

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

AREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**“LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LOS CONTRATOS DE
CONCESION A PARTIR DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY DE
MODERNIZACIÓN DEL ESTADO EN EL ECUADOR”**

Autor: Pablo Zambrano Albuja

2006

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

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

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

Pablo Zambrano Albuja
Septiembre 11 de 2006

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

AREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO
MENCION CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**“LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LOS CONTRATOS DE
CONCESION A PARTIR DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY DE
MODERNIZACIÓN DEL ESTADO EN EL ECUADOR”**

Autor: Pablo Zambrano Albuja

2006

Tutor: Dr. Genaro Eguiguren V.

Quito, Ecuador

RESUMEN

Este trabajo tratará sobre el marco jurídico que rige la solución de conflictos de los contratos de concesión a partir de la expedición de la Ley de Modernización del Estado, la misma que trajo algunas innovaciones en materia de contratos administrativos.

Analizaremos brevemente el proceso de modernización del Estado Ecuatoriano que avanza lentamente desde el año de 1993. Normas constitucionales, legales y reglamentarias, así como comentarios de valiosos tratadistas ecuatorianos sobre la “modernización” del estado ecuatoriano.

Vamos a analizar el Contrato de Concesión desde la perspectiva doctrinal y legal, ya que es el contrato que más ha sido utilizado por el Estado ecuatoriano en los procesos de modernización, para la prestación de servicios públicos.

En el desarrollo de este trabajo no se analizará el proceso de concesiones en materia petrolera, minera, telefónica o de cualquier otra índole de una manera específica. No es el objetivo de este trabajo entrar en detalle sobre éstas materias complejas, sujetas a un régimen jurídico propio.

En cuanto a los conflictos que se han presentado, hay que analizar cuáles son los mecanismos de solución de controversias previstos en la legislación nacional, que generalmente han sido jurisdiccionales, existiendo una serie de cambios de la competencia para conocer de estos procesos entre las Cortes Superiores y los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, existe una reciente práctica para la solución no jurisdiccional de los conflictos de estos contratos, donde podemos destacar a la Mediación y a Arbitraje, que tienen su base normativa tanto en la Constitución como en la Ley especial de la materia, por lo que este trabajo analizará también la aplicabilidad de estos procedimientos para la solución de conflictos.

TABLA DE CONTENIDO

Capítulo I LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN

- 1.1 Análisis de la Ley de Modernización del Estado y sus reformas.
- 1.2 Nuevos conceptos administrativos contenidos en la Ley de Modernización y el Contrato de concesión.
- 1.3 Análisis doctrinal del Contrato de Concesión

Capítulo II LA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 2.1 Revisión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la competencia de los Tribunales Distritales en materia de contratos administrativos.
- 2.2 Evolución de la solución jurisdiccional de conflictos de los contratos administrativos en el Ecuador

Capítulo III LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO UNA HERRAMIENTA EFICAZ PARA LAS CONTROVERSIAS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- 3.1 La aplicación de Medios Alternos de Solución de Conflictos en las controversias relacionadas con contratos administrativos.
- 3.2 El Arbitraje en los contratos administrativos.
- 3.3 La Mediación en la solución de conflictos de los contratos administrativos.
- 3.4 Jurisprudencia

Conclusiones

CAPITULO PRIMERO

LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN

1.1 ANALISIS DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

El hacer el análisis de una ley, no es tarea fácil puesto que hay que tomar en cuenta algunos factores no precisamente jurídicos, pero que son de gran importancia: el contexto histórico, jurídico, social, económico y político de la sociedad donde se ha promulgado dicha ley.

Si es que tomamos en cuenta que ha sido expedida en el Ecuador una ley tan compleja denominada “Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada”, creo que los factores extra jurídicos, aumentan por las más diversas razones, a saber: presión de diversos grupos económicos, gremiales, sindicales, sociales ya sea a favor o en contra de la expedición de la ley; diversidad política de las fuerzas dentro del Congreso Nacional; deterioro galopante de las empresas publicas que prestan servicios básicos; interés por inversiones privadas en la prestación de servicios públicos; crisis económica permanente con graves déficits presupuestarios que deben ser financiados con deuda externa; grave crisis social con índices de pobreza y desempleo altos; inestabilidad política, etc.

Esta Ley, conocida simplemente con el nombre de “Ley de Modernización”, fue expedida por el Plenario de las Comisiones Legislativas del Congreso Nacional el 21 de diciembre de 1993 y publicada en el R. O. No. 349 de 30 de Diciembre de 1993.

El contexto histórico político en el que esta Ley fue gestada y aprobada por el Congreso es interesante, puesto que quien propuso la aprobación de la ley, fue el Presidente de la República de entonces, arquitecto Sixto Duran Ballén, quien respaldado por un movimiento de derecha, fue electo Presidente de la República en las elecciones de Mayo de 1992, asumiendo el poder el 10 de Agosto del mismo año. Derrotó en la segunda vuelta electoral al abogado Jaime Nebot Saadi, joven político en ese entonces, que representaba al partido político más representativo de tendencia derechista: el Partido

Social Cristiano, del cual se había desafiado el mismo Durán Ballén después de más de cuarenta años de militancia, habiendo sido uno de sus fundadores.

Este hecho es muy decidor, ya que a la segunda vuelta electoral pasaron dos candidatos de centro derecha, lo que refleja un deseo de los electores de un cambio, después de apenas cuatro años de gobierno social demócrata del doctor Rodrigo Borja Cevallos.

Precisamente el gobierno del doctor Borja se caracterizó en materia económica y administrativa en aplicar una política de fortalecimiento de las instituciones del Estado como las empresas públicas, en materia económica el ajuste gradual de precios de la gasolina, el control de precios de bienes de primera necesidad, el control del mercado de divisas, la expedición de leyes de ordenamiento en materia tributaria, entre otros. En conclusión una política de fortalecimiento del gobierno en la actividad económica y en la prestación de servicios públicos, es decir la aplicación de las tesis políticas socialdemócratas, cuya ideología profesa el ex presidente.

Al finalizar su período presidencial, los índices de inflación en la economía habían llegado a dos dígitos altos, lo cual es muy peligroso para la economía del ciudadano común que ve con desesperación como los precios de los bienes y servicios aumentan, sin que sus ingresos lo hagan.

La prestación de los servicios públicos estaban casi en su totalidad en manos del Estado a través de empresas o entidades con cierta capacidad autónoma, pero de capital estatal, con una onerosa carga laboral que consumía (sigue consumiendo) gran parte del presupuesto en gasto corriente, en vez de utilizar los recursos para inversión.

La calidad del servicio en muchos casos no era óptimo, por ejemplo en materia de telecomunicaciones o generación de fuerza eléctrica, el acceso a estos servicios en zonas rurales y urbano marginales eran de muy difícil alcance, no existían planes de expansión a mediano o largo plazo, la tecnología utilizada no era de vanguardia, el control de pérdidas muy escaso, gasto corriente elevado, entre otros factores.

Los industriales y comerciantes, a través de sus poderosos gremios exigían un cambio, desacreditando la labor que ejercían estas empresas y sobre todo el rol del Estado como

un fuerte promotor de la economía, en su calidad de prestador de todos los servicios públicos, en vez de cumplir un papel regulador.

Al finalizar el período de Borja, ya se discutía en el Ecuador el cambio de rol del estado de prestador de servicios a regulador de la prestación de los servicios. Precisamente en la campaña presidencial de 1992, se hablaba de un Estado pequeño, pero fuerte y eficiente, y un sector privado dedicado a producir y participar en la prestación de servicios básicos. Los dos finalistas en aquel proceso electoral, tenían la misma tesis y estaban respaldados por los gremios de industriales y comerciantes, que tanto pedían el cambio del rol estatal.

Triunfó Durán Ballén, rodeado de ese halo de experiencia, serenidad, eficiencia y honestidad, frente a ese estilo vehemente, casi violento del otro candidato, de su partido y sobre todo de su mentor, el ex presidente León Febres-Cordero, no soportaron que Durán Ballén abandone el Partido Social Cristiano para fundar su propio movimiento político, aliarse con el partido Conservador y finalmente alzarse con el triunfo y la presidencia.

Durán Ballén con esa fama y esas ejecutorias de constructor -fue un eficiente Alcalde de Quito, cuya huella fue la obra pública de los años setenta que hasta ahora perdura, colapsada por el crecimiento no planificado de la ciudad- subió al poder con el ánimo de cambiar el rumbo del Estado, asistido principalmente por su vicepresidente, un ortodoxo neoliberal de la Escuela de Chicago (liberalización de los mercados financieros, cambio de rol del Estado, apertura al comercio internacional, entre otras características).

Una de las primeras medidas fue establecer un marco jurídico para aplicar sus teorías, un marco normativo que permita una mayor intervención de los particulares y de la iniciativa privada en la administración pública. Dentro de ese contexto se ideó la “Ley de Modernización”, que recoge algunos principios verdaderamente revolucionarios e innovadores para el país.

Precisamente el contexto mundial a inicios de la década de los años 1990, es importante analizar el contexto político y económico mundial, para entender el por qué el gobierno decidió proponer un cambio tan drástico del modelo administrativo del Estado.

La doctora Ximena Endara Osejo, en su texto titulado “Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996”, hace un análisis profundo sobre este tema y señala que:

“Tal vez hasta mediados de siglo era posible estudiar las modificaciones a los cuerpos legales de nuestro país recurriendo a escasas referencias al entorno internacional. Hoy, en los albores del tercer milenio, la interrelación entre el Ecuador y el mundo es de tal naturaleza, que nos resulta imposible tratar las causas de las reformas al sistema jurídico regulador de la economía durante el gobierno de Durán Ballén, sin antes hacer un breve análisis de los últimos cambios mundiales que, a nuestro entender, inciden en el proceso de la reforma jurídica...”¹

En la era de la globalización, donde los Estados se encuentran interrelacionados en virtud de la economía y el comercio, lo que implica una serie de cambios a nivel mundial, al requerir los Estados normas estandarizadas. El Ecuador al ser un país dependiente de tecnología, bienes y servicios, y además al necesitar colocar sus productos en los mercados internacionales, con el objeto de conseguir divisas, necesitaba también entrar en este ritmo de modernización.

El fin de la Unión Soviética marcó de igual manera un nuevo orden mundial, trayendo como consecuencia que los Estados Unidos de América consoliden su liderazgo y su política exterior de ampliar sus mercados. Para ello, sistemáticamente ha utilizado mecanismos de presión económica para los países latinoamericanos especialmente, a través de organismos multilaterales de crédito como el Fondo Monetario Internacional el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo. El proyecto de la “Ley de Modernización” en el Ecuador, fue financiado por el BID y la USAID, Agencia para la Ayuda y Desarrollo del Gobierno de Estados Unidos.

Pero no sólo la presión que puede ejercer la más grande potencia en la economía mundial han influido en una serie de cambios políticos y jurídicos en los Estados, sino

¹ ENDARA OSEJO Jimena, “Modernización del Estado y reforma jurídica, 1992-1996”, Universidad Andina Simón Bolívar, Serie Magíster Volumen 3, Corporación Editora Nacional, Quito 1999.

también la famosa “globalización” fenómeno social, económico y político, ha hecho que se inicien procesos de cambio en todas las regiones del mundo.

El rol del Estado fue muy cuestionado, precisamente por la expansión y crecimiento de la economía y el comercio, que generó un incremento de la demanda de servicios tales como fuerza eléctrica, telecomunicaciones, carreteras, infraestructura portuaria, aeropuertos, entre otros, para incrementar las exportaciones e importaciones, dinamizar el comercio exterior y hacer más competitivo al país, lo que hizo que se discuta la posibilidad de transferir ciertas competencias a manos privadas.

El modelo concebido en los años sesenta y setenta por la CEPAL (Comisión Económica para América Latina), dentro del cual el Estado debía tener un papel activo y fundamental dentro de la economía, teniendo un monopolio para la provisión de servicios, entró en crisis sobre todo por la falta de fuentes de financiamiento para mantener la eficiencia e incrementar la oferta. Otros hechos, como el clientelismo político con el consiguiente aumento de personal innecesario en las empresas públicas, los sindicatos con sus contratos colectivos y la falta de inversión en tecnología, empeoró la eficiencia y la imagen de las empresas de servicios.

Este hecho se reflejó en toda América Latina, por lo que se cuestionó el modelo tradicional y se planteó un cambio. El tratadista argentino Juan Carlos Casassagne, citado por Daniel Nallar, establece que dos son los aspectos más importantes de la transformación operada sobre los servicios públicos en Argentina:

*“El establecimiento de condiciones particulares para su prestación, que involucra aspectos económicos, normas de calidad, atención de los usuarios, solicitudes de suministro, infraestructuras; y
En su prestación, repliegue estatal que se traduce en el abandono de la gestión directa y la aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia con base en la ideología de la libertad de mercado”²*

² NALLAR Daniel M., “El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público”, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1999.

La modernización o transformación, no solamente involucra el aspecto económico y práctico, sino que fundamentalmente se requiere de un cambio en el monopolio de la prestación del servicio, incorporando el concepto de competencia como base de la eficiencia en la prestación de los servicios.

El fin del monopolio estatal y el permitir que otros presten servicios que antes estaban únicamente en manos del Estado, implica aceptar que existe competencia y una nueva concepción política: libertad de mercado, el Estado transfiere competencias a manos privadas y tiene un nuevo papel que es el de regular la prestación de los servicios.

Estos antecedentes, son importantes considerarlos para entrar en el análisis de la “Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada”, que está compuesta de Siete Capítulos y un total de 65 Artículos. No es una Ley extensa, pero abarca muchos temas que tienen importancia en la administración del Estado, puesto que incluye por primera ocasión conceptos tales como “Racionalización y Eficiencia”, “Descentralización y Desconcentración”, “Desmonopolización y delegación de servicios públicos a la iniciativa privada” y los “Procedimientos y Controles” para estos efectos.

El preámbulo de la Ley explica algunas razones valederas por las cuales los Congresistas consideran adecuado la expedición de la misma. Los considerandos que merecen mayor interés son:

La crisis económica que agobia al país desde los inicios de la década de los ochenta que no encuentra una solución definitiva;

El hecho de que en virtud de lo anterior, el Estado ha debido tomar a su cargo la explotación de actividades empresariales que estaban en manos privadas, convirtiéndose estas empresas en duras cargas económicas para todos los ecuatorianos;

La falta de un modelo económico estable y duradero, que ha obligado a los gobiernos de turno a entrar en un proceso de ajuste económico que ha empeorado el nivel de vida de la población.

Por todo lo anterior, los Congresistas consideran que *“se torna ineludible entrar en un proceso de privatización y concesión de servicios, con la finalidad de atenuar las*

cargas económicas que soporta el Presupuesto General del Estado y con el propósito de contar con recursos financieros que permitan atender la más apremiantes demandas de los sectores sociales más postergados”.

Las palabras utilizadas en los considerandos, llaman poderosamente la atención ya que se produce un cambio conceptual de inmensas proporciones en el Ecuador, al establecer que “*se torna ineludible entrar en un proceso de privatización y concesión de servicios*”. La transformación del rol del Estado, que se había discutido por algunos años en Europa y otros lugares del mundo, para que éste pase a tener una función reguladora en vez de tener una activa participación en la economía, como prestador de servicios y empresario, finalmente había llegado al país.

El cambio de un concepto tan importante y trascendental para el país y la sociedad, no se puede dar de un día para otro. Precisamente por las consideraciones antes enunciadas sobre los factores que acompañan a la expedición de una ley, que no son precisamente jurídicos, es muy difícil en una comunidad como la nuestra, plasmar en un cuerpo normativo conceptos novísimos, frente a los cuales se levantaron temores y suspicacias. ¿Cómo podía cambiarse en el transcurso de un año y cuatro meses de gobierno el papel paternalista que la mayoría de ecuatorianos teníamos sobre el Estado? ¿Los funcionarios y trabajadores de las empresas públicas, iban a aceptar inmediatamente las reformas propuestas? ¿Los empresarios estaban listos para asumir el papel de prestadores de servicios en óptimas condiciones? ¿Los ciudadanos estamos dispuestos a pagar un costo superior a cambio de un supuesto servicio más eficiente de servicios públicos? ¿Cuál sería el impacto en la economía del país de los cambios prometidos?

Estas y muchas otras preguntas se plantearon en los momentos previos a la expedición de la Ley, ya que se generaron innumerables dudas. Los trabajadores y empleados del Estado, con una permanente angustia por sus empleos; las cámaras de la producción con expectativa y ansías por las promesas de cambio de régimen de prestación de servicios; los ciudadanos también con grandes expectativas pero sobre todo con dudas.

Esta incertidumbre, hizo que los legisladores establezcan el principio de “*Transparencia*”, en la aplicación de la ley, tal cual como a lo previsto en la Ley, ya que el proceso de privatización y concesión de servicios “*Debe caracterizarse por la*

Transparencia, de suerte que se garantice el interés público y la equidad social mediante la dotación de normas claras y precisas, evitándose el ejercicio de facultades discrecionales”.

En el Capítulo Primero denominado “Disposiciones y Principios Generales”, específicamente el Artículo I trata sobre el objeto de la ley, que establece lo siguiente:

“* Art. 1.- OBJETO.- La presente ley tiene por objeto establecer los principios y normas generales para regular:

- a) La racionalización y eficiencia administrativa;
- b) La descentralización, la desconcentración y la simplificación;
- c) La prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa previa mediante la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios o actividades previstos en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República; y,
- d) La enajenación en las circunstancias establecidas en esta ley, de la participación del Estado en las empresas estatales no previstas en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República o de las mixtas señaladas en el numeral dos del mencionado artículo 46.

* REFORMA:

Art. 1.- Sustitúyanse los literales c) y d) del artículo 1, por los siguientes:

- "c) La prestación de servicios públicos, las actividades económicas y la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, por parte de empresas mixtas o privadas mediante cualesquiera de las formas establecidas en la Constitución; y,
- d) La enajenación de la participación de las instituciones del Estado en las empresas estatales de conformidad con la ley."

(DY 690. Registro Oficial No. S-144 / 18 de agosto de 2000)

* REFORMA:

- 2. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo y suspender totalmente los efectos de las siguientes normas de la LEY PARA LA PROMOCION DE LA

INVERSION Y LA PARTICIPACION CIUDADANA, publicada en el Registro Oficial Nro. 144 de 18 de agosto de 2000;

- De los artículos 1, 30, 36, 43, 78, 82, 86, 87, 92, 95, 157, 164, 168, 169, 172, 173, 182, 185, 186, 187, 190, 195 y 197.

(RTC 193-2000-TP. Registro Oficial No. S-234 / 29 de diciembre de 2000)

Como se puede apreciar de la lectura de este artículo, el objeto de la ley es sumamente amplio, puesto que se pretende racionalizar y volver eficiente la acción administrativa del Estado; fomentar procesos de descentralización, desconcentración y simplificación, del Gobierno Central hacia los Gobiernos Seccionales; la prestación de servicios públicos a través de la iniciativa privada a través de la desmonopolización y delegación de ciertas actividades; y la enajenación o venta de la participación del Estado en empresas estatales.

Estos principios conllevan una serie de reformas paralelas en áreas conexas, no solamente con la expedición de una norma jurídica podemos cambiar de un día para el otro instituciones y formas de administrar el Estado. Para muestra un pequeño ejemplo: la descentralización.

En retrospectiva, haciendo un análisis práctico de la reforma, podemos observar que este proceso no ha llegado a consolidarse aún cuando han transcurrido más de catorce años de su expedición. Han tenido que transcurrir muchos años y sobre todo la expedición de algunas reformas legales e incluso la reforma Constitucional de 1996 y la nueva Constitución que se encuentra vigente desde el 1 de agosto de 1998, para que estos principios puedan ser aplicadas. Sin embargo de lo anterior, no es menos cierto que el proceso se inició con la expedición de la Ley y permitió desarrollar el marco jurídico actual, que en materia de descentralización ha tenido un gran progreso.

En otros temas tales como la prestación de servicios públicos a través de la iniciativa privada, no han existido mayores avances prácticos, ya que aún cuando Ecuador tiene un marco jurídico fecundo y apropiado, la prestación de servicios públicos como provisión de fuerza eléctrica, telecomunicaciones en redes fijas o agua potable, sigue en manos del Estado, ya sea centralizado o municipal. No se ha dado ese gran paso a la privatización y sobre todo, lo más importante, a la capitalización de las empresas que

proveen de servicios públicos, con el objeto de volverlas más eficientes y modernizarlas de acuerdo a los avances de la tecnología de punta. Si bien es cierto un gran número de las empresas públicas proveedoras de servicios básicos en estos momentos son sociedades anónimas, sujetas a la Ley de Compañías, sus acciones pertenecen al Fondo de Solidaridad, entidad creada a través de Ley dentro del marco de modernización del Estado, que ha tratado de llevar adelante procesos para vender sus acciones en dichas empresas, si tener ningún tipo de resultado.

Por diversas circunstancias, donde encontramos la oposición sistemática de partidos políticos de izquierda, que tiene gran influencia en los sindicatos de estas empresas, y por los intereses de grupos empresariales nacionales y extranjeros de boicotear los procesos de capitalización de las empresas públicas, todos los esfuerzos tanto del CONAM (entidad de la que hablaremos más adelante) como del Fondo de Solidaridad, se han truncado. Cabe destacar como un tercer factor negativo, y quizá el más influyente, la inestabilidad política y la corta duración de los gobiernos en los últimos diez años, tampoco ha posibilitado concretar los grandes cambios y sobre todo, la aplicación del marco legal. El constante cambio de funcionarios de mediano y alto nivel, no ha permitido la continuidad en procesos que no pueden ejecutarse de un día para el otro, sino que toman meses de planificación, preparación, promoción y definitiva ejecución.

En el Capítulo Segundo de la Ley, artículo 8 se crea el CONAM *“Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM, como un órgano administrativo encargado de dirigir, coordinar y supervisar los procedimientos establecidos en esta Ley para la modernización del Estado. EL CONAM es un organismo adscrito a la Presidencia de la República, sus facultades y deberes son los señalados en la presente Ley y los que determine el correspondiente Reglamento Orgánico y Funcional”*.

Este órgano que se encuentra adscrito a la Presidencia de la República, tiene la tarea fundamental de llevar adelante los procedimientos de modernización del Estado y la aplicación de los principios previstos en la Ley. El espíritu y el texto de la norma, establece que el Presidente de la República sea el encargado de los procesos de modernización, por lo que la función ejecutiva establece la política que en esta materia

debe seguirse. Cada cambio de gobierno, ha constituido un cambio en la orientación y administración del CONAM, por lo que no ha existido continuidad.

Las atribuciones del Consejo de Modernización se encuentran previstas en el artículo 9 de la Ley que establece:

“Art. 9.- COMPETENCIA.- Para dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en esta Ley, al Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM, le corresponde:

- a) Definir las estrategias, normas y procedimientos para dirigir, coordinar, ejecutar y controlar los procesos que se establecen en esta Ley;
- b) Coordinar el proceso de Modernización del Estado dentro del sector público; y,
- c) Dirigir y ejecutar, previa autorización del Presidente de la República, los procesos de modernización a los que se refiere la presente Ley, de los entes que no cumplan adecuadamente con los programas establecidos.”

El establecimiento de estrategias, la planificación, la elaboración normativa y los procedimientos que deben seguir los diversos programas previstos en la ley es la principal tarea que debe cumplir el CONAM. Existen diversos departamentos que realizan análisis de la realidad nacional, estudios y consultoría que deben ser contratados para poder tener claro los programas que se deben seguir.

Es un órgano muy importante dentro del gabinete, puesto que debe organizar con los Ministerios de Estado, empresas públicas, Gobiernos Seccionales y organismos internacionales, la modernización del Estado. Esto le ha permitido a este organismo tener un gran poder de decisión e influencia, por los sectores estratégicos que entran en los procesos de cambio, debiendo tener un papel técnico, como su naturaleza lo exige.

El CONAM es un coordinador y ejecutor de las políticas del Presidente de la República, por mandato legal en los procesos de modernización. Este organismo ha trabajado en el análisis de la realidad administrativa del país y los procesos en los que debe entrar el Estado ecuatoriano para armonizar los principios de la Ley con la administración pública. Durante todo este tiempo, desde su creación, ha dedicado esfuerzos para llevar

adelante procesos de modernización del Estado, tales como concesión de puertos, carreteras, telefonía, entre otros.

En 1996, dentro del proyecto entre el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento BIRF y esta entidad, se llevaron a cabo varios seminarios y encuentros de carácter nacional, con el objeto de socializar los conceptos propuestos dentro de la ley y analizar en diversos foros el nuevo rol del Estado.

Producto de estos encuentros, se publicó un documento denominado “El rol del Estado en el Ecuador”, que adoptó como modalidad el uso de “mesas de trabajo” en diversos temas tales como: política macroeconómica; el Estado en el sector financiero; en la infraestructura económica; comercio y producción, manejo de recursos naturales; educación; recursos humanos y política laboral; pobreza; salud y seguridad social entre otros temas.

Una de las conclusiones a las que se llega es:

“El Estado se halla, en un proceso de crisis, por lo que es necesario redefinirlo, pero manteniendo sus funciones clásicas, a las que habría que agregar principalmente la intervención en la Salud y la Educación Pública. Se requiere un Estado fuerte y capaz. La modernización del Estado no debe dirigirse solo a las privatizaciones. Se necesita un Estado que defienda a las minorías ante el poder económico, para lo cual debe sustentarse en una verdadera democracia participativa. No cabe u Estado paternalista y es necesaria una mayor participación del sector privado. También se insiste en el reconocimiento formal de la plurinacionalidad del Estado ecuatoriano.”³

Esta crisis que se identifica en la década de los noventa, es una constante que no se ha superado una década después. El Estado sigue administrando las empresas públicas, sigue siendo el mayor proveedor de servicios básicos, sigue teniendo un rol fundamental en la economía, y tiene participación accionaria en todas las empresas que forman parte del Fondo de Solidaridad, entidad que se encarga de dirigir estas empresas.

³ CONAM, “El rol del Estado en el Ecuador”, Proyecto BIRF-3822-EC, AH Editoriales, Quito, 1996

El Capítulo Tercero, se denomina “De la racionalización y eficiencia Administrativa”, el primer artículo dispone:

“* Art. 16.- TRAMITES INNECESARIOS.- El Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM, en coordinación con la Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo, SENDA; y las respectivas entidades del sector público, identificarán las funciones que se desarrollan en forma repetitiva y los trámites administrativos y controles que resulten injustificados, a fin de tomar acciones, que agilicen y mejoren la administración pública.

* REFORMA:

Art. 9.- En el artículo 16 suprímese la frase:

"En coordinación con la Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo, SENDA; y las respectivas entidades del sector público".

(DY 690. Registro Oficial No. S-144 / 18 de agosto de 2000)”

Esta norma establece que debe existir coordinación entre los diversos órganos de la administración pública para que, en las funciones que ejercen los diversos órganos no se dupliquen las funciones, y que los trámites administrativos y controles no sean injustificados, de manera que no se entorpezca el trabajo de la administración.

De igual manera el artículo 17 de la Ley, le otorga al Presidente de la República la facultad de emitir disposiciones normativas de tipo administrativo dentro del ámbito de su competencia, para *“fusionar entidades públicas que dupliquen funciones y actividades, o que puedan ser más eficientemente fusionadas; reorganizar y suprimir entidades públicas cuya naturaleza haya dejado de ser prioritaria e indispensable para el desarrollo nacional; o, que no presten una atención eficiente y oportuna a las demandas de la sociedad”*. Esta facultad ha permitido que en mayor o menor medida, se reorganicen o se supriman ciertas instituciones adscritas a la Presidencia de la República que no han trabajado eficientemente.

Sin lugar a dudas esta potestad que le otorga la ley al ejecutivo, tiene toda la razón de existir, por cuanto es a ésta función del Estado la que le compete el manejo de la administración pública. Todos los gobernantes han hecho uso de esta facultad y desde

que se promulgó la ley, de una manera u otra, de acuerdo a las necesidades del gobierno en funciones, se la ha ejercido.

En el año 2000, se expidió la “Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana”, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000, que plantea reformas a varias leyes, donde se encuentra la Ley de Modernización, y precisamente se incluye a continuación del artículo 17 un inciso que establece a las instituciones del Estado podrán establecer mecanismos de pago “*por los servicios de control, inspecciones, autorizaciones, permisos, licencias u otros de similar naturaleza, a fin de recuperar los costos en los que incurrieren para este propósito*”, otorgándoles capacidad de gestión financiera por la prestación de servicios.

Los artículos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 contienen varias disposiciones de carácter diverso en el ámbito administrativo, para que no dupliquen o tripliquen trámites, en las cuales se establece que el Estado y las instituciones públicas, en los procesos administrativos, no deben exigir por ejemplo pruebas distintas a las señaladas en las leyes; solicitar autorizaciones, dictámenes o informes que no estén expresamente señalados en la ley; la prueba de supervivencia de una persona se probará de acuerdo a la ley notarial; exigir partidas de nacimiento o matrimonio actualizadas, excepto cuando se produzca el cambio de estado civil; exigir partidas de nacimiento cuando se les presente la cédula de identidad o ciudadanía; se prohíbe exigir certificado de cumplimiento de obligaciones dentro de los trámites administrativos, excepto en los casos específicos previstos en este artículo (ley de contratación pública, de consultoría, de ejercicio profesional de arquitectos e ingenieros); no se exigirá la autenticación en el Ministerio de Relaciones Exteriores, de documentos que han sido legalizados por agentes diplomáticos o consulares acreditados en el exterior, excepto documentos legalizados por cónsules ad honorem; de igual manera las traducciones de documentos, cuya traducción esté firmada por un intérprete y dicha firma legalizada por Cónsul o Notario o reconocidas ante Juez de lo Civil, hacen plena fe y son válidas en todo trámite administrativo; las fotocopias de documentos originales, si se encuentran certificadas ante Notario se admitirán como válidas; para el cambio o renovación de documentos personales, solamente se requiere la presentación del documento anterior, en caso de su pérdida o destrucción, una declaración juramentada en ese sentido; finalmente, las entidades públicas se abstendrán de exigir más de una prueba en relación con un hecho,

por tanto no se exigirán documentos que ya han sido presentados ante la misma autoridad.

Como se puede observar, estas disposiciones son diversas, tratan temas distintos, pero de gran importancia en la práctica común administrativa. La reforma es consecuencia de los tortuosos procedimientos a los que los particulares estábamos abocados en nuestra relación con el Estado.

El artículo 28 de la Ley, regula el conocido “Derecho de Petición”, una antigua garantía constitucional, que precisamente implica que los ciudadanos tenemos el derecho de acudir al Estado y sus autoridades y dirigir quejas, peticiones o reclamos. Este artículo prevé que las peticiones dirigidas a la administración deben ser absueltas en el término de quince días, caso contrario se entenderá el silencio administrativo, como positivo a favor del peticionario.

La regulación del derecho de petición, ha causado una verdadera transformación en la administración, ya que el cambio del efecto del silencio administrativo, como algo adverso a la administración es un concepto novedoso.

Los artículos 29 y 30 hacen relación con asuntos de procedimiento, en el primer caso para la notificación de resoluciones a través del medio más expedito; y en el segundo caso en referencia a informes técnicos que se deban realizar de manera previa a la expedición de un acto administrativo.

El artículo 30 de la Ley establece la obligación de la administración pública de motivar de manera adecuada los actos que emana de ella. La motivación implica fundamentalmente que se deben expresar de manera clara los fundamentos de hecho y de derecho para la adopción de una decisión administrativa. Esta norma pretende evitar el abuso de autoridad y la justificación fáctica y jurídica de las decisiones administrativas, con el objeto de garantizar los derechos de los administrados.

El artículo 32 garantiza el acceso a documentos o procesos administrativos, de parte de quienes tengan interés en la tutela de situaciones jurídicamente protegidas. Esta es otra norma que garantiza el derecho de los particulares a la información de asuntos en los

cuales estén en juego sus intereses; de igual manera pretende poner un límite a la posible acción del Estado o de funcionarios que pretendan coartar facultades de los particulares.

Para finalizar este capítulo tercero, el artículo 33 establece como sanción, la destitución del cargo para aquellos funcionarios o empleados administrativos que violen las disposiciones de este capítulo, sin perjuicio de las sanciones civiles, penales o administrativas, que ameriten el caso.

En conclusión se puede afirmar que para la época de expedición de la Ley de Modernización del Estado, las reformas y garantías establecidas en el Capítulo Tercero, fueron un gran avance en materia de derechos ciudadanos y limitación de la acción del Estado y el potencial abuso que se puede dar por parte de la administración.

El Capítulo Cuarto de la Ley de Modernización se titula “De la Descentralización y Desconcentración”, establece las políticas principales que debe adoptar el Estado para transferir competencias ya sea a gobiernos seccionales o a la iniciativa privada. El artículo 34 establece que el CONAM en coordinación con la Asociación de Municipalidades y el Consorcio de Consejos Provinciales, supervisará la delegación del poder económico, político y administrativo del gobierno central, para transferir funciones, competencias, tributos y responsabilidades administrativas.

En el artículo 35, que también fue objeto de reforma en el año 2000, se dispone que *“Cuando la importancia económica o geográfica de la zona o la conveniencia institucional lo requiera, los máximos personeros de las instituciones del Estado dictarán acuerdos, resoluciones u oficios que sean necesarios para delegar sus atribuciones”*, esto es, permite que las diversas instituciones del Estado puedan delegar sus funciones y atribuciones para una eficiente labor institucional.

Los artículos 36 y 37 hacen referencia a potestades administrativas que se dan para el traslado de funcionarios administrativos y para la implementación de actividad de registro que sea necesario para la validez de los contratos.

El artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, será motivo de estudio específico más adelante, ya que precisamente trata sobre el título de este trabajo, y la evolución que se ha dado en el Ecuador con respecto a la solución de controversias derivadas de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público.

Dentro de la política de descentralización, la desmonopolización, delegación de servicios públicos a la iniciativa privada y la privatización, son mecanismos que deben utilizarse. Hablaré muy brevemente de estos temas, puesto que son motivo de la segunda parte de este primer capítulo de este trabajo.

El artículo 40 establece que dentro del marco de la Constitución y la ley, el Presidente de la República regulará la estructura, funcionamiento y procedimiento de todas las dependencias y órganos administrativos, debiendo promulgar a través de decreto ejecutivo, el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, pudiendo ser el mismo reformado, tal cual como se lo creó, esto es, a través de decreto, como en efecto se lo ha hecho en diversos gobiernos.

El artículo 41 que hace referencia a la posibilidad de que el Estado delegue a empresas mixtas o privadas la prestación de varios servicios públicos. La Constitución Política vigente, establece en el artículo 230 esta facultad de delegación que tiene el Estado, es por ello que el artículo 41 entró dentro de las reformas de la Ley para la Transformación Económica.

El Estado puede delegar la prestación de servicios tales como: agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. Este artículo, cuya redacción original difiere del actual reformado en el año 2000, permite que el Estado transfiera estas facultades de prestar servicios públicos a través de terceros, ya sea directamente a manos privadas o a través de empresas de capital mixto.

El artículo 42, faculta al Presidente la República, para que reglamente las normas a través de las cuales el CONAM lleve adelante los procesos de desmonopolización, privatización y delegación de actividades y servicios públicos.

Los sucesivos gobiernos no han aplicado esta facultad, puesto que, como se dijo antes no hay la voluntad política y la seriedad para hacerlo. De igual manera la oposición sistemática de grupos de presión (sindicatos, cámaras de la producción, gremios de profesionales, entre otros) no ha permitido un trabajo eficiente por parte de los gobiernos de turno, aún cuando tienen todas las herramientas legales para hacerlo, falta decisión política.

El artículo 43 establece los mecanismos que se pueden utilizar para este efecto, tales como la capitalización total o parcial de sociedades del Estado; arrendamiento mercantil; concesión de uso de servicios públicos, obras públicas, licencias, permisos u otras figuras; venta; transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas y cualquier otra modalidad. Este artículo es verdaderamente de avanzada y quizá el más importante en cuanto al cambio del concepto del rol del Estado.

En la reforma que se hizo en el año 1995, publicada en el Registro Oficial No. 693 de 11 de Mayo de ese año, se añadió un artículo innumerado después del artículo 43, en el que se disponía que para la ejecución de los procesos previstos en dicho artículo, se debía ejecutar una importante tarea de difusión publicitaria, para el conocimiento de los interesados sus modalidades, condiciones, características, precio y demás especificaciones con el objeto de tener la mayor cantidad de oferentes. Dicho artículo fue derogado con expedición de la denominada “Ley para la Promoción de la inversión y participación ciudadana”, a la que varias veces nos hemos referido a lo largo de este primer capítulo.

El artículo 44 tratan temas relativos a las atribuciones que tiene el gobierno central y los seccionales, con respecto a las modalidades contempladas en el artículo 43, de manera especial para contratar estudios, diseños, construcciones, mantenimiento y explotación de obras públicas, recursos naturales y prestación de servicios públicos.

El artículo 45 prohíbe que el Estado a través de sus órganos (administración central y entidades seccionales), conceda fianzas, avales, garantías, créditos preferenciales o beneficios fiscales a los particulares que adquieran empresas públicas.

En el artículo 46 se reformó en el año 2000, originalmente contenía disposiciones específicas sobre cláusulas necesarias que deben contener los contratos de concesión. La reforma establece como condiciones fundamentales que estos contratos “*contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente*”, esto es, el Estado debe velar por que de manera expresa dentro del contrato de delegación de prestación de servicios públicos, los intereses de los usuarios deban ser atendidos de manera adecuada y la necesidad de preservar el ambiente. Se establece un principio de seguridad jurídica al prever que las “*condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración*”. De igual manera se establecía la obligación de que los contratos de delegación incluirán necesariamente una cláusula de arbitraje para la solución de controversias. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de este inciso. Esto no obsta para que se pueda incluir este tipo de cláusulas para la solución de controversias, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación, así como otras normas.

Los monopolios, se encuentran también proscritos en ésta ley, tal cual como lo establece el artículo 47, permitiendo que terceros puedan prestar servicios o ejecutar actividades de similar naturaleza. Sin lugar a dudas esta norma, es una medida de protección para el consumidor y para el mercado al permitir la libre competencia. La excepción a esta regla se da únicamente para el caso de concesiones, licencias o permisos, en condiciones de exclusividad regulada por un período determinado. Se incluyó una disposición un tanto confusa en la reforma del año 2000, ya que se establece que “*Cuando la concesión de un servicio público implique una posición dominante en el mercado, su titular no podrá ser propietario, por sí mismo ni por terceras personas, de medios de comunicación colectiva o instituciones financieras. Cada una de estas actividades deberán ser desarrolladas, en forma exclusiva por sus administradores o propietarios*”, confusa desde el punto de vista en que hace referencia solamente a medios de comunicación colectiva o instituciones financieras, pero no a otros sectores de la producción.

En el artículo 48, también reformado en el año 2000, se establece el régimen tributario y laboral de corporaciones, fundaciones, sociedades y compañías constituidas con el aporte total o parcial de capital o bienes de propiedad del Estado, que deberán someterse a normas aplicables a personas jurídicas de derecho privado. En cuanto al tema de impuestos de transferencia, fusiones, aumentos de capital, entre otros, estará exenta la parte proporcional que corresponde al Estado.

El penúltimo capítulo de la ley trata sobre los “Participantes” en las modalidades de desmonopolización, estableciendo el artículo 49 que serán las diversas entidades que determine el Presidente de la República, el CONAM y el órgano competente en el caso de los Gobiernos Seccionales, por parte del Estado y personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras por parte del sector privado.

Los artículos 50, 51, 52 y 53, tratan sobre los trabajadores del sector público, los derechos que tienen para participar en los procesos de desmonopolización y privatización; los derechos laborales se encuentran garantizados de acuerdo al Código del Trabajo, los contratos individuales o colectivos; se crea un sistema de compensaciones para los servidores, trabajadores y funcionarios, que se acojan de manera voluntaria a los procesos de reducción de personal y de igual manera se regula el reingreso de éstos ex funcionarios en casos de excepción.

Al finalizar este capítulo, en el artículo 54 de manera expresa se otorga un respaldo a los procesos de modernización, *“En todo aquello que no se oponga a esta Ley, se declaran vigentes y de plena aplicación los procedimientos de desmonopolización y privatización establecidos en leyes especiales”*. Esta disposición, es una garantía que reafirma el cambio del concepto del Estado y la nueva visión que se tiene, es decir, el marco jurídico garantiza que se lleven a cabo los diversos procesos de modernización establecidos.

El Séptimo y último Capítulo de la Ley, se titula “De los Procedimientos y Controles”, establece que los valores referenciales de los activos de las empresas deben ser establecidos de manera transparente, con el uso de informes y valoraciones imparciales, que deben sujetarse a las normas previstas en el Reglamento, estableciendo sanciones para funcionarios que actúen de manera dolosa en la valoración. Se establece la

prohibición expresa de quienes han participado como expertos o peritos, o los funcionarios públicos incluidos los de elección popular, para participar en los procesos de modernización.

El artículo 56 establece los mecanismos que deben utilizarse en los procesos de desmonopolización y privatización, a saber: licitación nacional o internacional; oferta reacciones a través del mercado bursátil; suscripción pública de acciones o subasta pública; y cualquier otro mecanismo jurídico amparado en el ordenamiento jurídico nacional. En las reformas del año 2000 se incluyó un inciso en que se ordena la debida publicidad y promoción de los procesos, para que exista la mayor cantidad de participantes y la debida competencia de varios oferentes.

El control de los procesos de modernización está regulado por el Título X de la Constitución Política del Estado, que se titula “De los Organismos de Control”, esto es la Contraloría General del Estado, la Procuraduría, el Ministerio Público, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las Superintendencias.

Los artículos 58, 59 y 60 establecen la obligación de inventariar los bienes improductivos de las entidades públicas, incluyendo inmuebles y vehículos, para su remate o subasta, con el objeto de que los mismos no generen cargas excesivas para el Estado y para recaudar fondos. Más adelante los artículos 61 y 62 hablan sobre las formas de pago y el destino que se deben dar a estos fondos recaudados, que no pueden utilizarse para gasto corriente o pago de deuda externa, sino para inversión en educación o capitalización de las entidades.

El artículo 63 establece la forma de solución de controversias de los procesos contemplados en la Ley, por lo que merece la pena que lo cite, por la importancia que tiene en relación con el tema de este trabajo:

“Art. 63.- CONTROVERSIAS.- Las controversias que se suscitaren en relación a los procesos contemplados en esta Ley, se resolverán en juicio verbal sumario, en primera instancia ante el Presidente de la Corte Superior del respectivo Distrito, y en segunda y definitiva instancia, ante una sala de la Corte Superior de Justicia correspondiente determinada mediante sorteo. Los asuntos que

versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través de arbitraje nacional o internacional, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las Leyes vigentes”.

Se establece que la primera instancia deberá ser sustanciada ante el Presidente de la Corte Superior, en el trámite verbal sumario y que habrá una segunda y definitiva instancia ante una de las Salas de la Corte Superior del Distrito. Deja abierta la posibilidad de que los asuntos que versen sobre materia comercial, pueden someterse al arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a lo previsto en cada contrato. Este tema será abordado a profundidad en los capítulos siguientes.

El artículo 64 establece la obligación de los funcionarios públicos del CONAM y de las entidades que contraten con el sector público, de hacer una declaración juramentada en la que conste que no tienen interés en la transacción a realizarse ni por sí ni por interpuesta persona.

La reforma del año 2000, establece que se debe agregar un artículo a continuación del 64, en el que se establece que los bienes inmuebles que estén en posesión de las instituciones del Estado por más de cinco años y que carecieren de títulos de propiedad legalmente inscritos, pasarán a propiedad de las entidades posesionarias.

Finalmente los artículos 65 y 66 establecen que el Presidente de la República dictará el Reglamento respectivo de la Ley, así como los decretos ejecutivos a los que se hacen referencia (como por ejemplo el Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, conjunto normativo que causó gran polémica en cuanto a su aplicación y legalidad, pero que se lo ha venido aplicando de manera regular) y que la Ley tiene el carácter de especial, por lo que prevalecerá sobre otras leyes que se le puedan oponer.

En las reformas del año 2000, se incluyeron nuevas disposiciones transitorias, lo que desde el punto de vista de la técnica legislativa es criticable por decir lo menos, que ocho años después de la vigencia de la ley se pretenda establecer un régimen transitorio entre la normativa anterior y la reformada con la expedición de la ley, que se supone debía ser concedido al momento de la expedición de la misma.

1.2 NUEVOS CONCEPTOS ADMINISTRATIVOS CONTENIDOS EN LA LEY DE MODERNIZACIÓN Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN.

Como se señaló anteriormente, los conceptos novedoso que contiene la Ley de Modernización, son muy importantes dentro el nuevo esquema que se le quiere dar al Estado, abriendo la posibilidad a que a través de la delegación se permita al sector privado participar a través de seis modalidades enumeradas de manera taxativa, en las actividades económicas y de los servicios públicos que presta la administración.

El considerando cuarto de la Ley señala “...*Que se torna ineludible entrar en un proceso de privatización y concesión de servicios con la finalidad de atenuar las cargas económicas que soporta el Presupuesto General del Estado y con el propósito de contar con recursos financieros que permitan atender las más apremiantes demandas de los sectores más postergados.*”

De lo anterior se colige que el órgano Legislativo ve a la concesión como un mecanismo de atenuar las cargas económicas que tiene el Estado al cumplir con la prestación servicios públicos. De la misma forma el espíritu de la Ley de Modernización es que el Estado obtenga recursos frescos como producto de los procesos de desmonopolización de sus actividades económicas, y eso también trata de lograrlo a través de la concesión.

El considerando noveno de la Ley señala “...*Que el proceso de privatización y **concesión** de servicios debe tender a buscar la eficiencia de las entidades y empresas públicas...*”. Por lo tanto otro de los objetivos que persigue el Estado a través de la concesión es que los servicios públicos que se concesión en tengan de manera predominante el carácter de eficientes, ya que el Estado no ha brindado de manera eficiente determinados servicios.

Este proceso de modernización tuvo varias críticas, tal cual como se señaló antes, especialmente en cuanto a los nuevos conceptos que se introdujeron. El Dr. Lautaro Ojeda, sociólogo y abogado, investigador de la realidad social, con varios textos publicados, en su obra titulada “Modernización ¿para quienes?” dice:

“Los cambios económicos, sociales y políticos que se han producido en los últimos catorce años en América Latina son de tal velocidad, profundidad e intensidad que supera nuestra capacidad de comprenderlos, y peor aún, de elaborar propuestas alternativas que los enfrenten dentro de un horizonte mediano. Esta incapacidad se manifiesta en la desconfianza e incluso incredulidad en la planificación –especialmente en la de largo plazo-, así como en la adopción de políticas y medidas emergentes y cortoplacistas. Estas condiciones alimentan la tendencia económico-ideológica dominante: el neoliberalismo”⁴

De la cita anterior, se colige que la crisis del Estado, es un tema compartido por investigadores y actores sociales de las diversas tendencias políticas. El Dr. Ojeda, crítico del neoliberalismo, que definitivamente inspiró a la Ley de Modernización del Estado, acepta como un hecho cierto el fracaso del papel del Estado, aún cuando pocos meses antes de la expedición de esta polémica norma, estuvo en funciones un gobierno socialdemócrata de centro izquierda, que tampoco plasmó en los hechos las aspiraciones de los seguidores de esta tendencia.

El Estado proteccionista, con una amplia influencia dentro del mercado, con empresas públicas y grandes activos, herencia de los gobiernos nacionalistas, generalmente dictaduras militares, hizo crisis cuando el modelo establecido por la CEPAL, de “*sustitución de importaciones*” no pudo mantenerse a salvo y sucumbió frente al impulso del comercio internacional y a la consolidación de los Estados Unidos de América como la única potencia mundial.

Ese fue otro factor determinante, la consolidación de la tendencia liberal del mercado, llamada de manera despectiva “neoliberal” tras la caída del “muro de Berlín” y la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que dejó de tener la influencia gran influencia del sistema socialista, con el consecuente proteccionismo de los mercados.

⁴ OJEDA SEGOVIA Lautaro, “Modernización ¿para quiénes?”, Centro para el Desarrollo Social, Primera Edición, PPL Impresores, Quito, 1994.

Los gobiernos de América Latina han emprendido un proceso de reforma del Estado, en función de satisfacer las necesidades de los particulares y en virtud de la coyuntura económica social y política que vive cada nación. Aún cuando la situación difiere en cada país latinoamericano, existe una conciencia de adoptar una estrategia de reformar el Estado, fortalecer sus instituciones y mejorar el bienestar de la población. De acuerdo con el documento titulado “*Qué significa para el Banco Mundial la Reforma del Estado?*”, publicado por la Oficina de Asuntos Externos Banco Mundial en 1996, las causas que motivaron esta corriente reformadora han sido primordialmente:

- La crisis fiscal de la década de los ochenta, conocida como la “*década perdida*”, en la que los países latinoamericanos crecieron en un promedio inferior al 4% anual;
- La crisis de la deuda externa que agobia a todos los países de la región que ha obligado a los gobiernos a sentarse a la mesa de negociaciones con los organismos multilaterales de crédito y con la Banca privada, para que reformulen sus políticas macro económicas, de gasto público y el tamaño del aparato estatal;
- La necesidad de volver a las economías nacionales más competitivas, con el propósito de que las compañías e industrias latinoamericanas tengan una mayor eficiencia en comparación con sus competidores desarrollados;
- La agobiante pobreza, la desigualdad en el reparto de la riqueza y el crecimiento de la violencia urbana, que se fortalece con el incremento de los cinturones de miseria que existen en las ciudades.

Es en virtud de éste análisis de motivos o causas que el Banco Mundial dentro de sus actividades de investigación realiza, que los gobiernos latinoamericanos han comenzado a aplicar una reforma estructural del Estado. La coyuntura política del mundo permite que esta reestructuración avance de una manera más rápida, ya que hay que tomar en cuenta que con la caída del muro de Berlín a inicios de esta década ha dejado implantado prácticamente un único sistema económico: el del mercado, donde la libre competencia es el factor principal que hace que los países en vías de desarrollo apliquen nuevos modelos estatales para acceder a la globalización.

Otro de los motivos que incentivan a los estados a reformar sus sistemas actuales, es sin duda alguna el proceso de creación de Bloques Comerciales que existen en la región, como lo son la Comunidad Andina de Naciones y el MERCOSUR. La competitividad

que requieren tener los bloques comerciales, obligan a los Estados a una rectificación en sus políticas, donde los sistemas tradicionales de manejo de recursos, administración y prestación de servicios no han dado resultados favorables en cuanto a la eficiencia y satisfacción de necesidades, por lo que en países en vías de desarrollo hay que optimizar del manejo de recursos y la prestación de servicios.

El Dr. Ojeda en la obra citada, señala que la modernización es una vieja aspiración de la humanidad, un fenómeno sociológico que se da a partir de la implementación y uso de la máquina de vapor. Como un movimiento histórico cultural, se ha caracterizado por las cuatro revoluciones: científica, política, cultural y técnica. De igual manera la modernización prevé definitivamente un proceso de cambio social, a imagen de las sociedades que se consideran más avanzadas.

Pues bien, estos conceptos tienen mucha relación y coherencia con el cambio de modelo del Estado y con la introducción de nuevos conceptos administrativos. Las necesidades de la población, el acceso a la información, los procesos de evolución de la tecnología y la interdependencia de los Estados, reflejado en ese fenómeno social, cultural y económico llamado *Globalización*, todo lo que impulsa un cambio.

Tanto los considerandos de la ley, como el artículo 1 que establece el objeto de la ley, introducen los nuevos conceptos administrativos, a saber:

- a) Privatización: que no es otra cosa que permitir que el sector llamado de la economía privada (la ejercida por personas naturales y jurídicas que ejercen sus actividades con recursos propios, que no pertenecen al presupuesto general del Estado) participe en ciertas actividades económicas propias del Estado. Con ello, se permite que el Estado delegue el ejercicio de ciertas potestades a manos de la empresa privada.
- b) Concesión de servicios: que es un acto potestativo de la autoridad, en el que el Estado en ejercicio de sus funciones administrativas establecidas dentro del ordenamiento jurídico positivo, confiera a una persona un derecho o poder que

antes no tenía. Entonces, la concesión confiere un status jurídico, una condición jurídica, un nuevo derecho.⁵

- c) Transparencia: dentro de proceso de modernización de concesión, para garantizar que éstos procesos de lleven a cabo preservando el interés general y la equidad social.
- d) Racionalización y Eficiencia Administrativas: en la prestación de los servicios, precisamente por que las entidades y empresas públicas no dan abasto para atender las necesidades y demanda de servicios.
- e) Descentralización: que no es otra cosa que la delegación del ejercicio del poder político, económico, administrativo o de gestión de recursos tributarios del gobierno central a los gobiernos seccionales.
- f) Desconcentración: cuya finalidad es transferir funciones, competencias, tributos y responsabilidades administrativas y de gestión tributaria del gobierno central a sus propias dependencias provinciales.
- g) Desmonopolización y Libre competencia: permitiendo que el mercado pueda tener varios competidores o proveedores de servicios, garantizando altos niveles de eficiencia en base a la libre competencia.
- h) Enajenación y simplificación: que permite que el Estado pueda vender bienes improductivos que le causen cargas financieras o administrativas; simplificando la administración pública al fusionar, racionalizar o eliminar entidades públicas cuya función es ejercida o puede ser ejercida por otras entidades.

Como podemos apreciar, la Ley de Modernización contiene novedosos principios, verdadera revolución en el Derecho Administrativo ecuatoriano, que le permite al Estado entrar en una nueva etapa de prestación de servicios y le otorga potestades para administrar al Estado con el concurso de la empresa privada. La apertura a la participación del sector privado en actividades tradicionalmente encomendadas al Estado y la generación de fuentes de empleo a través de estas actividades, deberían marcar el inicio de una nueva era entre el Estado y los particulares.

⁵ DROMI José Roberto, *Instituciones del Derecho Administrativo*, Segunda Reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea 1983.

En términos conceptuales, es una ley muy completa, contiene una serie de conceptos que pueden dar lugar a la aplicación de varias fórmulas de gestión de la administración del Estado y propicia beneficios para los administrados al garantizar eficiencia y acceso a servicios. El rol del Estado cambió a lo largo del siglo pasado y no ha sido la excepción en el Ecuador, donde hemos dado ciertos pasos para que el Estado, en vez de ser un actor principal en el desarrollo de la economía, pase a ser un árbitro regulador de las condiciones en las que deben desenvolverse este desarrollo.

En primer término al Estado le compete asegurar a los factores de la economía un marco jurídico, institucional y político que facilite su desenvolvimiento y crecimiento, dentro de un marco democrático donde los derechos elementales de las personas sean respetados y se puedan establecer condiciones adecuadas para los ciudadanos e inversionistas. Que mejores condiciones que dentro del marco de un gobierno democrático y participativo, orientado al bien común, donde exista un régimen de contrapesos entre las funciones del Estado.

Es fundamental que el Estado garantice el orden y la seguridad para el pleno ejercicio de los derechos que un régimen democrático garantiza a sus ciudadanos. En nuestro país la Constitución Política establece en el artículo 17 que el más alto deber del Estado es respetar los derechos humanos y fundamentales, por lo que esta garantía no puede ser eficientemente ejercida si es que no hay las condiciones de orden y seguridad.

El sistema regulatorio del Estado debe ser eficiente, tecnificado y actuar estrictamente cuando sea necesario, ya que cuando el Estado ejerce esta facultad dentro del mercado para regular las situaciones existentes, deben existir motivos de peso para hacerlo, como cuando el bien común esté en riesgo o exista una grave distorsión en las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para la prestación de servicios.

La aplicación de los principios contenidos en la ley no se lo ha podido llevar a cabo en su real dimensión sobre todo por la desconfianza que genera una “revolución conceptual” como la que contiene la ley de marras. El cambio del rol del Estado es un asunto en permanente debate desde la expedición de la ley, y es una cuestión que no ha podido cuajar del todo. En el Ecuador hemos mantenido las tesis tradicionalistas del rol del Estado, un paternalismo que se ve reflejado no solo en las actividades del Estado,

sino en las exigencias de la población frente al Estado. El poder político que se ejerce a través del Ejecutivo representa fiel y cabalmente esta situación, ya que cada vez que hay elecciones presidenciales, las ofertas de campaña siguen teniendo el mismo tono asistencialista de siempre.

Si bien es cierto el marco institucional que rigen las economías en el mundo, debe estar fundamentado en la posibilidad que tiene una sociedad para manejar el proceso de desarrollo económico, existen ciertos presupuestos de hecho frente a los cuales la influencia de la sociedad no es fácil, como el sistema político que no ha evolucionado y los grupos de presión que existen para seguir manteniendo el estatus quo.

En un documento titulado “El Rol del Estado en el Ecuador” preparado por el Consejo Nacional de Modernización del Estado, producto de una investigación donde participaron valiosos profesionales conocedores de la realidad nacional (de la talla del ilustre economista Germánico Salgado, doctor Galo García Feraud o economista Alfredo Mancero) y de seminarios realizados en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca donde tuvieron participación actores sociales de esas ciudades, se señala lo siguiente: *“Las diferentes visiones que se han proyectado en la dicotomía Estado vs. Mercado, se originan en diferentes teorías económicas y sus contrastaciones con la realidad, a través del estudio y la investigación de la realidad, en diferentes países y circunstancias. De esta forma, se han construido diferentes arreglos institucionales con el objeto de asignar y administrar eficientemente los recursos escasos en las economías de mercado⁶”*.

Esta es la discusión de fondo, Estado versus Mercado, que queremos, que requerimos, que necesitamos, que nos es más fácil, cómo vamos a ser mejores. Esa discusión no es sencilla y menos aún se la puede hacer de una manera rápida. Ese es un debate que se dado en el mundo desde la llamada revolución industrial y perdura en el tiempo hasta nuestros días. Ni se diga hace más de una década cuando se promulgó la Ley de Modernización.

⁶ CONAM, “El rol del Estado en el Ecuador”, Proyecto BIRF-3822-Ecuador, AH Editoriales, Quito, 1996

Las pautas que se han establecido para tener un Estado “Moderno” (dentro del marco del concepto Modernización del Estado) y por lo tanto cambiar el rol del Estado “Tradicional” implica fundamentalmente que el Estado deje de prestar varios servicios y cumplir ciertas actividades, para que se vuelva un “Estado fuerte, pequeño y eficiente”; deben existir un marco normativo con reglas claras para entrar en este proceso; administración de la economía con un sentido prudente y flexible; acceso a créditos externos; mejora de la productividad; alentar la inversión extranjera; mantener el gasto fiscal en términos adecuados, sin dispendio de recursos; cuidar que no se incremente el gasto corriente e incrementar la inversión; manejo macroeconómico y monetario adecuado para evitar inflación; manejo adecuado de la relación con organismos multilaterales de crédito; pago de la deuda externa, entre otras pautas.

Precisamente los conceptos novedosos incorporados en la Ley de Modernización del Estado están en concordancia con las pautas antes anotadas, ya que abren la puerta a que el mercado entre a tomar ciertos roles que le correspondían al Estado únicamente.

Este proceso no sólo se lo hizo en Ecuador, sino que, como se señaló antes, fue un proceso en toda América Latina que se aceleró a raíz de la caída del “Muro de Berlín”, la extinción de la Unión Soviética y la consolidación hegemónica de los Estados Unidos. Por lo tanto el debate perdió objetividad, en virtud de la gran carga ideológica que estaba envuelta en la discusión.

El Dr. Lautaro Ojeda, en la obra citada, afirma que el proceso de modernización de la década de los años noventa en el Ecuador, se basa en una estrategia por parte de la iniciativa que tienen las élites vinculadas con la vida estatal, antes que estar propiciada por una necesidad de los movimientos sociales y sus actores. En criterio del Dr. Ojeda, este proceso en el Ecuador adolece de los mismos vicios que en el resto de América Latina al ser contradictoria (genera un movimiento progresivo y regresivo); inacabada (puesto que ha sido una constante que no se llega a plasmar); restrictiva (dejará de ser concebida como un proceso de desarrollo en conjunto) y desarticulada (de las formas productivas tradicionales).

Los procesos de modernización en América Latina han sido polémicos y criticados, puesto que no se ha logrado llegar a consensos que permitan su consolidación, quizá por

la falta de información y la falta de transparencia en los procesos. Muestra de esto, es la crítica que hace un investigador social como Lautaro Ojeda y algunos otros cuentistas sociales. La discusión tiene un alto tinte político cuando apoyan una y otra posición partidos políticos, gremios profesionales, asociaciones de productores, partidos políticos, entre otros.

El análisis objetivo se ha dejado de lado y no se discutido sobre las ventajas que tenemos los ciudadanos al tener dentro del ordenamiento jurídico novedosos conceptos en materia de administración pública, conceptos que deben estar a nuestro servicio para mejorar las condiciones en las que se desenvuelven nuestras actividades y nuestra vidas, en un momento de cambios y tecnología en el que los seres humanos demandamos cada vez más y mejores prestaciones de servicios.

Dentro de este marco novedoso, cuando el papel del Estado cambia y existe apertura para la iniciativa privada, es donde entra el contrato de concesión como la herramienta más eficiente para la transferencia de competencias a manos privadas.

1.3 ANALISIS DOCTRINAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.-

El tratadista argentino José Roberto Dromi, al ubicar a la concesión dentro del derecho administrativo, la conceptualiza de la siguiente manera: “..*Concesión es un acto potestativo de la autoridad, en el que el Estado en ejercicio de sus funciones administrativas establecidas dentro del ordenamiento jurídico positivo, confiera a una persona un derecho o poder que antes no tenía. Entonces, la concesión confiere un status jurídico, una condición jurídica, un nuevo derecho*”⁷

Se deben distinguir dos tipos de concesiones: unilaterales, y bilaterales o contractuales, siendo a estas últimas aplicable el régimen jurídico de los contratos administrativos. De lo dicho anteriormente, surge como característica esencial de la concesión unilateral, el hecho de ser un acto administrativo, la circunstancia de ser un acto eminentemente creador de derechos, pero sin que la administración transfiera o transmita nada a ningún

⁷ DROMI, José Roberto, *Instituciones del Derecho Administrativo*, Segunda Reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea 1983

título; sin que tampoco se limite su patrimonio, o sus atribuciones. Como ejemplo tenemos las concesiones de personalidad jurídica, nacionalidad, títulos honoríficos, etc.

Otros tratadistas del Derecho Administrativo, tomando en cuenta la concepción bilateral de la concesión, la consideran como un “...*Acto jurídico de Derecho público que tiene por fin esencial la organización de un servicio de utilidad general. Su rasgo característico consiste en delegar a un concesionario aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos reputada indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases establecidas por la misma concesión o por los principios del Derecho administrativo, la remuneración de los capitales puestos a contribución en la realización de la empresa pública*”⁸.

La concesión constituye entonces, un acto jurídico de Derecho público, cuya bilateralidad y acuerdo de voluntades entre el poder o autoridad pública **concedente** y el particular persona natural o jurídica, **concesionario**, lo convierten en un contrato de Derecho público, y precisamente en un contrato de Derecho administrativo, por medio del cual se crean deberes y derechos a cargo y en favor del concesionario, por un tiempo determinado y a cambio de un precio, de todo lo cual se hablará más adelante.

Tomando en cuenta a la concesión como un acto jurídico bilateral, podemos decir que la Administración transmite al particular un derecho o el ejercicio de un poder propio, por lo tanto en virtud del derecho transmitido al particular, la Administración no puede seguir prestando el mismo servicio. Para el caso de contratos de concesión de obra pública, la construcción y explotación de la misma tampoco será a cargo de la Administración, sino que estará a cargo del concesionario establecido en el contrato.

A diferencia de la concesión unilateral, la concesión bilateral si prevé la transferencia del ejercicio de servicios o actividades propias del Estado, a las personas naturales o jurídicas de derecho privado.

⁸ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo IV, Buenos Aires, BIBLIOGRÁFICA OMEBA, 1979.

Para clasificar a las concesiones bilaterales, se sigue la doctrina italiana (Zanobini, Vitta y Alessi), que hablan de dos tipos de concesiones, a saber:

a) Concesiones traslativas: son aquellas en las cuales el derecho para el concesionario nace como consecuencia directa e inmediata del traspaso de poderes propios del concedente.

b) Concesiones constitutivas: son aquellas en las cuales la Administración, ejercitando poderes que la ley le atribuye, constituye en los particulares nuevas capacidades o nuevos derechos a través de un acto administrativo. En estas concesiones, a diferencia de las concesiones traslativas, el derecho del beneficiario deriva del ordenamiento jurídico y se forma ex novo en el particular. No se transfiere al concesionario derecho alguno, sino que la Administración le crea un poder jurídico especial sobre la respectiva dependencia pública, se trata de concesión constitutiva de derecho de uso.

En la concesión constitutiva, la voluntad del particular administrado sólo constituye un simple presupuesto de hecho. No existe la bilateralidad en la formación de la voluntad, aunque puede haberla en sus efectos. La concesión constitutiva es un típico acto administrativo, aunque contrariamente a lo que ocurre con el permiso, tiene preferente aplicación en actividades de importancia económica o trascendencia social, que por su significación reposan sobre la sólida base legal que regla dicha actividad estatal, declarando obligatorio su otorgamiento en algunas oportunidades y produciendo la llamada cosa juzgada administrativa, que limita las posibilidades de su revocación.

La concesión a diferencia del permiso, crea un derecho subjetivo perfecto patrimonial a favor de la persona a cuyo nombre aparece otorgado el acto. En cambio el derecho que se otorga en el permiso, tiene el carácter de precario. Otra diferencia se encuentra en el fin que motiva su otorgamiento, ya que el permiso se otorga en virtud del interés privado del particular, mientras que la concesión se otorga preferentemente con el fin de velar por el interés general.

Es importante analizar a los contratos administrativos desde un punto de vista general, para adentrarse en el estudio del Contrato de Concesión. Georges Ripert, según el tratado de Planiol define al **contrato** como “*Convención o acuerdo entre dos o más*

personas con el fin de crear, modificar o extinguir una obligación. El contrato es una especie particular de convención, cuyo carácter propio es el de ser productor de obligaciones. Las obligaciones nacidas de los contratos son llamadas obligaciones convencionales o también conocidas como obligaciones contractuales.”⁹

A lo largo de la historia, las relaciones sociales de los hombres se han visto regladas por diversos conjuntos de normas ya sean estas relacionadas con la costumbre, normas sociales, religiosas o políticas. Para reglar las relaciones comerciales, en las que se encuentra un elemento económico, es que aparece esta figura compleja del contrato, y es en el Siglo I de nuestra era que aparece por primera vez la palabra *contrato* citada por Gayo en el Digesto Romano, que en un principio se empleo únicamente para los contratos que se forman con el sólo consentimiento como la venta o el arrendamiento.

A lo largo de la historia, vemos que el Derecho evoluciona, que se crean nuevas figuras jurídicas, que los Estados Nacionales nacen como entidades jurídicas y que la Administración debido a la obligación que tiene de satisfacer las necesidades de los ciudadanos y de cumplir con sus funciones propias, tiene la necesidad de celebrar contratos con otras personas, naturales o jurídicas, de derecho público o de derecho privado, por lo que el Derecho tiene que regular estas relaciones, que implican una serie de obligaciones recíprocas. Es por ello que la doctrina ha estudiado exhaustivamente la manera en que el Estado a través de su actividad Administrativa celebra contratos.

Para Cabanellas, el contrato administrativo, es aquel *“celebrado entre la Administración por un parte, y un particular o empresa, por otra, para realizar una obra pública, proveer un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de Derecho Público. Esta combinación de voluntades, desiguales por su calidad, pública y aún soberana la una, y privada y aun sometida en aspectos generales la otra, revela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación”¹⁰,*

⁹ RIPERT Georges, *“Tratado de Derecho Civil según Planiol”*, Tomo IV, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1964.

¹⁰ CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Décimo quinta Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1981.

Pero no hay una uniformidad de criterios respecto al contrato administrativo, y es así que ha existido una discusión doctrinaria sobre si es que los contratos administrativos existen como tales, o son simplemente contratos, y si es que se diferencian o no de los contratos privados de la administración. El tratadista argentino José Roberto Dromi, para zanjar esta discusión, de manera enfática señala que sí existen los contratos administrativos como tales, y que en nada se diferencian de los contratos privados de la Administración. Esto, en virtud del carácter unitario de la personalidad del Estado, por lo tanto el Estado no es que celebra contratos administrativos y contratos privados, civiles o comerciales en distintas calidades, sino que los celebra siempre como uno sólo, por ello que a lo largo del desarrollo de este capítulo, vamos a seguir a José Roberto Dromi, por la claridad con la que analiza el contrato administrativo, sus elementos, características y particularidades.

Los contratos de la Administración, son una especie dentro del género de los contratos. No existe armonía en la doctrina en cuanto a su denominación, y es así que se les llama contratos administrativos, contratos públicos, contratos del Estado, acuerdos administrativos, contratos en la función administrativa, etc., pero en virtud de las consideraciones expresadas anteriormente, se debe utilizar la denominación *contratos de la administración*, en virtud del carácter unitario de la personalidad del Estado.

Para Dromi, el contrato de la administración “... *Es un acto de declaración de voluntad común, productor de efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente estatal.*”¹¹

Analicemos los elementos que existen dentro de este concepto que es muy completo:

a) Acto de declaración de la voluntad común: todo contrato conlleva en sí el acuerdo de voluntades de las partes comparecientes. Este acuerdo de voluntades genera por sí mismo las obligaciones mutuas de las partes. Para que exista contrato, es necesario una voluntad común, coincidente y válida (sin vicios) de las partes. Es por ello que la formación de la voluntad contractual se produce al otorgar los contratantes su consentimiento.

¹¹DROMI José Roberto, *La Licitación Pública*, Cuarta Reimpresión, Buenos Aires , Editorial Astrea, 1989.

b) Productor de efectos jurídicos, generador de obligaciones derechos: al hablar de un contrato, de manera obligatoria se deben generar efectos jurídicos, y por tanto las partes se comprometen a cumplir ciertas obligaciones. Igual sucede en los contratos de la administración, ya que ella queda sujeta a las obligaciones establecidas en el contrato.

c) Entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa: el Estado a través de cualquiera de sus órganos tiene la facultad de celebrar contratos, con la finalidad de cumplir con el ejercicio de su actividad administrativa. Por lo tanto los órganos administrativos de los tres poderes del Estado, pueden celebrar contratos en virtud de la facultad que les otorgan las leyes.

d) Y un particular u otro ente estatal: quien contrate con la administración pública puede ser persona natural o jurídica de derecho público o privado.

Para algunos autores, la celebración de contratos de la administración con otro órgano de la administración, reciben la denominación de contratos interadministrativos.

Cuando se analizan los elementos del contrato de administración, encontramos que tiene los mismos elementos de cualquier acto administrativo típico, y estos son:

a) Sujeto: el contrato de la administración, es un acto jurídico bilateral o acuerdo de voluntades, en el que una de las partes es un órgano estatal en ejercicio de sus funciones administrativas. Una de las partes siempre es la Administración del Estado, en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, están los particulares o la misma administración, por lo tanto como conclusión diremos que pueden ser contra parte de la Administración las personas naturales, las personas jurídicas, los consorcios, los gobiernos seccionales, y otros órganos de la administración. De la misma forma, las otras funciones del Estado también pueden celebrar contratos de la administración, por lo tanto no se encuentran impedidas de hacerlo las funciones Legislativa y Judicial, u otras entidades autónomas.

Requisito indispensable para que exista un contrato de la Administración, es que siempre la contra parte del Estado, debe buscar un fin económico diverso, pues de lo contrario lo que sucedería es que existe un acto complejo, que no reuniría las calidades esenciales del contrato sino que sería una figura jurídica novedosa llamada por la doctrina *unión*.

b) Voluntad: el elemento de la voluntad, implica que exista un consentimiento válido de las partes. El consentimiento, como elemento del contrato, presupone la capacidad jurídica de quien contrata con la administración y la competencia del órgano administrativo.

En lo que se refiere a la capacidad de quien contrata con la administración, el Código Civil, establece claramente que toda persona es capaz, excepto las que la ley declara incapaces, y en el artículo siguiente señala las incapacidades. En lo que se refiere a las personas jurídicas, éstas son incapaces relativos, por lo tanto requieren de una persona natural que las represente en los actos y contratos, siendo esta persona natural su representante legal. Sobre este mismo tema de la incapacidad existen algunas incapacidades especiales para contratar con el Estado que la Ley de Contratación Pública establece.

En cuanto a la competencia que debe tener la administración para contratar, se destacan las siguientes: aprobar y modificar las condiciones del contrato; suspender los procesos; adjudicar el contrato; acordar la recepción definitiva; y acordar la resolución, rescisión o renuncia contractual. Cuando los órganos de la administración son colegiados, las decisiones deben tomarse de acuerdo a lo establecido en el reglamento que creó el mencionado cuerpo colegiado. La competencia del órgano estatal contratante, está dada por las normas (leyes y reglamentos) que le den el marco jurídico de su existencia.

Una vez que la capacidad de las partes ha sido verificada, y comprobándose entonces que son capaces para obligarse, lo que se debe analizar es la formación del contrato, que como elemento esencial requiere de la voluntad recíproca de los comparecientes. Por parte del administrado, la expresión de la voluntad se refleja en la adhesión que éste hace al contrato que ha sido elaborado y preparado por la Administración, y es por lo

tanto a través de la adhesión las cláusulas del contrato, que el particular administrado expresa su voluntad de obligarse en el contrato.

En lo que se refiere a la Administración, la expresión de la voluntad tiene que ser expresa, ya que de lo contrario, el silencio es una conducta inexpresiva por lo tanto no es apta como para ser considerada una expresión de la voluntad ya sea positiva o negativa respecto al contrato.

c) Objeto del contrato: es la obligación que por medio del contrato se genera por voluntad de las partes, y consiste en dar, hacer o no hacer determinada cosa, por tanto el objeto inmediato es una obligación y el objeto mediato es una prestación. En el contrato administrativo, el objeto es una obra o servicio público, que tendrá como objeto el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Como en todo contrato, su objeto debe ser cierto, determinado, posible y lícito.

d) Formalidades: los contratos de la administración, necesariamente deben contener en sí formalidades, especialmente en lo que respecta a su celebración y comprobación. Por lo tanto deben ser otorgados por escrito y a través de escritura pública. La formalidad se refiere a la manera especial en que estos contratos deben otorgarse, y es que sin estas formas requeridas el contrato no sería válido. Es además el medio más eficaz de prueba de existencia de las obligaciones contenidas en el mismo.

Aparte de los elementos señalados anteriormente, como lo son los sujetos comparecientes, el objeto y las formalidades que le dan una característica especial al contrato de la administración, cabe señalar las prerrogativas de la administración. En la celebración del contrato administrativo, la igualdad jurídica de las partes y la autonomía de la voluntad quedan relegadas por la preeminencia del interés público, que prevalece sobre la voluntad o intereses particulares. Por lo tanto, la administración tiene una posición de privilegio o superioridad sobre el administrado, situación que ha sido objeto de crítica en los actuales momentos, sobre todo por el avance de la protección que se le quiere otorgar a la inversión nacional y extranjera, verbigracia en los “Tratados de Garantía de Inversión Privada” que han suscrito los Estados.

De la misma forma, la administración está investida con la facultad de interpretar, modificar o rescindir el contrato si es que éste perjudica los intereses nacionales o de la entidad que celebra el contrato. La doctrina denomina a esta facultad, la “*cláusula exorbitante*”, por el hecho de que es una cláusula inusual en el derecho privado, en el que las partes gozan de una igualdad jurídica.

Estas cláusulas son de gran utilidad para la administración, pues le permite ejercer un control casi absoluto sobre el contrato. Las prerrogativas que tiene la administración, encuentran su justificación en el hecho de que el Estado tiene como función primordial velar por el interés colectivo, de todos los individuos, por lo que no puede hacer una excepción a este deber por el hecho de celebrar un contrato con un particular.

Sin perjuicio de lo anterior, el sistema económico moderno hace que los Estados fomenten la delegación de la prestación de servicios que provee la administración, a través de la concesión y otros mecanismos de delegación. Existe una fuerte corriente modernizadora y podríamos llamarla incluso “*antiestatal*”, que impulsada por la moderna globalización de la economía, y por el influjo de las grandes potencias y de sus empresas e industrias, que hacen presión para que cada vez se reduzca más el ámbito de acción del Estado. En Latinoamérica podemos observar el fenómeno de la delegación de actividades a manos particulares, tales como el suministro de energía eléctrica, agua potable, telecomunicaciones, construcción y mantenimiento vial, entre otros, con el objeto de que el Estado cada vez se quede con menos actividades que atender, cumpliendo funciones meramente de control.

La Constitución Política del Estado, vigente desde el 10 de Agosto de 1998, señala en el Artículo 249 como deber del Estado “...*la prestación de servicios tales como provisión de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad y facilidades portuarias, ya sea directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual establecida en la Ley...*”, por lo que la participación de la empresa privada en la provisión de servicios está garantizada. Estos servicios deben prestarse respetando los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad.

El contrato de concesión “*es aquel contrato administrativo a través del cual el Estado, los gobiernos seccionales o las entidades de derecho público, por medio de la potestad que les otorga la ley, delegan parte de su autoridad para que un particular, persona natural o jurídica, administre un servicio por un tiempo determinado o ejecute una obra pública, a cambio de recibir como pago las tasas de cobro que los particulares deben cancelar por la utilización del servicio que se ha concesionado*”¹² (8).

De los elementos que encontramos en la definición anterior, podemos decir que como se ha señalado anteriormente, el contrato de concesión obviamente se lo encasilla dentro del Derecho administrativo, por lo tanto es un contrato administrativo que guarda todas las características de estos contratos, que han sido analizadas anteriormente.

El contrato de concesión se celebra, pues, entre el Estado -administración central, provincial o gobierno seccional- y un particular que puede ser persona natural o jurídica. El Estado concede -y de ahí proviene la denominación de este contrato- determinada prestación de un servicio público o la realización de una obra pública, a un empresario denominado concesionario. Se afirma, según algunos tratadistas, que el origen de la concesión, está en las regalías; y en cuanto a los servicios públicos que abarcaba inicialmente, se recuerda que estaban comprendidos desde la administración de justicia hasta el arrendamiento de impuestos.

Existen dos tipos de concesiones:

a) La concesión de servicios públicos: consiste en que el Estado por un tiempo determinado encomienda la organización y funcionamiento de un servicio público a una persona llamada concesionario. El concesionario actúa a su propia cuenta y riesgo, y recibe como retribución el precio que los usuarios del servicio pagan, o a su vez la subvención que el Estado se ha comprometido a cancelar en vez de los usuarios.

b) La concesión de obra pública: que consiste en que el estado delega a manos particulares la ejecución de todo trabajo o construcción sobre bienes muebles, inmuebles o servicios de industria, que se ejecutan con un fin de utilidad general. A

¹² BIELSA Rafael, citado por Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo III, página 580, BIBLIOGRÁFICA OMEBA, Buenos Aires, Argentina 1979

manera de ejemplo podemos citar la construcción de obras viales, portuarias, diques, edificios, construcciones especiales para obras y servicios públicos, líneas telefónicas, aeropuertos, obras de ampliación, mantenimiento, conservación de bienes inmuebles, entre otros.

En los contratos de concesión de servicios públicos y de obras públicas, comparecen como sujetos intervinientes el concedente (que es el Estado a través de los órganos de la administración central o seccional) y el concesionario (que como se ha señalado anteriormente puede ser una persona natural o jurídica). El Estado como entidad contratante, en la concesión de servicios públicos, mantiene indemne la totalidad de sus prerrogativas inalienables sobre el servicio concesionado. Delega parte de su autoridad, pero no la enajena o transmite de ningún modo.

Uno de los principios fundamentales que ha señalado la doctrina, es que la concesión tiene que ser regida por principios de eficiencia. Es por ello que el concesionario está en la obligación de mantener y brindar el servicio en las mejores condiciones, a satisfacción de los usuarios y por supuesto de la entidad concedente, ya que de lo contrario podría aplicarse la rescisión del contrato, con lo cual quedaría terminado el mismo.

Las obligaciones del concesionario están claramente pactadas, es su deber el mantener ininterrumpidamente el servicio a cuya prestación se ha obligado, nada puede relevarlo de tal obligación, ya que la continuidad de la prestación del servicio es la base fundamental del servicio público. No puede por su propia voluntad suprimir, suspender, alterar o modificar los servicios que le han sido confiados por el concedente.

La interrupción del servicio solamente se puede admitir por causas excepcionales, como puede ser la fuerza mayor. Pero para esto deberá probar que existe una imposibilidad absoluta para cumplir con su obligación, que el hecho que la origine sea independiente de su voluntad, imprevisible e inevitable, y en fin, que dentro del orden normal en que se cumplen o se pueden cumplir los acontecimientos, no ha podido prevenir o prever la situación creada.

Aparte de la fuerza mayor, puede ocurrir que el concesionario no puede cumplir con su obligación por medidas tomadas por la administración concedente. Este es el llamado

“*hecho del príncipe*”, del cual se pueden generar diversas consecuencias. Si es que producto del hecho del Príncipe, se produce una afectación en el equilibrio económico que afecte al concesionario, la administración concedente deberá tomar todas las medidas conducentes para reparar el desequilibrio, y que de esta manera el servicio a cargo del particular concesionario se pueda restablecer de manera normal.

No se está en el caso anterior, si es que ocurren causas ajenas a las partes en las que nuevamente se produce un desequilibrio económico, debido a una crisis que porque una situación económica general grave, que produce una alteración de las condiciones económicas pactadas para la concesión del servicio, y que no haya sido previsible. Esta es la llamada “*Teoría de la Imprevisión*”, que hace posible la participación por la administración concedente en las cargas excepcionales que originan la alteración económica del contrato, y con ello, se mantiene la prestación del servicio público, extra contractualmente, hasta que las condiciones sean normales y se hayan extinguido las causas que motivaron la imposibilidad de cumplir con los términos pactados en el contrato de concesión. Para que la teoría de la imprevisión pueda configurarse, es necesario que ocurra un hecho que altere de manera total y absoluta las condiciones económicas con las que se celebró el contrato. Este hecho tiene que ser ajeno a las partes, y su incidencia en el contrato debe ser determinante. De la misma forma, las cláusulas del contrato deben ser afectadas por el hecho, y el cumplimiento de las obligaciones del concesionario deben llevarlo a la pérdida del capital invertido. Es decir, el hecho económico que altera e incide de manera directa en las condiciones económicas con las que se celebró el contrato, tiene que volver imposible el cumplimiento de las obligaciones del concesionario. Una vez que las condiciones vuelvan a su estado normal, y que los hechos económicos que afecten al contrato hayan sido superadas, el régimen extra contractual con el que se llevó a cabo el cumplimiento del contrato termina, y el contrato de concesión cobra vigencia, con la aplicación de todas y cada una de sus cláusulas pactadas originalmente.

Dentro de otro tipo de obligaciones, cabe destacar que todo el personal que ha sido contratado para que colabore en la prestación del servicio, está a cargo y bajo la responsabilidad contractual del concesionario, por lo tanto es éste el que está obligado a cumplir todas las obligaciones patronales, por lo que bajo ningún concepto se toma en

cuenta al personal de apoyo del concesionario como funcionarios de la administración pública o estatal.

Es en virtud del servicio que toma a cargo el particular concesionario y como contraprestación a las obligaciones antes mencionadas, que tiene el derecho a cobrar un valor a los usuarios que de manera específica utiliza el mencionado servicio, para amortizar toda la inversión que ha hecho y después de la amortización, para garantizarse una utilidad. El precio está fijado en el contrato, y lo hace la Administración, siempre dentro de términos razonables, sin perjuicio de que el concesionario intervenga en su estudio y establecimiento. Debe existir un total sometimiento a las cláusulas establecidas en el contrato, por parte del concesionario en el aspecto del precio, ya que lo que se trata es de defender el interés público. Por lo tanto no puede a su arbitrio modificar el precio pactado, ni aún en el caso en que el servicios deba realizarse a pérdida, ya que la modificación del precio debe estar fijada de manera expresa en el contrato, y además se debe tener en cuenta que el Estado a través del ente regulador tiene la potestad constitucional y legal de velar por el interés público, por lo que no puede permitir un alza arbitraria de las tarifas. Todo esto es muy importante fijarlo dentro del contrato, para que no existan interpretaciones erróneas.

La tasa fijada para el pago del precio de la utilización del servicio, están calculadas para amortizar la inversión y para asegurar márgenes de utilidad razonables a lo largo de la explotación de la concesión. Las tasas tienen fundamental importancia en la prestación del servicio. Jurídicamente la tasa o contribución impuesta a través de una tarifa no tiene el carácter de contractual, ya que el concesionario y el particular actúan en una relación de derecho público. La tasa es el precio que debe pagarse en contraprestación a un servicio prestado por el Estado. El particular encargado de la concesión, actúa a nombre del Estado en virtud de la delegación que se le ha hecho, por lo tanto se lo puede tomar como una prolongación del Estado mismo, por ello que el pago de la tasa es obligatorio para quienes utilicen el servicio.

Si es que el concesionario no recibe un pago directo producto del pago que hacen los usuarios que de manera específica utilizan el servicio, el Estado puede asumir este pago a través de una subvención, que puede ser sumas fijas que de manera periódica la administración se compromete a cancelar. Esto depende de la concesión, ya que si es

que el servicio o la obra requieren de grandes inversiones por parte del concesionario, las tasas de cobro pueden ser demasiado elevadas como para que los particulares que la utilizan la paguen totalmente. Desde mi punto de vista, el hecho de que el Estado pague una subvención al concesionario, contraría el principio moderno de que el Estado no debe mantener subsidios excesivos, sino básicos. De la misma forma, si es que la concesión se la utiliza como un instrumento para recibir recursos frescos en las arcas fiscales, veríamos que a la vez que hay ingresos, existirían egresos producto de la subvención.

Generalmente los contratos de concesión conllevan la ventaja de ser exclusivos, es decir solamente quien en el contrato aparece como autorizado para explotar la concesión, tiene el derecho para hacerlo. Esto se lo puede tomar como una especie de monopolio autorizado por el Estado, en virtud de que el concesionario tiene que percibir una retribución o precio a cambio de la obra o el servicio que está a su cargo. De la misma forma, el Estado puede otorgar otro tipo de beneficios a quien explota una concesión, como puede ser la exención de ciertos tributos, permisos de expropiación, de suspensión del servicio al usuario que no cancela el precio, y otros más relacionados con la concesión y que sean convenientes para el Estado.

Las causas para la terminación del contrato de concesión pueden ser: por el vencimiento del plazo, revocación, expropiación, rescisión, renuncia, y la extinción o muerte del concesionario.

La primera causal enunciada, el vencimiento de plazo, es la más común en virtud de que la concesión siempre es otorgada de manera temporal al concesionario. Entonces, si es que no existen causales ajenas a la voluntad de las partes, y todas las circunstancias son normales, es a través del vencimiento del plazo que la concesión termina.

En lo que tiene que ver a la revocación, cuando la administración concedente, a través del ejercicio de una facultad que le da el contrato, o que le otorga la ley rescata el servicio que estaba en manos del particular para proveerlo, previamente revocando el acto de concesión. El rescate del servicio implica que la administración se hace cargo de los medios dispuestos por el concesionario para dar el servicio y que las ventajas que

aquél tenía también se revocan, pudiendo el concesionario reclamar indemnización, que puede estar convenida en el contrato o en la misma ley.

Otro de los medios de terminación es la expropiación de los medios que sirven al concesionario para la prestación del servicio, claro está que no se expropia la concesión, sino los bienes afectados al servicio público que se presta.

La rescisión del contrato de concesión es también un modo de extinguirlo; consiste en que las partes contratante, la administración y el particular pueden convenir que la rescisión del contrato. Esta facultad puede estar dentro del contrato como una cláusula más, o las partes pueden convenirla de manera posterior. Claro está que en virtud de que el contrato de concesión es una forma de delegación de la autoridad al particular, por lo que la administración tiene la facultad de dar por terminada esa delegación, por lo que puede considerarse como una expresión unilateral de la voluntad del concedente.

A través de la renuncia, se puede extinguir el contrato y las obligaciones contenidas en él, pero claro está en virtud de que la administración ha sido la que por su propia voluntad ha efectuado la concesión, y el concesionario ha aceptado esta voluntad, la renuncia está supeditada a la aceptación de parte del concedente.

La extinción o muerte del concesionario, es también causal de terminación del contrato de concesión, en virtud de que se trata de un contrato *intuitu personae*, es decir que se ha celebrado el contrato de concesión para que esa persona específica, natural o jurídica sea el que a través de la delegación que le hace el Estado, tenga a su cargo la prestación de un servicio o la construcción de obra pública. Por lo tanto si es que el concesionario deja de existir, el servicio o la obra que estaba a cargo del mismo no tiene quien la lleve a cabo, por lo tanto el contrato termina. Causal de extinción de la persona jurídica es la quiebra de la misma, por lo que algunos autores toman a la quiebra como causal de terminación.

Cabe destacar que el incumplimiento de las obligaciones de parte del concesionario, dependiendo de la gravedad del mismo, puede tornarse también en causal de terminación. Claro está que dentro del contrato se puede establecer una cláusula con multas por el incumplimiento de ciertas partes del contrato, pero si es que este

incumplimiento es sobre un elemento sustancial del mismo, la administración en virtud de las facultades con las que se encuentra investida, puede declarar por terminada la concesión.

En nuestros días la facultad denominada por la doctrina como la “cláusula exorbitante”, no es aceptada en los contratos de concesión, ya que aún cuando éste es un contrato administrativo, se debe tomar en cuenta que la concesión se la toma con una concepción diferente, por el hecho de que es un mecanismo de gran utilidad para que el Estado delegue parte de sus funciones a manos privadas y no se le considera al concesionario como una parte subordinada a la administración, sino que se lo considera como un socio que aporta capital, tecnología y otros recursos con el fin de volver eficientes los servicios que presta el Estado, por lo tanto el contrato de concesión debe contener cláusulas en las que las partes gocen de una igualdad jurídica, con las debidas consideraciones que precautelen el bien común y la prestación del servicio encomendado.

En cuanto a las “prerrogativas administrativas”, éstas se consideran legítimas por cuanto buscan preservar el interés común por sobre el particular, de igual manera, las mismas se encuentran amparadas en el ordenamiento jurídico y pueden ser aplicadas por la autoridad cuando exista fundamento y causal para ello.

Precisamente muchas de las controversias se han generado en virtud de la aplicación de las prerrogativas administrativas, las mismas que son susceptibles de impugnación ante las mismas autoridades o a través de la vía contencioso administrativa, y es por ello que trataré sobre este tema en el siguiente capítulo.

CAPITULO SEGUNDO

LA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Revisión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la competencia de los Tribunales Distritales en materia de contratos administrativos.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fue publicada en el Registro Oficial No. 338 del 18 de Marzo de 1968, no es muy extensa ya que consta de setenta y nueve artículos, más algunos innumerados que han sido incorporados a través de algunas reformas que se han hecho a este cuerpo normativo (en los años 1973, 1975 y 2001), que lamentablemente no ha sido codificado.

La jurisdicción contencioso administrativa la ejercen los Tribunales *Distritales* de lo Contencioso Administrativo (llamados así desde la reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial publicada en el Registro Oficial No. S-201 / 25 de noviembre de 1997) y se encuentra establecida en los artículos 1 y 2 de la Ley:

“Art. 1.- El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado y vulneren un derecho interés directo del demandante”

Me parece que es pertinente analizar el contenido de este artículo, por los diversos conceptos contenidos en el mismo que son de gran utilidad para el tema analizado en este capítulo. En primer término, se habla sobre “*El recurso contencioso administrativo*”, la noción de *recurso* en el derecho, hace referencia a la potestad que tiene una parte procesal, para plantear una reclamación o impugnar, ante un juez o tribunal cuando sus derechos han sido vulnerados. En el ámbito contencioso administrativo, debe entenderse entonces como la reclamación que hace el particular al Juez o Tribunal cuya competencia fundamentalmente radica en conocer y juzgar reclamaciones de carácter administrativas.

Esta facultad o prerrogativa, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 de la Ley, está permitida para personas naturales o jurídicas, ya que, en el caso de los contratos

administrativos y de manera específica en los contratos de concesión, será una persona jurídica (compañía, sociedad, consorcio, etc.) quien tendrá la facultad de plantear una acción contencioso administrativa.

Este recurso se puede plantear “*contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas que causen estado*”, es importante notar como el texto de la ley es muy claro y no limita el ejercicio del recurso únicamente en contra de actos administrativos, sino que amplía los objetos de la impugnación, cosa que también la podemos apreciar claramente en el artículo 2 de la ley que lo analizaremos inmediatamente.

Finalmente el texto del artículo 1 de la Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativo, dice “...y vulneren un interés directo del demandante...”, siendo esta parte de la norma específica al disponer que para que una demanda pueda ser presentada a través de esta vía, la acción u omisión de la Administración debe vulnerar un interés claro y preciso del demandante, no siendo posible presentar el recurso cuando el interés del accionante sea confuso, relativo o una mera expectativa.

El Artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, textualmente manda:

“Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con esta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos”

El texto de ese artículo de igual manera es muy claro al franquear el derecho que tenemos los administrados para presentar acción contencioso administrativa en contra de las resoluciones que lesionen derechos particulares amparados por una ley.

La jurisdicción contencioso administrativa es un orden jurisdiccional que se encarga de controlar la correcta actuación de la Administración, con pleno sometimiento a la ley y al derecho; así como de la resolución de los posibles conflictos entre la Administración

y los ciudadanos, mediante la interposición de los correspondientes recursos por cualquier persona en defensa de su derechos e intereses, cuando estos se hayan visto lesionados por la actuación o la inacción de la Administración.

El Dr. Patricio Secaira Durango, en su texto titulado “Curso Breve de Derecho Administrativo” afirma con mucha propiedad que:

“El control jurisdiccional que precautela la vigencia de la norma jurídica por varios medios, todos tendiente al logro de la justicia, sea a través de los mecanismos impugnatorios para ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Tribunales Distritales Fiscales. Pero también esta forma de control se encuentra o mejor, se viabiliza por medio de la interposición de los recursos de apelación, nulidad y, también del denominado recurso de casación, cuya competencia privativa la tiene la Corte Suprema de Justicia.

A partir de las reformas constitucionales introducidas en el año 1992, se eliminó el citado Tribunal y en su reemplazo se crearon los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo como órganos de la Función Judicial, desapareciendo de este modo la administración jurisdiccional, para dar paso a la llamada jurisdicción judicial, en virtud del principio de unidad jurisdiccional, asignada a los órganos que integran la función judicial ecuatoriana, de modo exclusivo”¹³

Por lo tanto los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativos tienen una papel fundamental dentro de la sociedad, al ser los órganos de justicia especializados donde concurren los particulares para ejercer un derecho, el mismo que es impugnar las resoluciones de la administración Pública en vía judicial, siendo por lo tanto garantes de la legalidad de los actos, resoluciones y demás asuntos de su competencia, que se producen dentro de la actividad cotidiana de la administración pública. Esta facultad de ejercer una acción en contra del Estado, la encontramos en el génesis mismo del Derecho Administrativo, que históricamente los autores lo ubican en los albores de la

¹³ SECAIRA DURANGO Patricio, “Curso Breve de Derecho Administrativo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, Quito, 2004.

Revolución Francesa, cuando el concepto de soberanía cambia radicalmente para pasar a radicar en el pueblo y no en el monarca.

De la transcripción y análisis de los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, se colige que la competencia de los Tribunales Distritales de la materia, es muy amplia en relación con los contratos administrativos, ya que a través de actos, reglamentos o resoluciones de la administración pública pueden desfavorecer y afectar de manera directa los intereses de quien contrata con un órgano de la administración pública.

Merece el análisis el artículo 3 que se refiere a los tipos de acciones que se pueden ejercer, clasificando la Ley a dichas acciones en de plena jurisdicción o subjetivo, y anulación u objetivo. Más adelante en el mismo artículo se establece cuando cabe cada clase de acción, siendo aplicables a lo contratos administrativos a priori, el recurso subjetivo, sin dejar de lado la posibilidad de que los particulares también utilicen la acción objetiva o de anulación para garantizar la legalidad de los actos de la administración y evitar el abuso o exceso de poder.

Existen ciertas limitaciones a la acción contencioso administrativa, que a todas luces son lógicas, ponderadas y justas, me permito transcribir el texto de éstas excepciones contenidas en el artículo 6 de la Ley:

* Art. 6.- No corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa:

- a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración.
- b) Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones.
- c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren

precedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

d) Las resoluciones expedidas por los organismos electorales.

e) Las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa.

*** REFORMA:**

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo carece de jurisdicción para conocer de los recursos y acciones que los estudiantes de las Universidades y Escuelas Politécnicas planteen en respecto de las sanciones disciplinarias que les impongan las autoridades de dichos centros docentes.

(RTCA s/n. Registro Oficial No. 715 / 28 de junio de 1991)

*** REFORMA:**

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo no tiene jurisdicción, ni las Salas que lo integran, competencia, para conocer y resolver las controversias que los servidores públicos amparados por el Código del Trabajo promovieron contra las personas jurídicas creadas por ley o acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos o para la realización de actividades económicas asumidas por el Estado.

(RTCA s/n. Registro Oficial No. 716 / 1 de julio de 1991)

El primer literal que trata sobre la potestad discrecional de la administración, quizá no es tan claro, ya que aún cuando en derecho público sólo se puede hacer lo que la ley permite, en algunas ocasiones se pueden dar excesos, y claro está es el Tribunal quien deberá dilucidar dentro del proceso, si es que en efecto hubo o no razón para que la administración aplique esta potestad discrecional.

Sobre la discrecionalidad de la administración, el Dr. Patricio Secaira Durango, dice lo siguiente, en referencia a los Reglamentos que puede dictar el Presidente de la República:

“Reglamentos Independientes, también conocidos como autónomos, son aquellos que nacen de la voluntad discrecional de la administración y se fundan en las

*generales competencias que la constitución o la ley asignan a la administración. Es decir no complementan la ley, su existencia es independiente y no está subordinada estrictamente a ella, aunque sí a todo el ordenamiento jurídico que rige el país. Esta reserva reglamentaria sin embargo en la vigente constitución consta en el numeral 5 del Art. 171 que le faculta al Presidente de la República expedir los reglamentos “que convengan a la buena marcha de la administración”.*¹⁴

En los literales b), c), d) y las excepciones agregadas en las reformas de 28 de Junio y 1 de Julio 1991 del artículo transcrito, no hay nada que comentar, puesto que de su redacción se colige que cualquier reclamación relacionada con esas materias, son absolutamente ajenas a la jurisdicción contencioso administrativo, y más bien cualquier controversia relacionada con dichas materias (civil, penal, electoral o laboral) deberá estar regulada por sus normas sustantivas y adjetivas aplicables.

El artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, en su texto original a la fecha de expedición de la misma, establecía lo siguiente:

* Art. 38.- PROCESOS.- Los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades, presentará su denuncia o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia.

No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado.

Esta norma le otorgaba aparentemente una total y absoluta competencia a los TDCA para conocer de las demandas presentadas por los particulares administrados -como propiamente dice la ley- , digo aparentemente, por que antes de la promulgación de la Ley de Modernización del Estado, se encontraban vigentes algunas disposiciones

¹⁴ IBID

legales que producían grave confusión, como por ejemplo el numeral 9 del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que establece:

“9.- Conocer, en primera y segunda instancia, de las controversias que se susciten sobre los contratos suscritos por el Presidente de la República o sus mandatarios con alguna persona natural o jurídica de derecho privado, cuando ésta fuere la actora”.

En este numeral se precisan algunas condiciones para que el particular pueda ejercer una acción: en primer lugar que la controversia tenga origen contractual; en segundo lugar, que el contrato sea suscrito por el Presidente de la República o sus mandatarios; y en tercer lugar que el administrado sea quien proponga la acción. Por lo tanto estos tres condicionamientos debían cumplirse de manera copulativa, sin que hubiese excepción alguna.

Esta disposición transcrita y algunas otras, dieron lugar a que existan diversos conflictos en materia de competencia en materia de contratación pública, tal cual como lo analiza con mucha erudición el Dr. Santiago Guarderas Izquierdo en un artículo titulado “Problemas de Competencia en Materia de Contratación Pública”, que fue publicado en la Revista Ruptura, No. 43, Tomo II, Revista de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Me permito citar parte de este artículo, por la importancia que tiene para el tema:

“En 1990 entra en vigencia la Ley de Contratación Pública que rompió el sistema anterior ya que el artículo 113 creó nuevas competencias. En efecto, dispuso que las controversias sobre contratos sometidos a esa ley, serían conocidos privativamente por una de las Salas de la Corte Superior, en primera instancia, y por una de las Salas de la Corte Suprema , en segunda. Es imprescindible destacar que la Ley limitaba la competencia de las Cortes exclusivamente para el caso de que los contratos estuvieren sometidos a la Ley de Contratación Pública”

Sobre la evolución de la solución jurisdiccional de los conflictos relacionados con los contratos administrativos, trataremos de manera específica y cronológica más adelante, por lo que una vez que he dejado planteado el tema de la inseguridad y conflictos de competencia, se puede afirmar que el Tribunal Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer sobre controversias relacionadas a los contratos administrativos, tal cual como lo establecen las reformas publicadas en el Registro Oficial No. 483, de 28 de diciembre de 2001, según la cual *“corresponde a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo conocer y resolver de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público”*.

2.2 Evolución de la solución jurisdiccional de conflictos de los contratos administrativos en el Ecuador

De acuerdo a lo que se señaló en el numeral anterior de éste segundo capítulo, a lo largo de la historia en materia administrativa, se han producido problemas, dudas y graves vacíos que se originan en la evolución y cambio legislativo que ha sufrido este recurrente tema de los juicios en materia de contratos administrativos.

Los problemas de competencia, se han originado como consecuencia de experiencias vividas por personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, que han demandado al Estado o, como ha sucedido en los últimos tiempos a partir de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, han querido por ejemplo, ejecutar actas de mediación o laudos dictados en procesos arbitrales en que intervienen entidades del sector público, que han acudido a los jueces ordinarios de primer nivel en materia civil con su pretensión, obteniendo como respuesta la inhibición por incompetencia; o han acudido a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para lograr la ejecución perseguida, y obtenido de ellos similar inhibición por incompetencia. En el primer caso, los jueces de lo civil declinan la competencia aduciendo que corresponde al campo de lo Contencioso Administrativo; y, viceversa, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo se inhiben de intervenir aduciendo que la competencia corresponde a los jueces civiles.

Cabe hacer el estudio de la evolución de la solución jurisdiccional de los conflictos relativos a contratos administrativos, a partir de la expedición de la Ley de Licitaciones de 1974, a través del Decreto Supremo No. 128, llamada “Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas”, publicada en el Registro Oficial No. 486, de 4 de febrero de 1974, en la que se estableció en el artículo 37, que las controversias a que dieran lugar los contratos sujetos a esta ley, se ventilarán en trámite verbal sumario.

- Se expidió una nueva Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, publicada en el Registro Oficial No. 159, de 27 de agosto de 1976, manteniéndose el mismo procedimiento de la anterior ley.
- A través del Decreto Supremo No. 3544 se expidió la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el Registro Oficial No. 871, de 10 de julio de 1979, estableciendo en el artículo 17 que “*Las controversias que se suscitaren sobre los contratos celebrados por el Estado o las entidades del sector público con alguna persona natural o jurídica de derecho privado, conocerá en primera y segunda instancia la Corte Suprema, cuando la persona natural o jurídica de derecho privado fuere la actora*”, por lo tanto, si el actor fuera el Estado o la entidad del público, sería competente para conocer de tal causa un juez de lo civil.
- El Decreto Ley No. 15, que reforma a la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, publicada en el Registro Oficial No. 258, de 27 de agosto de 1985, ratificó el mismo esquema previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, ya que los contratos celebrados por el Estado y las instituciones públicas debían ventilarse ante los jueces competentes conforme dicha norma, la Ley Orgánica de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Civil, asignando la competencia para los conflictos originados en materia de contratación pública, cuando el demandado es el Estado o una entidad del sector público, a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a lo previsto en el Art. 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en primera instancia, y a una de las Salas de la misma Corte, en segunda instancia. Si el Estado o la entidad pública es la accionante, las controversias se resuelven en primera instancia por los jueces de lo civil, y en segunda instancia por las Cortes Superiores. Se establece un proceso oral abreviado, de una sola audiencia en la que debían presentarse y practicarse todas las pruebas, y la sentencia debía dictarse al terminar la audiencia de acuerdo a lo dispuesto en los 58 y siguientes. Cabe destacar el hecho de que ni la Ley Orgánica de la Función Judicial ni tampoco la Ley Orgánica del Ministerio Público determinaron un listado de

las entidades que debían ser consideradas del sector público, originando aún más discusión sobre el tema.

- La Ley de Contratación Pública, signada con el número 95, promulgada en el Registro Oficial No. 501, de 16 de agosto de 1990, en la que se asigna la competencia en conflictos relacionados con contratación pública, en primera instancia a una de las salas de la Corte Superior de Justicia del Distrito correspondiente al domicilio fijado por las partes al efecto, y la segunda instancia ante una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia. Subsiste el sistema del juicio oral creado por la Ley reformativa de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. No interesaba la calidad en que intervenía el Estado dentro del proceso, ya sea como actor o demandado, o si quienes forman parte del contrato eran entidades del sector público o privado, ya que lo que primaba es que el contrato se encuentre sujeto a la Ley de Contratación Pública. Los artículos 114 y 115 de esta Ley establecieron un nuevo procedimiento para la resolución de controversias derivadas de contratos sometidos a ella, se derogó el famoso Decreto Ley No. 15 y la Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas, eliminando como es natural, el procedimiento previsto en el Decreto Ley No. 15 que se aplicaba a controversias derivadas de contratos no regidos por la Ley de Contratación Pública. Se creó por lo tanto, un vacío en materia de procedimiento, debiéndose aplicar los principios generales del Código de Procedimiento Civil, sujetándose éstos procesos al trámite del juicio ordinario, ya que no tenían un trámite especial y por expreso mandato del Código de Procedimiento Civil, el trámite ordinario es aplicable en esos casos, o si las partes lo hubieren pactado, se podían someter al trámite verbal sumario. Es digno de destacar que la Ley de Contratación Pública, para calificar la naturaleza pública de las entidades, adoptó la definición de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control lo que sin duda facilitaba encontrar puntos de conexión en materia de competencia.

- Cabe mencionar a la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No., 326 de 29 de Septiembre de 1993, asignó competencia al Presidente de la Corte Superior de Justicia del distrito, en primera instancia y a una de sus Salas en caso de controversias por contratos relacionados con hidrocarburos suscritos por el Estado y demás entidades del sector público, debiendo utilizarse para su trámite el procedimiento verbal sumario o el de arbitraje de acuerdo a lo que se haya establecido en los contratos, tal como lo establece el artículo 10 reformado.

- En las Reformas a la Constitución Política del Estado, Suplemento al Registro Oficial No. 93, de 23 de diciembre de 1992, se convierte a la Corte Suprema de Justicia en Tribunal de Casación, con Salas especializadas lo cual también ocasiona un cambio importante en el tema relacionado a las instancias previstas en las leyes anteriormente analizadas y se origina un vacío legal de gran trascendencia.

La expedición de la “Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada”, promulgada en el Registro Oficial No. 349, de 31 de diciembre de 1993, en cuyo Art. 38 se estableció lo siguiente: *“Los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades, presentará su denuncia o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado”*. Cabe resaltar el hecho de que el artículo 66 de la Ley establecía el carácter de especial de la misma, siendo su principal efecto la preeminencia sobre cualquier otra que la contradiga, por lo tanto se podía considerar que las siguientes normas, relacionadas con la solución de controversias de contratos administrativos, habían sido derogadas: el numeral 9 del Artículo 13 de la Ley Orgánica de la Función Judicial; el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; los artículos 113 a 115 de la Ley de Contratación Pública; y el artículo 10 de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, en orden cronológico. Se discutió en muchos foros y especialmente en el ámbito jurisdiccional el alcance del artículo 38 en la parte relativa a la esfera de la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscales, ya que para algunos esto implica una limitación a los Tribunales Administrativos por cuanto la ley de la materia, de manera expresa excluye conocimiento en controversias relativas a cuestiones en materia civil o penal o que por su naturaleza sean de competencia de otras jurisdicciones, siendo por tanto la competencia privativa para conocer juicios que tengan, por ejemplo como origen un contrato de carácter administrativo. El conflicto de interpretación se agravó aún más, ya que el artículo 63 de la Ley de Modernización establece que “Art. 63.- CONTROVERSIAS.- Las controversias que se suscitaren en relación a los procesos

contemplados en esta Ley, se resolverán en juicio verbal sumario, en primera instancia ante el Presidente de la Corte Superior del respectivo Distrito, y en segunda y definitiva instancia, ante una sala de la Corte Superior de Justicia correspondiente determinada mediante sorteo. Los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través de arbitraje nacional o internacional, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las Leyes vigentes”, interpretándose este artículo, en algunos casos, en el sentido de que deroga el artículo 113 de la Ley de Contratación Pública, lo cual generaba aún más confusión en vez de seguridad jurídica. El Estatuto del Régimen Jurídico de la función Ejecutiva, en su artículo 77, incisos segundo y tercero clarificó esta situación al establecer de manera clara la competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, lo cual si bien es cierto no fue una solución absoluta, definitivamente ayudó.

- Para superar las dudas y dificultades encontradas en la aplicación del Art. 38 de la Ley de Modernización, en vista de una serie de fallos contradictorios que se dieron, el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con efecto generalmente obligatorio, dictó una Resolución, la misma que se publicó en el Registro Oficial No. 209, de 5 de diciembre de 1997, por la que se establece que: *“Toda causa civil o administrativa por controversias derivadas de actos, contratos y hechos administrativos, que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado u otros organismos del sector público debe ser conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo respectivo a partir del 31 de diciembre de 1993 y los recursos que en ella se interpusieren para ante la Corte Suprema de Justicia, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo”*. Esta Resolución resultó igualmente criticada en razón de su legalidad, puesto que reformaba el artículo 38 de la Ley de Modernización al incluir la frase “toda causa civil o administrativa”, pero en todo caso era práctica puesto que solucionaba parte de los problemas suscitados, quedando siempre flotando la idea de qué sucedía cuando la administración pública era la accionante.

- Frente a esta Resolución de la Corte Suprema, el Congreso Ley No. 77, Reformatoria de la Ley de Modernización del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 290, del 3 abril de 1998, que dispone: *“Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público serán conocidas y resueltas por los juzgados y cortes*

superiores y los recursos que en ellas se interpusieren, para ante la Corte Suprema de Justicia, por las salas especializadas en las respectivas ramas". En el considerando tercero de la Ley, los legisladores manifiestan que la expedición de esta norma se la da con el "*propósito de resolver de manera definitiva las dudas originadas en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado*", lamentablemente no se cumplió ese propósito fundamentalmente por que surgieron dudas sobre qué sucedía con los procesos que se encontraban en trámite en las diversas judicaturas. Esta reforma estableció que los procesos que a ese momento se encontraran en trámite ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, disponiendo que se remitan a los jueces y cortes superiores respectivos para que continúen la sustanciación de las causas y dicten las resoluciones correspondientes. Dispuso, al respecto, por último, que las causas civiles que en razón de la Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (la inmediatamente antes referida) hayan pasado a conocimiento de los tribunales de lo Contencioso Administrativo, volverán a sus jurisdicciones originales para su continuación y resolución.

- En razón de que la aplicación de la Ley No. 77 produjo nuevas dudas y dificultades, para superarlas, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dictó una nueva resolución, que se publicó en el Registro Oficial No. 120, de 1 de febrero de 1999, por la que dispuso que: "*Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado y otras entidades y organismos del sector público serán conocidas y resueltas: En primera instancia, por los jueces de lo civil, y en segunda instancia, por las cortes superiores. Los recursos de casación serán conocidos y resueltos por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Para el efecto se deberá aplicar el siguiente procedimiento: En primera instancia, el previsto en el artículo 114 de la Ley de Contratación Pública, y en segunda instancia el previsto en el artículo 115 de la misma ley, y, en forma supletoria, las normas del Código de Procedimiento Civil y de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Si se tratare de controversias derivadas de contratos no contemplados en la Ley de Contratación Pública, se seguirá el procedimiento señalado en las leyes pertinentes, de acuerdo con la naturaleza de cada contrato. Las causas de trabajo y de inquilinato se regirán por las leyes especiales sobre cada una de tales materias. El recurso de casación se regirá por la Ley de Casación*". Luego fija en forma transitoria el procedimiento a seguirse en las causas que a ese momento se hallaban en trámite en la Presidencia de la Corte Suprema de

justicia, cortes superiores y tribunales distritales, disponiendo que se remitan a los jueces de lo civil. Se dictan, además, otras disposiciones relacionadas con el recurso de casación, con el trámite a seguirse por las causas que se hallaban en trámite de ejecución, y que el cambio de competencia en razón del grado o del trámite, no serán causa para declaratoria de nulidad.

- La Ley No. 2000-4, “Para la Transformación Económica del Ecuador” conocida como Ley Trole, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34, del 13 de marzo de 2000, en la que se introducen varias reformas que se relacionan con la materia de este estudio: el Art. 81 se sustituyó el Art. 113 de la Ley de Contratación Pública, con el siguiente: *“De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los sistemas de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato”*. El Art. 82 se sustituyó el Art. 114 de la misma Ley de Contratación Pública, por el siguiente: *“De surgir controversias en que las partes no concuerden 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 competente para conocer dichas controversias el Tribunal Distrital que ejerce jurisdicción en el domicilio del co-contratante del Estado o de las otras entidades del sector público. En cuanto a la prescripción de las acciones derivadas de los contratos, se estará a lo dispuesto en el artículo 2439 del Código Civil, para las acciones ejecutivas. Estas disposiciones regirán exclusivamente para las causas que se inicien a partir de la vigencia de la presente ley”*. El Art. 100 de esta Ley Trole derogó, entre otras normas, en su literal h), la Ley No. 77, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 290, de 3 de abril de 1998, con lo cual adquirió nueva vigencia el texto original del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado.

- En razón de haberse producido duda sobre la aplicación del Art. 82 de la Ley Trole, en cuanto a la competencia y trámite que debe observarse en las causas iniciadas con anterioridad a la vigencia de esta reforma, con efecto generalmente obligatorio, el Tribunal en Pleno dictó una resolución que se publicó en el Registro Oficial No. 209, de 5 de diciembre de 1997, por la que dispuso que: *“Las causas iniciadas antes del 13 de marzo del (sic) 2000, derivadas de contratos celebrados con el Estado u otras entidades*

del sector público sometidos a la Ley de Contratación Pública, continuarán siendo conocidas y resueltas, hasta su conclusión y ejecución, por los jueces y tribunales de lo civil, observando el mismo procedimiento seguido ante los respectivos jueces y tribunales”.

- La “Ley Para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana” (conocida como Ley Trole II), publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 144, de 18 de agosto de 2000, introdujo las siguientes reformas: El Art. 16 de esta Ley Trole II sustituyó el Art. 38 de la Ley de Modernización, por el siguiente: “*Los tribunales distritales de lo Contencioso - Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la ley. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerciera dentro del término de noventa días*”. El Art. 29 agregó las siguientes disposiciones transitorias a la Ley de Modernización del Estado: “*...Los procesos para la solución de controversias iniciados con anterioridad a la vigencia de esta ley, que actualmente se encuentren en trámite ante los jueces de lo civil y cortes superiores, continuarán sustanciándose hasta su terminación y ejecución en esos mismos órganos judiciales. Los recursos de casación interpuestos serán resueltos por las mismas salas que los conocen a la vigencia de esta ley*”.

- Ley s/n, Reformatoria al Artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y al Artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Registro Oficial No. 483, de 28 de diciembre de 2001, dispone “*Artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado: Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier*

acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto en la vía administrativa". El Artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Administrativa: *"El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna. En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años"*. Además, en la segunda disposición transitoria esta ley derogó el Art. 16 de la Ley de Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (Trole II), pero dejó vigentes las disposiciones transitorias agregadas a la Ley de Modernización del Estado por el Art. 29 de la misma Ley Trole II, esto es, que dejó vigente las normas que ordenaron que los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley de Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, que se encontraban en conocimiento de los jueces de lo civil y cortes superiores, continúen sustanciándose ante esos mismos órganos judiciales, hasta su terminación y ejecución.

- Por haberse suscitado fallos contradictorios entre Salas de lo Civil y Mercantil y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los jueces que deben conocer los juicios de excepciones al procedimiento coactivo, luego de un detenido estudio del problema y de largas y sesudas discusiones, el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia dictó una resolución obligatoria, el 14 de julio de 2004, que se publicó en el Registro Oficial No. 418, de 10 de septiembre de 2004, en la que dispuso que: *"Los juicios de excepciones a la coactiva dentro del procedimiento establecido en la Sección III del Título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil y que tiene por objeto, al tenor del Art. 993 de este cuerpo legal, el cobro de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las demás instituciones del sector público que por ley tienen esta facultad excepcional; al Banco Central del Ecuador y a los bancos del sistema de crédito de fomento, por sus créditos y al IESS, corresponde conocer a los jueces de lo civil, salvo los que procedan de*

resoluciones en firme de la Contraloría General del Estado, que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa por disponerlo el Art. 7 del Decreto Supremo No. 611 de 21 de julio de 1975, promulgado en el Registro Oficial No. 857 de 31 de los mismos mes y año, donde se establece un trámite especial, diferente del previsto en el Código de Procedimiento Civil, así como los expresamente determinados por la ley; debiendo los jueces dar aplicación estricta del Art. 1020 de dicho Código”.

Este recuento histórico sobre la evolución y cambios en la competencia entre juzgados, Tribunales y Cortes, demuestra una clara inestabilidad e inseguridad que es intolerable para quienes tienen que litigar con la administración pública, que han tenido que sortear una serie de vicisitudes para la solución de sus controversias.

Frente a este escenario, es muy importante destacar el desarrollo y la importancia que han ido ganando los Medios Alternos de Solución de Controversias, como una respuesta a la inestabilidad que genera litigar ante la justicia ordinaria. En el Ecuador ha existido una reacción positiva a la implementación de los Centros de Arbitraje y Mediación, a la capacitación que se ha dado en esta materia y a la conciencia cada vez mayor de que mientras menos conflictividad exista en una sociedad y seamos capaces de manejar eficientemente nuestros conflictos, podremos enfocarnos en la solución de problemas graves que nos aquejan.

Por lo antes mencionado, en el siguiente capítulo analizaremos la aplicabilidad de los Medios Alternos de Solución de Conflictos para controversias que surgen con la administración pública.

CAPITULO TERCERO

LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO UNA HERRAMIENTA EFICAZ PARA LAS CONTROVERSIAS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

3.1 La aplicación de Medios Alternos de Solución de Conflictos en las controversias relacionadas con contratos administrativos.

Los llamados Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC) son herramientas que permiten a las personas, sean estas naturales o jurídicas, gestionar y de ser el caso, solucionar sus conflictos de una manera apropiada, ágil y eficiente, con el objetivo de crear una cultura de paz dentro de las sociedades. Reciben el nombre de “Alternativos” por que precisamente de lo que se trata es de prescindir de acudir ante los órganos tradicionales de solución de conflictos que son los Juzgados y Tribunales de Justicia

Desde el punto de vista de la "Teoría de Solución de Conflictos", los conflictos "*son el resultado de un choque de intereses, valores acciones o direcciones y cuando las partes que se enfrentan en este choque de valores o intereses no han logrado por ellas mismas encontrar un acuerdo acuden a un TERCERO para que decida por ellas, tradicionalmente en el Estado de Derecho, a través del órgano Judicial (Juzgados y Tribunales) que dicta una sentencia respaldada por la legislación.*"¹⁵

Se puede clasificar a los MASC en cuatro procesos diferentes:

Negociación: las partes directamente tratan de llegar a un acuerdo, hay técnicas de negociación, no participa un tercero neutral (como en Mediación o Arbitraje) sino que las partes pueden ir acompañadas de consejeros que van a ayudarles en el proceso que termina generalmente con la suscripción de un acta o acuerdo transaccional.

Arbitraje: procedimiento en el cual las partes firman un convenio arbitral, el mismo que puede estar dentro del contrato o como un anexo, y se someten voluntariamente a la

¹⁵ JALK ROBENS Gustavo, compilador, “Resolución Alternativa de Conflictos”, CLD, Editorial Praxis, Quito 1997.

decisión de un tercero imparcial llamado Arbitro. Una vez que se ha firmado el compromiso arbitral, las partes no pueden renunciar al mismo y están obligadas a acatar el laudo arbitral, que generalmente no es susceptible de recurso de alzada (apelación, revisión, etc.) de ninguna clase.

Mediación: a diferencia del arbitraje, donde las partes que acuden al mismo se encuentran sometidas a dicho proceso en virtud del convenio arbitral, el proceso de mediación es voluntario, es decir las partes pueden aceptar o rechazar una invitación a mediar. Este proceso, una vez que las partes deciden comparecer, hace que acudan a un tercero imparcial para que facilite y estimule un acuerdo. Se deben utilizar técnicas tales como adecuado manejo del uso de la palabra, parafrasear (herramienta muy útil que permite que los conceptos de las partes que a veces son duros, difíciles e incluso injuriosos, se moderen en bien del proceso), confrontar sus puntos de vista, identificar los intereses de las partes, prescindir de la posición que tiene cada parte al llegar a la mediación, entre otras herramientas y procedimientos que varían de acuerdo a cada ciudad, cultura o grupo humano.

Conciliación: en el Ecuador la conciliación es un procedimiento que se enmarca dentro de una práctica común y antigua dentro de los procedimientos ordinarios, generalmente en todos los juicios civiles, en los cuales el Juez trata de lograr un acuerdo entre los litigantes. A diferencia de la Mediación, el Juez si tiene poder sobre las partes, además de que por la congestión de procesos judiciales en el Ecuador, casi nunca los jueces asisten a las "Juntas de Conciliación" sino que lo hace un amanuense o funcionario judicial de rango inferior. La conciliación ha funcionado de manera eficiente en el ámbito del derecho laboral y de las reclamaciones que los trabajadores plantean ante las autoridades del Ministerio de Trabajo. Tal como he señalado, existe una diferencia marcada entre los procesos de mediación y de conciliación, estableciéndose la diferencia fundamental en el rol que ejerce y la calidad que tiene en un caso el mediador (persona natural, sin ninguna autoridad sobre las partes) y el rol y calidad que tiene el conciliador (Juez, Magistrado o Funcionario Administrativa que tiene autoridad sobre las partes). En otros países, como en Colombia o Perú, estos conceptos se los considera como sinónimos y es más utilizado el concepto de Conciliación.

La Codificación de la Constitución Política del Ecuador, promulgada en el Registro Oficial No. 2 del 3 de febrero de 1997, introduce una interesante reforma en el artículo 118, que trata sobre la función judicial, inciso tercero al establecer que “*Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de controversias*”

Es muy interesante y cabe resaltar el hecho de que se eleva a categoría Constitucional los Medios Alternativos de Solución de Controversias, ya que demuestra el interés que existe en el país por utilizar formas adecuadas y más civilizadas de solucionar los conflictos. Estos medios alternativos no son nuevos al contrario de lo que algunos pueden pensar. La negociación existe, desde que hay dos seres humanos en esta tierra. La mediación y la conciliación, son medios ancestrales que los utilizan permanentemente comunidades indígenas, campesinas, pueblos ancestrales o tribus que no están en contacto con la civilización. El arbitraje se lo conoce en sociedades más avanzadas, tal como Grecia. Al respecto el tratadista guayaquileño Ernesto Salcedo Verduga, señala:

“La justicia arbitral surgió en Grecia hacia el año 1520 AC., los consejos anfictiónicos resolvían los conflictos entre los grupos étnicos. Estos se conformaban por doce ancianos representantes de las diferentes tribus. Existieron también árbitros de carácter público elegidos al azar entre cuarenta y cuatro patriarcas que conocían las causas criminales y públicas. Demóstenes en Atenas, de acuerdo al historiador Solón, expidió leyes sobre arbitraje en las que se daba al laudo el carácter definitivo, es decir, no apelable.”¹⁶

Por lo tanto quienes no están de acuerdo con la utilización de los medios alternativos, incluso de manera despectiva, señalan que son “novelerías” adaptadas de países vecinos, en clara alusión a Colombia u otros un poco más lejanos pero que en materia jurídica ejercen gran influencia, como el caso de Chile y Argentina, demostrando con ese tipo de comentarios una crasa ignorancia, ya que como he manifestado, los medios alternativos son tan antiguos como el hombre.

¹⁶ SALCEDO VERDUGA Ernesto, “El arbitraje: la justicia alternativa”, Editorial Jurídica Miguez Mosquera, Guayaquil, 2001.

En el Ecuador, el arbitraje se encuentra por primera vez contenido en la Sección 30^a denominada “Del Juicio por Arbitraje” en el Código de Procedimiento Civil, vigente a partir del 1 de enero de 1861, donde aparecen los juicios de conciliación y arbitraje. Según los tratadistas, el juicio de conciliación se denominaba de esa forma por el hecho de tener por objeto evitar el pleito que alguno quiere entablar, y en el cual el juez procura que las partes arreglen o transijan sobre el asunto motivador del litigio.

Luego de varios años en 1963 se dictó la Ley de Arbitraje Comercial y su Reglamento, misma que presentó mejoras en cuanto al arbitraje que regulaba el Código de Procedimiento Civil, lamentablemente no se impulsó la utilización por parte de los comerciantes, pues dicha norma era de uso exclusivo para ellos, esto claramente se puede certificar pues no existe una jurisprudencia numerosa en base a la Ley de Arbitraje Comercial.

El arbitraje no prosperó en el Ecuador, principalmente por:

- a) Desconocimiento por parte de muchos abogados
- b) Por la tendencia a formar abogados netamente litigantes y no conciliadores.
- c) Por la falta de difusión por parte de las Cámaras Comercio, quienes más cercanas se encontraban a este tema
- d) Por la falta de centros de mediación y arbitraje
- e) Por la falta de formación de nuestros jueces para actuar como árbitro o mediador.

Transcurridos 34 años, se expidió una nueva Ley de Arbitraje y Mediación, la cual derogó a la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No.735 del 23 de octubre de 1963, y la sección 30^a del Título II del Código de Procedimiento Civil referido al juicio de arbitraje.

El proyecto de la “Ley de Arbitraje y Mediación” se realizó en consenso entre diversos sectores involucrados con la temática de solución alternativa de conflictos, incluso se entabló un grupo de trabajo con personas e instituciones involucradas en el tema para que se encarguen de estudiar la propuesta. Esta Ley se basa en el modelo de Ley de Arbitraje de la UNCITRAL (Comité de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

Internacional) y es el fruto de un esfuerzo importante de consultores nacionales que con la ayuda de organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo, Universidades, Cámaras de la Producción y gremios de profesionales, pudieron lograr el apoyo suficiente en el Congreso Nacional para que se discuta y finalmente apruebe.

El Congreso conoció el proyecto, en primer debate, el 8 de mayo de 1997 y fue aprobado en segundo debate, el 8 de julio de 1997. La Presidencia de la República, en uso de sus facultades constitucionales, objetó parcialmente el proyecto, al cual que se allanó el Congreso Nacional el 21 de agosto de 1997. Finalmente, la Ley fue publicada en el Registro Oficial No.145 del 4 de septiembre de 1997.

Esta nueva Ley está dividida en tres títulos que son: Del Arbitraje, De la Mediación y De la Mediación Comunitaria. Cuenta con disposiciones generales, disposiciones transitorias y derogatorias, conformando este cuerpo legal un total de 64 artículos numerados y un artículo final.

Esta Ley busca propulsar ciertos cambios en la justicia del Ecuador, entre los principales encontramos los siguientes:

- Buscar y fortalecer el uso de otras formas de solución de los conflictos, diferentes al proceso judicial.
- Permitir y lograr un mayor acceso a la justicia en el País, de manera más ágil.
- Busca que otras instituciones a parte del Estado, puedan prestar servicios de solución de conflictos.
- Fomentar y fortalecer la cultura del dialogo en la sociedad ecuatoriana.

En la legislación nacional, antes de la expedición de la Ley de Arbitraje y mediación en 1997, parecía estar implícita la idea de que los medios alternativos para la solución no procesal de conflictos tenían un carácter mas bien marginal ante la concepción de que el proceso era la única puerta de salida.

La Ley permite que el arbitraje se utilice o se aplique en todas las materias susceptibles de transacción, pudiendo las partes someter de mutuo acuerdo aquellas divergencias existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje o árbitros

independientes. Anteriormente solo se permitía someter a arbitraje asuntos de naturaleza mercantil, según lo señalaba la derogada Ley de Arbitraje Comercial.

El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que *"El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias."*

El arbitraje ha sido utilizado, sobre todo, para dirimir materias que por su especialidad necesitan que quien decide aplique conocimientos técnicos además de los conocimientos legales pertinentes, como por ejemplo el área de la construcción, electricidad, telecomunicaciones entre otras.

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente define a la mediación 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 extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto"*. Este artículo resalta importantes requisitos para que este mecanismo se aplique adecuadamente, algo que vale la pena analizar.

En primer lugar el mediador, trata de ayudar a que los involucrados en una disputa se conviertan en negociadores reflexivos y razonables y puedan intercambiar datos e ideas sobre la base de sus intereses, comunicándose sin interferencias. *"Debe poseer cualidades personales (reconocida trayectoria ética, sensibilidad, facilidad de comunicación, credibilidad), capacitación (para comprender y saber aplicar las etapas del proceso) y manejo de habilidades (saber escuchar, crear armonía, evaluar intereses y necesidades, armar opciones, planificar estrategias, redactar acuerdos)"*¹⁷. No existe un solo tipo de mediador, se ha llegado a la conclusión de que existen tres tipos básicos de mediadores:

¹⁷ Gottheil Julio, Schiffirin Adriana, Mediación: una transformación en la cultura, Paidós, Buenos Aires – Argentina, 1996, pág.32.

“a) Quienes actúan como promotores públicos y constructores del área, se trata de quienes son públicamente conocidos por la promoción de la mediación como sistema para resolver conflictos,

b) Quienes practican y ejercen la mediación como forma de vida de tiempo completo, profesionales que se ganan la vida como mediadores, en una práctica pública o privada,

c) Quienes ofician de mediadores pero sin considerarse ni ser profesionales de la mediación, son abogados, funcionarios, diplomáticos que utilizan nuevas formas de facilitación, utilizan ciertas técnicas y dan nuevo lustre a la profesión, al servir a propósitos nobles como la paz mundial y la armonía social”¹⁸.

En segundo lugar se destaca el carácter “voluntario” de la mediación, por lo que las partes deciden si participan o no en ella. Además, se debe considerar que esta figura es aplicable únicamente a asuntos que traten sobre materia “transigible”, es decir, *“ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que compongá y parta la diferencia de la disputa”¹⁹*

En caso de llegar a un acuerdo se firma un **Acta de Mediación**, la cual es de cumplimiento obligatorio para las partes. Según el Art. 47 de la Ley, el Acta de Mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio; el juez de la ejecución no aceptará excepción alguna. Cabe considerar que el acta de mediación donde consta la firma, tanto de las partes como del mediador se presume auténtica, sin necesidad de homologación alguna.

En la Ley se considera a la conciliación extrajudicial y a la mediación como sinónimos. De tal forma que se califica a la conciliación extrajudicial como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos

Según el artículo 46 de la Ley, se puede acceder a la Mediación por:

- a) solicitud de las partes o una de ellas;

¹⁸ Kolb, Deborah M. y asoc.: When talk Works: profiles of mediators, San Francisco, 1994, Pág.460.

¹⁹ Diccionario Anaya de la Lengua, Grupo Anaya, S.A, Madrid – España, 1991.

- b) por derivación procesal que realice un juez, siempre que las partes lo acepten;
- c) y, por existencia de un convenio entre las partes de someterse a mediación, que debe constar por escrito, y siempre que se haya realizado antes de acudir a un proceso judicial. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo.

Además, la Ley manifiesta que se evitará la audiencia de conciliación procesal, si se comprobare que se dio la mediación extraprocesal y no se ha alcanzado ningún acuerdo, teniendo la facultad de presentar en juicio el acta de imposibilidad del acuerdo. De esta forma se fortalece el principio de celeridad.

La mediación debe realizarse ante mediador debidamente calificado, mismo que durante el conflicto objeto de la mediación, estará inhabilitado de participar o intervenir en cualquier proceso relacionado al conflicto; además debe ser imparcial, pues el mediador no debe y no puede inclinarse a favor de una de las partes. El mediador debe contar con la autorización escrita de un centro de mediación, el cual brindará cursos académicos y capacitación. Vetnaja primordial es el *principio de confidencialidad*, previsto en la Ley que establece que todo lo discutido en la mediación no puede ser utilizado en un proceso judicial o arbitral, así como tampoco se podrá llamar al mediador a actuar como testigo, es por esto que ni el mediador, ni las partes podrán revelar o utilizar dicha información en otros espacios.

Los Centros de Mediación deben contar con la autorización del Consejo Nacional de la Judicatura, para su funcionamiento se establecen requisitos de carácter técnico y administrativo, lo cual servirá para que se preste un mejor servicio a los usuarios y se cumpla con ciertos estándares mínimos de funcionamiento.

Un aspecto primordial que está ligado a la aplicación de la mediación es el hecho de potenciar las audiencias de conciliación, fomentado que los jueces actúen, verdaderamente, dentro de su papel de conciliadores, procurando el acuerdo entre las partes sin temor a ser acusados de prevaricato, por lo que la Corte Suprema de Justicia debería pronunciarse en este sentido a fin de garantizar al juez su proceder y sancionar a los abogados que por su actuación se quejan injustamente. Comenzando por exigir que

los jueces se encuentren presentes en las audiencias de conciliación y, capacitándoles en destrezas que les permita actuar como verdaderos conciliadores.

La Mediación también tiene su historia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que anteriormente era conocida solo en nuestra legislación laboral, con los denominados “mediadores ministeriales”. En nuestros días, desde la vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación, se la considera mas bien autónoma, y esta no es parte del proceso dentro de un juicio en la jurisdicción ordinaria, pero si es una etapa dentro del proceso arbitral. La mediación preserva la relación entre las personas involucradas en la disputa, la decisión a la que lleguen las partes será elaborada por ellas mismas y no por el mediador, quién únicamente facilitará el proceso para llegar al acuerdo. Se reafirma así la capacidad de la mediación de devolverle el poder a las partes para que sean ellas mismas las protagonistas de la decisión, y no el mediador.

Esta institución tiene grandes resultados en Estados Unidos, Canadá y ciertos países latinoamericanos como Argentina, Chile, Colombia, logrando su objetivo de descongestionar los tribunales y obtener prontas transacciones en los conflictos.

Finalmente, la Ley de Arbitraje y Mediación, dentro de sus “Disposiciones Generales, Transitorias y Derogatorias”, prevén :

- El carácter especial de la Ley y su prevalencia sobre cualquiera que se le opusiere.
- La necesidad de dictar un reglamento por parte del Presidente de la República, otorgándole el plazo de 90 días para hacerlo. Este reglamento no se ha dictado hasta la fecha pero existe un Proyecto de Reglamento que ha sido muy criticado por contravenir principios doctrinarios de la mediación.
- La existencia de centros de mediación, previos a la vigencia de la Ley. Estos centros deberán de igual forma adecuar su funcionamiento a los requisitos establecidos en la Ley y su reglamento.
- La derogatoria de las normas que regulaban el arbitraje en el Código de Procedimiento Civil, en Ley Orgánica de la Función Judicial, la Ley de Arbitraje Comercial y otras normas que impedían el fortalecimiento en la utilización de estos mecanismos de solución de conflictos.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan. La sociedad ecuatoriana se ha visto afectada por una alta tendencia a la litigiosidad, propiciada por un complejo y preocupante nivel de conflictividad ciudadana y la ausencia de una real cultura de auto composición de las diferencias, por lo que cuando se piensa en enfrentar un problema lo primero que deseamos es acudir al Estado, sin reflexionar sobre nuestra gran capacidad de resolver nuestro propios conflictos, acudiendo al Estado en los casos que realmente ameriten su resolución.

Vale la pena citar una importante reflexión de dos connotados juristas ecuatorianos:

“Los métodos alternativos de solución de conflictos se enrumban hacia la consolidación de una democracia madura basada en el protagonismo de las partes, pues evitan desgastes emotivos innecesarios, promueven el mejor manejo de los conflictos de manera interdisciplinaria y generalmente permiten un ahorro económico sustancial. Además se propicia una nueva educación legal, pues permiten observar a los profesionales del derecho en acción fuera de los juzgados y en un plano eminentemente práctico entendiendo primero el conflicto humano y luego las posibilidades legales.”²⁰

El propósito actual de la más avanzada ciencia jurídica es buscar una adecuación del Derecho con la sociedad, con una dosis de madurez social, donde las fuerzas y elementos progresistas, trabajando junto con los sectores más deprimidos y marginados, encuentren las posibilidades de actuación más reales y eficaces que, en términos reales se les ha negado a lo largo de la historia.

Por lo tanto, los objetivos de los mecanismos alternativos de solución de conflictos son los siguientes:²¹

²⁰ VINTIMILLA SALDAÑA Jaime y ANDRADE UBIDIA Santiago, Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria, CIDES-Unión Europea Programa Regional de Justicia de Paz, Programa Andino de Derechos Humanos y Democracia, 2002-2005, pág. 11.

²¹ GOLDBERG, STEPHEN B, GREEN, ERIC D., SANDER FRANK E; DISPUTE RESOLUTION, ADR Harvard Law School; Boston, 1985.

- *Disminuir la congestión de los tribunales, así como también reducir el costo y la demora en la resolución de los conflictos;*
- *Incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos.*
- *Facilitar el acceso a la justicia.*
- *Suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas.*
- *Propiciar un clima de diálogo y paz social.*

En la medida en que estos objetivos se vayan logrando dentro del sistema social, estará produciéndose un sistema eficaz de resolución de conflictos. El conflicto debe ser tratado cuando sea absolutamente necesario por la Administración de Justicia, luego de haberse intentado otros métodos.

Según Carlos Peña Gonzáles, el análisis de la resolución alternativa de conflictos puede emprenderse con dos criterios²²:

- a) *Punto de vista externo: Se trata de indagar por la situación que les corresponde a los métodos alternativos en una política de justicia definida en base a criterios de bienestar social. Se destacan cuestiones como el menor costo relativo de estos sistemas o la ampliación del acceso que provocan.*
- b) *Punto de vista interno: No se trata de postular a los sistemas alternativos como medios eficientes para el logro de una práctica social que provoque bienestar, sino que se trata de resaltar a estos mecanismos como formas interpersonalmente adecuadas de tratamiento del conflicto. Se destacan cuestiones como la mejor utilización que hacen estos sistemas del componente emocional en todo el conflicto.*

Los métodos alternativos de resolución de disputas llegan a resultados más rápidos porque el tercero neutral, sea árbitro, conciliador o mediador, puede ayudar a formular un resultado antes de que el proceso avance o inclusive previo a que se inicie.

²² PEÑA GONZÁLES, Carlos: “ La necesidad de las formas alternativas para la resolución de conflictos”, Reunión de Ministros de Cortes Supremas Latinoamericanas, Santiago – Chile, noviembre de 1994.

Incluso desde el punto de vista de algunos abogados, las ventajas de estos métodos alternativos son innegables, pues aunque los honorarios de asistencia o consejo sean a veces menores, los cobrará antes; además, su actividad se limita a unas pocas semanas, lo que permite multiplicar los casos en que interviene.

Los MASC tratan de encontrar una solución al problema de forma *rápida*, puede terminar el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, incluso se puede llegar a un acuerdo en una sola audiencia; Es *confidencial*, el mediador debe preservar el secreto de todo lo revelado en la audiencia, sin este deber la mediación no funcionaría, porque las partes no se sentirían libres de explorar honestamente todos los aspectos de su disputa y posibles caminos para un acuerdo, sin embargo las partes pueden renunciar a la confidencialidad de creerlo necesario; *Económica*, los costos son relativamente bajos frente a aquellos incurridos en los procesos judiciales formales; *Justa*, las soluciones se adaptan a las necesidades de las partes, pues ellas son las que las encuentran; *Exitosa*, de acuerdo a las experiencias de varios países que han implementado la mediación, el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.

En los Estados Unidos, por ejemplo, sólo llegan a juicio entre 5 y el 10% de las demandas, el resto se resuelven por conciliación en la etapa preliminar. En Colombia, un análisis de las estadísticas sobre la efectividad y auge de esta figura, que recoge el período comprendido entre 1991 a 1995, fue expuesto en la publicación gubernamental Justicia para la Gente: " A la rama judicial entraron un promedio de 374.998 asuntos, de los cuales se conciliaron 41.745. Lo que representa un 10.1% de la totalidad

En definitiva, con la creación y aplicación de los MASC, se pretende garantizar y hacer efectivos, los derechos de los ciudadanos en aquellos sectores en los que existe un tratamiento más deficiente por parte de la justicia ordinaria, a la vez que se evita que se deteriore la convivencia ciudadana en las ciudades.

A todo esto se debe agregar el hecho de que los Medios Alternativos de Solución de Controversias, tienen una categoría Constitucional tal como se señaló antes, que se refuerza aún más con la clara redacción del artículo 191 de la Constitución Política de la República que se encuentra vigente desde el 10 de Agosto de 1998, y que transcribo:

“Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

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

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

Incluso esta norma es más generosa y amplia cuando habla específicamente de la Mediación y de un tema muy complejo, pero también muy actual, como es el respeto a que los pueblos indígenas utilicen los procedimientos propios de administración de justicia, debiéndose interpretar este último inciso del artículo 191 en un sentido puro y simple, esto es, los pueblos indígenas deben aplicar la mediación comunitaria, el arbitraje ante autoridades o ancianos, la utilización del diálogo y de la justicia, más no debe interpretarse este artículo en el sentido de que las comunidades tienen autorización para ejecutar sanciones drásticas que incluyen ajusticiamientos, latigazos y vejámenes físicos y morales en contra de infractores.

Pues bien, planteadas así las cosas, toda vez que existe el amparo constitucional y legal para la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, se pueden utilizar estos mecanismos para controversias surgidas o derivadas de contratos administrativos? La respuesta tajante es si se puede, y de hecho es una forma más eficiente de solucionar este tipo de controversias, que como hemos analizado en un capítulo anterior, han estado sujetas ya sea a las Cortes Superiores o a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, órganos de la Función Judicial que tienen una carga de trabajo inmensa, que tienen un déficit de recursos técnicos y humanos muy grandes y que lamentablemente están bajo la sombra de la corrupción.-

Precisamente por estas características de los órganos de la Función Judicial, es que el arbitraje, la mediación y la negociación, vienen a ser instrumentos importantes para

gestionar los conflictos que se generan entre la administración y los particulares, producto de la celebración de contratos administrativos.

Claro está deben existir condiciones específicas para que se pueda acudir al uso de estos medios de solución de controversias, esas condiciones o requisitos son establecidos por la propia Ley de Arbitraje y Mediación o por normas específicas (reglamentos u ordenanzas), que por ejemplo, señalan que solamente podrán someterse a arbitraje cuestiones en materia técnica como lo establece el Reglamento de Contratación de Petrocomercial por ejemplo.

En el Ecuador existen algunos Centros de Arbitraje y Mediación, donde se han presentado demandas y se han dictado algunos laudos en materia de contratos administrativos. De hecho, en mi calidad de secretario de los Tribunales de Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana y de la Cámara de Comercio de Quito, he tenido la oportunidad de participar como secretario en diez juicios arbitrales relacionados con la materia. Los Códigos de Ética de dichos Centros me impiden, ni siquiera con fines didácticos para este trabajo, utilizar los mencionados casos, por lo que no puedo entrar en varios detalles que sería muy importante analizar, como por ejemplo la redacción de “cláusulas arbitrales patológicas”, aquellas que no cumplen con los requisitos legales o son insuficientes, o la declaratoria de incompetencia de los Tribunales, un análisis de los laudos a favor y otros en contra de las instituciones del sector público, las pruebas que han sido tomadas en cuenta, etc.

Los contratos de concesiones viales que el gobierno ha suscrito con PANAVIAL en la sierra ecuatoriana, contemplan dentro de sus cláusulas una de arbitraje, y claro está de mediación, siendo esta una etapa previa a que los Tribunales se declaren competentes. De igual manera se han incluido cláusulas de arbitraje en contratos de concesión de servicios públicos que brinda no sólo el gobierno central, sino los gobiernos seccionales, por lo que ahí queda de manifiesto la efectividad de dichos medios alternos de solución de conflictos, liberando a las partes y especialmente a los contratistas de entrar en el conflictivo mundo de la Función Judicial.

Sin embargo, sin temor a equivocarme y sin violar la confidencialidad con la que se encuentran blindados estos procesos arbitrales y a la que estoy sujeto, puedo sacar algunas conclusiones importantes:

- La Mediación y el Arbitraje han sido utilizados con bastante éxito y frecuencia en controversias relacionadas con contratos administrativos;
- Los Centros de Arbitraje y Mediación, cuentan con personal especializado para que de una manera eficiente se puedan gestionar los conflictos relacionados con el Estado y sus instituciones;
- En la Mediación por ejemplo, como son las partes interesadas quienes construyen sus acuerdos en base a la guía que el Mediador les da, existe una gran efectividad para que dichos acuerdos se cumplan;
- La atención debida que los mediadores prestan al caso, concediendo a las partes el tiempo suficiente
- Los Tribunales Arbitrales han sido mucho más eficientes en cuestión de tiempo, para dictar su laudo, ya que la Ley les obliga a dictar el laudo en un término de ciento cincuenta días, prorrogables por ciento cincuenta más, desde el día en que se llevó a cabo la audiencia de sustanciación;
- El Estado no siempre pierde, a diferencia de la apreciación que muchas personas que no creen que los MASC son adecuados para tratar asuntos de contratación pública por cuanto los Centros son privados y generalmente son parte de una Cámara de la Producción. Es decir existe una adecuada administración de la justicia, la equidad, el debido proceso, el derecho de defensa, de réplica, entre otros principios que deben primar dentro de un juicio;
- En los Arbitrajes en los cuales son parte las diferentes entidades de sector público, por mandato expreso de la ley, el laudo debe ser fundado en derecho, por lo tanto los árbitros tienen que ser abogados, todo lo cual garantiza aún más que exista un apego irrestricto a las normas sustantivas y adjetivas;
- Los Tribunales Arbitrales tienen únicamente el caso que conocen bajo su conocimiento, lo que implica que los árbitros pueden dedicarle más tiempo y esmero al caso, pudiendo tener un conocimiento más exacto de las piezas procesales y de las pruebas que obran de autos para tomar su decisión;
- Aún cuando la confidencialidad es una prerrogativa que tienen las partes y que la pueden establecer dentro del Convenio Arbitral, los Centros de Arbitraje son

muy celosos de los procesos que se encuentran bajo su administración, por lo tanto la ventaja de que el proceso está a buen recaudo y no al alcance de cualquier persona, es una garantía digna de destacar;

- La seriedad y la ética con la que los árbitros, secretarios, peritos y funcionarios de los Centros de Arbitraje es otra garantía. En ocho años de experiencia, con cuarenta y dos procesos arbitrales en los que he sido parte, jamás he escuchado de un caso en el cual exista una denuncia o queja en contra de quienes participan dentro de un proceso arbitral, menos aún de un acto de corrupción. Esto es un valor agregado importante que tienen los procesos de arbitraje y de mediación claro está.

3.2 El Arbitraje en los contratos administrativos.

Como ya señalamos anteriormente, el arbitraje es un método de resolución de conflictos alternativo del judicial, en mi criterio es un mecanismo eficiente mediante el cual ciertos conflictos pueden ser resueltos por particulares, llamados Árbitros, que no revisten la calidad de jueces estatales, pero que si tienen jurisdicción.

El Tratadista colombiano Jorge Hernán Gil Echeverry, tiene el siguiente concepto:

“Es un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial”²³

Este procedimiento tiene carácter típicamente adversarial, pues es un tercero neutral quien decide la cuestión planteada, siendo su decisión, en principio, obligatoria. Las partes se convierten en contendientes a efectos de lograr un laudo favorable a su posición.

El arbitraje ofrece notorias ventajas en comparación con el proceso jurisdiccional, por estar dotado de una mayor flexibilidad e informalidad en los procedimientos, que a su vez son más rápidos. Como procedimiento es similar a un juicio, en el sentido de que es

²³ GIL ECHEVERRY Jorge Hernán,. “Curso Práctico de Arbitraje”Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1993.

un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta y las partes aceptan esa decisión, que es un laudo. No existe comunicación directa entre las partes sino a través de los abogados que hacen su presentación ante el árbitro o árbitros.

De acuerdo con nuestra Ley, los Tribunales Arbitrales pueden estar conformado por un solo árbitro o por tres árbitros. En mi calidad de secretario arbitral, conocí un caso en el cual las partes (una de ellas del sector público) habían pactado en la cláusula arbitral inserta en un contrato, que el tribunal arbitral esté compuesto por DOS árbitros, hecho absolutamente inusual y en cierto modo ilegal, sin embargo dicho desliz pasó inadvertido por los abogados de las partes el momento de redactar la cláusula arbitral. El Tribunal se constituyó con tres árbitros en un inicio, los mismos que declararon la nulidad de todo lo actuado en el proceso, desde el momento del sorteo de los árbitros puesto que de acuerdo con lo acordado por las partes solamente debían ser DOS árbitros los que conozcan este litigio, y así fue, se sorteó nuevamente y el Tribunal se conformó con dos árbitros. Gracias a la Providencia divina, los mencionados jurisconsultos estuvieron de acuerdo en el fallo, ya que en caso de que hubiere habido discrepancia, quien dirimía?

Tema importante y fundamental al hablar de arbitraje, es el análisis de las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje y sobre todo la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales ha sido motivo de estudio y análisis, llegándose a la conclusión de que existen dos teorías fundamentales: la contractualista, que explica al arbitraje desde una perspectiva privada, sometida a la autonomía de la voluntad de las partes que acuerdan en un acuerdo o convención someterse a este procedimiento y la tesis jurisdiccional, esto es, que los árbitros ejercen una verdadera función de administrar justicia en base a un encargo que les hacen los usuarios de los Centros de arbitraje.

El reconocido tratadista argentino Roque Javier Caivano, al respecto manifiesta:

“Personalmente participamos de la posición expuesta en último término,: los árbitros ejercen jurisdicción y por lo tanto de allí deriva el status jurídico de su función. Ello sin desconocer que su origen es generalmente contractual. Sería

así una función jurisdiccional cuya raíz genética es contractual; o dicho de otro modo, tendría una raíz contractual y un desarrollo jurisdiccional.”²⁴

El presupuesto fundamental para que las partes puedan acudir al arbitraje, de acuerdo con el artículo 1 de nuestra Ley, es que la materia sobre la cual verse el arbitraje debe ser susceptible de transacción, esto es, la controversia debe versar sobre derechos renunciables, no debe afectar derechos de terceros y tampoco el orden público.

El artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, prevé algunos requisitos adicionales para que las entidades que conforman el sector público se sometan a este procedimiento:

“Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.”

Vamos a analizar este artículo que es de fundamental importancia. En primer término se refuerza el mandato de que se podrán someter al arbitraje controversias que sean

²⁴ CAIVANO Roque, “Arbitraje”, Segunda Edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires - Argentina, 2000.

susceptibles de transacción. Por lo tanto la administración pública puede perfectamente acudir al arbitraje siempre y cuando la controversia sea contractual y susceptible de transacción, siendo importante acotar que existen derechos o potestades de la administración, cuya consecuencia si sería susceptible de transacción tal como el monto de indemnizaciones o perjuicios que hayan sido ocasionados, cuando no haya una cláusula penal expresa en el contrato o un mecanismo adecuado de cálculo para este evento..

Las entidades del sector público están en la obligación legal de celebrar y acordar el convenio arbitral con anterioridad al surgimiento de la controversia, esto es, ya sea dentro del contrato o fuera del mismo a través de un acta adjunta. Este convenio arbitral lo debe suscribir quien tenga la facultad para transigir, generalmente el representante legal de la entidad con la debida autorización del Directorio o cuerpo colegiado. Es importante que los contratos contengan una cláusula arbitral para la solución de los conflictos, esto es práctica común en algunas instituciones públicas.

Si es que ha surgido la controversia y no existe cláusula arbitral dentro del contrato o un convenio anexo, entonces el representante de la entidad deberá consultar al señor Procurador General del Estado previamente a firmar el convenio arbitral. En el primer caso arbitral en el cual fui designado secretario en el año de 1998, precisamente sucedió esto, ya que habían surgido controversias entre una entidad estatal y su contratista, los abogados de las partes les habían aconsejado que sería importante aplicar un medio eficiente para la solución de su conflicto, pero no tenían convenio arbitral. El representante legal de la entidad envió una consulta al Procurador General del Estado de entonces, quien emitió dictamen favorable para que la entidad se someta a este procedimiento y así fue, se conformó el Tribunal Arbitral y se sustanció el juicio arbitral, dictándose el laudo dentro del término de ciento cincuenta días que prevé la ley.

Antes de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, era muy limitada la posibilidad de que las entidades del sector público se sometieran al arbitraje, puesto que se requería de autorización expresa del Presidente de la República a través de la expedición de un decreto ejecutivo. Con la Ley vigente, se otorga una potestad mayor a las diversas entidades del sector público para que puedan pactar arbitraje como medio de solución de controversias.

El segundo requisito fundamental, es que la controversia sobre la cual verse el litigio, tiene que derivar de una relación contractual, por lo tanto debe existir de por medio un contrato suscrito entre la administración pública y un administrado para que pueda operar este mecanismo. Esta limitación es importante, ya que permite que única y exclusivamente este tipo de controversias sean susceptible de arbitraje, las demás controversias deben utilizar otros mecanismos para la gestión de sus conflictos, pudiendo la mediación ser un camino adecuado, o también acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios.

El tercer requisito es que la cláusula arbitral tiene que determinar la forma de selección de los árbitros. Cuál es el alcance de esta disposición? Es muy difícil conocer cual fue la motivación para que los legisladores incluyan esta disposición en el artículo 4, seguramente reflexionar sobre la trascendencia o intrascendencia de la forma de selección de quienes van a decidir la causa es un elemento a tomar en consideración. En todo caso los tratadistas no han dado una gran importancia a este tema, siendo la forma tradicional de selección de los árbitros la designación que cada parte hace, y a su vez, concediendo a estos dos árbitros la capacidad de designar al tercero.

El tratadista Ernesto Salcedo Verduga manifiesta:

“Los árbitros pueden ser designados de conformidad con los siguientes sistemas:

a) Por acuerdo de las partes directamente en el convenio arbitral en tratándose de arbitraje independiente o ad hoc, las partes pueden designar en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el Tribunal. Si la partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren. En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al Director del Centro de Arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación

se la hará conforme a las reglas determinadas en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje.

- b) De la lista de una de las instituciones a las que se encomiende la administración del arbitraje: Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje a un centro especializado y designar, de común acuerdo, en el término de tres días, los árbitros principales y el alterno que deban integrar el Tribunal, tomándolos de la lista de árbitros que proporciona para el efecto el centro de arbitraje. Las partes, asimismo, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro. Las partes igualmente, podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca la controversia. Este árbitro también deberá tener su alterno.*
- c) Designación por sortero: cuando las partes, en el arbitraje institucional, no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pudieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y la hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando de esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.”²⁵*

Como podemos apreciar, existen diversas formas de designar a los Tribunales arbitrales, inclusive el artículo 16 de la Ley es muy explicativo y claro al buscar una serie de mecanismos que han sido resaltados en la cita anterior, para el caso de la forma de designación de los árbitros. La cláusula arbitral debe contener entonces, una de las tres formas de designar los árbitros, y aún cuando no establezcan el procedimiento, por lo menos la cláusula debe decir “los árbitros serán designados por sorteo”, que es una de las formas que contempla la ley cuando las partes no están de acuerdo en la designación.

Finalmente el artículo 4 de nuestra Ley dispone que el convenio arbitral “*deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución*”, precisamente con el ánimo de que no exista ningún tipo de impugnación ya sea interna o externa, con respecto a quien firmó el convenio arbitral y no pueda existir

²⁵ SALCEDO VERDUGA Ernesto, Op. Ct. Pg. 91

reclamaciones a futuro. El hecho de que quien tiene esta potestad de contratar, sea quien suscriba el convenio arbitral, le conceda mayor legitimidad al compromiso para el uso del arbitraje como medio de solución del conflicto.

En controversias relativas a contratos administrativos, la cláusula arbitral debe ser elaborada con mayor prolijidad, ya que si no se cumple con todos los requisitos exigidos en el artículo 4, el convenio arbitral se considera nulo y por lo tanto no se podría utilizar, dejando en muchos casos en indefensión a las partes. Por lo tanto es muy importante cumplir estrictamente con los requisitos de la ley para que no sea objetado el compromiso arbitral y las partes puedan ejercer el derecho de acudir a esta instancia.

Generalmente las partes recurren al arbitraje en consideración a las ventajas que presenta en comparación al sistema judicial de solución de conflictos: resolución pronta y barata de los conflictos, mantenimiento de las relaciones comerciales, especialización, confidencialidad, menor grado de enfrentamiento y posibilidad de mantenimiento de las relaciones comerciales, y la más importante para el inversionista extranjero: desnacionalización de la justicia. Por ello, en un buen número de contratos (y sobre todo, los contratos internacionales), las partes que entran en negocios encuentran en estas ventajas una razón fuerte para decidir la inclusión de cláusulas arbitrales en sus contratos.

Sin ninguna duda, el Estado constituye una buena fuente de negocios. Para cumplir con sus fines, el Estado debe desarrollar programas integrales entre los que se encuentran la ejecución de obras públicas y la prestación de servicios públicos. La ejecución de obras como caminos, puentes, puertos, aeropuertos; la prestación de servicios que van desde financiación de cosechas de productos del agro hasta seguros por riesgo de accidentes en el trabajo caen dentro de los fines que el Estado está obligado a lograr para alcanzar el bien público. La participación de los particulares en estas obras y servicios públicos es muy importante; y esta participación se instrumenta en el acuerdo de voluntades de las partes expresado en contrato administrativos.

En la suscripción de contratos con el Estado concurren personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeros. Los empresarios tanto locales como extranjeros buscan pactar

cláusulas arbitrales, asegurando formas de resolución de sus conflictos comerciales de modo rápido, barato y menos formal Pero en el caso de empresas extranjeras, además de estos motivos, la independencia de los jueces (o los árbitros) es de extrema importancia. Ninguna parte querrá verse sujeta a los peligros de verse envuelta en un litigio en terreno enemigo, bajo leyes y procedimientos no familiares, y ante jueces que pertenecen a la cultura, sistema económico social y político de la otra parte.

A través del arbitraje se pueden seleccionar un lugar intermedio (tanto cultural, como geográfico) en el cual las partes se sientan seguras que sus controversias serán resueltas con un grado razonable de predictibilidad e imparcialidad. En este sentido, la neutralidad del foro elegido y un procedimiento que no sea local, provee a las partes herramientas que le permiten evitar el "*hometown justice*" temido por inversionistas, que tanto daño ha causado no a los inversionistas, sino a los Estados que han visto disminuida la inversión extranjera por esta causa.

El desarrollo de un país está influenciado por el nivel de inversiones realizado en sus estructuras básicas (sistema vial, telecomunicaciones, salud y educación). Estas inversiones determinarán su mayor o menor desarrollo en el transcurso del tiempo. También sabemos que ciertos sectores (telecomunicaciones, por ejemplo) necesitan inversiones calificadas por el volumen de capital y el nivel de tecnología empleado, y que en estos casos la inversión extranjera está en mejores condiciones de realizarlo. En este sentido, es conveniente que un país brinde las condiciones necesarias al capital, tanto nacional como extranjero, para que radiquen en el país sus intereses. Y en esto el arbitraje juega un papel muy importante, y es visto con especial interés por los inversionistas extranjeros . Tengamos en cuenta que gran parte del capital invertido en el desarrollo de un país, es realizado por intermedio de contratos administrativos.

Los Gobiernos Seccionales que son generadores de obra pública o prestan servicios que requieren tecnología y procesos adecuados, también utilizan en sus contratos cláusulas que permitan el uso del arbitraje para la solución de conflictos. El arbitraje concede un valor agregado para que a nivel local o provincial los contratistas se decidan a participar en concursos y licitaciones para proveer servicios a los gobiernos locales.

La Cámara de la Construcción de Quito, posee un Centro de Arbitraje y Mediación con una excelente infraestructura técnica y humana, se va perfilando como un destino casi natural de las controversias que surgen en virtud de la celebración de contratos administrativos. Dentro de su lista de árbitros constan importantes profesionales tanto constructores como abogados de prestigio, que representan una garantía para los usuarios de ese Centro, en el que se han sustanciado casos de importancia en materia de construcción y prestación de servicios públicos, sin que exista reparos de ninguna clase por parte de las entidades públicas o de la Procuraduría General del Estado.

Existe cada vez una mayor cultura pro arbitraje, no sólo en el ámbito privado algo que es absolutamente comprensible, sino que también existe este convencimiento por parte de instituciones del Estado que en los cursos, Seminarios o Talleres que con gran esfuerzo y calidad proveen los Centros de Arbitraje, de manera entusiasta envían a sus técnicos, abogados, asesores y ejecutivos con alto poder de decisión. En mi experiencia tanto como asistente o como expositor en estos eventos, he visto como crece el interés por prepararse más y tener mejor apreciación y conocimiento del arbitraje por parte de funcionarios públicos.

En definitiva, en el Ecuador el uso del arbitraje como un medio de solución de conflictos en materia de contratos administrativos, ha sido una experiencia más que positiva, claro está falta todavía impulsar la difusión del uso del arbitraje a nivel provincial, ya que muchas veces se puede apreciar que las entidades del sector público que acuden a los Centros de Arbitraje, son únicamente de las ciudades grandes que tienen mayor índice poblacional.

Cabe mencionar el hecho de que el Ecuador ha suscrito con 17 Estados, los llamados “Tratados de Protección Bilateral de Inversiones (TBI)”, en los cuales se establece la garantía que deben otorgarse de manera recíproca las partes, para que sus nacionales reciban trato igualitario en el extranjero al realizar sus inversiones.

Estos TBIs contienen normas para el caso de solución de controversias, destacándose el Arbitraje como uno de los mecanismos para ser aplicado. Precisamente el Ecuador ha sido objeto de demanda ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

Relativas a Inversiones) por parte de la compañía Occidental en virtud del Tratado suscrito con los Estados Unidos.

A través de estos Tratados se crea un clima de confianza que permite a los inversionistas celebrar contratos con el Estado. Abonando en este sentido, hay que destacar el hecho de que la Constitución Política en su artículo 271 establece que: *“El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación. La ley podrá conceder tratamientos especiales a la inversión pública y privada en las zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional. El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas.”*

Por lo que los inversionistas también tienen la opción de celebrar contratos de garantías de inversión con el Estado (Ministerio de Comercio Exterior), los mismos que incluyen generalmente cláusulas de arbitraje, sea nacional o extranjero, para la solución de controversias. Estas garantías no son ilimitadas, puesto que el mismo artículo citado establece claramente una garantía jurídica fundamentalmente, para que los convenios no sean modificados por normas futuras que pueda expedir el Congreso o la administración pública.

3.3 La Mediación en la solución de conflictos de los contratos administrativos.

La mediación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado mediador. La mediación no es más que una negociación cooperativa asistida por un tercero neutral, comúnmente llamado mediador, es un procedimiento cooperativo, no adversarial, informal, privado y confidencial

Los Tratadistas norteamericanos Lowry y Harding, con respecto a la mediación dicen:

“Muchas son las aproximaciones que se han intentado para definir esta actividad. Por nuestra parte, hemos caracterizado a la mediación sencillamente como una negociación asistida. Con algo más de detalle podríamos describirla como un

*método de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable*²⁶

La mediación es un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto que es susceptible de transacción, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes, a través de diversas técnicas y procedimientos, que el mediador utiliza y que debe informar a las partes que va a utilizar con el objetivo de tratar de lograr un acuerdo.

Además de las personas en conflicto, esta figura involucra también a un tercero neutral e imparcial llamado mediador que actúa, siempre habilitado por las partes, facilitando el dialogo entre ellas y promoviendo formulas de acuerdo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para ambas partes.

Desde una perspectiva diferente además de ser un procedimiento, la mediación es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modificar un acuerdo existente o a crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a ambas partes.

De esta manera, la visión de la mediación como institución jurídica la enmarca dentro de una nueva forma de terminación de procesos judiciales que actúa con independencia y autonomía de este trámite y que consiste en intentar ante un tercero neutral un acuerdo amigable que puede dar por terminadas las diferencias que se presentan. Se constituye así esta figura en un acto jurídico, por medio del cual las partes en conflicto se someten antes de un proceso o en el transcurso de él, a un tramite conciliatorio con la ayuda de un tercero neutral y calificado que puede ser el juez, otro funcionario publico o un particular a fin de que se llegue a un acuerdo que tendrá los efectos de cosas juzgada y prestará mérito ejecutivo.

Es importante detenerse en los efectos del acuerdo de mediación con el fin de hacer

²⁶ LOWRY Randolph y HARDING Jack, “Mediación: el arte de facilitar los acuerdos”, Instituto para la Solución de Conflictos, Imprenta de la Univesidad de Pepperdine, Malibu California, 1995

claridad sobre sus alcances: En primer lugar, el acta de mediación hace tránsito a cosa juzgada, es decir que los acuerdos adelantados ante los respectivos mediadores habilitados por ley, aseguran que lo consignado en ellos no sea de nuevo objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. El efecto mencionado busca darle certidumbre al derecho y proteger a ambas partes de una nueva acción o una nueva sentencia, es la renovación de la autoridad del acuerdo conciliatorio que al tener la facultad de no volver a ser objeto de discusión, anula todos los medios de impugnación que puedan modificar lo establecido en él.

En general la mediación se presenta como una oportunidad que la ley otorga a las partes para que reestablezcan sus ánimos a través de una figura que puede ser de carácter judicial o extrajudicial y a la que voluntariamente se someten a raíz de un conflicto con el fin de darle existencia a un acto siempre que los derechos sean susceptible de transacción, desistimiento o mediación.

La Ley de Arbitraje y Mediación, contiene una excelente definición de lo que es la Mediación y cual es su naturaleza jurídica:

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

Analicemos uno a uno los elementos del concepto:

"Procedimiento de solución de conflictos" Esta frase se explica por si misma y guarda relación con lo señalado antes cuando traté el tema de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, ya que, a más de acudir ante la Justicia Ordinaria (Juzgados y Tribunales) las personas naturales y jurídicas, compañías, sociedades, comunidades, el Estado, Municipios, empresas estatales o mixtas, pueden utilizar este medio para solucionar sus conflictos.

"Asistidas por un tercero neutral llamado mediador" El Mediador, es alguien neutral, no debe tener ningún tipo de conflicto de interés, ya sea éste directo o indirecto y en caso de sospechar que pueda haber uno, por la transparencia del proceso debe informar a las partes inmediatamente. La función del Mediador es facilitar el dialogo entre las partes, debe tratar de identificar intereses, interpretar de manera positiva los conceptos e

ideas de las partes, tratar de que las partes dejen sus posiciones a un lado y se concentren en las posibles soluciones. Debe tratar de replantear el problema de una manera que permita a las partes verlo desde otra perspectiva y no sólo la propia, para tal objetivo hace una “lluvia de ideas”, anima a las partes a que planteen potenciales fórmulas de solución de manera conjunta o independientemente, para que finalmente si es del caso, las mismas partes elaboren su acuerdo.

"Procuran un acuerdo voluntario" el acuerdo debe ser hecho por las partes y de manera voluntaria, es decir, sin coacción o presión de ninguna naturaleza que pueda causar un vicio en su consentimiento. El acuerdo debe ser conciente y voluntario, debe ser posible, debe ser material, específico, con un plazo, debe contener una obligación líquida, es decirlo mas completo. El mediador tiene un papel fundamental en el momento en que se redacta el acuerdo, ya que muchas veces las partes por estar de apuro o para terminar de una vez el asunto, se comprometen a cosas que no pueden ser ejecutadas ante la justicia ordinaria en caso de incumplimiento. Cuando se comprometen a una obligación de hacer o no hacer, es aconsejable que se establezca una multa o cláusula penal en caso de incumplimiento, de esta manera se convierte en líquida la obligación.

"Que verse sobre materia transigible" La mediación sólo cabe en asuntos que sean susceptibles de transacción. Todos los derechos que sean renunciables y que no afecten al orden publico o a terceros son renunciables. De conformidad con el Código Civil la transacción es un contrato: Art. 2348: *“Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”*. Más adelante el Código Civil, en su artículo 2349 señala que para que las partes puedan transar tienen que poder disponer del objeto materia del litigio. Las materias que están sujetas a Mediación son comerciales, civiles, mercantiles, contractuales y ciertas administrativas, tal cual como lo señalamos antes al analizar el arbitraje en el caso de instituciones que pertenezcan al sector público.

"De carácter extra judicial" La Mediación tiene lugar en Centros de Mediación que son autorizados por el Consejo Nacional de la Judicatura y que cuentan con infraestructura física, tecnológica y humana (lista de mediadores capacitados y seleccionados, salas de mediación, secretaria, asistentes, computadoras, etc.) El carácter extrajudicial radica en que son las partes las que elaboran su acuerdo y lo hacen dentro de la esfera privada sin

tener que acudir ante el órgano jurisdiccional del Estado para que dicte una sentencia. Claro está que el momento en que una de las partes incumple con lo acordado en el acta de Mediación, entonces quien quiere ejecutar lo acordado tiene que solicitar a un juez de primera instancia en un proceso sumarísimo.

"Y definitivo, que ponga fin a un conflicto" Precisamente se materializa la mediación a través de un acta, que es firmada por las partes y por el mediador, donde debe constar los comparecientes, los antecedentes, el o los acuerdos, la forma de ejecutarlos, el plazo, sanciones en caso de incumplimiento, entre otros elementos que son mas bien formales. El acuerdo tiene el carácter de sentencia de ultima instancia y puede ser ejecutada ante un Juez Común en caso de incumplimiento.

La mediación puede terminar de tres maneras:

- a) Con la suscripción de un acta con un acuerdo total, es decir, las partes en conflicto deciden dar por terminado todo su conflicto y por lo tanto, extinguen cualquier obligación a presente o futuro;
- b) Con la suscripción de un acta de acuerdo parcial, donde las partes solamente arreglen parte de su conflicto, dejando para otra instancia la solución del resto de sus problemas; y
- c) No llegar a un acuerdo y suscribir un acta de imposibilidad de mediación, donde de una manera escueta, sin entrar en detalles, se establece que las partes no lograron llegar a un acuerdo.

El artículo 47 de la Ley, le concede una característica al Acta de Mediación, cuando prescribe que *“El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene 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 las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”*. Es una garantía para quienes participan en estos procesos, que las actas tengan dicho carácter, ya que permite su ejecución en caso de incumplimiento y una ejecución expedita a través de la vía de apremio.

La confidencialidad es una cuestión fundamental en el procedimiento de Mediación, la misma ley contiene una norma específica en esta materia *“Artículo 50.- La mediación*

tiene carácter confidencial. 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”.

La confidencialidad tiene diversos niveles que conllevan dificultades éticas en el manejo de información entre las partes, información que no conoce una de las partes y que en caso de conocerla, probablemente ésta no llegaría a un acuerdo. El mediador debe tener la habilidad suficiente como para poder manejar la información de una manera adecuada para beneficio del proceso. Muchas veces se conocen ciertos detalles que pueden incluso influenciar en el ánimo del Mediador para seguir llevando adelante el proceso, pero el tiene el deber de saber administrar esa confianza que las partes le han dado y no predisponer o influenciar a los demás.

Muchos consideran que este es el elemento primordial que permite que se den los acuerdos y un diálogo mucho más fluido, en criterio de estudiosos del tema *“se trata de una de las notas más apreciadas de la mediación. Sin confidencialidad la confianza de las partes en el mediador se debilita, la comunicación se retrae, la exploración de opciones y alternativas se hace dificultosa y las posibilidades de conducir el proceso hacia un acuerdo se alejan”*²⁷

Existe además una prohibición expresa en el Artículo 49 de la Ley, para que quienes hayan participado en el proceso de mediación en calidad de mediador intervengan 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”*. Nuevamente esta es una garantía del proceso de Mediación ya que el Mediador tiene prohibición expresa para comparecer a favor de cualquiera de las partes en la calidad que sea, manteniendo la confidencialidad del proceso.

En el ámbito de los contratos administrativos, la mediación ha sido una herramienta de mucha utilidad para la gestión de los conflictos. De hecho en la práctica, se dan muchos

²⁷ CAIVANO Roque, GOBBI Marcelo y PADILLA Roberto, “Negociación y Mediación”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina, 1997.

más procesos de mediación que de arbitraje, ya que la mediación es un mecanismo muy familiar e informal que permite analizar cualquier clase de conflicto. El momento de elaborar el acuerdo, es cuando se debe tener muy en claro cuáles son las exigencias legales que tienen las partes intervinientes, para poder encontrar solución al conflicto.

Precisamente se ha discutido hasta que punto la Administración pública tiene facultad para lograr un acuerdo de mediación, sin que las entidades gubernamentales de control y patrocinio, tales como la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, Comisión de Control Cívico contra la Corrupción, entre otras, fiscalicen o peor aún glosen a los funcionarios públicos que han participado en un proceso de mediación.

En la actualidad, se está siguiendo en la Corte Superior de Quito un juicio colusorio en contra de los funcionarios de una entidad estatal, en contra de un contratista de la mencionada entidad y en contra del mediador que firmó el acta de mediación. Se citó por la prensa a algunos de los demandados, en una acción que sigue el Director Nacional de Patrocinio del Estado, por un proceso que se llevó a cabo en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

Las entidades de control y de patrocinio, tienen la potestad legal de fiscalizar y de verificar que los procesos en los cuales estén en juego recursos del Estado se lleven a cabo apegados a derecho. De igual manera el mediador está en la obligación legal y ética de supervisar y de asistir a las partes en la redacción del acuerdo, precisamente para que no se llegue a un acuerdo ilegal y pero aún se produzca un acto colusorio.

De igual manera el alcance de la materia susceptible de transacción cuando se trata de contratos administrativos, no es muy amplia. El doctor Juan Francisco Arboleda, en su trabajo de titulación para la obtención de su título de especialista superior en contratación pública, hace un detallado análisis de la aplicación de la mediación frente a las potestades administrativas, y manifiesta que:

“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 tienen el derecho de exigir la prestación

*debida y la ejecución en término*²⁸

Cabe que el Estado transija sobre éstas prerrogativas? Es muy difícil la respuesta, es motivo de un análisis profundo donde debería investigarse sobre las más diversas corrientes y en lo más profundo del Derecho Administrativo. Definitivamente en nuestro país, cuando en un proceso de mediación se discuta la aplicabilidad o inaplicabilidad de éstas prerrogativas, es muy difícil que se llegue a un acuerdo. Las partes deberían tener un ánimo absolutamente conciliatorio para ceder su posición, y precisamente esos escenarios ideales no son comunes.

Sin embargo, día a día la mediación va ganando un espacio muy importante en la gestión y resolución de los conflictos. Muchas veces luego de un profundo análisis las partes por propia convicción llegan a la conclusión de que el conflicto debe ser solucionado a través de la vía jurisdiccional, ya sea ordinaria ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo o dejar en manos de un Tribunal Arbitral la solución del conflicto. Precisamente cuando después de un largo análisis del conflicto las partes están en un atolladero y parece no existir solución, quizá se puede llegar a un acuerdo para que el caso se ventile ante un Tribunal Arbitral.

Cada día los Medios Alternos de solución de Controversias van ganando un espacio importante en la sociedad, existe una alternativa para la gestión y posible solución de los conflictos, con la participación directa de los involucrados y ese simple hecho es por demás positivo.

3.4 JURISPRUDENCIA

Aún cuando no existe abundante jurisprudencia ya sea en los Tribunales de la Función Judicial o en los tribunales Arbitrales, vale pena señalar a muy breves rasgos algunos casos de contratos de concesión en los que se ha aplicado distintos medios de solución de conflictos.

²⁸ ARBOLEDA ORELLANA Juan Francisco, “reajustes y Conflictos en los Contratos Públicos”, Número 15 Serie Estudios Jurídicos, Universidad Andina Simón Bolívar, Genaro Eguiguren , Editor Corporación Editora Nacional, Quito 2001.

3.4.1 Contrato de Concesión de la autopista al Valle de Los Chillos.-

El 18 de diciembre de 1994, el Consejo Provincial de Pichincha, suscribe el Contrato de Concesión con la Empresa Tribasa Colisa C.A. cuyo objeto fue la construcción de la ampliación a 7 carriles, el mantenimiento y explotación de la autopista al Valle de Los Chillos. La empresa debía realizar inversiones necesarias para que se de un servicio eficiente e ininterrumpido. La vigencia de este contrato era de 15 años contados desde la fecha de suscripción del mismo. El contrato prevé que el Concesionario perciba en retribución de su inversión, mediante el cobro de las tarifas de peaje y todos los ingresos derivados de la explotación de la Autopista y sus servicios conexos, como es la publicidad. El sistema tarifario de la concesión está regulado bajo el criterio de reajuste semestral, considerando las variaciones del Índice de Precios al Consumidor (IPC).

En virtud de los incumplimientos de la empresa concesionaria, en la realización de obras mayores tales como la repavimentación y prestación de otros servicios a los usuarios, en el año 2001, el Consejo Provincial de Pichincha presentó una demanda ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, para que se declare la terminación anticipada de los contratos principal y ampliatorios celebrados entre las mismas partes. El Tribunal aceptó las pretensiones del Consejo Provincial de Pichincha y dictó sentencia el 15 de diciembre de 2003, declarando la terminación del contrato de concesión.

Frente a esta resolución, la concesionaria interpuso recurso de casación, y el pasado 7 de junio 2006, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia rechazó el recurso planteado, por lo que se ejecutorió la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y el contrato de concesión terminó.

En este caso hubo un intenso debate sobre la competencia para conocer el juicio en primera instancia y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema tuvo que dirimir el conflicto de competencia suscitado entre el Presidente de la Corte Superior de Quito y el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, precisamente por ese tortuoso galimatías jurídico que fue creado por las diversas reformas con respecto a la jurisdicción en materia de contratos administrativos.

El Consejo Provincial de Pichincha actualmente se encuentra administrando el mencionado servicio y tiene un proyecto para llamar a una licitación internacional y concesionar tanto esta autopista, como otros proyectos viales de la provincia.

Cabe destacar el hecho de que antes de que se produzcan los reclamos a través de vía judicial, las partes llegaron a un acuerdo de Mediación en relación con desavenencias menores que tuvieron, lo que demuestra que si funcionó la aplicación de los MASC en una primera etapa.

3.4.2 Contrato de Concesión de Estacionamiento Tarifado en Cuenca.-

El 26 de Marzo de 1998, luego de un proceso de selección aprobado por el Concejo Cantonal de Cuenca, se suscribió un “Contrato de Concesión de Servicio de Estacionamiento Tarifado” entre la Municipalidad y la empresa Autoparque S.A. en calidad de concesionaria. El objeto del contrato era precisamente que la concesionaria a su costa, instale un sistema para la recolección de tarifas a los usuarios de más de mil quinientos espacios de parqueo en dicha ciudad. De igual manera la concesionaria debía pagar a la Municipalidad regalías de la facturación bruta que se generaba por el mencionado servicio.

Las labores de la concesionaria tuvieron oposición por parte de la comunidad, que se opuso sistemáticamente a este proceso, incluso llegando a politizarse el asunto cuando la Asociación de Barrios de Cuenca hizo amenazas graves e contra de la concesionaria y de las autoridades municipales, para que no se eleven las tarifas y no se cobren multas, las dos fuentes que permitían el financiamiento del contrato.

La ejecución de este contrato dio un giro inesperado cuando después de un examen especial, la Contraloría General del Estado solicitó ante los jueces ordinarios de lo civil de Cuenca, que declaren la nulidad del contrato en virtud de que el proceso contractual que originó el mismo, adoleció de objeto ilícito por que violó el orden público cuando el Municipio de Cuenca no aplicó normas expresas de la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento para la licitación, adjudicación y firma del contrato de concesión.

La pretensión de la Contraloría General del Estado para que se declare la nulidad del contrato fue aceptada en primera y segunda instancia en el distrito judicial del Azuay.

Tanto el Municipio como la concesionaria presentaron recurso de casación y el proceso fue sustanciado por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, que en un fallo absolutamente confuso dictado el 18 de marzo de 2003, de una manera contradictoria, en uno de sus considerandos declara que en efecto existe nulidad.

Este contrato contenía una cláusula arbitral para la resolución de conflictos. El caso es muy complejo, puesto que no existe un incumplimiento por parte de la Municipalidad de Cuenca, sino que existe una declaratoria de nulidad. La concesionaria presentó una demanda arbitral en el año 2003 ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, con la pretensión de que se cumpla con el contrato, y de acuerdo a versiones periodísticas publicadas en Diario Hoy de fecha 30 de septiembre de 2003: *“El Tribunal Arbitral ordenó el archivo de la demanda instaurada por la empresa Autoparque , en contra de la Municipalidad de Cuenca..... El fallo se basó en la consideración de que el contrato de concesión terminó por una sentencia emitida por la Segunda Sala de lo Civil de la CSJ y que jamás el Concejo Cantonal dio por terminado unilateralmente el contrato (MAR)”*.

Es muy interesante ver como en este caso la jurisdicción ordinaria intervino para el tema de la nulidad del contrato que fue solicitada por la Contraloría y de igual manera la concesionaria quiso aplicar la cláusula arbitral

3.4.3 Contratos de Concesión de Vías en la Provincia del Guayas.-

En el mes de abril de 1998, el Consejo Provincial del Guayas, como un ejemplo práctico de la descentralización y concesión de carreteras por parte de los entes seccionales, inició los procedimientos para la administración de 513 kilómetros pertenecientes a su jurisdicción provincial, dentro del proceso de autonomía y como parte de su proyecto de autofinanciar la obra pública.

La concesión comprende: estudios, diseños, programas y cronograma de trabajos e inversiones; rehabilitación de cada una de las vías; mantenimiento periódico, rutinario y excepcional de las vías; señalización horizontal y vertical de cada una de las vías, rigiéndose por lo estipulado en la Ley de Tránsito; el mejoramiento de puentes y alcantarillas que se encuentren en la vía; mejoramiento y construcción de canalizaciones en lugares que lo necesiten; construcción, mantenimiento, operación y automatización

de estaciones de peaje; instalación de equipos para la automatización del cobro de peaje; recaudación de ingresos en el peaje; prestación de servicios en los peajes y en las vías; y de modo general administración del sistema vial concesionado. La concesión se dividió en dos tramos, uno denominado Guayas norte adjudicado al Consorcio CONORTE y el otro Guayas oriente adjudicado al Consorcio CONCEGUA.

Lamentablemente, las condiciones económicas del país en el año 1998 y en el año 1999 especialmente cuando se produjo la crisis financiera, la suspensión del pago de deuda externa, el cierre de muchos bancos, la desconfianza de los mercados externos en el país y la inflación se ubicó en cifras jamás antes vistas, produjo que el equilibrio económico de los contratos de concesión que habían sido negociados y adjudicados a los consorcios conformados por empresas nacionales y extranjeras, se afecten gravemente.

Los contratistas se vieron en la grave disyuntiva de encarar la crisis o dar por terminado los contratos, con las graves consecuencias que esto acarrearía. De hecho la contraparte internacional que tenían la participación mayoritaria dentro de los consorcios, eran quienes más temores y dudas tenían sobre el éxito de los contratos, por lo que después de un complejo proceso de negociación directa entre el Consejo Provincial del Guayas y los contratistas para negociar el equilibrio económico dentro de los contratos, la contraparte nacional de una manera ética y responsable, se quedó a cargo de los contratos y sacó adelante el proceso de concesión de carreteras de la provincia del Guayas.

Este caso es muy importante y significativo, tanto por la concesión de medio millar de kilómetros, que para el medio es muy importante, como por la forma en que se logró solucionar los potenciales conflictos que se podían derivar de la terminación anticipada de los contratos. La negociación directa entre las autoridades y los contratistas, fue el medio idóneo a través del cual se logró encontrar la solución al problema grave que se originó en virtud de las terribles condiciones económicas del país a finales de la década de los noventa.

La negociación es muy rescatable, en primer lugar por que es la forma primigenia en que un conflicto debe ser abordado y en segundo lugar, por que las partes son quienes tienen el poder de encontrar la solución sin la intervención de terceros. Es lamentable

que en muy pocas ocasiones en el país se haya utilizado este mecanismo, ya que la negociación directa permita que la solución del conflicto entre la administración y los contratistas satisfaga la necesidad de la comunidad al poder cumplir el objeto de la concesión, como en este caso específico.

3.4.4 Contrato de Concesión de EMELEC.-

Este es quizá el caso más polémico en cuanto a concesiones que se ha dado en el país, con diversos matices en el campo técnico, político, económico y social del mismo. La concesión empezó en el año de 1925, otorgada a una empresa norteamericana llamada Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. (Emelec) constituida en el Estado de Maine (Estados Unidos de América), para distribuir y comercializar electricidad en el país durante 60 años, el tiempo de vigencia del contrato que firmó con el Estado.

Uno de los artículos polémicos del contrato reconocía a la distribuidora un 9,5% de utilidad garantizada, sobre la venta de la energía eléctrica, algo que modernamente se encuentra prohibido tanto en la práctica comercial como en el ordenamiento jurídico nacional. Es por eso que en el año de 1985 cuando era la fecha de la terminación del contrato, aparecieron cuentas cruzadas entre el Estado que reclamaba a Emelec el pago por el suministro de combustible para el funcionamiento de sus plantas termoeléctricas, y a su vez la distribuidora que exigía al Estado el pago de las utilidades previstos en el contrato.

Se han dado cuatro arbitrajes internacionales entre el Estado ecuatoriano y la empresa concesionaria. En uno de estos arbitrajes, el ex vicepresidente de Costa Rica, Jorge Dengo Obregón, fue nombrado árbitro para dirimir la controversia, mientras Emelec seguía abasteciendo a Guayaquil. En el mencionado laudo arbitral se tomaban en consideración las cuentas pendientes entre las partes, no logrando ejecutarse éste laudo y los demás por las impugnaciones de carácter jurídico y político que han ocurrido en el país.

En 1995 el ministro de Energía y Minas de entonces llegó a un acuerdo y suscribió un acta transaccional con la empresa, acordando que se emita un Decreto Ejecutivo, según el cual EMELEC o la empresa internacional que gane la licitación para la generación y distribución de energía eléctrica para Guayaquil deberá pagar al Estado 57 millones de

dólares como parte del cruce de cuentas, a cambio EMELEC y el Estado levantarán todas las demandas que se habían formulado mutuamente y además la concesionaria renuncia a una abultada cantidad de dinero que le correspondía por concepto a la rentabilidad garantizada.

El acuerdo, sin embargo, fue criticado por varios congresistas y profesionales relacionados con la materia, quienes aseguran que se está reconociendo la valoración de los activos de Emelec en 114 millones de dólares que consta en el laudo arbitral que estaba sometido a juicio de nulidad en la Corte Superior de Guayaquil, siendo el propio Procurador del Estado quién inició la demanda de nulidad de laudo.

El 9 de noviembre de 1995, 10 años después de terminado el contrato, se constituye otra vez una compañía denominada Emelec, pero bajo las leyes de las Bahamas y nace la empresa Electroecuador Inc. siendo su principal accionista el señor Fernando Aspiazu, en ese tiempo ex dueño del quebrado Banco del Progreso. Emelec pasó todos sus activos a Electroecuador, que recibió en concesión las plantas termoeléctricas de la ciudad de Guayaquil.

Pero con la quiebra del Banco del Progreso cuyo mayor accionista era el dueño de EMELEC y eran compañías que estaban muy relacionadas, EMELEC pasó a manos de la Agencia de Garantía de Depósitos que es la entidad que administra a los bancos cerrados o en saneamiento para el pago de los créditos debidos a los clientes de los bancos que entraron en crisis en el año 1999.

Desde la quiebra del Banco del Progreso, la empresa ha pasado de mano en mano, hasta que el Estado asumió su control en agosto del 2003, luego de que el CONELEC le retiró la concesión y le cambió el nombre, denominándose en la actualidad CATEG.

CONCLUSIONES.-

- La “Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada”, expedida en el año 1993, trajo consigo una serie de cambios muy importantes en la legislación nacional en materia administrativa y de contratación pública.
- Los contratos de concesión, que se encuentran amparados por la mencionada

Ley y la figura de la concesión, que se encuentra elevada a categoría constitucional en el artículo 249 de nuestra actual Constitución, permiten un ágil desarrollo de la economía y del país.

- La inversión nacional y extranjera que se ha generado desde la expedición de la ley, para la construcción de importantes obras como lo son la rehabilitación de la red vial en la sierra y en la Costa; la construcción de obras importantes como centrales hidroeléctricas, oleoductos, puertos y aeropuertos, demuestran que las reformas han tenido éxito;
- Frente a la creciente autonomía tan reclamada por los gobiernos seccionales, se han dado una serie de reformas que les han permitido a los gobiernos locales, ser generadores de fuentes de empleo y convertirse en grandes contratistas, por lo que también han aplicado casi todos los conceptos y las formas de contratación de la Ley de Modernización, lo que implica que el marco normativo para garantizar la solución de controversias, deba ser claro y transparente;
- La evolución de la solución jurisdiccional de los conflictos en controversias relacionadas con los contratos administrativos, ha sido desgraciadamente un verdadero galimatías jurídico, donde ha habido tantas reformas en tan poco tiempo, lo que demuestra una clara falta de seguridad jurídica y una inestabilidad legislativa tremenda;
- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo se encuentran muy atareados con las causas que por cientos llegan a sus dependencias, ya que tienen competencia para conocer una cantidad muy considerable de reclamaciones administrativas, donde también se encuentran los contratos administrativos;
- Es muy importante que exista una alternativa a la jurisdicción ordinaria para la solución de los conflictos, la aplicación del arbitraje y la mediación permiten un mejor entendimiento de los conflictos, una descongestión a los Tribunales ordinarios y una agilización en la solución de estas causas;
- La expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en el año de 1997 y la elevación a categoría constitucional de los medios alternos de solución de controversias en la constitución de 1998, permiten la utilización de estos mecanismos de una mejor manera, para el bien de la sociedad en general;
- La gestión de los conflictos por parte de quienes están directamente involucrados permite que el nivel de conflictividad baje y que exista una adecuada utilización de la justicia ordinaria.

- Los Medios Alternos de Solución de conflictos, permiten consolidar una cultura de paz, uno de los valores fundamentales en cualquier sociedad, sea ésta del primer mundo o de países en vías de desarrollo como el nuestro que cada día lucha por consolidar sus instituciones.

BIBLIOGRAFIA

ARBOLEDA ORELLANA Juan Francisco, “Reajustes y Conflictos en los Contratos Públicos”, Número 15 Serie Estudios Jurídicos, Universidad Andina Simón Bolívar, Genaro Eguiguren , Editor Corporación Editora Nacional, Quito 2001.

BIELSA Rafael, citado por Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo III, página 580, BIBLIOGRÁFICA OMEBA, Buenos Aires, Argentina 1979

CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Décimo quinta Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1981.

CAIVANO Roque, GOBBI Marcelo y PADILLA Roberto, “Negociación y Mediación”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina, 1997.

CAIVANO Roque, “Arbitraje”, Segunda Edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires - Argentina, 2000.

DROMI José Roberto, *Instituciones del Derecho Administrativo*, Segunda Reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea 1983

DROMI José Roberto, *La Licitación Pública*, Cuarta Reimpresión, Buenos Aires , Editorial Astrea, 1989.

ENDARA OSEJO Jimena, “Modernización del Estado y reforma jurídica, 1992-1996”, Universidad Andina Simón Bolívar, Serie Magíster Volumen 3, Corporación Editora Nacional, Quito 1999.

GIL ECHEVERRY Jorge Hernán., “Curso Práctico de Arbitraje” Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1993.

GOLDBERG, STEPHEN B, GREEN, ERIC D., SANDER FRANK E; DISPUTE RESOLUTION, ADR Harvard Law School; Boston, 1985.

GOTTHEIL Julio, SCHIFFRIN Adriana, *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, Buenos Aires – Argentina, 1996, pág.32.

JALK ROBENS Gustavo, compilador, “Resolución Alternativa de Conflictos”, CLD, Editorial Praxis, Quito 1997.

KOLB, Deborah M. y asoc.: *When talk Works: profiles of mediators*, San Francisco, 1994, Pág.460.

LOWRY Randolph y HARDING Jack, “Mediación: el arte de facilitar los acuerdos”, Instituto para la Solución de Conflictos, Imprenta de la Univesidad de Pepperdine, Malibu California, 1995

NALLAR Daniel M., “El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público”, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1999.

OJEDA SEGOVIA Lautaro, “Modernización ¿para quiénes?”, Centro para el Desarrollo Social, Primera Edición, PPL Impresores, Quito, 1994.

PEÑA GONZÁLES, Carlos: “ La necesidad de las formas alternativas para la resolución de conflictos”, Reunión de Ministros de Cortes Supremas Latinoamericanas, Santiago – Chile, noviembre de 1994.

RIPERT Georges, “*Tratado de Derecho Civil según Planiol*”, Tomo IV, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1964.

SALCEDO VERDUGA Ernesto, “El arbitraje: la justicia alternativa”, Editorial Jurídica Miguez Mosquera, Guayaquil, 2001.

SECAIRA DURANGO Patricio, “ Curso Breve de Derecho Administrativo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, Quito, 2004.

VINTIMILLA SALDAÑA Jaime y ANDRADE UBIDIA Santiago, Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria, CIDES-Unión Europea Programa Regional de Justicia de Paz, Programa Andino de Derechos Humanos y Democracia, 2002-2005.