



La eficacia de los métodos autocompositivos para la solución de controversias de contratación pública en Ecuador

The effectiveness of self-composition methods for the resolution of public procurement disputes in Ecuador

A eficácia dos métodos de autocomposição para a resolução de disputas de compras públicas no Equador

Elizabeth Patricia Ludeña Bustán ^I
elizabethludena@indoamerica.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0001-6459-1442>

Juan Francisco Alvarado Verdezoto ^{II}
jfkalvarado@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-0870-3846>

Correspondencia: elizabethludena@indoamerica.edu.ec

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de abril de 2023 * **Aceptado:** 12 de mayo de 2023 * **Publicado:** 14 de junio de 2023

- I. Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Estudiante de la Maestría en Mediación y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Ecuador.
- II. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Magíster en Derecho Constitucional, Abogado en libre ejercicio profesional, Consultor privado en derecho público con énfasis en Derecho Administrativo, Seguridad Social y Derecho Constitucional, Docente Investigador de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Ambato, Ecuador.

Resumen

El presente artículo científico tiene como objeto, el estudio de la eficacia de los métodos autocompositivos para la solución de controversias de contratación pública en Ecuador, como procedimiento alternativo, para la solución de los conflictos específicamente en la fase de ejecución de los contratos con el estado.

Este trabajo nace por la inquietante cláusula de mediación utilizada en la redacción de los contratos que surge entre los proveedores y el Estado, en la adquisición de bienes y servicios, utilizando la herramienta del portal de compras públicas del SERCOP, especificando las distintas modalidades, cumpliendo los diferentes requisitos, conforme a la necesidad de cada entidad del Estado, estos son: Procedimientos Dinámicos, de Régimen Común, de Régimen Especial y Procedimientos Especiales.

Por otro lado, analiza los principios rectores de los contratos públicos, así como sus mecanismos de cumplimiento en la normativa jurídica nacional, lo cual lleva a establecer los principales problemas en la contratación pública, comprender los procedimientos, las formas de mantener buenas relaciones con el Estado, considerar que siendo proveedores, es necesario conocer normas básicas para dar cumplimiento a las necesidades el Estado, siendo este el representante del interés general y quien debe velar por la optimización de los recursos públicas.

Así mismo este artículo determinará cómo aplicar de forma eficiente y eficaz la cláusula de mediación, en toda contratación pública, que esta cumpla con el objetivo por el cual se la introduce en los contratos que suscriben los proveedores y Estado, que los acuerdos detallados en los mismos sean claros, de manera que si por alguna controversia llegan algún centro de Mediación sea local o nacional, en el futuro continúe cumpliéndose, sin necesidad de que los proveedores acudan a los órganos jurisdiccionales, para que los jueces de Tribunales Contenciosos Administrativos tutelen y garanticen sus derechos.

La presente investigación es de carácter no experimental, de revisión bibliográfica documental, con enfoque inductivo-deductivo y analítico-sintético.

Palabras Clave: Mediación; Solución de conflictos; contratación pública; controversias.

Abstract

The purpose of this scientific article is to study the effectiveness of self-composition methods for the resolution of public contracting disputes in Ecuador, as an alternative procedure, for the resolution of conflicts specifically in the execution phase of contracts with the state. .

This work is born from the disturbing mediation clause used in the drafting of contracts that arises between suppliers and the State, in the acquisition of goods and services, using the tool of the SERCOP public procurement portal, specifying the different modalities, complying with the different requirements, according to the needs of each State entity, these are: Dynamic Procedures, Common Regime, Special Regime and Special Procedures.

On the other hand, it analyzes the guiding principles of public contracts, as well as their compliance mechanisms in national legal regulations, which leads to establishing the main problems in public contracting, understanding the procedures, ways to maintain good relations with the State, consider that being providers, it is necessary to know basic rules to comply with the needs of the State, being this the representative of the general interest and who must ensure the optimization of public resources.

Likewise, this article will determine how to efficiently and effectively apply the mediation clause, in all public procurement, that it fulfills the objective for which it is introduced in the contracts signed by the providers and the State, that the agreements detailed in the They are clear, so that if a local or national mediation center arrives due to any dispute, it will continue to be fulfilled in the future, without the need for providers to go to the courts, so that the judges of Administrative Litigation Courts protect and guarantee Your rights.

The present investigation is of a non-experimental nature, of a documented bibliographic review, with an inductive-deductive and analytical-synthetic approach.

Keywords: Mediation; Conflict resolution; public procurement; controversies.

Resumo

O objetivo deste artigo científico é estudar a eficácia dos métodos de autocomposição para a resolução de disputas de contratação pública no Equador, como procedimento alternativo, para a resolução de conflitos especificamente na fase de execução de contratos com o estado.

Este trabalho nasce da incômoda cláusula de mediação utilizada na elaboração dos contratos que se colocam entre fornecedores e o Estado, na aquisição de bens e serviços, utilizando a ferramenta

do portal de compras públicas do SERCOP, especificando as diferentes modalidades, cumprindo as diferentes requisitos, de acordo com as necessidades de cada ente do Estado, são eles: Procedimentos Dinâmicos, Regime Comum, Regime Especial e Procedimentos Especiais.

Por outro lado, analisa os princípios orientadores da contratação pública, bem como os seus mecanismos de cumprimento no ordenamento jurídico nacional, o que conduz a estabelecer os principais problemas na contratação pública, compreender os procedimentos, formas de manter boas relações com o Estado, considerar que sendo provedores, é necessário conhecer regras básicas para atender às necessidades do Estado, sendo este o representante do interesse geral e quem deve zelar pela otimização dos recursos públicos.

Da mesma forma, este artigo determinará como aplicar de forma eficiente e eficaz a cláusula de mediação, em todos os contratos públicos, que cumpra o objetivo para o qual é introduzida nos contratos assinados pelos fornecedores e o Estado, que os acordos detalhados no Eles são claro, de modo que se um centro de mediação local ou nacional chegar devido a algum litígio, este continuará a ser cumprido no futuro, sem a necessidade de os provedores irem aos tribunais, para que os juízes dos Tribunais de Contencioso Administrativo protejam e garantam o seu direitos.

A presente investigação é de natureza não experimental, de revisão bibliográfica documental, com enfoque indutivo-dedutivo e analítico-sintético.

Palavras-chave: Mediação; Resolução de conflitos; procuração pública; controvérsias.

Introducción

La contratación pública en Ecuador, se desarrolla a través de la Ley Orgánica de Servicio Nacional de Contratación Pública y su reglamento, la novedad es que estas no establecen cual sería la forma de someterse al procedimiento de mediación, no obstante de ello en los pliegos precontractuales existen modelos para la elaboración de los contratos, por parte de la entidad contratante, en el que se sugiere introducir una cláusula de solución de controversias, las partes deben expresar la voluntad de someterse al procedimiento de mediación, en caso de no existir esta cláusula acudir a la mediación como medio para solucionar las controversias que surjan en torno al contrato administrativo, no será impedimento para que cualquiera de las partes presente la solicitud en un Centro de Mediación e inviten a la entidad pública a mediar o viceversa.

La administración pública es una persona jurídica, sujeto de derechos, obligaciones y con voluntad, celebra contratos, se compromete, se responsabiliza y garantiza; de acuerdo al derecho

administrativo, debe observar el principio básico de la legalidad, está subordinada a la ley que determina límites a su actuación, en este sentido las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, la administración pública debe conseguir alcanzar el bien común, y lograr el equilibrio de su actividad entre proveedores, población y sector público, que son parte del Estado. En virtud de las relaciones jurídico-administrativas y de las formas de expresión de voluntad de la administración pública pueden suscitarse controversias entre el sector público y los administrados (personas jurídicas y naturales). Estos conflictos generalmente son solucionados por medio de la vía judicial, a través de la vía del juicio contencioso administrativo, proceso que puede verse comprometido en la consecución regular de sus fases, llevando un excesivo tiempo para la solución del conflicto de naturaleza contractual, situación susceptible de perjudicar gravemente a los proveedores estatales, que en la mayoría de casos permanecen impagos durante años.

Es importante mencionar que, pese a que la Ley de Arbitraje y Mediación se publica en el Ecuador el 04 de septiembre de 1997, este método de solución de conflictos se reconoce en la Constitución del Ecuador a partir del año 1998 y con mayor énfasis en el texto constitucional de 2008, en la cual se da mayor relevancia a los mecanismos alternativos a la justicia ordinaria. La mediación es un procedimiento en el cual un tercero neutral e imparcial asiste a las partes para que logren un acuerdo, sea este parcial o total, este mecanismo, puede ser utilizado por particulares como por entidades públicas y privadas, por ello en el presente artículo, se analizará la mediación para solucionar los conflictos en materia de contratación pública, por cuanto al intervenir una persona jurídica (sector público), se observará el principio de legalidad y las prerrogativas especiales de los entes públicos, así mismo en el presente artículo identificaremos, si pueden o no transigir las instituciones públicas, cual es el límite de sus facultades, cuál es el procedimiento que deben aplicar, y las ventajas que implicaría la solución por medio de este método, si se benefician ambas partes.

Desarrollo

1. La Administración Pública en Ecuador

La administración pública es la estructura estatal formada por el conjunto de órganos públicos, a partir de la Constitución del 2008 organizados en 5 funciones del Estado, dejaron de ser considerados poderes, con la consideración de que el poder radica solo en el soberano que es el pueblo, así que, se los definió como funciones y se incorporaron el Consejo Nacional Electoral y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, cambiando la trilogía original conformada por ejecutivo, legislativo y judicial, cambio que tenía como finalidad la prestación oportuna y ordenada de los servicios públicos de manera eficiente y eficaz, para satisfacer las necesidades generales, logrando el desarrollo económico, social y cultural de un gobierno local, provincial y nacional.

Para alcanzar estos resultados, es necesario que la administración formule objetivos, con base en realidades y necesidades de los ciudadanos, estos objetivos a su vez se verán reflejados en una planificación anual que debe cumplirse conforme a los procedimientos establecidos en la norma, la administración pública deberá velar por la ejecución correcta, el control del gasto y las acciones que realizan los servidores responsables de los mismos. Es precisamente para el cumplimiento de estos fines que se ha visto la necesidad de estructurar un sistema de compras estatales.

(...) El legislador conocedores de la existencia de vacíos, considera necesario establecer un sistema para organizar las adquisiciones de bienes y servicios por parte del Estado, señala que es necesario la creación de un Sistema de Contratación Pública, para que se articule y armonice la planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las obras públicas que se realicen con recursos públicos; ya que la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado, en razón de ello se creyó indispensable innovar la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que estas faciliten las labores de control, tanto de las Entidades Contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes, servicios y de la ciudadanía en general. (...) (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008 Última modificación: 17-feb.-2021 Estado: Reformado) Puntualmente, la contratación pública se puede definir como la actividad racional, técnica y jurídica, que es ejecutada por el Estado, a través de sus entes públicos, con el objeto de planificar y presupuestar los recursos, organizar las necesidades, adquisiciones, dirigir, coordinar, controlar el gasto y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos, para el cumplimiento de estos

objetivos, gran parte de la actividad pública involucra la satisfacción de necesidades por parte de las administraciones, a través de la adquisición de bienes y servicios, para satisfacer estas necesidades públicas. Estas adquisiciones se realizan a través de lo que conocemos como sistema nacional de contratación pública.

2. El Interés General de la Administración frente al Interés Particular

Respecto al interés público o general, López Calera (2010) menciona que:

(...) el interés público, viene de la tradición iusnaturalista del bien común y de la concepción republicana de la voluntad general. El concepto de interés general, bajo la denominación de bien común o voluntad general, es consustancial al mismo nacimiento del Estado, pues ha operado desde siempre como justificación misma del poder. El cambio que ha traído la concepción democrática, reside en el hecho de que el interés general, pasa de ser una cláusula de justificación, en ocasiones ciega del poder, a constituirse en elemento legitimador de las normas jurídicas y de la acción política a convertirse en clave de legitimación de la adopción de las decisiones de las políticas públicas. (pp. 123-148)

En términos generales, el interés general se refiere al bienestar y las necesidades de la sociedad en su conjunto, mientras que el interés particular se refiere a los intereses individuales de una persona o grupo de personas.

En el derecho constitucional ecuatoriano, el concepto de interés general se encuentra estrechamente relacionado con la idea de "bien común", que es uno de los principios fundamentales del Estado ecuatoriano. Según la Constitución de la República del Ecuador, el bien común se refiere a "las condiciones sociales que permitan y aseguren a todos y cada uno de los habitantes del país el desarrollo integral de su persona y el ejercicio pleno de sus derechos" (Artículo 3).

En este sentido, el interés general se puede entender como aquel que busca promover el bienestar y los derechos de todas las personas que conforman la sociedad, con el fin de asegurar su desarrollo integral y la satisfacción de sus necesidades. En el ámbito de la contratación pública, por ejemplo, el interés general puede estar representado por la necesidad de adquirir bienes o servicios que sean de utilidad pública y que contribuyan al desarrollo de la sociedad en su conjunto.

Por otro lado, el interés particular se refiere a los intereses individuales de una persona o grupo de personas. En la Constitución del Ecuador, se reconoce la importancia de proteger los derechos de los individuos y los grupos, y se establecen garantías y mecanismos para hacer valer estos derechos.

Sin embargo, estos derechos no pueden ser ejercidos en detrimento del bienestar y los derechos de la sociedad en su conjunto.

Es importante destacar que en algunas ocasiones el interés general y el interés particular pueden entrar en conflicto, y en estos casos, la Constitución establece que se debe dar prioridad al interés general sobre el interés particular, siempre y cuando se respeten los derechos humanos y las garantías constitucionales.

En el derecho administrativo contemporáneo, se reconocen las relaciones entre los administrados y el Estado, esta relación jurídica puede ser de naturaleza extracontractual o contractual.

Para referirnos al contrato administrativo, acudimos al Código Orgánico Administrativo que lo define en el artículo 125, en los siguientes términos: “Contrato administrativo. Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia” (2017). surge de la actividad administrativa, tiene como objeto la satisfacción de necesidades públicas estatales.

Partimos del desarrollo de las definiciones previamente citadas para definir al contrato administrativo, empezando por resaltar el elemento convencional, es decir, el acuerdo como elemento trascendental para el establecimiento de cualquier acto de naturaleza contractual, sea este civil o administrativo.

El contrato administrativo difiere del acto administrativo, al incluirse el elemento convencional, pues se presenta como un acto de naturaleza bilateral que implica la relación y aceptación de las partes en el momento de generarlo, aceptarlo y obligarse entre sí al cumplimiento estricto de los términos. La administración no puede imponer entonces únicamente su voluntad, tornándose así el contrato administrativo en un acto de gestión más que de autoridad competente. (Güecha, 2015)

Al referirnos a un acto de gestión, aquello implica que no basta simplemente con la exteriorización de la voluntad de la administración, sino que existen varias actividades que deben realizarse para llegar a la emisión del contrato, que, a su vez, sin la voluntad del contratista, contratante y proveedor de servicios, no podrá surtir los efectos jurídicos necesarios. La administración pública por medio de los contratos administrativos persigue la satisfacción de necesidades públicas que son de interés públicos, para ello es necesarísima la colaboración de los particulares que ofertan bienes y servicios.

En este sentido, la entidad representa el interés público y el particular vela por el interés general, en el caso de la contratación pública, tanto las entidades públicas como el privadas, unen esfuerzos para la satisfacción de las necesidades bilaterales, de tal modo que los sujetos se tornan en colaboradores mutuos, en este sentido los sujetos contratantes, estarán siempre frente a la interacción constante entre contratante y 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 este proceso de interacción 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 detalladas en los términos de referencia o el cronograma de trabajo, razones por las cuales, la entidad pública a fin de garantizar la satisfacción efectiva de las necesidades públicas, adopta decisiones legítimas susceptibles de generar perjuicios al interés particular del contratista.

3. La Contratación Pública

La contratación pública en Ecuador a partir del 2008, mediante el Servicio de Contratación Pública, desarrolló un sistema para el uso ciudadano, que involucra normas, principios, reglas, instituciones y plataformas informáticas. El objetivo principal de este sistema es el máximo aprovechamiento de los recursos económicos invertidos en obras y servicios con objeto de cumplir con la obra o servicios públicos.

Los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras, adquisición de bienes y servicios, deben servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas; a través de la promoción de la producción nacional, los recursos estatales destinados a la contratación pública fomentarán la generación de empleo, la industria, la asociatividad y la redistribución de la riqueza; es necesario utilizar los mecanismos tecnológicos que permitan socializar los requerimientos de las entidades contratantes y la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas, la contratación pública, surge como una exigencia de la buena administración, como una condición de moralidad y también como una oportunidad para los administrados, que acrediten las mejores

condiciones en la oferta para la entrega de prestaciones traducidas en obras, bienes o servicios de interés para la administración y a través de ella, del Estado, es decir del interés general.

Siendo el interés general el factor determinante y diferenciador de la contratación pública, su objeto jamás podrá ser el beneficio de orden privado o particular, sino que, los bienes o servicios que se adquieran deberán servir, bien sea directamente para brindar un servicio público a los ciudadanos, o, para que las administraciones públicas puedan funcionar de manera adecuada, con todos los insumos, herramientas, infraestructura y medios adecuados para poder brindar un servicio público de calidad, tal y como lo garantiza la Constitución de la República del Ecuador.

4. Controversias en Contratación Pública

En la ejecución de los contratos administrativos, la posibilidad que surjan controversias por variadas circunstancias, se involucre la voluntad o falta de voluntad de las partes, incidentes e imprevistos, o quizá falta de entendimiento en los términos acordados, discordancia en la interpretación de las cláusulas contractuales, siempre existirá incertidumbre al respecto, de allí la importancia de la suscripción de un contrato, por cuanto es un instrumento que deberá definir con total claridad las obligaciones de las partes y anticiparse a prever situaciones conflictivas, sin embargo de lo cual, ningún contrato es inmune a una controversia, y ante estas el deber de las administraciones será dar una pronta solución que asegure, por un lado los intereses públicos y por otro la eficacia en la solución que no perjudique la ejecución y/o entrega de los bienes y servicios requeridos.

Para lograr este objetivo la legislación ecuatoriana ha previsto dos posibilidades de resolución ante estos conflictos, la primera es acudir ante la justicia ordinaria, lo que implica un proceso de naturaleza heterocompositiva en el que contratista y contratante se presentan como antagonistas ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, para que sea este quien resuelva la controversia suscitada con relación al contrato a la luz de sus cláusulas y la legislación. La segunda alternativa que ofrece nuestra legislación es la posibilidad de someter estos conflictos a mediación o arbitraje en derecho, siempre y cuando conste cláusula para mediar o transigir y sea aceptada por las partes, que los patrocinadores estén facultados para transigir y suscribir el acta de Mediación o Laudo Arbitral.

La disposición legal contenida en el Art. 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, no brinda mayores luces o parámetros de naturaleza especial o implícita en la relación entre contratista y contratante, esto podría resultar en un limitante al momento de pretender una mediación, partiendo de la característica especial de este sistema de resolución de conflictos, que supone un estatus de igualdad entre las partes en conflicto.

Si, en los casos por incumplimiento por el contratista o por el contratante se llegará a mediar, y el acuerdo al que se arribará fuera exitoso, se libraría a la justicia ordinaria de tediosos y largos procesos en los que se tenga que probar quien tiene la razón y quien tiene que reconocer a quien los gastos, honorarios profesionales e intereses; situación que parecería ser un consenso por parte de los legisladores, quienes al redactar el Código Orgánico Administrativo, han evidenciado en el artículo 126 su clara inclinación, por este método alternativo de solución de conflictos, para evitar que todas las controversias que puedan surgir de un contrato público tengan que necesariamente ventilarse en vía jurisdiccional, así tenemos que: el “Artículo 126.- Solución de Controversias. De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva” (Código Orgánico Administrativo, 2017).

5. La Mediación en Contratación Pública

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, en derecho público solo se puede hacer lo que la ley permite o, en un sentido más estricto, lo que expresamente manda a hacer, en este sentido en materia de contratación pública las potestades de dictar la terminación unilateral del contrato, el poder de dirección, la fiscalización, el control y el poder sancionatorio de la administración no son objeto de la mediación, pero sí se puede conversar, aclarar y llegar a establecer la pertinencia de la decisión tomada, en mediación se puede establecer la pertinencia de la terminación unilateral, la causa que motivo la terminación unilateral y sus consecuencias.

Este método alternativo se presenta como un dispositivo eficiente para la solución de conflictos tanto públicos como privados, se las puede aplicar para todas las materias, siempre que estas sean transigibles, con el objetivo de alcanzar acuerdos parciales, totales, reales y posibles de cumplir

por las partes intervinientes, con el uso de este mecanismo se solventan los conflictos que afectan a toda la sociedad en general.

Sobre los métodos alternativos de solución de conflictos, nuestra Constitución prescribe: “Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” (2008).

En este contexto la Mediación en Contratación Pública, se presenta como un mecanismo eficiente para la solución de conflictos públicos, encontrándose reconocida en nuestra constitución, leyes conexas reglamento y manuales de aplicación, debería la sociedad en general solicitar que se garantice el cumplimiento de la Ley de Mediación y Arbitraje, ya que el objetivo de este reconocimiento voluntario por ambas partes, garantiza el alcanzar acuerdos reales y posibles, siendo atendidos de forma rápida, evitando saturar la justicia ordinaria.

Por su parte la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al establecer con claridad, en el artículo 104 la posibilidad de acudir a mediación por divergencias en la etapa de ejecución del contrato, valida la legalidad y procedencia de este mecanismo alternativo en materia de contratación pública:

Art. 104.- Métodos alternativos de solución de controversias. - De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

En el mismo sentido el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 327 define la posibilidad de acudir a mecanismos resolución de controversias que sean más ágiles y amigables, para alcanzar un común acuerdo, estableciendo además que la definición del centro de mediación deberá constar previamente definida en una cláusula dentro del contrato, convirtiendo así la intención de las partes de solucionar cualquier divergencia de forma rápida, evitando el conflicto.

7. Discusión, eficacia de la mediación en contratación pública

La Ley de Arbitraje y Mediación, define: “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” (2006).

Es decir que desde entonces se ha constituido en nuestro país, como una vía legal y extrajudicial para resolver cualquier controversia siempre que de por medio exista la voluntad de las partes de someterse a esta vía, con el tiempo y cambio constante de leyes va en aumento las materias que se pueden tratar en mediación, a fin de transigir, lógicamente existen excepciones que las mismas leyes establecen, además es necesario tener en cuenta, que para cada caso las razones demostrables permitan la transacción.

Una vez identificadas cuáles son las particularidades de la aplicación de la mediación en materia de contratación pública, se establece sus ventajas, entre las cuales se tienen dos principales: 1) es un proceso ágil en relación con el proceso judicial; y, 2) evita perjuicios económicos para las partes, y permite mantener el equilibrio económico de las partes contractuales, 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. (Ponencias de la Procuraduría General del Estado, Dra. Ximena Borja Coronel 2019)

La ejecución del contrato puede también resultar afectado por acción 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 (entidad y usuarios) como para el interés particular (contratista).

Como principales características de la mediación podemos mencionar que, las partes en forma autónoma acuden ante un tercero neutral que facilita el dialogo plantean acuerdos, y permite que sean los mismos involucrados quienes establezcan sus términos, procurar una ganancia que les satisfaga mutuamente, como ventajas de este método alternativo de solución de conflictos podemos señalar su flexibilidad, informalidad, voluntariedad y una indudable agilidad frente a los tiempos habituales que tomaría un proceso judicial.

Ahora, respecto de la eficacia de los acuerdos arribados por las partes, esto dependerá de que los mismos se encuentren redactados con claridad y especificando los compromisos de cada una de las partes. Parecería que esta por demás decirlo, pero además, será indispensable la voluntad de cumplir a cabalidad con lo pactado, caso contrario, el proceso no tendría sentido.

La mediación en materia de contratación pública puede ser una herramienta eficaz en Ecuador para resolver controversias y conflictos que puedan surgir en el proceso de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado.

El sistema de contratación pública en Ecuador está regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, los cuales establecen procedimientos específicos para la selección de proveedores y la adjudicación de contratos. Sin embargo, en algunos casos, pueden surgir desacuerdos o malentendidos entre las partes involucradas en el proceso de contratación, lo que puede retrasar o incluso interrumpir la ejecución del contrato.

En este sentido, la mediación puede ser una alternativa viable y eficaz para resolver estas situaciones, ya que permite a las partes llegar a un acuerdo mediante el diálogo y la negociación, evitando así costosos procesos judiciales o arbitrales. La mediación puede ser útil en cualquier etapa del proceso de contratación, desde la elaboración de pliegos hasta la ejecución del contrato.

Además, el SERCOP (Sistema Nacional de Contratación Pública) ha incorporado la figura del mediador como una alternativa para la resolución de conflictos en materia de contratación pública. El SERCOP cuenta con un listado de mediadores debidamente capacitados y registrados, lo que facilita la elección de un mediador calificado para la resolución de la controversia.

En conclusión, la mediación puede ser una herramienta eficaz en la resolución de conflictos en materia de contratación pública en Ecuador, siempre y cuando se cuente con mediadores calificados y registrados, y se garantice el cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento.

Conclusiones

1. Del análisis de la redacción de los contratos, específicamente la cláusula, que en caso de que surjan controversias de la relación contractual, éstas se resolverán mediante arbitraje y mediación, es necesario que las partes, con la adjudicación del contrato negocien los términos tanto para firmar el acta en mediación, así como para el convenio o laudo arbitral.

2. Que es necesario se introduzca una cláusula en los contratos con el estado, que fije un monto mínimo o máximo por el cual puedan mediar o conciliar, siempre que no vulnere derechos a ninguna de las partes.
3. Todo representante del Estado debe concurrir a las audiencias con procuración notariada, con cláusulas necesarias para efectivizar un acuerdo voluntario entre las partes, considerando que los servidores velan por los intereses del estado incluyendo a los ciudadanos.
4. Que en todos los contratos con el estado se prevea la procedencia de recursos administrativos, donde el contratista pueda impugnar en vía judicial, la acción subjetiva o de plena jurisdicción en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en apego al artículo 173 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 2008) y el artículo 303 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015)
5. Se cumpla con los principios de transparencia, imparcialidad, celeridad, eficacia y eficiencia, ya que hacer lo contrario violenta el debido proceso, la tutela efectiva y la seguridad jurídica, afectando directamente a la economía de los proveedores inclusive llevándolos a la quiebra, mientras que al estado lo sumerge en procesos litigiosos innecesarios.

Que es necesario la formación y capacitación continua a jueces, abogados, estudiantes y público en general en la legislación ecuatoriana, esto con la finalidad de garantizar La Eficacia de los Métodos Autocompositivos para la Solución de Controversias en Contratación Pública en Ecuador, así como el uso de los métodos alternativos en todas las materias transigibles, ya que estos son la mejor forma de solucionar los inconvenientes entre personas naturales y jurídicas, considerando que siempre es necesario la prestación de bienes y servicios en la transformación continua para mejorar el servicio a la ciudadanía.

Referencias

1. Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR [Constitution of the Republic of Ecuador]. Manta, Montecristi, Ecuador: Registro Oficial 449. Recuperado el 15 de Mayo de 2020
2. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008 Ultima modificación: 17-feb.-2021 Estado: Reformado)

3. REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA SISTEMA NACIONAL CONTRATACIÓN PÚBLICA Decreto Ejecutivo 458 Registro Oficial Suplemento 87 de 20-jun.-2022 Ultima modificación: 13-jul.-2022.
4. LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION Codificación 14 Registro Oficial 417 de 14-dic.-2006 Ultima modificación: 21-ago.-2018 Estado: Reformado.
5. Decreto Ejecutivo 122 de julio de 2021 y la expedición del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, este último contenido en el Decreto Ejecutivo 165, (R.O. 524-S, de 18 de agosto de 2021.
6. Resolución Nro. RE-SERCOP-2021-0120 del 24 de noviembre del 2021, EXPEDIR REFORMAS A LOS MODELOS DE PLIEGOS VERSIÓN SERCOP 2.1, DE 09 DE JUNIO DE 2017 Y MODELOS DE PLIEGOS DE LICITACIÓN DE SEGUROS, DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2021.
7. Dra. Ximena Borja Coronel, <http://www.pge.gob.ec/images/2019/jornadas2019/ponencias/LA-MEDIACION--COMO-MTODO-ALTERNATIVO-DE-SOLUCIN-DE-CONFLICTOS-EN--LA-CONTRATACION-PBLICA.pdf>
8. López Calera, Nicolás: “El interés público: entre la ideología y el Derecho”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), págs. 123-148.
9. Gadamer y la hermenéutica de la comprensión dialógica historia y lenguaje https://www.researchgate.net/publication/237074613_Gadamer_y_la_hermeneutica_de_la_comprension_dialogica_historia_y_lenguaje
10. Calduch-Cervera, R. (2014). Métodos y Técnicas de Investigación Internacional [International Research Methods and Techniques] Recuperado de <https://cutt.ly/VyVLI7a>. Matrytensi, 1-176. Recuperado el 20 de Febrero de 2020
11. Consejo de la Judicatura. (1 de Julio de 2008). Sistema SATJE. Obtenido de Consulta de Procesos: <https://cutt.ly/yyBgAmp>
12. Del Rio-Sánchez, J. (1 de Agosto Diciembre de 2014). TecTijuanaFI. Obtenido de TecTijuanaFI: <https://cutt.ly/4yVLvo6>
13. Moran-Delgado, G., & Alvarado-Cervantes, D. G. (2010). Metodos de la investigación [Metodos de la investigación]Recuperado de <https://cutt.ly/PyVLMsj>. (S. d. Pearson Educación de México, Ed.) Pearson, 1-62. Recuperado el 20 de Enero de 2020

14. 11. Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). Código Orgánico Administrativo. Quito: Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

© 2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).