objeto o contenido cambiando lo acordado por los contratantes.

Estipulaciones no sujetas a la ley.- Las relaciones contractuales se dan necesariamente dentro de la juricidad de cada país, ya en el campo del derecho privado, ya en el ares del derecho público. Aunque los contratos privados permiten una amplia libertad de decisión, las partes deben observar las prescripciones legales para la validez de los mismos. Por esto, la circunstancia de haber celebrado voluntariamente un contrato no significa que se confiera validez a las estipulaciones que se hubieren apartado de la ley.

El Código Civil dispone claramente que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración dejando sin respaldo a las cláusulas ilegales.

El Derecho Administrativo.- En Derecho Público Administrativo, la exigencia del sometimiento a las leyes que rigen los contratos administrativos, es mas imperiosa aun porque las facultades de la Administración en esa área, en la mayor parte son regladas-, y, porque se presume de derecho que las leyes son conocidas por los contratistas lo que elimina la posibilidad del desconocimiento de los elementos formales y escenciales respectivos.

Así, pues las cláusulas ilegales que se incluyen en un contrato

administrativo, se entiende no escritas y carecen de toda validez.

La Ley de Contratación Pública, prescribe que el contrato a mas de las cláusulas que le sean propias, deben incluirse las referentes a la terminación o resolución del contrato, recepciones provisionales y definitiva, obligaciones, procedimientos para solucionar las controversias de orden legal y técnico, así como las garantías que debe reunir el contratista. Ley de Contratación Pública art. 66 y siguientes.

### **1.11 TERMINACION DE LOS CONTRATOS**

Los contratos según lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de Contratación Pública pueden terminar:

- Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
- Por mutuo acuerdo de las partes;
- Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del contrato;
- Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista;
- Por sentencia ejecutoriada que declare la resolución del contrato, a pedido del contratista; y,
  
- Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

Ante estas causales de terminación de los contratos administrativos, la Ley de Contratación Pública faculta a que las partes intervinientes en un contrato de común acuerdo pueden utilizar los procesos de arbitraje y

mediación que lleven a solucionar sus diferencias, según lo dispone el artículo 108 de la Ley de Contratación Pública.

## CAPITULO II NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN

La naturaleza de la persona que ejerce la mediación se presta también para caracterizar a esta última. Suele ser lo más común que la persona física del mediador actúe con carácter de facilitador.

Pero nada obsta para que tal gestor pueda ser una persona que actúe a título individual y en virtud a su propio prestigio personal; ya sea que lo haya obtenido como estadista, como intelectual, etc. Muchos son los autores que se olvidan de señalar esta posible circunstancia.

La mediación generalmente presta la peculiaridad de ser de creación facultativa, es decir que no hay una obligación jurídica.

A pesar de ser este carácter facultativo una peculiaridad casi constante de aquella, se han dado algunas oportunidades en que se ha tratado de hacerla menos optativa, buscando darle posibilidades de mayor eficacia.

Solamente habría obligatoriedad para la mediación en el caso en que las partes así lo hayan concertado, sin embargo, no desvirtúan la regla del carácter optativo del pedido o del ofrecimiento de la mediación.

Otra característica de la mediación es que siempre debe considerarse un acto voluntario, ello se debe, primero a que la actuación del mediador tiende siempre a salvaguardar la paz de las partes y además, y no por ello menos importante, a que esta participación del tercero de ninguna manera implica una intervención en la aceptación técnica que este vocablo tiene en el Derecho.

Aunque citado en último término, uno de los caracteres más salientes de la figura jurídica que se estudia es la no obligatoriedad de lo propuesto por el mediador, sea éste quien fuere y cualquiera sea la forma jurídica como aquella hubiera sido originada.

Puede afirmarse, sin ninguna duda que ésta es la característica inseparable de la mediación, pues si lo surgido por el gestor como medio de solucionar la controversia tuviera valor compulsivo para las partes involucradas, aquella dejaría de ser tal para convertirse en arbitraje se esta obligatoriedad fuese libremente aceptada por los interesados, y si ocurriese en contra de la voluntad de éstos estaríamos ante una intervención.

## **2.1 CONCEPTUALIZACION**

Para el profesor Argentino Oswaldo Alfredo Gozaíni, mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarnos y unirlos en amistad. (Oswaldo Alfredo Gozaíni, Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos, Ediciones Depalma Buenos Aires 1995 pág. 71.)

Para el jurisconsulto argentino, Juan Carlos G Dupis, la mediación es un procedimiento por el cual las partes, que se encuentran sumergidas en un conflicto, buscan una solución aceptable, a la que podrían llegar mediante la ayuda de un tercero neutral, que mediante el uso de técnicas aprendidas, intenta ayudarlas a llegar a su propio acuerdo. ( Juan Carlos G. Dupis. Mediación y Conciliación, ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 1997, pág. 28).

El derecho usual de derecho de Guillermo Cabanellas, define a la

mediación como la participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados.

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación define a esta última como 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.

En definitiva la mediación se define como un proceso alternativo por el cual un tercero neutral intenta a través de la organización de intercambios entre las partes de un conflicto, permitirles a éstas confrontar sus puntos de vista y buscar con su ayuda una solución al conflicto que los opone. En la mediación y, esto es fundamental, el tercero neutral es un facilitador que estimula a las partes para que logren un acuerdo y que no tiene 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 sino un planificador creativo.

Como se advierte de la simple lectura de los diferentes conceptos, todos coinciden en lo sustancial, la mediación es un procedimiento de negociación directa y asistida por el cual las partes involucradas en un conflicto pretenden encontrarle una solución que satisfaga a ambas, para lo cual recurren a la colaboración de un tercero neutral, que carece de poder de decisión y cuya función será la de ayudarlas en esa búsqueda.

## 2.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA MEDIACION

**Negociación asistida.** Decimos que es una negociación asistida porque para lograr planificar y manejar una audiencia de mediación hay que tomar en cuenta un método. Lo importante dentro de la mediación es tener un estilo, que se base en un método de tal manera que el mediador a diferencia de las partes conozca en términos conceptuales a donde está llevando la mediación y si va o no a tener éxito.

**Tercero imparcial.** Al hablar de imparcialidad no podemos dejar de mencionar la ética que debe manejar quién obra de mediador. Parte de la imparcialidad tiene que ver con los criterios que el mediador expresa en sus intervenciones y éstos deben en todo momento reflejar imparcialidad.

**El poder de las partes.** Las partes en la mediación son las que deben descubrir sus verdaderos límites para poder aceptar propuestas y arreglos. Las partes son las únicas facultadas en un proceso voluntario de llegar a fórmulas de arreglo. El mediador deberá utilizar sus conocimientos para transmitir a las partes creatividad, espontaneidad y lograr descubrir los puntos de bloqueo en su razonamiento, para solucionarlos.

**El acuerdo.** El acuerdo no es más que la unión de voluntades para resolver cualquier impase entre personas. Para llegar a un acuerdo las partes deben estar conscientes de todas las implicaciones que significa estar de acuerdo. El acuerdo debe pasar por criterios objetivos y subjetivos para garantizar su eficacia.

**Confidencial.** Una de las características de la mediación es la

confidencialidad. Ni las partes, ni el mediador pueden difundir lo que en la audiencia se diga. Para el efecto el mediador advierte a las partes de esta circunstancia y les pide, si ellas consideran necesario la suscripción de un convenio de confidencialidad de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

### **2.3 CLASES DE MEDIACION**

La Mediación se da en el ámbito

- Empresarial
- Laboral
- Civil
- Patrimonial
- Mercantil
- Internacional
- En la Administración entre los principales

Lo que me interesa para los fines del presente trabajo es lo atinente a la mediación, como sistema alternativo al juicio.

Genéricamente puede afirmarse que por su naturaleza la mediación (al igual que el arbitraje y la conciliación) puede ser obligatoria, voluntaria y optativa.

**Obligatoria.** Cuando existe una disposición legal o contractual que imponga dicha vía a las partes involucradas en el conflicto.

**Voluntaria.** Cuando las partes se someten a la mediación por propia y deliberada decisión, sin que se encuentren comprometidas a hacerlo por ninguna disposición legal o contractual.

**Optativa.** Cuando la ley confiere la opción de someterse a ella a una o a la otra parte, pero esa alternativa es vinculante para la otra.

Es evidente que lo más destacable de la mediación es su metodología para abordar la resolución del conflicto. Por ello, la naturaleza de éste, condiciona la apertura del sistema.

Por vía de principio, todos los problemas intersubjetivos podrían encontrar respuesta desde la mediación; sin embargo la diversidad de medios alternativos para solucionar controversias, este mecanismo pondera posibilidades mejores, cuando se dan algunas condiciones específicas.

Para algunos, la mediación resulta recomendable cuando:

- a) En el litigio, la relación entre las partes constituye un elemento importante;
- b) Las partes quieren conservar el control sobre el resultado y sobre el procedimiento;
- c) No existe una gran disparidad de poder;
- d) La causa del conflicto, en ocasiones es por mala comunicación;
- e) Cuando existen cuestiones técnicas muy complejas.

La pauta está dada, en consecuencia, por el objeto a mediar y por las partes contingentes que permiten referir a los siguientes campos:

**Mediación patrimonial.** Opera sobre el difícil territorio de las relaciones comerciales. Evidentemente, habrá situaciones de imposible tramitación, como los casos de concursos (negociación de la junta de acreedores); dolo o fraude en la relación denunciada; etc. Pero quedará en la inteligencia del juez participar al mediador de los asuntos que bajo su tutela puedan remediarse.

**Mediación mercantil.** Es una forma de intervención accesoria en los negocios comerciales de otros. Aun cuando pueda realizarse entre comerciantes, una mediación ordinaria para advenirlos en algún conflicto judicial, o extrajudicial, la característica mediación mercantil es cosa muy distinta, ya que se trata de una operación lucrativa; o de dos actividades lucrativas, una principal y otra accesoria, si se considera en conjunto la situación.

**Mediación laboral.** En esta esfera jurídica, la mediación es el sistema intermedio entre la conciliación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo cuando fracasa la gestión directa entre los interesados.

**Mediación internacional.** En la esfera de la diplomacia, ante la tensión entre los pueblos que crea una amenaza para la paz o provoca la beligerancia, por mediación se entiende tanto la acción como la institución, iniciada consuetudinariamente y con elevados propósitos de paz y concordia. En virtud de lo que una o más potencias amigas de otra u otras en conflicto, bélico o no, y carentes de interés en la cuestión debatida o en la lucha entablada, se interponen, ante el requerimiento de las partes desavenidas u hostiles, o bien por propia iniciativa, para lograr la conciliación. Si se trata de una diferencia de sentimientos o principios la transacción de las hostilidades o una paz

mitigada para el vencido si se encuentra ante una guerra.

**Mediación familiar.** Aparece como una alternativa procesal para los cónyuges que encuentran de esta forma un régimen asistencial que disuade la carga conflictiva que llevan al proceso.

Atendida la cuestión, fácil es colegir que, utilizando el sistema a las partes les pertenece las soluciones que alcancen, sin que nadie se las imponga ni los obligue.

Nuestra legislación reconoce además en asuntos de menores y alimentos, y asuntos comunitarios a la mediación como medio alternativo para la solución de conflictos, con la fijación procesal en el primer caso susceptible de revisión de las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas de la Ley de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

En el caso de la mediación comunitaria, nuestra legislación prevé el caso para que las comunidades indígenas y negras, las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito.

Confirman que los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación.

### **Mediación Administrativa**

Para que se pueda dar la Mediación en los contratos administrativos, la misma debe ser en forma consensual y deberá estar estipulado en el

Contrato, es una más de las alternativas legales que tienen las entidades del sector público que celebran contratos entre sí o estas con los particulares.

Es conveniente que para la celebración de una mediación en una entidad pública se debe obtener un criterio favorable del asesor jurídico, del área técnica respectiva, del área financiera para la provisión de recursos; y, de la máxima autoridad de la Entidad.

Debemos acotar además que la Procuraduría General del Estado es el organismo encargado del patrocinio legal de las instituciones del Estado; el asesoramiento legal y las demás atribuciones que le determine la Ley, esto de conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

En virtud de lo estipulado en el artículo 5 de la indicada Ley, el Procurador General del Estado esta facultado para:

- a) Proponer acciones legales en defensa del patrimonio nacional y del interés público;
- b) Intervenir como parte procesal;
- c) Supervisar el desenvolvimiento de los procesos judiciales o mediación entre otros;
- d) Representar judicialmente a las entidades del Estado con facultad para desistir o transigir en las acciones que hubiere propuesto;
- e) Asesorar de oficio o a petición de parte a las entidades públicas tanto en los procesos judiciales así como en los procedimientos alternativos de solución como por ejemplo en la Mediación;
- f) Autorizar a las máximas Autoridades de los organismos y entidades del sector público, para desistir o transigir, cuando la cuantía de la

controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América; y,

- g) A exigir a las personas naturales o jurídicas que tengan vínculo con el Estado, a través de la contratación pública, la información que requiera, en cumplimiento de la ley.

La Procuraduría General del Estado únicamente puede inmiscuirse en aspectos legales que atenten contra el ordenamiento jurídico vigente, más no en cuestiones netamente operativas o ejecutables que las partes acuerden en una Mediación, y en aquellos casos que la cuantía sobrepase los USD 20.000.

La Procuraduría General del Estado mediante pronunciamiento emitido mediante oficio No. 13558 de 25 de Agosto de 1998, suscrito por el Dr. Milton Alava Ormaza, entre otras consideraciones indica que:

Quién suscribe el contrato en las entidades del sector público es el encargado de suscribir el acta de Mediación ya que el principio de lógica jurídica es de quien puede lo más, puede lo menos.

Por otra parte esta Institución de control, mediante oficio circular del 15 de septiembre del 2005, suscrito por el señor Dr. José María Borja Gallegos, sugiere: "...que antes de acudir a los juzgados y tribunales que administran justicia, las entidades del sector público, enunciadas en el artículo 118 de la Constitución, concurren hacer valer sus derechos a los centros de mediación y arbitraje, para precautelar los intereses del Estado y evitar el dispendio innecesario de fondos publicos."

Existen en el Ecuador varios Centros de Mediación, como son de la

Función Judicial, la Cámara de Comercio, el Centro de Mediación y Arbitraje de la Contraloría General del Estado entre otras.

## **2.4 ELEMENTOS**

Los elementos que caracterizan o que constituyen parte de la mediación hemos de puntualizar los siguientes:

1. Consentimiento. Es decir que exista la apertura libre y voluntaria de las partes en conflicto para encontrar a través del mediador un acuerdo que solucionen el conflicto.
2. Fuerza jurídica. Una vez que se asume el compromiso, plasmado en el acta de mediación, es vinculante para las partes y de obligatorio cumplimiento (valor de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada).
3. Confidencialidad. Las partes tratan sus problemas con total reserva. Esta reserva es protegida por la Ley y tanto las partes como los mediadores están obligados a respetar dicha confidencialidad de los asuntos tratados en la mediación.
4. Imparcialidad. Los mediadores son personas neutrales y objetivas durante la mediación.
5. El acuerdo. El acuerdo no es más que la unión de voluntades para resolver cualquier impase entre personas. Para llegar a un acuerdo las partes deben estar conscientes de todas las implicaciones que significa estar de acuerdo. El acuerdo debe pasar por criterios objetivos y subjetivos para garantizar su eficacia.

Al no confluir uno de éstos elementos constitutivos y propios de la mediación creo del caso que no estaríamos hablando de Mediación como figura jurídica sino de otra muy diferente a la que es materia de estudio.

## **2.5 VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN**

### **Rápida y económica**

Si se compara a la mediación con el proceso judicial, sus costos son sensiblemente inferiores a los de éste. Ello así, no sólo en lo que hace a honorarios de los profesionales intervinientes.

Hay que señalar que los honorarios del mediador, resultan bastante exigüos, en realidad no encarecen el costo de este procedimiento.

Caracteriza a este procedimiento la rapidez con que se desarrolla. Es que muchas veces en una, dos o tres audiencias a lo sumo, las partes logran limar sus diferencias y llegan a una solución acordada en un muy breve tiempo.

## **2.6 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LA TRANSACCION**

### **SEMEJANZAS**

- a) Tanto en la transacción como en la mediación las partes renuncian a alguna pretensión, pues si solamente una parte es la que renuncia, habría desistimiento, por tanto diríamos que tiene el carácter conmutativo.
  
- b) Tanto la mediación como la transacción tiene el carácter de

bilaterales.

- c) Tanto la mediación como la transacción tiene el carácter de oneroso, pues implica un sacrificio económico de cada parte.
- d) En la mediación como en la transacción debe existir el consentimiento, es decir la apertura libre y voluntaria de las partes en conflicto.
- e) La transacción y la mediación una vez que se asume el compromiso, es vinculante para las partes y de obligatorio cumplimiento.

## **DIFERENCIAS**

- a) La transacción es un contrato, la mediación es un procedimiento o mecanismo de solución de conflictos que versa sobre cuestiones transigibles.
- b) La transacción es un medio de extinguir las obligaciones en cambio la mediación procura un acuerdo voluntario que pone fin a un conflicto.
- c) La transacción tiene lugar dentro o fuera de juicio, en cambio la mediación tiene el carácter de extrajudicial y definitivo únicamente.
- d) La mediación requiere de la existencia de un tercero para que

pueda operar, la transacción no.

- e) La mediación termina con un acto, en cambio la transacción con un contrato.
- f) En la transacción va envuelta la condición resolutoria por ser un contrato bilateral, en cambio en la mediación no existe esta figura jurídica.

## **2.7 PARTES QUE INTERVIENEN**

Como en todo proceso judicial o extrajudicial intervienen en primer término el requeriente y el requerido y un tercero que en el caso del proceso judicial sería el juez y en el segundo caso un tercero llamado mediador si las partes así lo consienten.

En la mediación interviene aquella persona natural o jurídica que tiene capacidad para desprenderse de un bien o de un derecho, renunciando a él pudiendo transferirlo o enajenarlo a otra, es la que tiene capacidad para celebrar válidamente la mediación.

Las entidades del sector público, como toda persona jurídica, tienen su capacidad jurídica para mediar a través de sus representantes legales, para lo cual deben concurrir los siguientes elementos:

- a) Que el Representante Legal acredite su representación a través del nombramiento respectivo.
- b) Que acredite la facultad legal para transigir, es decir, que tiene la

facultad de disposición de los bienes o derechos que somete a la mediación.

- c) Que se haya pactado con anterioridad al conflicto, la posibilidad de pactar una mediación.

## **CAPITULO III APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN**

### **3.1 EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

La libertad de concurrencia es uno de los principios de la contratación de los entes públicos y persigue una doble finalidad, la de proteger los intereses económicos de la Administración y la de garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración.

Para Emilio Fernández Vázquez, (Diccionario de Derecho Público, Buenos Aires-Argentina 1981, p 147) los contratos administrativos son "aquellos actos de declaración de voluntad común productora de efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y otro ente estatal o particular".

Este tipo de contrato necesita un acuerdo de voluntades distintas que confluyen para formar una voluntad común. El efecto de este acuerdo mutuo produce el nacimiento de obligaciones y derechos correlativos de tipo jurídico. Estos efectos pueden reflejarse en la contratación administrativa dentro o fuera de ella.

En esta clase de contratos una de las características principales es que intervenga un órgano del Estado, independientemente del lugar que ocupe, pero actuando en función administrativa; y, que la otra parte contractual puede ser particular o de la misma manera estatal, los cuales celebran el contrato.

Es claro, que cada contrato tiene sus características, cualidades y

elementos propios.

Elementos esenciales de los contratos administrativos:

**a) SUJETO**

Como todo contrato tiene dos partes y se llaman: contratante y contratista. El contratante es conocido también como la administración o la entidad pública que contrata; y el contratista, es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera que concurre con la finalidad de contratar.

**b) VOLUNTAD**

La voluntad es otro elemento fundamental para la celebración de todo contrato, y el contrato administrativo no podía ser la excepción; ésta se forma con la coincidencia de las voluntades tanto del contratante como del contratista. Esta voluntad se la expresa por medio de su representante legal competente, para que pueda surgir efecto.

**c) OBJETO**

El objeto de los contratos y en especial de los administrativos, consiste en la obligación de dar, hacer o no hacer algo, dependiendo de lo que las partes acuerden.

Además este objeto debe tener la calidad de lícito, es decir, que no atente al orden público y buenas costumbres, este objeto lícito tiene que estar de conformidad con las leyes vigentes.

Generalmente este objeto es sobre bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, y por lo regular tiene una norma específica que los regula, como por ejemplo la Codificación de la Ley de Contratación Pública.

El objeto del contrato administrativo no puede contrariar la finalidad pública, ni tampoco puede ser incongruente con la función administrativa, o contravenir el ordenamiento jurídico.

Dentro de las causas que debe tener el objeto, dentro de estos tipos de contratos, están las características: Lícito, determinado y cierto.

#### **d) CAUSA**

La causa es el motivo determinante de la declaración de voluntad, la cual debe estar en concordancia con la ley y el derecho, esta debe ser lícita y real, requisitos sin los cuales no pueden haber obligación.

La causa ilícita es definida como la que está prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público y esta ocasiona la nulidad absoluta del contrato.

#### **e) FORMA**

La forma de realizar los contratos administrativos esta establecida en la ley, por eso es uno de los elementos esenciales de este tipo de contratos, es imposible dejarla a un lado, ya que esto podría acarrear la nulidad del mismo.

Las formalidades que establece la ley son para evitar que los representantes tomen decisiones prematuras, irreflexivas o carentes de suficiente estudio; y, para que los funcionarios públicos no se beneficien por las mismas.

Según el tipo de contrato específico se debe analizar dichas formalidades, entre las cuales por ejemplo tenemos, los estudios respectivos, la disponibilidad presupuestaria, informes de organismos de control, autorizaciones, documentos precontractuales, entre otros.

El procedimiento precontractual es un modo de preparar la voluntad administrativa, en esta etapa la Administración realiza actos y hechos con la finalidad de escoger de la manera más adecuada posible a la contra parte contractual, y que sea más conveniente para los intereses institucionales y del Estado.

#### **f) FINALIDAD PÚBLICA**

La finalidad del contrato administrativo es el interés general; sin dejar a un lado los intereses individuales garantizados por la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional.

En cuanto a la característica de este tipo de contratos tenemos principalmente la desigualdad de las partes.

En el contrato administrativo si bien es cierto que existen dos partes, contratante y contratista; existe una desigualdad entre ellas, ya que la Administración tiene evidentes prerrogativas y se encuentra en una situación de privilegio con respecto del contratista.

En la etapa precontractual la Administración prepara las bases, señala los procedimientos a seguir, elabora los términos del contrato, los aspectos legales, técnicos y económicos a lo que debe sujetarse el contratista; y en general establece los parámetros a seguir.

Durante la ejecución del contrato, la Administración tiene atribuciones para tomar decisiones unilaterales, las cuales no tiene el contratista; puede realizar ciertas modificaciones como son las de amplia, reducir o complementar obras; o hasta decidir unilateralmente la terminación del contrato, claro esta que todo esto de conformidad con lo que establece el ordenamiento jurídico.

Según lo establece el artículo 64 de el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, los representantes legales de entidades públicas de la Función Ejecutiva tienen competencia reglada y discrecional para el funcionamiento de las entidades que representan.

Por otra parte en el mencionado Estatuto en su artículo 155, expresamente señala la facultad de acudir a métodos alternativos de solución de conflictos, en tal virtud podrá:

- a) Celebrar acuerdos, pactos convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, siempre que contraríen el ordenamiento jurídico o se trate de temas no susceptibles de transacción o mediación.
- b) En estos métodos debe establecerse la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de

vigenci, debiendo publicarse o no según su naturaleza.

- c) Requerirán de ser el caso, la aprobación del Procurador General de Estado, en cuantías superiores a USD \$ 20.000,00 se requiere su autorización previa, la cual únicamente debe analizarla desde el punto de vista legal del acuerdo; y, con excepción para los organismos del régimen seccional autónomo.
- d) No podrán alterar las competencias de los órganos administrativos, ni las responsabilidades que correspondan a las autoridades en cuanto a los servicios públicos.

En los Contratos Administrativos, tanto la mediación como el arbitraje son perfectamente válidos y reconocidos en nuestra legislación como mecanismos para la solución de controversias, sin que esto signifique que su aplicación perjudique de alguna manera las potestades que el Estado tiene en la relación contractual.

Resulta sorprendente, que en la actualidad todavía existan criterios en contra de la aplicación de la mediación como un mecanismo de solución de controversias por cuanto consideran que el Estado teniendo la potestad de rescindir un contrato y con los efectos jurídicos que esto provoca no sería dable aplicarla, sin embargo, por ejemplo en el contrato administrativo se lo ve como un negocio para el particular, el Estado debe asegurar la igualdad y el equilibrio económico financiero de este, tanto más que dentro de la relación contractual al contratista debe tenerse como un socio estratégico y no como un rival al cual debe imponérsele en un momento dado situaciones que afecte a su economía y por otro lado lo tedioso y lo dificultoso que significa utilizar como mecanismo único para la solución de conflictos la vía judicial o los jueces de derecho.

### **3.2 LA MEDIACIÓN FRENTE A LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS**

Son prerrogativas y derechos de las competencias administrativas de dirección, control, rescisión y sanción contractual. Estas prerrogativas se presentan en todos los contratos con mayor o menor intensidad, sin perjuicio de las peculiaridades contractuales concretas. Además, como derecho primario y básico, la Administración Pública tiene el de exigir la prestación debida y la ejecución en término.

**Dirección y control.** La administración Pública tiene facultades de dirección y control sobre la forma y modo de cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. La Administración Pública supervisa la forma en que se cumplen las prestaciones. El correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales asegura la mejor satisfacción del interés público. Si bien la Administración delega en su co-contratante la ejecución del servicio, obra o suministro, ella siempre es responsable de una ejecución adecuada e idónea para lograr la satisfacción del interés público que contractualmente se procura.

La facultad de dirección y control comprende:

- a) Un aspecto material , en el cual se determina si el contratista ejecuta debidamente los hechos que constituyen las prestaciones a su cargo;
- b) Un aspecto técnico, sobre si la ejecución del contrato se ajusta a los requisitos técnicos contenidos en los planos aprobados, pliegos de condiciones y reglas del arte;

- c) Un aspecto financiero, para verificar, entre otras cuestiones, la realización de las inversiones, la debida formulación de adquisiciones y acopios, la fijación y percepción de las tarifas que correspondan y la aplicación de las fórmulas de reajuste; en donde se controlan las condiciones jurídicas impuestas por el contrato, y el ejercicio de ciertos poderes otorgados o delegados en algunos casos al contratista.

La aplicación de esta prerrogativa tiene una diversa intensidad jurídica en cada tipo de contrato administrativo. Así, por ejemplo, es amplia en los contratos de concesión de servicios públicos, pues en tal sentido, a través del control existe una marcada intervención estatal en los contratos privados.

Esta prerrogativa también es amplia en los contratos de obra pública; es más reducida, en cambio, en los contratos de suministro instantáneo o de tracto muy breve.

En caso que el contratista no cumpliera las órdenes que se le impartan, la Administración podrá imponerle las sanciones previstas en el contrato o en el ordenamiento administrativo para asegurar el cumplimiento de las órdenes. Por su parte, el contratista podrá interponer recursos administrativos y acciones judiciales, en su caso, ante una extralimitación de la Administración Pública en el uso de su prerrogativa de dirección y control, reclamando las indemnizaciones respectivas si efectivamente se han agravado abusivamente las prestaciones que según el contrato estaban a su cargo, o recurrir a una mediación a fin de llegar a transigir de la mejor manera con la Administración Pública.

### **3.3 PROCEDIMIENTO JURÍDICO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACION**

El acta de mediación es el documento por el cual las partes expresan los términos del acuerdo obtenido para superar el conflicto objeto de la mediación, sin importar si los comparecientes pertenecen a una entidad pública o son particulares.

Los efectos que produce el acta de mediación son los siguientes:

- Por la sola firma del mediador se presume que el documento contenidas en éste son auténticas.
- El acta de mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Las actas de mediación pueden verse inmiscuidas en nulidades, entre las nulidades absolutas tenemos cuando el objeto de la transacción sea ilícito o que no sea transigible, la causa o razón que lleva a las partes a transigir sea ilícita, los comparecientes sean incapaces absolutos; y, que no cumplan formalidades o requisitos substanciales. En cuanto a la nulidad relativa, se puede dar cuando comparecen incapaces relativos, existe error sustancial, cuando el acta fue celebrado con los vicios de fuerza y dolo, demostrables, omisión de solemnidades en consideración al estado y calidad de los que intervienen.

En cuanto a la ejecución de las actas, La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 47 establece que en caso de incumplimiento esta "se la ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la

suscripción del acta de mediación.

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.”

Algunos autores, tomando como ejemplo la metodología desarrollada en algunos centros de los Estados Unidos, sostienen que el proceso mediador tiene seis etapas:

- a) Contacto inicial entre el mediador y las partes;
- b) Ingreso del mediador en el conflicto estableciendo las reglas que guiarán el proceso;
- c) Obtención de la información relativa a la disputa, identificando los temas a ser resueltos, y acordando una agenda;
- d) Creación de alternativas de solución;
- e) Evaluación de la posibilidades para arribar a un compromiso y su comparación con las alternativas de arreglo que tuvieran las partes;

- f) Conclusión de un acuerdo total o parcial sobre la sustancia del conflicto, junto con el establecimiento de un plan para implantación del acuerdo y para el monitoreo de su cumplimiento.

El artículo 44 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación dice: "La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados".

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

El estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva.

La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

El art. 45 de la referida ley dispone que la solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible y una breve determinación de la naturaleza del conflicto.

Por su parte el Art. 46 de la ley invocada determina que la mediación procederá:

- a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos

que conste el acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación.

El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se substanciará el proceso según las reglas generales.

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

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

Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de mediación la notificación del juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho término.

El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

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 parte y la firma del mediador.

Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo que las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimientos de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación.

Aun cuando actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el

conflicto objeto de la mediación.

La mediación tiene carácter confidencial, por lo tanto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia (Esta nueva citación es facultativa del Centro de Mediación al que se hubiere concurrido, la cual debe estar normada en su Reglamento). Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.

La celeridad resulta quizá una de las bondades más evidentes si tenemos en cuenta el breve tiempo de la solución.

En los centros de mediación los reclamos, controversias o pretensiones, etc, se resuelven en una o dos audiencias, que no toman más de tres semanas, con un desarrollo aproximado de hora y media de acto celebrado. La gran mayoría de los pleitos logra mediar.

El principio de economía procesal luce en el cuadro sus perfiles más

eficientes. No solo por la economía de esfuerzo que significa concentrar en pocas audiencias , numerosos actos que llevaría el proceso común; sino además por la economía de costos al ser absolutamente reducido el nivel de inversión para acceder a la mediación, o por los gastos u honorarios que eventualmente signifiquen.

La rapidez aparece nuevamente otorgando gran eficacia al servicio prestado; aun cuando el acuerdo no se logre, jamás su tránsito puede ser absolutamente inútil.

La informalidad es otro de los beneficios que reporta.

Esta facilidad para alcanzar el mecanismo, unido a la simplicidad del esquema, son elementos indispensables para reflejar un acercamiento más directo con las necesidades sociales.

A veces, el intrincado camino que tiene el laberinto judicial, lleva a una esquiva aproximación de la gente hacia el proceso como si la maquinaria fuese de uso exclusivo para técnicos o poderosos.

También promedia una ética de la mediación a partir de la confidencialidad del tema y del secreto que perciben los participantes del encuentro.

El punto inicial del mecanismo supone la voluntaria aceptación de un tercero neutral que intentará armonizar el conflicto de partes.

Estos, a su vez, al admitir la colaboración del mediador saben que no podrán argumentar las confesiones recíprocas del procedimiento cumplido

si eventualmente se frustrará la vía y debieran dirigir la contienda ante la justicia común. No se tolera el beneficio abusivo de una espontaneidad efectuada en miras a un proyecto común.

El artículo 33 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que: "No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros."

#### Terminación de la mediación

La mediación se dará por terminada si:

Por la firma de una Acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo;

Por la decisión del mediador si, a juicio de éste, esfuerzos suplementarios de la mediación no llevaran a una resolución de la disputa.

Por una declaración escrita de una de las partes en cualquier momento después de estar presente en uno de los encuentros entre las partes con el mediador y antes de la firma de algún tipo de acuerdo.

Con la terminación de la mediación, el mediador deberá enviar en seguida una comunicación escrita al Centro notificando que la mediación ha sido concluida y la fecha de la misma, sea que la mediación haya logrado un acuerdo de la disputa o no, sea que el acuerdo sea total o parcial. El

mediador deberá enviar a las partes una copia de la notificación enviada al Centro.

El centro deberá mantener tal notificación del mediador confidencial y no podrá revelarla sin previa autorización escrita de las partes ni la existencia de ésta ni el resultado de la mediación a ninguna persona.

El centro puede sin embargo, incluir información correspondiente a la mediación en datos estadísticos que publicitan sus actividades, tomando en cuenta que dicha información no revela la identidad de las partes o las particulares circunstancias de las disputas a fin de que las partes no sean identificadas.

Con la finalidad de evidenciar el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, desarrollaremos un modelo práctico sobre el proceso de mediación.

### **3.4 ACTA DE MEDIACION**

**SEÑOR DIRECTOR DEL CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA FUNDACION  
“MEDIACION Y JUSTICIA”**

Quito, 29 de mayo del 2007

Señor Doctor

PEDRO COELLO

Director del Centro de Mediación y Arbitraje "Mediación y Justicia"

En su despacho.-

CRNL. Ing. Rodolfo Salazar, en mi calidad de Director del Instituto Geográfico Militar (IGM) y Representante Legal, como debidamente lo acredito con el documento que adjunto a la presente, a usted comparezco y solicito:

#### 1.- ANTECEDENTES:

El 5 de marzo del 2007, el Instituto Geográfico Militar (IGM) celebró con la empresa Ferrosstal, un contrato cuyo objeto era la entrega de dos máquinas perforadoras numeradoras de pasaportes;

El plazo para la entrega del trabajo se estipuló en 7 semanas, contadas a partir de la fecha de suscripción del contrato y pago del anticipo;

El anticipo fue pagado el 9 de marzo del 2007, es decir, que desde ésta fecha se empezó a contar el Plazo Contractual; (USD 15.000,00), y terminaba el 27 de abril del 2007.

Mediante oficio FF-2007 00356 de 28 de marzo del 2007, la compañía contratista solicita al IGM dar por terminado el contrato en razón de que no podrá proveer las máquinas pues, un aluvión destruyó la fábrica que iba a proveer las mismas.

En razón de que la petición no vino debidamente justificada, el IGM no

procedió a acoger tal petición.

En la CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: DIVERGENCIAS Y CONTROVERSIAS, del contrato expresa: "Si se suscitaren divergencias relacionadas con cualquier aspecto de este contrato, en que las partes no acuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será el Tribunal Distrital que ejerce jurisdicción en el domicilio de la contratante el competente para conocer dichas controversias, de acuerdo a lo establecido en los Artículos 108 y 109 de la Ley de Contratación Pública".

## 2.- PETICIÓN:

Por todo lo expuesto y en vista de que la compañía Ferrostaal no ha cumplido con el objeto del Contrato, solicito se sirva nombrar mediador con la finalidad de solucionar el pago del valor del anticipo entregado QUINCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 00/100 (\$ 15.000,00 Usa.) con sus respectivos intereses legales y daños y perjuicios ocasionados. Lo anterior fundamentado en el artículo 43 y siguientes de la Ley de Arbitraje y Mediación; artículo 108 de la Ley de Contratación Pública; y la cláusula Décimo Octava del Contrato Principal.

Adjunto un ejemplar del Contrato suscrito entre mi representada y la compañía Ferrostaal.

Oficio FF-2007 00356 de 28 de marzo del 2007.

Al Gerente General de la compañía Ferrosstal , se le notificará en las calles Chile 1710 y Cuenca, de la ciudad de Quito.

Fijo como domicilio judicial el casillero judicial Nro. 3724 del Palacio de Justicia y como abogada defensora a la Doctora Esthela Torres, profesional del derecho a quien autorizo intervenga en el presente asunto y actúe a su nombre y en todo lo que sea necesario para la defensa de los intereses del Instituto Geográfico Militar que represento.

Por ser justo y apegado a derecho, sírvase proveer conforme solicito.

Dr. Crnl. Rodolfo Salazar  
DIRECTOR DEL IGM

Dra. Esthela Torres  
MATR. PROF. 167 C..A.Q.

#### **PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN No. 2007-0001-MML**

#### **ACTA**

En el Distrito Metropolitano de Quito, capital de la República del Ecuador, hoy LUNES CUATRO DE JUNIO DEL DOS MIL SIETE, a las 17H00, ante el Doctor Eusebio Torres Fraga, MEDIADOR DEL CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA FUNDACION "MEDIACIÓN Y JUSTICIA", en forma libre y voluntaria, comparecen: Por una parte, el Ingeniero CARLOS ELOY MORENO ARIAS, con cédula de ciudadanía No. 170444799-2, Gerente General y Representante Legal de la Compañía Ferrosstal, conforme aparece del Nombramiento que en copia certificada se agrega como habilitante; y, por otra, el señor Coronel RODOLFO SALAZAR SILVA, con cédula de ciudadanía No. 060244466-3, en su calidad de DIRECTOR

DEL INSTITUTO GEOGRAFICO MILITAR, y convienen en celebrar la presente ACTA DE MEDIACIÓN contenida en las siguientes cláusulas:

PRIMERA: ANTECEDENTES:

Mediante petitorio presentado el 29 de mayo del 2007, a las 15H00, el Coronel Rodolfo Salazar manifiesta que celebro el Contrato No. 2007-034 para la provisión de Dos Máquinas Perforadoras Numeradoras de Pasaportes con la empresa FERROSSTAL, debidamente representada por el señor Ing. Carlos Moreno, solicita que previo el cumplimiento de los procedimientos de mediación previstos en la Ley de la materia, se resuelva lo referente al incumplimiento de la entrega de las máquinas objeto del Contrato 2007-034, y por lo tanto respecto de la devolución del anticipo entregado según lo prescribía la cláusula cuarta del mencionado contrato, lo cual asciende a la suma de QUINCE MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA ( USD 15.000,00); así como los intereses legales correspondientes por el dinero entregado, desde la fecha de depósito del mismo, 9 de marzo del 2007 hasta la presente fecha, así como los intereses de mora desde que se venció el plazo de entrega según lo estipula la cláusula séptima del contrato 2007-034, lo cual según los cálculos de mi representada asciende a la suma de CIENTO SESENA Y CINCO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA ( USD 165,00); y, la suma de SETECIENTOS CINCUENTA DOLARES que es la cantidad a la cual asciende la diferencia entre la propuesta de FERROSSTAL y la segunda oferta presentada en el Concurso 2007 134-IGM-E mediante el cual se convoco a las diferentes empresas que se dedican a esta clase de suministros.

El señor Ing. Carlos Moreno, en su calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de FERROSSTAL, durante la Audiencia de

Mediación manifiesta que en verdad por situaciones de Fuerza Mayor no puede su representada entregar las máquinas objeto del Contrato No. 2007-034, según lo manifestó al Instituto Geográfico Militar mediante comunicación FF-2007 00356 de 28 de marzo del 2007, que en original adjunta. En la misma indica que la Fábrica que construía este tipo de máquina se destruyó por una aluvión en la ciudad de Tokio, razón por la cual ya no se producirían, por otra parte entrega además a la Secretaría del Centro de Mediación, los documentos debidamente sellados por las embajadas de Tokio y del Ecuador, los documentos que certifican tal hecho. Por las consideraciones expuestas indica que la empresa, procederá a la devolución del anticipo entregado que asciende a la suma de QUINCE MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (15.000,00) así como al pago de los intereses legales que se han generado; esto es, (USD 165,00). No está de acuerdo al pago de los SETECIENTOS CINCUENTA DOLARES por concepto de la diferencia con el segundo ganador en el Concurso que promovió el IGM para esta adquisición, pues comunico dentro del término legal las razones de fuerza mayor que llevaron a su representada a no entregar las Máquinas Perforadoras Numeradoras de Pasaportes.

**SEGUNDA: COMPETENCIA:**

El Centro de Mediación de la Fundación "MEDIACIÓN Y JUSTICIA" se encuentra Registrado en el Consejo Nacional de la Judicatura bajo el Número 039 de fecha 3 de abril del 2003 y como tal, es competente para intervenir en el presente Procedimiento de conformidad con lo previsto en el Art. 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en armonía con los artículos 108 y siguientes de la ley de Contratación Pública y por el sometimiento voluntario de las partes.

TERCERA: ACUERDOS:

Una vez realizada la Audiencia de Mediación, las partes, libre y voluntariamente y en ejercicio de su capacidad civil, acuerdan lo siguiente:

Ingeniero CARLOS ELOY MORENO ARIAS, con cédula de ciudadanía No. 170444799-2, Gerente General y Representante Legal de la Compañía Ferrosstal, pagará al Instituto Geográfico Militar la cantidad de QUINCE MIL NOVECIENTOS DOLARES AMERICANOS (USD 15.900,00), por concepto del valor del anticipo, valor de la diferencia con la segunda oferta y los correspondientes intereses legales;

El Coronel Rodolfo Salazar, en su calidad de Director y como tal Representante Legal del IGM, acepta el pago de QUINCE MIL NOVECIENTOS DOLARES AMERICANOS (USD 15.900,00);

Se deja sin efecto cualquier acta o documento que sobre la materia hubiesen firmado anteriormente las partes, declarando que las mismas han sido cumplidas y que por lo mismo, nada tienen que reclamarse.

CUARTA: EFECTOS DE SENTENCIA:

De conformidad con lo previsto en el cuarto inciso del Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la presente Acta de Mediación tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y se ejecutará en la forma que determina la invocada disposición legal y las prescripciones aplicables de la Ley de Contratación Pública.

En el caso de que por incumplimiento se deba ejecutar esta acta por la

vía judicial, el incumplido pagará las costas procesales, acordándose que dicha ejecución se planteará de conformidad con el Procedimiento establecido en la Ley de Contratación Pública.

Las partes renuncian a cualquier acción tendiente a obtener la nulidad de la presente Acta de Mediación.

QUINTA: FIRMA, NUMERO DE EJEMPLARES Y DISTRIBUCIÓN:

Para constancia y ratificación de lo acordado, las partes firman la presente Acta de Mediación, en cuatro ejemplares del mismo tenor y finalidad, que son distribuidos en la siguiente forma: Un ejemplar para cada una de las partes, un ejemplar para el expediente y un ejemplar que se agrega al Libro de Actas del Centro de Mediación de la Fundación "MEDIACIÓN Y JUSTICIA".

Cnrl. Rodolfo Salazar S.  
DIRECTOR DEL IGM

Ing. Carlos Moreno  
GERENTE GENERAL FERROSSTAL

Dr. Miguel Estacio  
MEDIADOR DEL CENTRO DE MEDIACION

Quito, 4 de junio del 2007

## **CAPITULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **4.1 CONCLUSIONES**

Luego del análisis del presente estudio respecto a la mediación como método alternativo de solución de conflictos en controversias surgidas en los contratos públicos se han podido sacar las siguientes conclusiones:

La mediación es un método de solución alternativa de conflictos al cual, por disposición legal, pueden acudir las personas naturales, jurídicas, privadas o públicas.

Las entidades públicas deben acudir por intermedio de su representante legal capaz para contratar o por medio de su delegado el cual debe tener un poder notariado.

A las mediaciones en las que participe una entidad pública debe acudir el Procurador General del Estado o su delegado, conforme lo dispuesto por la Ley de la Procuraduría General del Estado, más no es necesaria la intervención de la Contraloría General del Estado.

En las mediaciones públicas, al igual que en toda mediación, la materia sobre la que versa el acuerdo debe ser materia transigible, y no se debe atender contra el interés público en el acuerdo, por lo que la controversias que surjan en la ejecución de un contrato público por lo general puede ser llevadas a mediación.

Dentro de otros elementos que tiene cualquier mediación, al igual que las públicas, son: es una forma alternativa de resolver conflictos en la que hay

la participación de un tercero llamado mediador.

Las partes intervinientes procuran un acuerdo voluntario el cual debe versar sobre materia transigible.

En dicho proceso existe el principio de confidencialidad a menos que las partes expresamente renuncien a él.

El acuerdo pone fin al conflicto y este es de carácter extrajudicial y definitivo; y, tiene efecto de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada.

Para realizar una mediación se puede acudir a mediadores independientes o centros de mediación. Los centros de mediación a los cuales las entidades del sector público acuden mayoritariamente a celebrar las mediaciones son el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado y al Centro Nacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de la Construcción de Quito, el primero por ser parte de dicho organismo de control y el segundo porque generalmente los que tienen controversias con entidades públicas en la ejecución de contratos son los ingenieros o arquitectos que son parte en la construcción.

Las entidades del sector público que pueden acudir a mediación son las determinadas en el artículo 118 de la Constitución Política del Ecuador y detalladas en la legislación nacional.

Los centros de mediación deben estar inscritos en el Consejo Nacional de la Judicatura para estar debidamente facultados para realizar mediaciones, estos tratan de impulsar la realización de mediaciones con

entidades públicas, las cuales paulatinamente van siendo más utilizadas, pero este proceso avanza lentamente.

La Procuraduría General del Estado a través de su facultad de absolución de consultas, ha establecido un criterio institucional favorable respecto a las mediaciones, tanto así que tienen su propio centro de mediación, el cual después de un receso continúa en constante implementación de estas mediaciones.

La Procuraduría General del Estado por mandato legal debe ser notificada para toda mediación y en general para todo proceso contra el Estado, ya sea este de justicia ordinaria o cualquier método de solución alternativa.

Existen algunas mediaciones realizadas con entidades públicas, las cuales constantemente van teniendo un incremento sobre todo en los centros de mediación especializados en este tema, pero el avance se realiza lentamente, lo que ocasiona que los representantes legales y funcionarios de entidades del sector público, no tengan aún completa confianza en acudir a este medio alternativo de solución de conflictos.

La mayoría de abogados de entidades públicas prefieren acudir a la justicia ordinaria para resolver sus conflictos principalmente por las consecuencias administrativas que podría determinar la Contraloría General del Estado.

De acuerdo a la ley y la doctrina, existen varias formas de resolver los conflictos en la ejecución de los contratos públicos, estas son la vía judicial, la vía administrativa y los métodos alternativos de solución de conflictos, en este último grupo se encuentra la mediación; y es el

representante legal quien tiene que escoger o determinar de acuerdo a sus atribuciones cual es la manera más adecuada para resolver cada uno de los litigios que surjan en su administración.

#### **4.2 RECOMENDACIONES**

Los centros de mediación deberían impulsar y capacitar a los representantes de las entidades públicas y a los funcionarios de los organismos de control, con la finalidad de que la institución de la mediación sea mayormente aceptada.

Elaborar y publicar un Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, en el cual se consten los requisitos para una mediación con una entidad pública, en el cual además se determine las materias transigibles que en ellas se podrían tratar.

Los abogados de las entidades públicas deben emitir su criterio legal, en el cual conste que la Mediación es un medio alternativo beneficioso para la Institución, pues ahorra tiempo y recursos en razón de la agilidad con la que se tramitan los conflictos surgidos de los contratos administrativos; en definitiva concluir que es una solución más ágil y oportuna.

Se deberá incluir en la cláusula de controversias de todos los contratos celebrados por entidades del sector público, la de acudir previamente a una mediación cuando surja un conflicto.

Realizar en un centro especializado, como es el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado o el Centro Nacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de la Construcción de Quito, las mediaciones de

los contratos administrativos del Sector Público, en los cuales deberán mediar profesionales en derecho y técnicos, debidamente capacitados y especializados en materia de Contratación Pública.

## **BIBLIOGRAFÍA**

G. Dupuis, Juan Carlos, Mediación y Conciliación, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1997.

Gozáini, Oswaldo Alfredo. Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1995.

Gozáini, Oswaldo Alfredo. La buena fe en el proceso LL 1986.

Gustavo Jalkh Robens, Resolución Alternativa de Conflictos, Corporación Lationamericana para el Desarrollo, Quito, 1997.

Emilio Fernández Vásquez, (Diccionario de Derecho Público, Buenos Aires-Argentina 1981)

Pronunciamiento del Dr. Milton Alava Ormaza, Procurador General del Estado, emitido mediante circurlar 13558, del 25 de agosto de 1998

Oficio Circular del 15 de septiembre del 2005, suscrito por el señor Dr. José María Borja, Procurador General del Estado.

Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales, A. Wray, J. Velasco, J.C. Trujillo, E Coello, E Durán Díaz

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEGA

Código Civil

Ley de Arbitraje y Mediación

Ley de la Procuraduría General del Estado

Código del Trabajo

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control

Ley de la Niñez y Adolescencia