



DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



El artículo 97 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) señala que “Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley”; en este sentido, el artículo 190 de la CRE reconoce, entre otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, al arbitraje y la mediación, mismos que se aplicarán “con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”, agregando dicho artículo, en su segundo inciso, que: “En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), dispone que: “**De existir diferencias** entre las partes contratantes **no solventadas** dentro del proceso de ejecución, **podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho**, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.” (el énfasis me pertenece).

En este orden de ideas, los artículos 327 y 328 del Reglamento General a la LOSNCP establecen respectivamente que: “(...) Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, podrán acudir al empleo de mecanismos de solución directa o de amigable composición, de considerarlo pertinente (...)” y “(...) En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación y pago. El arbitraje será en derecho (...)”.

El artículo 126 del Código Orgánico Administrativo dispone que en los contratos podrán resolverse diferencias a través de métodos alternativos de solución de conflictos, en los siguientes términos “De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”.

Para que las entidades del sector público puedan someterse a arbitraje deberán cumplir, además de los requisitos generales establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM), cuatro requisitos adicionales determinados en el artículo 4 ibidem:

- 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 a la 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 artículo 44 de la misma ley, respecto de la mediación, determina que “El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder”; y, con relación al arbitraje internacional el artículo 42 de la LAM, señala “Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes”.

El artículo 4 del Reglamento a la LAM establece que: “(...) El Estado y las entidades del sector público definidas en el artículo 225 de la Constitución de la República, podrán someterse a arbitraje nacional o internacional:

- Celebrando un convenio arbitral antes del surgimiento de la controversia;
- Celebrando un convenio arbitral luego del surgimiento de la controversia (...)”

El artículo 16 numeral 1 del mismo Reglamento prevé “El Estado o una entidad del sector público podrán resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica objeto de mediación, incluyendo dejar sin efecto o modificar actos de terminación, caducidad, sancionadores o multas, indistintamente del órgano administrativo que los emita.”

Al respecto, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en su artículo 11, establece que: “Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio. Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.”

Respecto al sometimiento de otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos, celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras, la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, determina igualmente la necesidad de la autorización previa del Procurador General del Estado.

A su vez, el artículo 105 de la LOSNCP, dispone que “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.”

El literal d) numeral 4) del artículo 326 del Código Orgánico de Procesos (COGEP), determina que se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo, las acciones especiales entre ellas, las controversias en materia de contratación pública; por su parte, el artículo 306 del COGEP establece que la oportunidad para el ejercicio de esta acción es de cinco años plazo.

