



# Mediación con el sector público



Por **Ximena Bustamante**

En países con una tradición jurídica continental europea, resulta muy poco común que las instituciones del Estado se sometan a procedimientos de mediación. Y aún si lo hacen, es poco probable que lleguen a acuerdos vinculantes que pongan fin a sus controversias. Sin embargo, el Ecuador es una excepción, pues desde la promulgación de la Ley

de Arbitraje y Mediación hasta la fecha se ha podido constatar un importante desarrollo de la mediación en la que interviene una entidad pública. Dos ingredientes se han combinado para hacer posible este desarrollo. Por un lado, una normativa que permite y guía al Estado en la búsqueda de acuerdos para resolver controversias a través de mediación. Por otro, el diseño de un procedimiento que toma en cuenta las particularidades de tener sentados en la mesa de negociación a funcionarios públicos, basándose en los principios de confidencialidad de la mediación y de legalidad del derecho público.

Ecuador tiene amplia experiencia en mediación con el Estado. El Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado ha sido testigo de un crecimiento sostenido de este tipo de procedimientos. En el año 2013 recibió 421 solicitudes de mediación en las que intervenía una entidad pública, ya para el año 2019 ese número se acerca a las 900 nuevas solicitudes. A estos números se agregan las mediaciones de este tipo que se llevan a cabo en otros centros de mediación del país. Es importante resaltar que en el Ecuador la mediación es voluntaria, por lo que el hecho de que las partes opten por este mecanismo refleja la confianza que ha adquirido la mediación para resolver este tipo de controversias. Así pues, tanto las entidades públicas cuánto sus contrapartes privadas han logrado resolver asuntos enorme de complejidad técnica o jurídica, de cuantías importantes y de interés nacional.

Siendo que las entidades públicas están sometidas al derecho público, éstas pueden hacer exclusivamente lo que está expresamente

permitido por la ley. Así pues, en el Ecuador las instituciones públicas están autorizadas por la ley a someterse a procedimientos de mediación. Tanto la Ley de Arbitraje y Mediación,<sup>1</sup> cuanto la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado<sup>2</sup> dan su autorización de manera general. Otros cuerpos normativos permiten la mediación en materias específicas,<sup>3</sup> siendo tal vez la más relevante la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,<sup>4</sup> que prevé la mediación para la fase de ejecución de un contrato. De hecho, la mayoría de mediaciones en que interviene una institución del Estado se refieren precisamente a controversias derivadas de la ejecución de un contrato administrativo.

Ahora bien, una legislación que promueva la mediación pública no es suficiente para alcanzar su desarrollo. Ha sido indispensable diseñar un procedimiento que se ajuste a las necesidades específicas de este tipo de casos. Para ello, dos principios han jugado un rol primordial en la resolución de estas controversias: el principio de confidencialidad de la mediación y el principio de legalidad del derecho administrativo.

Si bien el principio de confidencialidad es básico en cualquier procedimiento de mediación, en materia pública adquiere una relevancia especial. Las controversias con el Estado suelen generar mucha aprehensión en los funcionarios públicos, por las responsabilidades que se pudieran determinar tanto por las acciones pasadas, cuanto por las decisiones que permitan alcanzar un acuerdo. Al igual que los países de la región, en el Ecuador los funcionarios públicos son responsables administrativa, civil y penalmente por las acciones y omisiones en que incurrieren.<sup>5</sup> En materia de contratación pública, específicamente, el administrador y el fiscalizador del contrato son responsables de velar por el estricto cumplimiento de las cláusulas, cronogramas, plazos y costos.<sup>6</sup> A esto se añade que para que haya nacido una controversia ya se presume que alguien debió haber incurrido en algún tipo de responsabilidad. Esta lógica, que podría tildarse de persecución, es capaz de generar enorme temor en cualquier persona, por lo que reacción natural del funcionario público es la de defenderse y mantenerse en posiciones conocidas y seguras. Esto a su vez coharta la comunicación con la otra parte e impide buscar opciones creativas de solución. La parte privada, por otro

lado, no alcanza a comprender y resiente esta reacción. Ante estas circunstancias, la mediación y su principio de confidencialidad crea un espacio seguro de exploración que protege a los funcionarios públicos en la búsqueda de caminos alternativos de solución. Ninguna de las propuestas que se ventilan y se trabajan en la mesa tienen efecto jurídico alguno, ni si quiera la de generar ninguna responsabilidad adicional mientras la decisión no esté formalmente tomada. En este espacio seguro es posible entender las circunstancias que generaron el conflicto y buscar caminos de solución que sean aceptables para ambas partes y sobre todo que no generen nuevas responsabilidades para los funcionarios públicos.

Ahora bien, los acuerdos preliminares que las partes puedan diseñar confidencialmente, deben nacer a la luz jurídica enmarcados dentro del principio de legalidad.<sup>7</sup> Así pues, la voluntad de la Administración Pública se forma a través de los correspondientes sustentos técnicos, económicos y jurídicos. De manera que para redactar el borrador de acta de mediación en la que conste el acuerdo preliminar, se requiere de la entidad: 1) un informe técnico que sustente las obligaciones y realice una liquidación económica, de ser el caso; 2) un informe jurídico que se pronuncie sobre la transigibilidad de la materia, la legalidad del acuerdo y la conveniencia del mismo para los intereses de la entidad y del Estado; y, 3) un informe financiero que certifique la disponibilidad de fondos en caso de que la entidad pública asuma una obligación de pago.<sup>8</sup> Una vez aprobado el borrador del acta de mediación por las partes, y siempre que el acuerdo contenga una transacción, la entidad pública deberá requerir al Procurador General del Estado: la delegación para transigir si careciere de personería jurídica, ó la autorización para transigir cuando se trata de entidades con personería jurídica y la cuantía del acuerdo es indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.<sup>9</sup> Una vez que se cuenta con dicha delegación o autorización, las partes pueden finalmente suscribir el acta de acuerdo de mediación, misma

que nace a la vida jurídica con efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y que queda sujeta al escrutinio público.

La mediación en la que interviene una entidad del Estado requiere entender la realidad de la función pública, así como capacidad del mediador para encontrar incesantemente soluciones a los obstáculos que se presentan continuamente durante las negociaciones. Si bien es complejo alcanzar un acuerdo con una entidad pública, en estas mediaciones se han logrado resolver asuntos de gran interés nacional, evitando innecesarios procedimientos judiciales o arbitrales, tanto en sede nacional como internacional. Los acuerdos alcanzados han sido avalados posteriormente por las entidades de control, el foro jurídico y la opinión pública como acuerdos que efectivamente permiten la resolución de controversias complejas ahorrando costos y riesgos para ambas partes, de manera transparente y dentro del marco de la ley.

***Ximena Bustamante** es socia fundadora en PACTUM Dispute Resolution Consulting y mediadora en varios centros de mediación del país. Es docente en la Universidad San Francisco de Quito y ha dictado cursos y seminarios sobre mediación a nivel nacional e internacional. Tiene el honor de ser una Senior Fellow del Weinstein International Foundation, y parte del Grupo de Expertos en Mediación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI. Se ha desempeñado como Directora Nacional de Mediación en la Procuraduría General del Estado, Subdirectora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, y Directora del Proyecto para el Desarrollo de la Mediación en el Ecuador de MBB y la Fundación JAMS. En los Estados Unidos fue Weinstein JAMS International Fellow de la Fundación JAMS y trabajó como Mediadora Asistente en The Weinstein Group. Realizó una pasantía en el Centro de ADR de la CCI en París. Obtuvo su título de abogada en la Universidad San Francisco de Quito y su LL.M. en la Universidad de Pepperdine.*

1. Artículo 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación: "...El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva..."
2. Artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado: "Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a (...) la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte..."
3. Se pueden mencionar como ejemplo a la Ley Orgánica de Empresas Públicas que en su artículo 11 insta a los Gerentes a utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias antes que procedimientos judiciales en todo lo que fuere materia transigible, la Ley de Hidrocarburos (artículo 10) y la Ley de Seguridad Social (artículo 302).
4. Artículo 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: "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."
5. El artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Estado dispone: "Responsabilidad por acción u omisión.- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta ley."
6. Art. 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: "Responsable de la Administración del Contrato.- El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda." (El énfasis es propio).
7. De conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley."
8. Esto en función de lo dispuesto en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que señala: "Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria"
9. El artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone: "De la transacción y el desistimiento.- Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener la autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes. En los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, el Procurador General del Estado está facultado para transigir o desistir del pleito, en las causas en las que interviniere como actor o demandado, en representación de dichos organismos y entidades, siempre y cuando dichas actuaciones se produzcan en defensa del patrimonio nacional y del interés público."