



LA CONTRATACION PUBLICA

El buen manejo de los fondos de todos





35. MANEJO DE CONTROVERSIAS



LAS CONTROVERSIAS EN LAS CONTRATACIONES PUBLICAS

En un entorno económico tan volátil y en un escenario internacional tan complejo para los organismos contratantes del sector público, ya sean grandes o pequeños compradores, el disponer de buena asesoría jurídica es un elemento indispensable para lograr los objetivos institucionales y por ende el beneficio de la generalidad.

Pero aún con el mejor de los equipos legales, trabajando codo con codo en el día a día, transversalmente e integrado a la visión estratégica de la alta dirección, hay algo seguro e inevitable: en los contratos surgirán controversias.

No se trata de si un organismo contratante se enfrentará a una controversia contractual, sino cuándo y cómo.

Muchos temen y evitan las controversias porque no saben cómo lidiar con ellas.



CONSIDERACIONES GENERALES



Una **CONTROVERSIA** sucede cuando existen puntos de vista divergentes sobre el mismo asunto.

Una controversia no es un conflicto, pero puede llegar a convertirse en conflicto si no recibe un adecuado manejo.



Se deben agotar los medios para evitar que una controversia se convierta en conflicto; en un conflicto generalmente nadie gana, simplemente se dirime que parte pierde menos.

Antes de ser un conflicto, una controversia puede ser un problema, evolucionar a un desacuerdo y crecer hasta convertirse en una disputa.



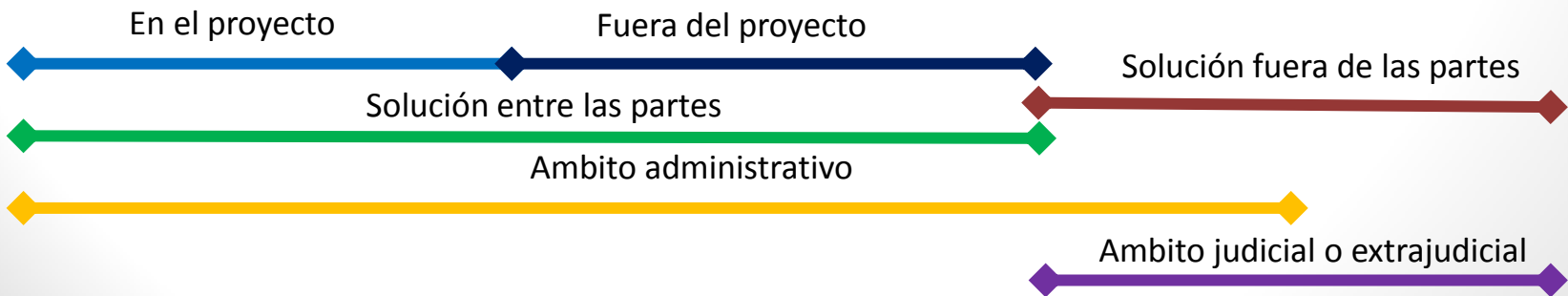
PROCESO NATURAL DE EVOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

1. Los problemas son parte del proceso de un proyecto y suelen resolverse generalmente con la gestión diaria de las partes (contratista – contratante).
2. Los desacuerdos surgen cuando los participantes en el proyecto no pueden resolver el problema sin una negociación importante.
3. Las disputas surgen cuando los participantes en el proyecto son incapaces de resolver el desacuerdo en un tiempo razonable.
4. Los conflictos comienzan cuando la disputa no se puede resolver a nivel de las partes y empiezan a intervenir asesores externos de ambas.
5. Los litigios suceden cuando la resolución final es buscada por medio de una resolución, aceptada por ambas partes, por medio de la corte u otra forma legal.



PROCESO NATURAL DE EVOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

PROBLEMA	DESACUERDO	DISPUTA	COMITÉ DE DISPUTA	CONFLICTO	LITIGIO
					Proceso y documentación formal, corte o arbitraje
			Intervención de los titulares de las partes	Estudios técnicos y legales para cuantificar los derechos	
		Intento de resolución alejado de los responsables del día a día			
Discusión rutinaria y negociación	Profunda negociación honesta				



MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y CONFLICTOS

Existen muchas alternativas para la resolución de un conflicto.

La decisión sobre el tipo de mecanismo de resolución que se utilizará dependerá de una variedad de factores que incluyen:

1. La naturaleza de la disputa;
2. La relación entre las partes;
3. La sensibilidad de los problemas pertinentes;
4. El resultado probable; y
5. El costo del litigio.

Existen diferentes alternativas de resolución:

- Negociación
- Mediación
- Mesa de Resolución de Disputas
- Arbitraje
- Litigación



NEGOCIACIÓN

En la negociación, la participación es voluntaria y no hay ninguna tercera parte.

La negociación ofrece la mejor opción y oportunidad de lograr una resolución pacífica en un conflicto.

Cuando se manejan adecuadamente, los conflictos pueden profundizar las relaciones y fortalecer a la comunidad local, regional o global.

Las reglas básicas de la negociación en la resolución de disputas son engañosamente simples.



REGLAS BASICAS DE LA NEGOCIACIÓN

Jugar limpio: Se deben aplicar las reglas doradas y los principios de igualdad, justicia y honestidad. Si una de las partes insiste en cambiar las metas y las reglas del juego, la otra parte eventualmente se quejará y abandonará el juego.

Escuchar atentamente y de forma pro-activa: Se debe intentar comprender las presunciones, ideas e intenciones de cada cual.

Respetarse mutuamente: El respeto es la clave para mantener el diálogo. Las partes no se deben insultar, mentir o empezar a culparse.

Encontrar un terreno común: Las partes se deben concentrar en las similitudes y en los intereses comunes.



REGLAS BASICAS DE LA NEGOCIACIÓN

Debe haber claridad acerca del objetivo: Cuando una de las partes no es clara sobre su objetivo, es difícil llegar a un acuerdo. Cada parte debe ser receptiva, escuchar otras alternativas y estar preparada a explorar esas alternativas para poder encontrar una solución exitosa.

Hay que concentrarse en los hechos: Se deben separar los hechos de la ficción y de las emociones. Debe Definirse el grupo de realidades básicas que son relevantes en el conflicto.

Utilizar la razón: Las disputas se resuelven pidiendo que se aclare el significado de las cosas; sencillamente se debe hacer lo que es razonable según un observador objetivo.

Resistir a la tentación de utilizar la fuerza: Cuando hay diferencias de poder, el más fuerte puede querer resolver las diferencias utilizando la fuerza o las amenazas. Las partes deben cuidarse de obtener una victoria injusta por fuerza superior, porque siempre hay efectos secundarios negativos.



REGLAS BASICAS DE LA NEGOCIACIÓN

Aceptar y tolerar las diferencias: Es normal que las personas tengan convicciones muy profundas sobre sus propias creencias y valores, pero eso no le da el derecho de atacar a los que tienen otras creencias, no importa cuán ofensivas puedan ser sus opiniones.

Perdón mutuo: Ambas partes deben dejar atrás agravios o problemas anteriores y perdonarse mutuamente para poder reparar su relación.

Hay que estar preparado para hacer concesiones: Tiene que haber algún tipo de “dando y dando” para ambas partes. Es posible que una parte haga concesiones sin violentar el marco regulatorio aplicable.



MEDIACIÓN

En la mediación, hay una tercera parte, un mediador, que no impone una resolución sobre las partes.

Es un proceso confidencial para resolver problemas, en el que el mediador ayuda a las partes a llegar a un acuerdo negociado sobre sus diferencias.

La mediación sirve para satisfacer las necesidades de dos partes en conflicto, mientras preserva o fortalece sus futuras relaciones.

Un mediador se sienta con las partes y guía la discusión.



MEDIACIÓN

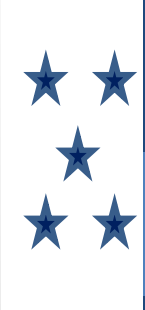
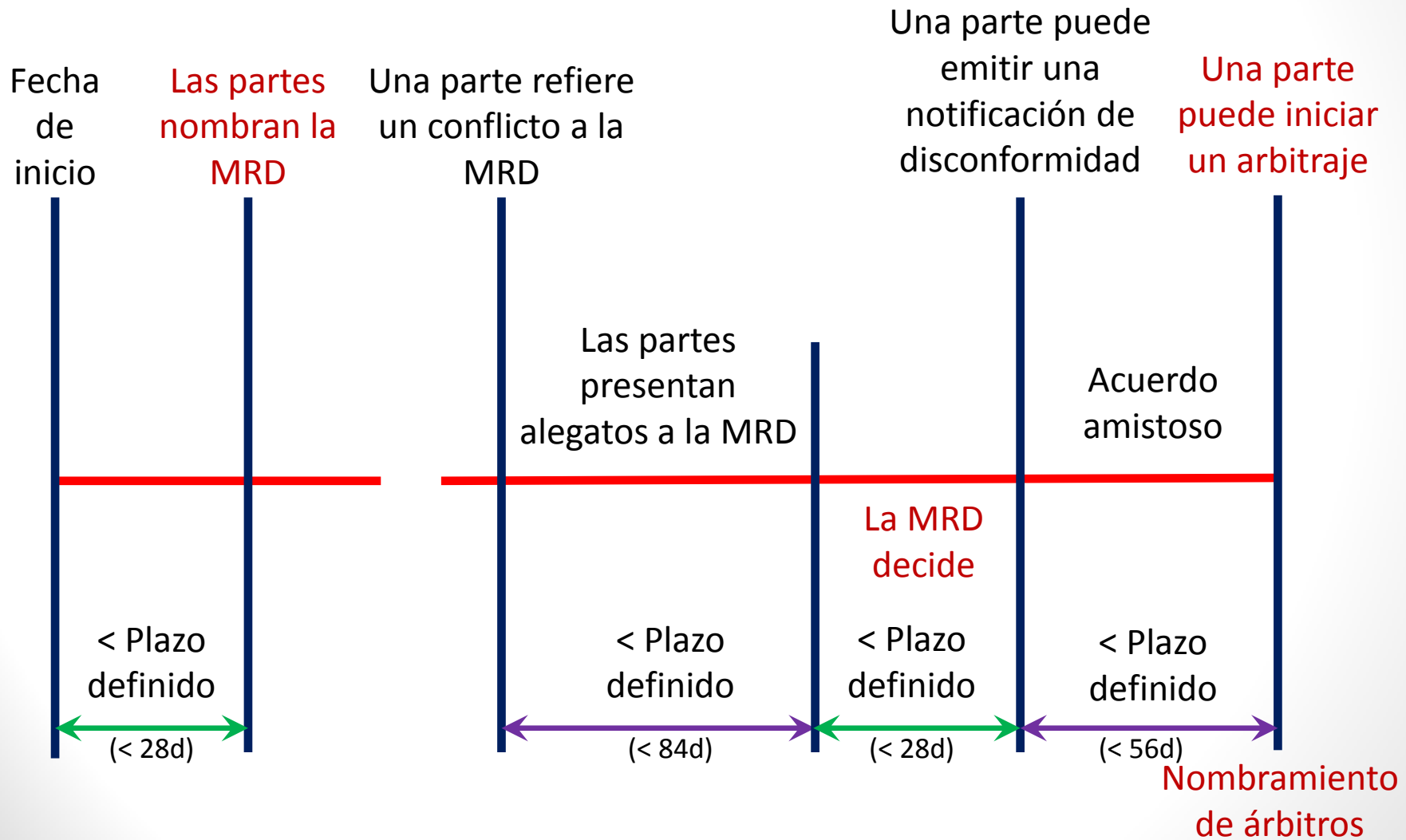
El mediador es un tercero neutral, sin autoridad independiente o habilidad para imponer un convenio.

Su papel no es tomar la decisión final, sino guiar a las partes para que adopten una solución acordada mutuamente.

La mediación funciona mejor cuando las partes desean retener el control del resultado del proceso de resolución.



SECUENCIA TIPICA DE RESOLUCION DE CONFLICTOS



MESA DE RESOLUCION DE DISPUTAS

Mesa de Resolución de Disputas (MRD) es una instancia de resolución de conflictos, formada por una persona o por tres personas así designadas en el Contrato.

Las Partes deberán nombrar conjuntamente una MRD en la fecha establecida en el contrato.

La MRD estará formada, como se determina en el contrato, por una o tres personas convenientemente cualificadas ("los miembros").

Si el número no está determinado y las Partes no acuerdan otra cosa, la MRD estará formada por tres personas.

Si la MRD está constituida por tres personas, cada Parte deberá nombrar a uno de los miembros para su aprobación por la otra Parte.

Las Partes deberán consultar a ambos miembros y deberán llegar a un acuerdo respecto del tercero, que actuará como presidente.



MESA DE RESOLUCION DE DISPUTAS

Sin embargo, si en el Contrato se incluye una lista de miembros potenciales, los miembros deberán ser seleccionados entre los que figuren en dicha lista, descartando los que no puedan o no quieran aceptar la adscripción a la MRD.

El acuerdo entre las Partes con el único miembro ("adjudicador"), o con cada uno de los tres miembros, deberá incorporar condiciones generales del acuerdo de resolución de conflictos.

Las condiciones de remuneración del único miembro, o de cada uno de los tres miembros, incluyendo la remuneración de cualquier experto a quien la MRD consulte, deberán ser determinadas de mutuo acuerdo entre las Partes al acordar las condiciones del nombramiento.

Cada Parte será responsable de pagar la mitad de esta remuneración.



MESA DE RESOLUCION DE DISPUTAS

Si en cualquier momento las Partes así lo acuerdan, podrán someter un asunto conjuntamente a la MRD para que ésta dé su opinión.

Ninguna de las Partes consultará a la MRD sobre un asunto sin el acuerdo de la otra Parte.

Si existiere falta de acuerdo en el nombramiento de la MRD, por alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Las Partes no consiguen alcanzar un acuerdo en el nombramiento del único miembro de la MRD.
- b) Cualquiera de las Partes no consigue nombrar a un miembro de una MRC formada por tres personas
- c) Las Partes no alcanzan un acuerdo con respecto al nombramiento del tercer miembro (para actuar como presidente) de la MRD.

La entidad o persona designada en el contrato como encargada de hacer el nombramiento deberá nombrar a este miembro de la MRD. Este nombramiento será definitivo e inapelable.

Cada Parte deberá ser responsable de pagar la mitad de la remuneración de la entidad o persona responsable del nombramiento.



MESA DE RESOLUCION DE DISPUTAS

Si surgiera un conflicto (independientemente de su naturaleza) entre las Partes con relación a, o como resultado del Contrato o de la ejecución de las Obras, incluyendo cualquier conflicto relacionado con un certificado, determinación, instrucción, opinión o valoración, cualquier Parte podrá someter por escrito el conflicto a la MRD para su decisión, enviando copias a la otra Parte.

En el caso de una MRD formada por tres personas, se considerará que la mesa ha recibido dicha comunicación en la fecha en la que lo ha recibido su presidente.

Ambas Partes deberán poner inmediatamente a disposición de la MRD toda información adicional, acceso al emplazamiento y las facilidades apropiadas que la MRD pueda requerir para poder tomar una decisión sobre el conflicto.



MESA DE RESOLUCION DE DISPUTAS

Se considerará que la MRD no actúa como árbitro (s).

La MRD se desarrolla desde la perspectiva de ganar/ganar.

Se basa en cambiar el conflicto de un ataque adversarial y defensivo a la cooperación.

La MRD emitirá su decisión basada en derecho y a la luz de la información compartida.

En el plazo señalado en el contrato, la MRD deberá emitir su decisión, que deberá ser razonada.

La decisión deberá ser vinculante para ambas Partes, que deberán ponerla en ejecución de inmediato, salvo y hasta que sea revisada mediante acuerdo amistoso o laudo arbitral.

Salvo que el Contrato haya sido ya abandonado, denunciado o resuelto, el Contratista deberá continuar con las Obras de acuerdo con el Contrato.



MESA DE RESOLUCION DE DISPUTAS

Si una de las Partes no está satisfecha con la decisión de la MRD, podrá, dentro del plazo señalado en el contrato a partir de la recepción de la decisión, notificar a la otra Parte su disconformidad.

Ninguna de las Partes tendrá derecho a comenzar un procedimiento arbitral sobre el conflicto, salvo que la notificación de disconformidad haya sido entregada de acuerdo con esta Sub cláusula.

LA MESA DE RESOLUCION DE DISPUTAS EN LA LEGISLACION

La Ley de Contratación del Estado establece:

ARTÍCULO 3-A. Mesas De Resolución De Disputas. En los contratos que suscriba el Estado superiores del monto establecido en el reglamento de esta Ley, debe crearse Mesas de Resolución de Disputas, con el propósito de la misma ayudar a las partes a resolver sus desacuerdos y desavenencias.

Las mesas pueden emitir recomendaciones o resoluciones vinculantes.



ARBITRAJE

En el arbitraje hay un tercero, como un juez privado, llamado árbitro, que impone una resolución.

El árbitro puede ser una persona o un tribunal arbitral formado por varias personas, generalmente tres.

El arbitraje difiere significativamente de la mediación.



ARBITRAJE

El árbitro es una parte neutral y ante él, cada parte defiende su caso en la disputa, en vez de trabajar juntos para llegar a una solución, como en el caso de la mediación.

El árbitro entonces presenta una decisión final obligatoria con respecto a la solución de la disputa (a menos que las partes hayan decidido lo contrario con anterioridad).



ARBITRAJE

La resolución de controversias mediante arbitraje requiere que las partes contractuales se pongan de acuerdo sobre varios temas.

Uno de esos temas es decidir respecto cuál debe ser el fundamento que debe utilizar el tribunal arbitral para resolver la controversia.

La primera alternativa es que el arbitraje sea resuelto “en derecho”, esto significa que el tribunal arbitral se fundamentará en las leyes y reglamentos que aplican al contrato y en el propio contrato.



ARBITRAJE

En contraposición, las partes pueden acordar que la disputa se resuelva “en equidad”; en este tipo de arbitraje, el tribunal arbitral no aplica ni el contrato, ni leyes ni reglamentos para resolver la disputa, sino su entendimiento de lo que es justo y equitativo.

En los procesos de contratación pública, es recomendable que las partes acuerden en el contrato, que en caso de ser necesario, las disputa se resolverán “en derecho” por ajustarse más al principio de transparencia, pilar fundamental en las compras de Gobierno.



ARBITRAJE

Si el tribunal arbitral está constituido por tres personas, cada Parte deberá nombrar a uno de los árbitros para su aprobación por la otra Parte.

Los árbitros nombrados deberán llegar a un acuerdo respecto del nombramiento del tercero, que actuará como presidente del tribunal.



VENTAJAS DE UTILIZAR MEDIACION, MRD Y ARBITRAJE

Además de ahorrar tiempo y dinero, las ventajas de utilizar uno de estos métodos incluyen:

Confidencialidad: las discusiones para remediar la disputa se realizan en privado, frente a un mediador, un adjudicador o un árbitro, no en un tribunal público;

La relación comercial, la cual podría perderse en la atmósfera cáustica de una sala de justicia, puede ser preservada;

La disputa puede ser resuelta en privado y utilizando términos que ambas partes han acordado de antemano;

Los hechos complicados pueden ser considerados por las partes en conflicto, con la asesoría de expertos externos del respectivo campo si es necesario, en vez de que la decisión sea tomada por un juez o jurado compuesto de personas laicas.



REQUISITOS INDISPENSABLES

Para poder resolver un problema utilizando la mediación, la MRD o el arbitraje, las partes deben:

Crear la atmósfera adecuada: encontrar un territorio neutral donde el problema pueda ser discutido de forma cortés;



Aclarar las percepciones: determinar a qué se refiere cada parte (las percepciones pueden ser más fuertes que la realidad de la situación);

Concentrarse en las necesidades individuales y comunes;



LITIGACION

La litigación es la resolución de una disputa judicial ante los tribunales del Estado.

El litigio es un conflicto de intereses calificado y elevado a una autoridad jurisdiccional por un sujeto de derecho con una intención o pretensión contra otro que manifiesta una resistencia o que se opone al planteamiento del primero.

El litigio suele ser sinónimo de juicio, es decir, el acto en el que las partes se encuentran debatiendo sus posiciones.

Por ello, no debe confundirse con proceso judicial, lo cual es una serie de actividades jurídicas de carácter formal, encaminadas a resolver un litigio.



LITIGACION

Llevar un caso a un tribunal no es la mejor opción porque:

- Incrementa la acritud o las asperezas;
- Convierte el conflicto en una situación en la que el resultado final es uno en el que se gana o se pierde;
- Implica un gasto significativo recursos;
- Los tiempos de resolución se vuelven descontroladamente largos.

En la litigación, los representantes de las Partes deben conocer a profundidad la posición de sus representados, para defender su posición jurídica de la forma más adecuada a sus intereses.

Por lo anterior, es importante que las Partes cuenten con documentación de respaldo, como pruebas materiales de sus actuaciones durante la ejecución del contrato.



LITIGACION

El alcance de la litigación incluye la emisión de informes y opiniones legales sobre cuestiones potencialmente litigiosas, así como la realización de análisis preventivos para identificar y evitar posibles riesgos jurídicos.

Las Partes deben diseñar y ejecutar las estrategias pre-contenciosas y contenciosas más acordes con la defensa de sus intereses.

Contra la resolución de la disputa por la vía administrativa o extrajudicial, quedará expedita la vía judicial ante los tribunales de lo Contencioso Administrativo, salvo que el contrato establezca la posibilidad de acudir al Arbitraje.

Agotada que fuere la vía administrativa, el contratista podrá:

- Recurrir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, o
- Recurrir a un arreglo extrajudicial por medio de una mesa de resolución de disputas, o
- Recurrir a un arreglo arbitral.



LITIGACION

La Ley de Contratación del Estado, establece lo siguiente respecto a la litigación:

ARTÍCULO 3.- Régimen Jurídico. El régimen jurídico de las contrataciones a que se refiere el Artículo 1 de la presente Ley será de Derecho Administrativo, siendo competente para conocer de las controversias que resulten de los mismos la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.



ARTÍCULO 1.- Ámbito de aplicación. Los contratos de obra pública, suministro de bienes o servicios y de consultoría que celebren los órganos de la Administración Pública Centralizada y Descentralizada, se regirán por la presente Ley y sus normas reglamentarias.



REQUISITOS PARA ARBITRAJE Y LITIGACION

Los procedimientos claros y justos y las judicaturas independientes proveen una seguridad institucional porque garantizan la rendición de cuentas, ayudando así a que el ambiente contractual sea predecible y fiable.

Estas instituciones ayudan a establecer y mantener un alto nivel de confianza y cooperación entre el sector público y el sector privado.

La certitud incrementa para ambas partes cuando existen procedimientos claros para la resolución de disputas mediante el arbitraje o mediante tribunales independientes.



REQUISITOS PARA ARBITRAJE Y LITIGACION

La calidad de estas instituciones es crítica para afirmar el compromiso del gobierno en restringir el poder discrecional de los reguladores.

Las judicaturas independientes proveen un soporte fundamental para el sistema legal y reglamentario de un país.

Un poder judicial independiente con antecedentes de ser justo aporta credibilidad y transparencia al marco legal y, por consiguiente, tranquiliza a los inversionistas.



ESTRATEGIAS PARA LIDIAR CON LOS CONFLICTOS

Ya que los conflictos siempre surgirán es importante conocer las diferentes estrategias para lidiar con ellos.

Es importante evaluar el tipo de conflicto y seleccionar la estrategia más conveniente.

Usualmente se aplican cinco enfoques diferentes:

Evasión: “puede que no valga la pena preocuparse por ello”;

Complacencia: “puede que tengas razón sobre este asunto. Hazlo como tú piensas que debe ser”;

Confrontación: “voy a ganar este punto e impondré mi punto de vista”;

Colaboración: “combinemos nuestras habilidades y conocimientos para encontrar la mejor solución”; y

Compromiso: “encontrémonos a medio camino y cada uno obtendrá parte de lo se desea”.



ESTRATEGIAS PARA LIDIAR CON LOS CONFLICTOS

ENFOQUE	VENTAJAS	DESVENTAJAS
Evasión		<ul style="list-style-type: none"> a) Usualmente hace que una mala situación se agrave b) Signo de que faltan las habilidades o la confianza necesarias c) No genera soluciones
Complacencia	Puede mantener o mejorar las relaciones cuando el problema no es tan importante	<ul style="list-style-type: none"> a) Agrava la situación con el tiempo b) La gente se siente peor por la falta de acción para resolver el problema
Confrontación	Puede ser rápida y válida en situaciones de urgencia	<ul style="list-style-type: none"> a) Puede llevar a la capitulación, la cual crea conflictos, ese conflicto resurgirá luego b) Puede dañar las relaciones c) Es injusto y amenazante
Colaboración	<ul style="list-style-type: none"> a) Fomenta el sentido de identificación y el compromiso con las soluciones encontradas b) Permite un foro para concentrarse en la solución y exploración de ideas innovadoras c) Fortalece las relaciones d) Responde a un mayor número de necesidades 	Requiere tiempo y paciencia
Compromiso	Cada uno consigue parte de lo que quería; puede ser válido cuando el problema es importante	<ul style="list-style-type: none"> a) Nadie queda completamente satisfecho b) El problema ha sido puesto en segundo lugar después de la relación c) Lo que aparenta ser un compromiso puede realmente ser una capitulación disimulada por diferencias sociales o culturales



LA JUSTEZA EN LA EJECUCION DE CONTRATOS

En el Estado de Honduras, los contratos administrativos deben regirse por el principio de equidad; deben ser justos guardando los derechos de ambas partes.



El CONSIDERANDO cuarto, que motiva la promulgación de la Ley de Contratación del Estado establece:

Que es de interés público disponer de un instrumento jurídico que regule la contratación para la ejecución de obras y la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración Pública, asegurando la equidad y el aprovechamiento óptimo de los recursos estatales.



EL EJERCICIO DE LA EQUIDAD

El Estado, como persona jurídica por excelencia, debe ser justo y no debe configurar con sus actuaciones “Los hechos del Príncipe”



Se conoce con este nombre en la literatura jurídica, el acto del Poder Público que sin tener en cuenta las cláusulas contractuales, rompe unilateralmente lo pactado entre la Administración y un particular y agrava las cargas en que éste había convenido.

Es la imposición arbitraria de la voluntad del administrador sobre el administrado.



DEFINICION Y PROCEDIMIENTO



Se entenderá por controversia, cualquier discrepancia sobre aspectos técnicos, financieros, administrativos, legales, ambientales y de cualquier otra índole que surjan entre el Contratista y el Contratante, incluyendo el Supervisor de Obras, como resultado de la ejecución de las Obras

En el caso de controversias el Contratante interpretará mediante acto administrativo motivado, las cláusulas objeto de la controversia, resolviendo las dudas que resultaren.



PROCEDIMIENTO Y DERECHO



La resolución de la controversia se hará por medio del órgano administrativo de mayor jerarquía responsable de la ejecución del contrato, con audiencia del Contratista y sin perjuicio de los recursos legales que correspondan.

Contra la resolución del Contratante quedará expedita la vía judicial ante los tribunales de lo Contencioso Administrativo, salvo que en el contrato se establezca la posibilidad de acudir al Arbitraje.



La justicia en la ejecución del contrato se imparte con atención a los derechos de ambas partes, establecidos en la literalidad del contrato suscrito.



INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

Muchos problemas surgen por contratos ambiguos, cuya interpretación puede ir en contra de quien lo redactó si no es de interpretación clara.



El principio de interpretación “contra proferentem”, también denominado “interpretation contra stipulatorem”, establece que cuando no es posible hacer una interpretación literal de un contrato por causa de cláusulas ambiguas o contradictorias, la interpretación no deberá beneficiar a la parte que redactó esas cláusulas, ocasionando dudas.

Por ejemplo: Si el órgano contratante escribió el contrato confuso, debería ser la del contratista, la interpretación válida a considerar.



CONSIDERACIONES FINALES

Existen prácticas para evitar ambigüedades en los contratos, basadas en el sentido común:

- Definir palabras claves.
- Adaptar los términos al entorno.
- Revisar el contrato después de la firma.
- Revisar el contrato antes del inicio de los trabajos.

Los contratos bien escritos que son fácilmente entendibles, los proyectos bien administrados y ejecutados con éxito y a satisfacción de todas las partes, no se producen por accidente ni casualidad.

Contratos y proyectos bien escritos y correctamente ejecutados suelen ser el resultado de profesionales altamente cualificados, con experiencia, que trabajan juntos para lograr un objetivo común.



MALAS PRACTICAS, SINTOMAS DE FRAUDE Y CORRUPCION



- Decisiones injustas y lesivas al Gobierno, para beneficio de particulares.
- Justificación de pagos indebidos por medio de conflictos aparentes.
- Encubrimiento de incapacidades administrativas con simulación de conflictos.





GRACIAS POR SU ATENCION

Esta presentación estará a su disposición en el
portal de HonduCompras

