

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL  
ECUADOR”**

Realizado por:

**MARÍA DANIELA GUARDERAS ALARCÓN**

Director del proyecto:

**DR. JUAN CARLOS MORALES**

Como requisito para la obtención del título de:

**ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR**

Quito, julio de 2013

## **DECLARACIÓN JURAMENTADA**

Yo, MARÍA DANIELA GUARDERAS ALARCÓN, con cédula de ciudadanía No.171884974-6, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

**María Daniela Guarderas Alarcón**

**C.C.: 171884974-6**

## **DECLARATORIA**

El presente trabajo de investigación titulado:

**“ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL ECUADOR”**

Realizado por:

**MARÍA DANIELA GUARDERAS ALARCÓN**

como Requisito para la Obtención del Título de:

**ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**

ha Sido dirigido por el profesor

**JUAN CARLOS MORALES**

quien considera que constituye un trabajo original de su autor

**Dr. Juan Carlos Morales**

**DIRECTOR**

## **LOS PROFESORES INFORMANTES**

Los Profesores Informantes:

**Dra. Brenda Vanegas**

**Dra. Adriana Ocampo**

Después de revisar el trabajo presentado,  
lo han calificado como apto para su defensa oral ante  
el tribunal examinador

Dra. Brenda Vanegas

Dra. Adriana Ocampo

Quito, Julio de 2011

## **SÍNTESIS**

El arbitraje fue adoptado en el Ecuador, tras existir la necesidad de la justicia legal de tener un complemento que permita una correcta administración de Justicia, dada la congestión y dilación de los procesos que por falta de recursos humanos y de presupuesto se han ido acumulando. Este método alternativo de solución de conflictos, trata de brindar cierto tipo de ventajas tanto para los particulares como para el Estado y sus fines. Entendiendo que uno de los principales objetivos de la contratación pública es tener un sistema dinamizador de la producción nacional, se ha reconocido al arbitraje como una manera idónea para resolver cierto tipo de conflictos que pueden surgir la contratación pública, los cuales serán analizados en el presente trabajo de investigación.

**Palabras claves:** Arbitraje, contratación pública, conflictos, Estado.

## **ABSTRACT**

The arbitration was adopted in Ecuador, because there was the need of the legal justice to have a complement that allows a proper justice administration, given the congestion and delays in the process due to lack of human resources and budget they have been accumulating. This alternative method of dispute resolution is to provide some kind of benefits for individuals and for the state and its purposes. Understanding that one of the main objectives of public procurement is to have a dynamic system of national production, arbitration is recognized as an ideal way to resolve certain types of disputes that may arise in public contracts, which will be analyzed in the present investigation.

**Keywords:** Arbitration, public procurement, dispute, State.

## **DEDICATORIA**

Dedico el presente trabajo a mis padres Patricia y Luis, quienes han cumplido muchos de sus sueños en mi y en mis hermanos, quienes son mi ejemplo y mi fortaleza, a mis dos héroes que me han demostrado que a pesar de lo injusta que puede ser la vida, nada es imposible si estamos juntos; a mis hermanos Bernarda y Luis, quienes han sido mi apoyo, y mis amigos incondicionales; a mi angelito Juliana; a mi familia que ha estado conmigo en mi pasado, quienes son mi presente y a quienes prometo mi futuro.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios, por las bendiciones que me ha dado, por todas aquellas oportunidades y desafíos que me han permitido crecer, a mis padres y hermanos a quienes les quedo en una eterna deuda por haberme dado todo de sí, en especial su amor, su dedicación y comprensión; a mis maestros, quienes han aportado desde sus diferentes esferas de conocimiento con su granito de arena; a mis amigos; y a todas aquellas personas que directa o indirectamente han contribuido en el desarrollo del presente trabajo.

INTRODUCCIÓN .....	10
CAPÍTULO I.....	15
CONCEPTOS Y DEFINICIONES .....	15
1.1 DEFINICIÓN DE ARBITRAJE.....	15
1.2 ORIGEN DEL ARBITRAJE.....	21
1.3 EL ARBITRAJE FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....	23
1.4 ARBITRAJE Y SU EVOLUCIÓN EN EL ECUADOR.....	27
1.5 ANÁLISIS GENERAL .....	31
CAPÍTULO II .....	33
CONTROVERSIAS ADMINISTRATIVAS EN MATERIA CONTRACTUAL .....	33
2.1 DEFINICIÓN .....	34
2.2 RECLAMOS DEL CONTRATISTA.- .....	36
2.3 RECLAMOS GENERADOS POR LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO .....	38
2.4 RECLAMOS GENERADOS POR LA NULIDAD DE UN CONTRATO PÚBLICO.....	42
2.5 LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.- .....	45
CAPÍTULO III.....	47
ESTADO ACTUAL DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	47
3.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	50
3.2 CUESTIONES QUE EL ESTADO PUEDE SOMETER A ARBITRAJE .....	57
3.2.1 Transigibilidad en materia de contratación pública.- .....	65
3.3 APORTE DEL ARBITRAJE COMO ESTRATEGIA DE DESCONGESTIÓN DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	68
CAPÍTULO IV .....	73
LAUDO ARBITRAL, RESULTADO DE VOLUNTAD DE LAS PARTES, UNA DE ELLAS EL ESTADO; CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS ESENCIALES .....	73
4.1 TRATAMIENTO JURÍDICO .....	74
4.2 JURISDICCIONALIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.- .....	76



4.3 LAUDO ARBITRAL FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO .....	80
4.4 ANÁLISIS GENERAL .....	83
CAPÍTULO V .....	87
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	87
5.1 CONCLUSIONES.....	87
5.2 RECOMENDACIONES .....	90
BIBLIOGRAFÍA.- .....	93

## INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, mientras ha ido evolucionando el ser humano y con él la sociedad como tal, junto con él han ido aumentando los conflictos, entendiéndose que mientras mayor es el número de personas que forman parte de una sociedad, mayores conflictos se pueden generar. Por lo que desde los tiempos más remotos ha sido necesario buscar ciertas maneras de solucionar los conflictos que se presentaban para poder mantener una sociedad en armonía. Visto esto, han surgido una serie de métodos para cumplir con este fin, desde la denominada justicia por mano propia hasta los métodos de auto y heterocomposición, los cuáles han ido apareciendo de acuerdo a la época, y exigencias del entorno social. Desde la Horda, hasta la confederación de tribus no existía prácticamente un tercero que decida sobre el conflicto, sino más bien o se aplicaba la ley del más fuerte o simplemente la solución se tornaba más favorable para quien tenía mayor poder en la organización.

Sin embargo mientras más evolucionaba el hombre con el crecían las necesidades que tenía, por lo que vio necesario organizarse de mejor manera, en este desarrollo de la sociedad comienzan a aparecer los Estados propiamente, como nos dice Borja (2007) “El Estado nació en el momento en que la sociedad se organizó jurídicamente y, a su vez, la realización del Derecho fue desde el comienzo una de las finalidades sustanciales del Estado”. Por lo que construir un sistema de administración de Justicia eficaz que permita el bienestar social pasó a ser uno de los pilares esenciales del Estado, ya que de ella dependía la armonía y el desarrollo del mismo.

Entendiendo la existencia de los tres poderes del Estado, entre ellos el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial a quien Montesquieu denominó pesos y contrapesos, suponen que estos tres, si bien son fundamentales en un Estado, cada uno de los poderes por su importancia deben ser independientes, dado esto podemos ver que el poder judicial, de administrar Justicia debe gozar no solo de independencia sino también de imparcialidad.

He aquí la importancia de una correcta administración de justicia, ya que es necesario como se ha mencionado un sistema fuerte que no solo consolide la sociedad sino que también sea confiable y aplique de manera acertada lo que la Ley determina, asegurando una pronta y eficaz solución de conflictos, lo que conlleva a crear una seguridad jurídica.

Sin embargo las exigencias de la sociedad son permutables, y cada vez surgen nuevas controversias y con estas la búsqueda de nuevos métodos que puedan solucionarlas, cabe decir que si bien es cierto que el Estado es quien tiene la potestad de administrar Justicia, debido a la falta de presupuesto, al mal manejo de recursos y personal, o simplemente a la carga judicial que por su acumulación no se puede lograr un despacho de las mismas, este fin del Estado cada vez ha tenido menor eficacia, sin contar con la falta de confianza que la gente tiene en el sistema judicial en la actualidad.

Pese a los problemas mencionados en el párrafo anterior no son problemas que se han presentado recientemente, sino que lamentablemente han sido problemas que han perdurado durante décadas agudizándose en gran parte.

Por ello, los ciudadanos han buscado otras vías para solucionar sus conflictos, vías alternas a la justicia ordinaria que no solo sean de fácil acceso sino que también den una pronta solución a sus problemas.

Cabe decir que como lo dice Barona Vilar (2007) que: “[...] ha sido el mismo Estado el que, ante una situación de insostenibilidad del sistema judicial en su conjunto, ha virado a la búsqueda de otros mecanismos de tutela para el ciudadano.” (Pág. 48)

Por lo que se puede apreciar, no solo los ciudadanos son quienes notaban una falencia en el sistema judicial sino también el Estado propiamente, el cual comenzó a buscar alternativas para superar las barreras de acceso y eficacia de la justicia generada por el aumento cualitativo y cuantitativo de los juicios que debían resolverse.

Es importante mencionar que en los métodos alternativos de solución de conflictos, su alternabilidad no ha sido bien vista por algunos sectores, ya que tomando en cuenta el origen del arbitraje propiamente, éste nace de la iniciativa privada, pretendiendo resolver solamente cierto tipo de conflictos, significando para algunos la eliminación del poder judicial y la inserción de estos métodos en su lugar, sin embargo el objeto del arbitraje no es este y hoy en día se ha conquistado una serie de sectores, siendo inclusive, hoy por hoy, un complemento a la Justicia ordinaria, descongestionando el flujo de casos que posee y dotando a los ciudadanos una posibilidad de que su conflicto se soluciones en un corto periodo de tiempo y con un solución efectiva, por lo que debe existir una correcta convivencia entre el poder judicial y los MASC.

Como hemos mencionado esta falta de aceptación no solo ha generado una serie de discusiones en el ámbito privado, ya que como se ha indicado los MASC, y específicamente el arbitraje ha ido conquistado una serie de sectores, sin embargo su más discutida aplicación se

centra en el ámbito público, es decir cuando se trata de implementar la alternabilidad para solucionar un conflicto en el que se encuentra involucrado el Estado como parte.

Se debe entender que al estar la sociedad en un constante cambio, es notable que la implementación del arbitraje así como de otro tipo de métodos alternativos en el ámbito del derecho administrativo son seriamente criticados.

Los administrativistas establecen que siempre y cuando se ataque la legalidad de un acto administrativo definitivamente este tiene que resolverlo el contencioso administrativo en su sentencia, por lo que no hay cabida a la existencia del arbitraje o niegan su participación, sin embargo tenemos otro punto de vista, el cual busca separar la legalidad del acto administrativo de los efectos restantes generados por este, sobre todo aquellos que versen sobre cuestiones de tipo patrimonial- económico, tratando así de explicar la admisibilidad del arbitraje de un contrato que efectivamente se ha derivado de un acto administrativo.

Por ello se habla del desafío que tiene el derecho administrativo al cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva,<sup>1</sup> y pensar que siendo el Estado quien regula el poder judicial, en el caso de ciertos litigios, este renuncie a ciertas potestades y se someta a un juicio de particulares, es decir a un juicio arbitral.

Este constituye el punto de partida de la presente investigación, ya que en el campo del derecho privado, no hay duda de la aplicación del arbitraje, sin embargo en el caso de ser una de las partes el Estado, al estar regulado por el derecho administrativo su

---

<sup>1</sup> Benalcazar (2005) define el derecho a la tutela judicial efectiva como: “aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas.”

participación en un arbitraje, requiere una exhaustiva evaluación sobre las finalidades, naturaleza y objetivos del arbitraje como método de solución de conflictos, labor que en su mayoría lo realizan los Tribunales Arbitrales de las diferentes Cámaras de Comercio de nuestro país.

Al estudiar el arbitraje en contratos públicos, es necesario analizar un conjunto de situaciones determinantes para poder establecer lo que puede ser de materia arbitrable y lo que no puede ser sometido a arbitraje remitiéndonos a la Ley, la doctrina y la Jurisprudencia.

Cabe mencionar que la presente investigación se centra exclusivamente en arbitraje en contratación pública a nivel nacional, delimitando a los conflictos que se generan dentro del territorio ecuatoriano, frente a la jurisdicción contencioso administrativa.

El presente trabajo responde a la necesidad de ofrecer una respuesta crítica y motivada sobre la competencia de los tribunales arbitrales en las controversias con el Estado cuya naturaleza sea de carácter contractual, las cuales pueden presentarse en la celebración, ejecución o liquidación de una contrato público, tratando de dilucidar los aspectos que pueden ser resueltos por los Tribunales Arbitrales, y aquellos que son competencias exclusivas de la jurisdicción contencioso administrativa para, con ello, aclarar grandes dudas que han nacido alrededor de este tema que lamentablemente, pese a no ser tan actual, no ha sido resuelto.

# CAPÍTULO I

## CONCEPTOS Y DEFINICIONES

### 1.1 DEFINICIÓN DE ARBITRAJE.-

Existen diversas maneras de solucionar las controversias o litigios, las cuales Montesinos García (2007) las clasifica en tres: autotutela, autocomposición y, la heterocomposición. Esta clasificación se ha realizado dependiendo de quienes intervienen en el arreglo de la disputa, puede ir desde las partes interesadas hasta la intervención de un tercero neutral que pone fin a la controversia. La utilización de cada uno de estos métodos depende de las circunstancias y de las necesidades de las partes que poseen un conflicto de intereses.

A continuación se va a referir brevemente sobre cada uno de estos mecanismos de solución de conflictos, empezando así por la autotutela. Manera de resolver un conflicto a la que Montesinos García (2007) la califica como la forma originaria de resolver una controversia. Éste constituye el método más antiguo de resolución de conflictos, en el que efectivamente impera el interés de una parte y se impone frente a la otra parte usando la violencia o algún tipo de presión de tipo social, para resolver el conflicto.

En segundo lugar se tiene al mecanismo denominado autocomposición, en el que las partes cuyos intereses difieren son las que buscan un arreglo, dentro de este mecanismo se encuentra la negociación, la conciliación y la mediación, puede ser que intervenga un tercero, sin embargo este tercero debe ser neutral y su función es la de viabilizar la comunicación de las partes, entendiendo así que la solución nace únicamente de las partes y de lo que ellas decidan para resolver el conflicto que tienen. Montesinos García (2007) destaca que en este método existe el deseo de las partes de llegar a un acuerdo son que se necesite la intervención de un tercero, sin embargo en caso de intervenir no puede imponer su decisión.

Por último se encuentra el mecanismo de heterocomposición, en el que existe un tercero capaz de decidir sobre la controversia planteada partiendo de las consideraciones que las partes han realizado, tomando en cuenta que si bien es cierto las partes interesadas participan en el litigio y muestran sus puntos y motivaciones sobre el conflicto que tienen, es un tercero quien resuelve el conflicto y da una solución a éste partiendo de lo que ambas partes han demostrado a lo largo del conflicto.

[...]La heterocomposición es aquella fórmula en la que un tercero impone su autoridad a las partes en conflicto y resuelve la cuestión litigiosa, debiendo las partes acogerse a este de forma obligatoria, manifestaciones de esta vía son dos: arbitraje y jurisdicción. (Montesinos García, 2007, Pág. 29)

Este tercero resuelve cumpliendo con la potestad que le otorga la Ley, por lo que el Juez, o Árbitro de acuerdo el caso para resolver un conflicto está investido del poder de hacer que se cumpla con lo que ha determinado, entendiendo así que la jurisdicción que se le ha otorgado le permite que la decisión que tome sea de cumplimiento obligatorio para ambas partes.

[...]Por jurisdicción se entiende la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos. (Echandía, 2009, pág 77)



La jurisdicción no está dividida, sino que para mejor logro de sus fines, ella se ejerce de manera distinta y por diferentes funcionarios que la adquieren para una mejor administración de justicia, es por ello que los árbitros ejercen una función jurisdiccional tal como lo señala el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil.

Del párrafo anterior se puede ver que existe tanto la heterocomposición en la que se encuentran los distintos Jueces y Tribunales y por otro lado una denominada heterocomposición alterna donde se sitúa el arbitraje propiamente. Si bien es cierto ambos cumplen con administrar Justicia hay que hacer una clara distinción entre Jueces y Árbitros. Se debe mencionar que los Jueces forman parte del sistema de administración de justicia del Estado, por otro lado los Árbitros son particulares que están investidos de manera *transitoria* de la función pública de administrar justicia, porque así lo han dispuesto las partes en un convenio arbitral, y por lo que su función termina al resolver la controversia sometida a su conocimiento.

Así es como el arbitraje constituye un mecanismo alternativo de heterocomposición, el cual ejerce la función pública de administrar justicia de acuerdo a lo que establece la Constitución, la Ley y siguiendo el procedimiento que para el efecto han acordado las partes. Por lo tanto sus fallos o laudos tienen el carácter de obligatorio para las partes así como tienen efecto de cosa juzgada.

Feldstein de Cárdenas (1998) acertadamente define al arbitraje como: [...] “un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales.” (Pag. 12)

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce plenamente al arbitraje como método para solucionar controversias, tal es así que el artículo 190 de la Constitución, vigente desde su publicación en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, dispone:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

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.

El arbitraje constituye una vía válida para compensar las carencias del sistema judicial, teniendo las partes la decisión de someter o no su controversia a este método alternativo, dejando como última instancia el acudir a los jueces ordinarios.

La Ley con la que la institución arbitral se ha venido manejando desde hace algunos años en nuestro país, es la Ley de Arbitraje publicada en el Registro Oficial No.145 de 4 de septiembre de 1997, pese a haber transcurrido alrededor de 15 años desde que entró en vigencia ésta Ley, con sus respectivas modificaciones, ésta ha sido aquella que reguló propiamente el arbitraje en nuestro país, y lo continúa haciendo hasta el día de hoy con el nombre de Ley de Arbitraje y Mediación.

Al ser este un mecanismo idóneo para la solución de conflictos reconocido por la Ley especial y la Constitución, los árbitros son particulares que son investidos de la función de administrar justicia de manera transitoria y excepcional, y son las partes quienes habilitan a los árbitros a fallar en derecho o en equidad consecuentemente al agotarse o extinguirse el conflicto definitivamente la función de ellos se agota o tiene fin.

Una de las características esenciales del arbitraje es su carácter consensual, ya que surge de la voluntad de las partes de someter sus controversias presentes o futuras a la decisión de un tribunal arbitral o de un solo árbitro, quedando así este conflicto fuera del alcance y conocimiento de la justicia ordinaria.

Los árbitros imparten justicia a través de un fallo emitido denominado laudo arbitral, que es la decisión que emite el/los árbitro/s resolviendo la controversia que por voluntad de las partes ha sido sometida a su conocimiento cuyo resultado equivale a una sentencia judicial y puede ejecutarse como tal. Así es como lo define la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 32.

El efecto fundamental del arbitraje es el de sustraer de la jurisdicción legal u ordinaria toda competencia sobre la materia específica y concreta a la cual se refiere el acuerdo arbitral, puesto que él impide a cualquiera de las partes recurrir a los jueces de tal jurisdicción y, en caso de que efectivamente se plantee una demanda ante tales jueces, estos tienen la obligación de inhibirse de conocer sobre el caso, si hay acuerdo arbitral, y si existiere duda, han de preferir que la controversia se resuelva en arbitraje. (Ponce, 2011, Pág. 440)

Las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje, según la Ley de Arbitraje y Mediación, son aquellas susceptibles de transacción, es decir solamente aquellas controversias que recaigan sobre bienes o derechos que las partes puedan disponer libremente, al someter a arbitraje este tipo de controversias, estas se excluyen del alcance de los jueces ordinarios, haciendo uso las partes del principio de la autonomía de la voluntad, así como del derecho de libertad de contratación, ambos reconocidos en nuestra Constitución del 2008, en el artículo 66, numeral 16.

Las partes que deciden someter sus controversias al arbitraje, necesariamente deben suscribir un convenio arbitral en el que establezcan su voluntad de recurrir a esta

institución en caso de existir conflictos. Silva Romero (2005), citado por Caivano (2008) define a la cláusula arbitral como:

Un contrato bilateral en el que las partes son, al mismo tiempo, acreedoras y deudoras de dos obligaciones principales: una de “no hacer”, consistente en no someter los conflictos a los tribunales estatales, y otra de “hacer”, consistente en someter la controversia presente o futura a la solución mediante arbitraje. (Pág.58)

Por lo que la base propiamente del arbitraje es el compromiso arbitral sobre el cual se sustenta, debiendo ésta ser válida y ejecutable, siendo por tanto de suma importancia la redacción del convenio arbitral, ya que en él se establecen las normas procesales que regularán el juicio arbitral. Para esto la Ley nos da una serie de pautas del contenido de dicho convenio, incluyendo el tipo de arbitraje al que las partes se someten.

El convenio arbitral no debe constar necesariamente en el mismo instrumento del contrato que se somete al arbitraje, basta que conste por escrito y que haga referencia clara a que negocio jurídico desea someter a conocimiento de los árbitros, para el efecto la Ley de Arbitraje y Mediación establece lo siguiente: (...) “El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere.” (Art, 5)<sup>2</sup>

Caivano establece que existe un compromiso arbitral cuando las partes pactan previo el surgimiento de una controversia su voluntad de acudir al arbitraje a fin de solucionar la misma, y se habla de un convenio arbitral cuando una vez surgida la controversia las partes deciden acudir al arbitraje

---

<sup>2</sup> LAYM reformada por Ley No. 2005-48, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero de 2005, codificada en Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006.

Existen dos tipos de arbitrajes en cuanto a la manera de resolver la controversia, por un lado se encuentra el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad. En el arbitraje de derecho, el árbitro dicta su laudo en apego estricto a lo que establece la ley y el procedimiento señalado para el efecto. Por otro lado está el arbitraje en equidad, en el que el árbitro dicta el laudo correspondiente según su leal saber y entender, dándole un margen de discrecionalidad en la solución de la controversia que se ha puesto en su conocimiento, siguiendo el principio de buena fe. Es así que siempre y cuando el conflicto verse sobre derechos disponibles, las partes podrán preferir que se resuelvan sus litigios a través de la equidad.

De igual manera las partes podrán decidir entre un arbitraje administrado y un arbitraje independiente, en el arbitraje independiente las partes libremente convienen el procedimiento a seguir, por otro lado en el arbitraje administrado, las partes deben someterse a más de lo que establece la Ley, al procedimiento que determine el Reglamento de cada Centro de Arbitraje, los cuales también aportan con la organización, infraestructura y los profesionales necesarios para que se lleve a cabo el arbitraje.

Los elementos que se han detallado anteriormente resultan claves para el desarrollo del arbitraje, como se ha podido ver, la institución arbitral resulta bastante compleja por lo que establecer ciertos conceptos es de suma importancia para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

## 1.2 ORIGEN DEL ARBITRAJE.-

El nacimiento de esta institución se remonta a los principios de la existencia del hombre en la búsqueda de solución a las diferencias de manera rápida y eficaz, sin la necesidad de recurrir a la violencia.

El origen mismo del arbitraje puede atribuirse al Derecho Romano, ya que “a partir de la Ley de las XII Tablas aparece el procedimiento y la intervención de un magistrado que tiene como misión impedir el ejercicio de la justicia privada a través de la imposición de pactos entre las partes. “Feldstein de Cárdenas (1998, Pág. 37).

Se habla de la existencia del arbitraje al existir una controversia entre las partes las cuales buscan ser resueltas por un particular, cuya resolución era de carácter obligatorio, y definitivamente no tenía intervención de las instituciones o magistrados públicos. Teniendo en cuenta que lo más importante de esta institución es la libertad y voluntad de las partes de resolver cierto tipo de conflictos a través de un tercero que era escogido de mutuo acuerdo.

En la Edad Media el arbitraje tomó mayor fuerza y se constituyó en uno de los mecanismos más escogidos por los comerciantes para dirimir sus conflictos sin tener que acudir a la justicia ordinaria la cual ponía una serie de trabas que no facilitaban el desarrollo del comercio. En esta época lo que favoreció en gran medida al crecimiento del arbitraje fue la rápida y efectiva solución a los conflictos de los mercaderes, quienes cada vez más confiaban en este mecanismo.

Posteriormente, en el siglo XVII, época de la Revolución Francesa, [...]” el arbitraje surge como la institución que traduce, dentro del dominio de la justicia, el ideal de fraternidad entre los hombres”. Feldstein de Cárdenas (1998, Pág. 41). En este contexto los grandes principios que motivaron esta revolución son los de *libertad, igualdad y fraternidad*, por lo que

se comienza a buscar la igualdad en todos los campos y la igualdad ante la ley pasó a ser de suma importancia en este periodo hasta hoy en día.

A partir del siglo XIX hasta la actualidad, se puede ver que ha existido una evolución del arbitraje como tal, existiendo un reconocimiento explícito de esta institución a nivel mundial, reconociendo la importancia del respeto a la autonomía de la voluntad, principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de la voluntad contractual, el cual es recopilado en varias legislaciones incluyendo la ecuatoriana, principio fundamental para el desarrollo del arbitraje.

Si bien es cierto el arbitraje ha existido durante varios siglos, sin embargo se puede decir que en la actualidad ha resurgido con vigor, constituyéndose en el instrumento que brinda una solución a una serie de problemas en un lapso de tiempo loable.

### 1.3 EL ARBITRAJE FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.-

El arbitraje ha sido un institución controversial, que para muchos es considerada como la competencia de la justicia formal, por lo que se ha buscado poner una serie de trabas para su desarrollo, pretendiendo que esta institución cada vez se encuentre más ligada y controlada por la justicia ordinaria, Gonzalez de Cossio (2007) sostiene que: “la relación entre el arbitraje y la judicatura es como regla, de colaboración, y, como excepción, de control”. Sin embargo en muchas ocasiones el arbitraje no es considerado como una institución independiente a la judicatura y no debe ser obstaculizado judicialmente. Resulta el arbitraje el complemento la justicia ordinaria, ya que las causas

que dan vida al arbitraje son aquellos problemas que la justicia ordinaria no ha podido resolver y por lo que requiere una institución alternativa que ayude a solucionar controversias y con ello ayude al Estado a cumplir con sus fines.

Para poder investigar de mejor manera este tema, a continuación se procederá a analizar el convenio arbitral como sustento del arbitraje y renuncia a la justicia formal, así como el rol de los árbitros y su función jurisdiccional.

El arbitraje se origina por un acuerdo de voluntades de las partes, el cual se encuentra plasmado en un documento denominado convenio arbitral, cabe decir que el convenio arbitral constituye un negocio jurídico independiente del contrato al que concierne, y el cual puede suscribirse antes de la existencia de un conflicto o una vez que ha surgido un conflicto puede pactarse el sometimiento a arbitraje, al ser el convenio arbitral independiente al contrato, la nulidad de este no acarrea la del convenio arbitral. Este documento constituye el instrumento clave para entender que la voluntad de las partes es la de someter su controversia a la resolución un tercero y que no sea conocida por los jueces ordinarios, y de así hacerlo ellos deberían declararse incompetentes para resolver la controversia respetando lo que determina la ley y la voluntad de las partes. Al entenderse al convenio como un compromiso, sus efectos solamente operan entre las partes contratantes más no a terceros.

Es así, que el arbitraje se fundamenta en su carácter de voluntario en el que las partes acuden a un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria, con la certeza de que se cumplirá con la Constitución, y demás normas establecidas para el efecto, con motivo de la celebración de el contrato o cláusula arbitral con la que aceptan se les dé una solución a su conflicto por medio del laudo que emitan los árbitros en su potestad transitoria de administrar justicia.



Se debe entender que el suscribir un convenio arbitral constituye una excepción a la justicia formal, dado que por regla general quienes tienen la potestad de administrar justicia son los jueces propiamente, sin embargo al existir un convenio, la controversia queda excluida del alcance de los jueces y pasan a ser los árbitros los competentes para resolver el litigio. La decisión que toman los árbitros posee la misma coercibilidad que una sentencia común, ahí la obligatoriedad de su cumplimiento, esa es la garantía que otorga el arbitraje a las partes, el que la decisión que se haya tomado sobre cierto conflicto no vuelva a ser objeto de discusión alguna, ni siquiera por los jueces, al existir cosa juzgada.

Los conflictos que con el arbitraje pueden solucionarse, son de naturaleza disponible, es decir aquellas materias sobre las que las partes pueden disponer válidamente y hacer uso efectivo de las mismas. Es por ello que uno de los requisitos principales del arbitraje es la transigibilidad, es decir que el titular pueda disponer libremente de sus derechos, lo cual se encuentra establecido inclusive en el artículo 1 de Ley de Arbitraje y Mediación<sup>3</sup>.

De la transigibilidad del objeto del conflicto, surge el concepto de arbitrabilidad, haciendo referencia a las materias que podrían estar sometidas al arbitraje que no estén impedidas por razones de tipo constitucional o legal, si bien es cierto que no toda materia puede ser arbitrable, en el pasado no cabía la idea de un juicio arbitral en litigios en los que existían intereses de orden público, sin embargo en la actualidad se ha desarrollado las materias sobre las que puede versar un arbitraje, alejándose de la idea de que esta

---

<sup>3</sup> LAYM reformada por Ley No. 2005-48, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero de 2005, codificada en Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006.

institución opera solamente entre privados y que para cuestiones en las que intervenga el Estado o existan intereses de orden público se debe acudir a la justicia ordinaria, hoy en día existe la posibilidad de que se suscriban convenios arbitrales con el Estado en los casos que permite la Constitución y la Ley, lo cual se desarrollará de mejor manera en los siguientes capítulos de esta investigación.

Que la controversia tenga como objeto disponible, aquellos derechos sobre los que se pueda transigir en el arbitraje resulta de suma importancia, de lo contrario, no hay cabida para el juicio arbitral propiamente, por disposición legal como se menciona en líneas anteriores. Para materias no transigibles inclusive existiendo cláusula arbitral, los árbitros no son competentes para resolver sobre esos temas los cuales son de competencia única de los jueces y es a ellos a quienes se debe remitir el litigio, de lo contrario la resolución que emitan los árbitros acarreará la nulidad.

Es por ello que los árbitros poseen un rol de suma importancia, ya que ellos administran justicia y poseen un carácter jurisdiccional, por lo que responsablemente deben responder a las partes que han confiado en ellos para resolver sus conflictos. El árbitro no es funcionario del Estado y eso debe tenerse presente, las facultades que posee son aquellas que se derivan de la voluntad de las partes que la han plasmado en el convenio arbitral respectivo, y es el único que puede pronunciarse sobre su competencia.

Al no ser el árbitro funcionario del Estado, es pertinente aclarar que el arbitraje es una institución autónoma que posee elementos de carácter contractual y jurisdiccional. Los árbitros poseen funciones jurisdiccionales de carácter temporal, las cuales culminan con la emisión del

laudo arbitral. Expuesto esto es adecuado realizar una diferenciación entre los elementos y características propias del arbitraje y la justicia legal.

Es indudable el carácter jurisdiccional que posee el arbitraje el cual es otorgado por las partes, sin embargo como se ha mencionado al no formar parte de la judicatura debe tenerse clara la alternabilidad del arbitraje a la justicia formal. Existen una serie de diferencias entre jueces y árbitros, por lo que su actuación solamente puede ser cotejada en el carácter de definitivo y de cosa juzgada que tiene su decisión. Por ello, el laudo arbitral posee los mismos efectos que una sentencia emitida por un juez, sin embargo el árbitro carece de la facultad jurisdiccional de *imperium*, y como sostiene González de Cossio (2007) “por ende, no tiene la herramienta indispensable para hacer cumplir coercitivamente la decisión que ha emitido.” (Pág. 179) Lo cual no significa que el laudo arbitral no sea coercible, pues, lo que implica es que para su ejecución requiere acudir a la justicia ordinaria, sin embargo, no por ello los árbitros carecen de poder jurisdiccional. El imperio lo tiene únicamente el Estado, el arbitraje como ya lo mencionamos carece de esta facultad por cuanto la potestad de administrar justicia de los árbitros no es permanente, y culmina con la emisión del laudo arbitral, la ejecución del mismo sería posterior y sus funciones para ese momento habrán cesado. La transitoriedad de los árbitros responde a que el Estado es quien debe administrar justicia y no se puede delegar de manera permanente esta función a terceros, ya que se desvirtuaría por completo una de las funciones propias del mismo.

#### 1.4 ARBITRAJE Y SU EVOLUCIÓN EN EL ECUADOR.-

En el Ecuador, el arbitraje hasta la década de los sesenta se encontraba regulado básicamente por las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 133 de 7 de febrero de 1953 permitiendo llegar al arbitraje por medio de una cláusula compromisoria. Se establecía la existencia de la jurisdicción convencional y que ella nacía del compromiso. En lo referente al compromiso lo denominaba como el “contrato por el cual dos o más personas someten al juicio de árbitros sus diferencias. El compromiso se hará constar en escritura pública o en documento privado reconocido por las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1055.” (Art. 1021). El Código de Procedimiento reguló durante varios años los arbitrajes, sobre todo los denominados arbitrajes *ad hoc*. En la misma perspectiva se expide la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963, la cual regulaba de manera específica los arbitrajes comerciales administrados. En esta Ley, se reconoce los convenios arbitrales en el que las partes decidan someter sus controversias de carácter comercial a los Tribunales Arbitrales de las Cámaras de Comercio o Tribunales internacionales de arbitraje. (Art. 1)

“La Ley de Arbitraje Comercial de 1963 fue dictada con el propósito de facilitar la resolución de los conflictos originados en operaciones comerciales, llenando de ese modo una necesidad en la legislación mercantil al otorgarse mayores garantías a las partes (considerandos del Decreto Supremo del 23 de octubre de 1963). “(Caivano, 2011, pág. 164)

Esta Ley tenía grandes avances entre ellas la validez de la cláusula compromisoria, sin que sea necesario el consentimiento de las partes una vez que la controversia se haya presentado, tal como sucedía en la codificación civil.

En el año 97 se expide la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual derogó la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963, así como la Sección 33 del Título II del

Libro II del Código de Procedimiento Civil del Ecuador, las normas referentes al juicio arbitral. Esta Ley incorpora en un solo cuerpo legal normas relacionadas con el arbitraje administrado y el arbitraje *ad hoc* o independiente, y establece lo siguiente:

“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.” (Artículo 1)

En relación al convenio arbitral señala que: “El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.[...]” (Art. 5)

De este artículo podemos apreciar que a diferencia de las leyes que deroga la Ley del 97, esta permite que por medio del arbitraje no solo se resuelvan controversias contractuales sino también aquellas que no se derivan de un contrato, poniendo como límite de la materia arbitrable el carácter de transigible, es decir que el objeto del arbitraje pueda ser disponible plenamente por la partes.

El antecedente del acuerdo arbitral puede ser cualquier tipo de relación jurídica, sea o no de naturaleza contractual. Puede, por ello, provenir de la existencia de una situación jurídica que genere obligaciones, esto es que se origine de cualquier fuente de obligaciones: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o la ley. (Ponce Martínez, 2011, Pág. 434).

Actualmente, con la Ley de Arbitraje y Mediación,<sup>4</sup> no solo hablamos de arbitrajes en materia civil y comercial, sino también el arbitraje en materia de contratación

---

<sup>4</sup> LAYM reformada por Ley No. 2005-48, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero de 2005, codificada en Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006.

pública, pudiendo acudir al arbitraje no solo las personas naturales o jurídicas, sino también las diferentes entidades que conforman el sector público, cumpliendo con los requisitos que establecen la Constitución y la Ley. En las legislaciones anteriores se permitía acudir al arbitraje a los representantes legales de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, sin embargo actualmente los requisitos para que las entidades de derecho público se sometan a esta institución son más específicos, como se puede ver a continuación:

[...] 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:

- a) 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;
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- d) 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.  
(Art. 4)

Vemos que tenía que sujetarse estrictamente a lo que establece este artículo para que puedan proceder arbitrajes en los que una parte sea el Estado o sus instituciones. De este modo, para que se pueda llevar a cabo un arbitraje con entidades del sector público la controversia debe ser de carácter contractual, y el convenio arbitral debe haberlo firmado la persona autorizada para contratar.

Es importante destacar que solamente desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación y de la Constitución Política de 1998, la participación del Estado así como las demás entidades de derecho público en juicios de arbitraje recibió un notable reconocimiento, y se desarrolló de mejor manera.

## 1.5 ANÁLISIS GENERAL.-

De lo antes dicho, se puede apreciar que el arbitraje no constituye un “enemigo” de la justicia ordinaria, al contrario viene a ser su complemento, un complemento necesario que viabiliza el acceso a la justicia toda vez que resulta evidente que el flujo de casos existentes no alcanza a ser resuelto por la justicia ordinaria.

Esta institución en las últimas décadas ha tenido un gran desarrollo, debido a que el Estado no posee un monopolio de la administración de justicia y ha admitido la necesidad de tener métodos alternativos que puedan resolver cierto tipo de controversias, otorgándoles así el carácter jurisdiccional para que puedan juzgar, sin embargo esta potestad es de carácter transitoria, tomando en cuenta que esta facultad es propia del Estado y solo para ciertos casos de manera excepcional pueden ejercerla los privados, de la manera que establece la Ley.

A nivel constitucional, la Constitución del 98, realiza un gran reconocimiento a los métodos alternativos de solución de controversias, elevando así a rango constitucional la posibilidad de resolver conflictos a través de la mediación y al arbitraje.

Vistos estos avances, el arbitraje posee una serie de ventajas en cuanto al proceso, y a su fácil acomodación al conflicto, toda vez que constituye un mecanismo flexible que puede adaptarse a cualquier circunstancia y va de la mano con las necesidades que hoy en día se presentan, así como el desarrollo tecnológico.

Sin duda alguna por este desarrollo que ha venido acarreado esta institución en varios campos del derecho, de igual manera ha buscado generar un espacio en cuanto a

materia administrativa, abarcando así conflictos que pueden surgir en cuestiones contractuales de contratación pública.

La congestión que enfrenta el sistema judicial también ha afectado al ámbito del derecho administrativo, sin embargo en este campo para el Estado como parte en los conflictos que se tiene que resolver, el retraso de los procesos en muchos casos puede ser un mecanismo de defensa en el que se escuda el Estado para dilatar el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que en este campo los métodos alternativos no siempre fueron el mecanismo mejor visto por el Estado, debido a que de una u otra manera la sede contenciosa le daba mayor confort. Con el desarrollo del arbitraje en algunos campos jurídicos, se han ido desarrollando también algunos temas que pueden someterse a la decisión de los árbitros, sin necesidad de que intervenga la justicia ordinaria, lo cual no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional, genera mayores expectativas en cuanto a la contratación con el Estado, tomando en cuenta que son terceros no ligados a la función pública quienes resolverán la controversia ante ellos planteada.

Sin embargo pese a la aceptación que ha tenido el arbitraje en el campo administrativo, existen varias posturas en cuanto a la resolución de controversias en materia de contratación pública, sobretudo en cuanto a la arbitrabilidad en materia de administración pública, ya que si bien es cierto solo cabe en materia contractual, el contrato público nace de un acto administrativo, por lo que debe analizarse en su conjunto, es decir fase contractual y pre contractual.

Es así que la gran problemática de la procedencia o no del arbitraje radica en la existencia de un acto administrativo, por lo que corresponde tratar de esclarecer este panorama en el que se desarrolla el arbitraje en esta materia.



## CAPÍTULO II

### CONTROVERSIAS ADMINISTRATIVAS EN MATERIA CONTRACTUAL

La administración pública, utiliza una herramienta jurídica denominada contrato en la que permite la actuación de personas naturales o jurídicas para que colaboren con la administración para cumplir con su fin, que definitivamente es el bien común. En los contratos administrativos ambas partes, entiéndase al Estado o cualquiera de sus instituciones y por otro lado el contratista, poseen derechos y obligaciones que se pactan de acuerdo al contrato y su objeto.

En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo. (Cassagne, 1999, Pág. 15)

Este tipo de contratos poseen una característica singular y es que en forma preponderante se rigen por el derecho administrativo, y de manera parcial por el derecho privado, para aquellos aspectos del contrato que haya lugar la aplicación de normas de tipo civil y comercial siempre y cuando se tenga presente que la administración con la suscripción de un contrato público persigue la satisfacción de un interés público.

Resulta adecuado referirse a las normas que rigen a los contratos administrativos, ya que en caso de existir alguna controversia entre el Estado por un lado y el contratista por otra parte se sabe a qué normas regirse y por ende con que normas se puede resolver el conflicto.

## 2.1 DEFINICIÓN.-

Para abordar este tema es necesario partir del concepto de contrato, el cual es una herramienta jurídica en el que existe un acuerdo de voluntades creadoras de derechos y obligaciones, ese vendría a ser el concepto general de lo que es un contrato, para la investigación en curso, específicamente se centrará la atención en los contratos públicos, a los que se los puede entender de la siguiente manera:

Es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los administrados. Implica, en el orden existencial, una declaración bilateral de voluntad común productora de efectos jurídicos, entre “dos personas”, una de las cuales, en la situación, está en ejercicio de la función administrativa. (Dromi, 2001, Pág. 20)

En todos los contratos tenemos como elementos un objeto lícito, causa lícita, consentimiento y capacidad, los cuales se analizará uno por uno. En cuanto al objeto, en los contratos públicos éste siempre recae sobre una obligación de dar, hacer o no hacer algo, cumpliendo con los fines del Estado, debiendo ser cierto, lícito, determinable y físicamente posible. En este tipo de contratos el objeto es relevante ya que existe doctrina que atribuye la diferenciación que existe entre los contratos privados y los contratos públicos, ya que como dice Cassagne (1999): “La presencia de la administración no basta para calificar un contrato como administrativo, ya que éste puede acudir a técnicas de contratación privada, cuando el interés público que persigue no sea relevante [...] (Pág. 16). Partiendo de este argumento el objeto del contrato público, sea la prestación de un servicio o la ejecución de una obra deben ser *relevantes* para satisfacer un interés colectivo, de esta manera se podrá cumplir con el bien común fin que

persigue el Estado, ya que si bien es cierto la administración puede celebrar cierto tipo de contratos donde no necesariamente se vea envuelto el bien común, pueden ser contratos de tipo civil y comercial bastante alejados del ámbito administrativo y de su normativa.

En cuanto a la causa que motiva a los contratos administrativos, es el satisfacer los fines del Estado, es decir cumplir con el fin público, que el Estado tiene la obligación de hacerlo, exteriorizándose en la necesidad de prestar un servicio público cualquiera que este fuera o el ejecutar una determinada obra. Su prestación o realización tiene como motivación el bien común. Para poder existir una causa, esta no solo debe responder a las necesidades que tenga el colectivo, sino también debe haber una habilitación legal que le permita a la administración suscribir un contrato para la cumplir con la necesidad que se pretenda satisfacer, por lo que el contrato deberá cumplir con la normativa vigente, basándose en el principio de legalidad el cual es el pilar de la actuación de la administración.

El consentimiento, y la capacidad, de acuerdo con el art. 1461 del Código Civil, son requisitos para la celebración de todo acto, y por ende para que surta efectos jurídicos y genere derechos y obligaciones debe cumplir con los mismos, entendiéndose de esta manera que: “la capacidad de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra, y que el consentimiento debe de carecer de cualquier tipo de vicio”.

El consentimiento, elemento contractual que se traduce como el acuerdo de voluntades, y por ello propiamente de donde se deriva la bilateralidad del acto.

El siguiente elemento contractual que se analizará es el consentimiento, traducido al acuerdo de voluntades, y a la bilateralidad del acto. Es necesario establecer claramente

que en los contratos públicos la Administración es una parte, por lo que el órgano de la administración en ejercicio de la función administrativa que suscriba el contrato debe ser el competente para hacerlo, y la persona que lo haga debe ser aquella autorizada por la administración, autorización que debe constar en un documento de manera expresa, lo cual va ligado a la capacidad para suscribir un contrato. Quienes tienen capacidad para contratar son de acuerdo a lo establecido en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,<sup>5</sup> “los ministros y máximas autoridades administrativas de las entidades contratantes, así como los representantes legales de las entidades de derecho privado sometidas a la Ley.” [...] (Art. 109)

Una vez que se han mencionado los elementos de los contratos, se puede apreciar que existen varias circunstancias que varían entre un contrato civil y un contrato público, los cuales responden al interés público que pretenden satisfacer.

## 2.2 RECLAMOS DEL CONTRATISTA.-

“El contratista es el sujeto privado, o entidad pública no estatal, que asume la gestión de la prestación del servicio público a través de un contrato público, mediante una concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación otorgada por el Estado. Para ello es preciso en primer lugar que reúna las condiciones exigidas por los respectivos regímenes legales y asegure la eficiente prestación del servicio durante el término que se convenga.” (Dromi, 2001, Pág. 154)

Existe definitivamente una relación jurídica entre el Estado y el Contratista, la cual tiene entre ellas derechos y obligaciones de ambos lados, los cuales se rigen por el contrato que hayan suscrito. Debe haber una proporcionalidad entre las obligaciones y los derechos que se le atribuyen tanto al Estado como al particular o contratista. El contratista tiene la obligación de cumplir con la ejecución de la obra o la prestación del servicio de manera eficiente y siguiendo

---

<sup>5</sup> Decreto Ejecutivo No. 1700, Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009, Última modificación 15 de agosto de 2011, estableciendo quienes tienen capacidad para contratar con entidades del sector público.

los parámetros de calidad y tiempo en el que se haya pactado. Ambas partes, poseen el derecho a que se reparen todos los daños incluyendo el pago por los perjuicios que se causen con ocasión del contrato.

En cuanto al contratista, tiene derecho al pago oportuno, en el modo acordado, lo que constituye una obligación de la administración. Tiene de igual manera el derecho a excepcionarse por el incumplimiento de la administración, el cual debe ser determinante para que el contratista no pueda cumplir con lo pactado, tiene derecho a la tutela judicial, ya que de presentar un reclamo tiene derecho a que se tramite siguiendo los principios constitucionales del debido proceso, y a que se le dé una respuesta de manera pronta y eficaz.

Por otro lado la administración tiene los siguientes derechos: a revisar periódicamente que se cumpla con los parámetros técnicos y de calidad, a excepcionar el incumplimiento del contratista, a rescindir el contrato, a terminar de manera unilateral el contrato por incumplimiento del contratista, a que se le entregue la obra de acuerdo a lo pactado, en el caso de prestación de servicios tiene derecho a que este cumpla con lo establecido inicialmente en el contrato.

Vistos los derechos de la administración por un lado y el contratista por otro, se necesita aclarar que en contratación pública existen ciertos requisitos para que proceda la celebración de contratos estatales entre ellos están la autorización de la administración, verificación del presupuesto, registro único de proveedores (RUP), elaboración de pliegos, conformación de la Comisión Técnica, la publicación de la convocatoria hasta la

adjudicación y notificación de los resultados, hasta ahí la fase denominada precontractual, la cual se perfecciona con la suscripción del contrato público.

Las controversias que se pueden generar pueden ser en cuanto a la adjudicación del contrato o, si antes de resolver la adjudicación, se declara desierto el procedimiento de manera total o parcial, por lo cual se ordena el archivo del proceso, para lo cual la administración emite el respectivo acto administrativo que debe estar debidamente motivado.

En esta etapa, el contratista puede proponer un reclamo, a fin de que la administración revise lo actuado por las entidades que conforman el sector público, y revise si dentro del procedimiento de contratación se ha actuado de manera arbitraria o ilegal.

“Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la presente Ley por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley.

La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado.

De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contencioso administrativa.”

(Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 102)<sup>6</sup>

De no celebrarse el contrato por causas atribuibles a la administración, el contratista podrá demandar de acuerdo a lo establecido en la LOSNCP (Art. 69), la correspondiente indemnización por daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos que ha realizado en ocasión del contrato.

### 2.3 RECLAMOS GENERADOS POR LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.-

Se ha dicho que se perfecciona la fase pre contractual con la suscripción del contrato donde se ingresa a la fase contractual netamente. Existen controversias que pueden surgir en

---

<sup>6</sup> Decreto Ejecutivo No. 1700, Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009, Última modificación 15 de agosto de 2011, permite establecer un procedimiento ante un contratista inconforme.

ocasión de la ejecución del contrato público entre estas se encuentran el incumplimiento de aquellas obligaciones que se han determinado en el contrato administrativo, y aquellas que se relacionan con un factor importante en el contrato que es el precio, la revisión del mismo y su modificación en ciertos casos.

Los contratos administrativos, son definitivamente contratos que exigen un resultado, por lo que el contratista está obligado a la prestación de un servicio o a la ejecución de una obra dependiendo el tipo de contrato suscrito, la administración tiene el derecho a recibir la prestación del contratista en los términos establecidos en el contrato, de esta manera nace la obligación de la administración de pagar el justo precio como contraprestación. Debe entenderse que el precio en este tipo de contratos es fundamental y de carácter irrevocable ya que si algo motiva al contratista a contratar con el Estado es la ganancia que obtendrá por su prestación, y por lo que obtendrá rentabilidad, por lo que la administración debe garantizar que se cumplirá con el precio pactado. Sin embargo existen razones por las que la administración puede variar el precio por causas no previstas en el contrato, es decir no existe un acuerdo en cuanto al mismo en esas circunstancias, la administración puede realizar estas modificaciones por el poder con que cuenta, el llamado *ius variandi*, conocido como el poder para modificar unilateralmente el contrato administrativo, respondiendo al interés público que debe permanecer ante cualquier circunstancia, sin embargo el contratista no puede cargar con el peso que debe asumir la administración, existiendo ciertos límites que el contratista puede soportar, en ese sentido el contratista tiene derecho a que se restablezca la denominada ecuación de los contratos públicos.

“La ecuación se define desde la preparación del procedimiento contractual y de la celebración del contrato, precisando el equilibrio de la prestación del contratista, manifestado en las inversiones que debe realizar y otras cargas que debe soportar,

y la contraprestación del Estado concedente o comitente, que se manifiesta a través de diversas obligaciones y garantías, que tienen por objeto permitir al contratista la obtención de una adecuada rentabilidad.” (Dromi, 2001, Pág. 233)

Existen aquí dos elementos claves, el primero la adecuada satisfacción del interés público, y segundo la ganancia que el contratista espera del contrato público, ese es el normal desarrollo del contrato, pero el contratista al momento que presenta su oferta lo hace tomando en cuenta la situación actual del mercado, fijando así un determinado precio por sus servicios, por ello si esas circunstancias varían por causas no imputables a él, éste tiene derecho a que sea restablecido el equilibrio contractual.

Esas circunstancias que surgen posteriores a la celebración del contrato administrativo, pueden generar un perjuicio para el contratista, en consecuencia se requiere la ayuda del Estado para poder cumplir con su obligación contractual.

El equilibrio financiero del contrato, que se ha mencionado en párrafos anteriores puede verse afectado por las siguientes causas: por el hecho del príncipe, por el hecho de la administración, o por la teoría de la imprevisión.

“La doctrina llama hecho del príncipe a todo acto o hecho emanado de la Administración, actuando en su carácter y condición de autoridad pública, que produzca un perjuicio real y cierto al contratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y afecte de manera anormal o extraordinaria la ecuación económico- financiera del mismo. (O. Emili, 2002, Pág. 628)”

Esta causa es imputable al Estado, quien en ejercicio de sus facultades emite una resolución o acto administrativo de carácter general que cambia las circunstancias iniciales con las que se pacto el contrato, no en su calidad de contratista sino en calidad de autoridad pública, un ejemplo de esto puede ser el establecimiento de un tributo. De darse esto, el contratista tiene derecho a ser indemnizado por el desequilibrio contractual causado.

En cuanto al hecho de la administración, en este caso la administración no cumple con una de sus obligaciones establecidas en el contrato, por lo que la actuación del contratista se ve



truncada, un ejemplo de esta causa es el retraso en el pago, la responsabilidad cae directamente en la administración y de igual manera el contratista tiene derecho a que se le indemnice por los daños causados, al haber incumplido la Administración con las obligaciones contractuales adquiridas.

Por último tenemos la teoría de la imprevisión, en la que ninguna de las partes del contrato tienen responsabilidad alguna, son causas externas al contrato que sin embargo interfieren en la ejecución del contrato, entendiéndose que es una variación económica extraordinaria.

Cualquiera que fuera el motivo, existe un daño al contratista por lo que su reclamo deberá estar encaminado al restablecimiento de la ecuación económica- financiera de los contratos públicos.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones contractuales, este genera responsabilidad contractual y con ello la reparación de los daños y perjuicios causados. Si el incumplimiento proviene de la administración, el contratista podrá solicitar la terminación del contrato, o su resciliación más el pago de los daños causados, es decir daño emergente y lucro cesante, si el incumplimiento del contrato no permite continuar con la ejecución del mismo, por el incumplimiento de la administración el contratista podrá solicitar la indemnización respectiva.

Para la ejecución del contrato, la administración puede realizar ciertas actuaciones unas veces en su calidad de entidad contratante a fin de coordinar ciertas situaciones con el contratista, o puede actuar de manera unilateral. Este actuar unilateral de la administración, constituye un privilegio a favor de la administración contratante, la cual puede adaptar el contrato de acuerdo a las conveniencias sociales, velando por la continuidad de la prestación, y la calidad del servicio o de la obra según sea el caso.

Este tipo de cláusulas con la que cuenta a su favor la administración de ninguna manera pueden ir en contra del ordenamiento legal ni tampoco puede alterar el objeto del contrato, entre ellas están, la terminación, modificación o interpretación unilateral del contrato, el cobro de multas y la aplicabilidad de la cláusula penal de haberse pactado en el contrato. Este tipo de cláusulas, que demuestran la potestad unilateral de la administración se exteriorizan a través de actos administrativos que emite la entidad contratante con ocasión del contrato o en la ejecución contractual. Tomando en cuenta que estos actos administrativos no pueden abusar del derecho, si se presenta reclamos en relación a ellos se ataca la presunción de legalidad de lo actuado por la administración.

## 2.4 RECLAMOS GENERADOS POR LA NULIDAD DE UN CONTRATO PÚBLICO.-

Para los reclamos que pretendan la nulidad sea absoluta o parcial de los contratos administrativos, la LOSNCP<sup>7</sup> nos establece los casos en los que se entenderán nulos:

- “1. Por las causas generales establecidas en la Ley;
  2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,
  3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.
- El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad. “(Art. 65)

Las causas que envuelven la nulidad de un contrato están establecidas en el Código Civil y se relacionan con el objeto lícito, la causa lícita, los cuales constituyen todo aquello que contravenga al Derecho Público Ecuatoriano. En relación a la capacidad para contratar la

---

<sup>7</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo No. 1700, Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009, Última modificación 15 de agosto de 2011

LOSNCNCP, determina quienes poseen inhabilidades para contratar, y evidentemente serán nulos aquellos contratos que se celebren con las personas naturales o jurídicas que la Ley no les habilite para suscribir contrato público alguno, esto en relación al contratista, por otro lado en cuanto a la entidad contratante, debe existir la habilitación correspondiente para que la entidad pública pueda contratar, esto va en relación a las competencias atribuidas a cada órgano que conforma el sector público, ya que en derecho público las competencias de cada órgano las determina la Ley y solo pueden actuar de acuerdo a lo que ella le permita.

Como se aprecia del artículo antes mencionado el Procurador General del Estado de oficio al conocer que el contrato público posee una de las causales de nulidad previstas en la Ley, podrá demandar la nulidad del contrato. Se debe tener en cuenta que la entidad contratante no puede declarar nulos los contratos que ha celebrado, esta potestad de nulidad la poseen únicamente los jueces o {árbitros competentes, y la acción correspondiente puede ser iniciada por el Procurador General del Estado, el contratista que se sintiere afectado, sin embargo cualquier persona de observar irregularidades en los contratos públicos que podrían causar la nulidad de los mismos, puede presentar de acuerdo al artículo 66 de la LOSNCNCP una denuncia al Procurador General del Estado, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiese lugar.

Hasta aquí las reclamaciones en cuanto a la celebración del contrato, la ejecución o la nulidad del mismo, sin embargo posterior a esta etapas existe una fase post contractual, relacionado con la terminación del contrato, lo cual puede darse por haberse cumplido con el mismo, por terminación unilateral de la administración, por mutuo acuerdo de las partes, por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo, por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica.

De haberse terminado el contrato de cualquiera de las formas previstas en la Ley, se procede de acuerdo a lo establecido en el contrato a la liquidación del mismo, para lo cual se podrán realizar las revisiones correspondientes, en la liquidación, de no llegarse a un acuerdo, podrá impugnarse el acto administrativo que para el efecto se emita.

De existir alguna controversia en la etapa precontractual la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009 establece lo siguiente:

“Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la presente Ley por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley.

La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado.

De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contencioso administrativa. “(Art. 102)

En esta fase se trata de resolver las controversias en sede administrativa, se puede proponer los recursos de reposición, apelación o recurso extraordinario de revisión.

De no sentirse conforme el contratista con la resolución que emita la administración en relación a su reclamo podrá acudir al contencioso administrativo.

La Ley del sistema de contratación pública, regula que en caso de controversias en cuanto a la ejecución del contrato, podrán evitar acudir a sede judicial, y podrán acudir a los métodos alternativos de solución de controversias a fin de que se solucione su disputa, para lo cual en el siguiente artículo de la LOSNCP establece 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”.(Art. 104)

De no pactar las partes su sometimiento a arbitraje deberán acudir a sede judicial, para lo cual el tribunal de lo contencioso administrativo será el competente para resolver las disputas originadas en ocasión de los contratos públicos y su ejecución.

Hablamos de la fase de ejecución, ya que es en el contrato en donde consta la cláusula arbitral por lo que está descartado que las diferencias de la etapa precontractual puedan ser solucionada por arbitraje, salvo que una vez surgida la controversia se proceda como establece la Ley de Arbitraje y Mediación, esto es que se obtenga el dictamen favorable del Procurador General del Estado, para que se pueda solucionar cierto tipo de controversias por medio del arbitraje.

## 2.5 LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.-

Ésta jurisdicción responde a la separación de poderes del Estado, pero sobre todo a la desconfianza que tenía la administración de resolver sus litigios en sede judicial, esta institución es fruto de hechos históricos que se le atribuye al denominado Consejo de Estado de la legislación francesa.

En nuestro ordenamiento jurídico la jurisdicción contencioso administrativa, es un organismo de función jurisdiccional, que posee autonomía en el ejercicio de las funciones que la Ley le asigna. Esta jurisdicción tiene por objeto resolver los litigios generado entre el Estado y sus particulares. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968 establece que el recurso ante esta jurisdicción “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 o interés directo del demandante.” (Art.

1)

Como se menciona en líneas anteriores del presente trabajo de investigación, en cuanto a materia contractual, los conflictos que se derivan de la celebración, ejecución, terminación o liquidación de un contrato público, deben someterse a la jurisdicción contencioso administrativa, para lo cual se debe interponer la demanda correspondiente cumpliendo con los requisitos que para el efecto establece la Ley, salvo que las partes hayan pactado que en caso de surgir una controversias, se someten a los procesos de mediación o arbitraje sea administrado o *ad-hoc*.

La jurisdicción contenciosa administrativa tiene como objetivo el frenar los abusos de poder que se puedan presentar, tomando en cuenta que Estado, es una de las partes en la controversia y que posee todas las herramientas necesarias a su favor, sin embargo el contencioso lo que busca es defender a los administrados controlando las actuaciones de las entidades del sector público, es decir del Estado.

## CAPÍTULO III

### ESTADO ACTUAL DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el ámbito de la contratación pública, se exige y se ha exigido un mayor análisis, acerca de la cabida del arbitraje y su campo de acción, sobretodo en cuanto a las relaciones jurídico públicas, ya que tomando en cuenta que una de las partes es el Estado, se requiere mayor precisión y por ende el estudio de algunos aspectos que no se presentan cuando surge un arbitraje entre particulares.

En los capítulos precedentes, se ha hecho una clara diferenciación entre los jueces y los árbitros, la distinción que hace el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, al establecer que el arbitraje es la jurisdicción voluntaria, los árbitros poseen una función jurisdiccional únicamente porque las partes les han investido con la potestad de administrar justicia en virtud de un compromiso arbitral. Las condiciones para que proceda el arbitraje es que exista un acuerdo de voluntades, un convenio arbitral y que la materia sobre la que verse el conflicto sea de carácter transigible.

La legislación nacional, da cabida al arbitraje no solo entre particulares sino también entre el Estado y los particulares, quienes pueden suscribir un convenio arbitral y someter un



determinado conflicto a la decisión de árbitros. Para que proceda este tipo de arbitraje la Ley de Arbitraje y Mediación establece que:

“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:

- a) 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;
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- d) 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.  
“(Art.4)

Como se puede apreciar para arbitrajes con el Estado existen requisitos adicionales, entre ellos, otro límite que impone al arbitraje es que verse sobre cuestiones contractuales, por lo que cualquier cuestión de carácter patrimonial que surja en ocasión de un contrato público puede resolverse por medio del arbitraje.

Por otro lado, la Constitución publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, determina que en materia de contratación pública procede únicamente el arbitraje en derecho, es ahí donde se encuentra la importancia de establecer si se trata de un arbitraje en el que intervenga como parte una entidad estatal, ya que el no pactar un convenio arbitral con este requisito podría acarrear la nulidad del mismo.

Otro de los requisitos es el que se encuentre la forma de selección de los árbitros, así como el contar con el dictamen del Procurador General del Estado una vez surgida la controversia, como lo establece la LAYM, condición de carácter especial que opera únicamente para arbitrajes con instituciones públicas, con el cual se pretende que no

existan convenios arbitrales patológicos y que evidentemente no se estén sometiendo a arbitraje asuntos no permitidos por la Constitución ni por la Ley.

### 3.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.-

El estudio de la evolución normativa del arbitraje en el Ecuador, se ve reflejada de acuerdo a la época, así como a la tendencia ideológica que marca la redacción o abolición de ciertas normas, no solo en lo referente al arbitraje sino de manera general, sin embargo a continuación se podrá apreciar ello de acuerdo al análisis de las normas aplicables en cuanto al presente tema de investigación.

Para poder establecer la evolución del arbitraje en materia de contratación pública, es necesario mencionar que en nuestro país, se conoció al arbitraje propiamente desde la Constitución del Ecuador de 1929, la cual en su numeral 24 del artículo 151, parte pertinente estableció que: [...] “Para la solución de los conflictos del capital y del trabajo, se constituirán tribunales de conciliación y arbitraje.” Como podemos apreciar desde esta época se buscaba un método alternativo para una controversia determinada sea resuelta por terceros particulares, si bien es cierto a la época poco se había profundizado de dicha institución.

El arbitraje en los años sesentas se reguló mediante las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil de 1953, el cual poseía toda una sección sobre el juicio por arbitraje, en el cual se permitía acudir a esta jurisdicción por medio de una cláusula compromisoria. Sin embargo, estas normas hacían referencia a una controversia que ya haya ya surgido, ya que en uno de sus articulados de este capítulo establecía que junto con el compromiso arbitral deberá adjuntarse la demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción y su contestación, de haberla, y no admitía una simple enunciación de que se someterán a arbitraje las controversias que pudieran

suscitarse con motivo de algún acto o contrato, por lo que no surtía efecto si no se lo realizaba de esa manera. Por otro lado el compromiso arbitral debía constar en escritura pública o en documento privado reconocido por las partes. El Código de Procedimiento Civil con su sección respectiva reguló durante varios años los arbitrajes denominados *ad hoc*. Como se puede apreciar, el procedimiento que se establecía resultaba bastante inflexible y dependía en gran medida de la justicia ordinaria, establecía que el recurso de apelación se podía proponer de la sentencia emitida por los árbitros, por lo tanto el laudo estaba sujeto a control de los jueces, de proponerse apelación, sin embargo esta serie de enunciados rompen con el objeto del arbitraje, sobre todo con el de administrar justicia de manera ágil, tomando en cuenta que el arbitraje constituye un método alternativo, que surge como una manera de administrar justicia sin acudir a la justicia ordinaria y así ayudar a la descongestión de los juzgados, el hecho de poder apelar los laudos arbitrales ante los jueces comunes, no contribuía a esta causa, es decir no ayudaba a descongestionar las causas en los juzgados.

Dentro de este contexto, los conflictos que surgían entre un particular y una de las entidades del sector público por lo general no se sometían a arbitraje.

“El prestigio e independencia de que gozaba la justicia ordinaria determinaba que todas las controversias que involucraban a entidades de derecho público sean resueltas por los órganos de administración de la justicia común y que no haya habido necesidad de métodos alternos para asegurar esa independencia y acierto, al menos no en lo tocante a conflictos de inversionistas nacionales con el Estado ecuatoriano.” (Neira, 2010, párr. 8).

Mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 se expide la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963, la cual regulaba de manera específica los arbitrajes comerciales administrados y en especial buscó flexibilizar de alguna manera al proceso arbitral, sin embargo en esta Ley no

establecía normativa alguna que regule a los arbitrajes en los que el Estado sea parte y, por el contrario, solamente regulaba a las controversias mercantiles que surgían entre particulares.

En el año de 1993 se expide la Ley de modernización del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993, la cual tiene como uno de sus objetivos el de regular 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”. [...] (Art. 1). Para cumplir con esto se requería que el Estado delegue a un particular, sea este persona natural o jurídica, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, para lo cual al momento de suscribir un contrato administrativo, la ley de Modernización estableció que para los contratos de delegación era obligatoria la inclusión de una cláusula de arbitraje, con ello esta norma dio gran cabida al arbitraje en materia de contratación pública como se puede apreciar en el segundo inciso del texto normativo de la Ley de Modernización que se transcribe a continuación:

“Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. 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.

Todo contrato de delegación incluirá, necesariamente, una cláusula de arbitraje para la solución de controversias. “(Art. 46)

Sin embargo no pasaría mucho tiempo para que el segundo inciso de este artículo sea derogado por considerarlo inconstitucional. Existían muchas objeciones en cuanto a la obligatoriedad de la cláusula arbitral en los contratos públicos, ya sea porque no se quería atribuir competencias del contencioso administrativo a particulares que resuelvan sobre este tipo de controversias, ya sea porque en esa época el arbitraje propiamente aún no encontraba cabida para

resolver cuestiones en los que el Estado era una de las partes, por lo que en la resolución de la Corte Constitucional<sup>8</sup> se dio de baja a este inciso, ya que se le entendió como una manera de atentar contra la voluntad de las partes de recurrir a este método de manera alternativa más no de manera obligatoria, sin embargo, de la misma resolución existió un voto salvado de un Vocal, Doctor Oswaldo Cevallos Bueno, en relación a la obligatoriedad de la cláusula arbitral que el Pleno de la Corte lo consideró como obligatorio en los contratos públicos, el vocal mantenía un criterio diferente al respecto y manifestó:

“El Pleno del Tribunal calificó la inclusión obligatoria de la cláusula de arbitraje para la solución de las controversias en los contratos de delegación previstos en el artículo 46 de la Ley de Modernización, como inconstitucional, considerando que lo que se estaba imponiendo como obligatorio era el arbitraje. Salvo mi voto pues considero que no existe ninguna inconstitucionalidad, en razón de que lo que es obligatorio no es el arbitraje, sino la inclusión de una cláusula que permita acudir a este método alternativo de solución de controversias, que no es lo mismo. Hay que considerar que si no hay cláusula arbitral y se necesita acudir al arbitraje es necesario realizar trámites y llegar a acuerdos, y que la inclusión de dicha cláusula no significa que necesariamente se ha de ir a un arbitraje, cuando el Estado considera que no es conveniente este método y resuelve acudir a la justicia ordinaria.” (Cevallos Bueno, 2000)

De ambas posturas podemos apreciar que existía una manera diferente de interpretar el artículo 46 de la Ley de Modernización, por un lado la obligatoriedad de la cláusula arbitral con la que se dio una gran apertura al arbitraje en materia de contratación pública, sin embargo no se establecían límites para el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, apartando al contencioso del conocimiento y resolución de los conflictos de delegación. Dado esto, la Corte Constitucional decidió declarar el mencionado segundo

---

<sup>8</sup> Resolución Tribunal Constitucional No. 193, publicada en Registro Oficial Suplemento 234 de 29 de Diciembre del 2000, establece lo siguiente: “Que, en cuanto al artículo 20 inciso segundo de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, si bien el inciso tercero del artículo 191 de la Constitución Política de la República, reconoce al arbitraje como un medio para la solución de conflictos, lo hace como un procedimiento alternativo y no obligatorio como consta del texto impugnado y por ello deviene en inconstitucional.”

inciso como inconstitucional. Por otro lado se encuentra acertado el criterio del voto salvado, toda vez que en caso de darse ciertos conflictos meramente administrativos en los que no exista la transigibilidad, requisito básico para que sea resuelta una controversia por medio del arbitraje, existía la obligatoriedad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, o inclusive de no estar de acuerdo una de las partes, renunciar al convenio arbitral, ya que como bien ha mencionado dicho Vocal de la Corte Constitucional lo obligatorio no es al arbitraje sino la inclusión de dicha cláusula en los contratos de delegación, dos cuestiones diferentes.

Dentro del mismo cuerpo legal, la Ley de Modernización del Estado, en el año 2000, se sustituyó el artículo 38 por el Art. 16 de Ley No. 000, publicada en Registro Oficial Suplemento 144 de 18 de Agosto del 2000, 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.” (Art. 16)

Es importante de este artículo mencionar que se reconoce al arbitraje para la resolución de controversias en materia administrativa, en los casos en los que se haya establecido la cláusula arbitral respectiva, y siguiendo los requisitos establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual fue expedida en el año 97, con la cual, se incorporó en un solo cuerpo legal normas relacionadas con el arbitraje administrado y el arbitraje independiente, otorgando gran relevancia el arbitraje con el Estado, entre uno de los avances de esta norma se establecen regulaciones amplias acerca de la cabida del arbitraje con el Estado y las entidades que conforman el sector público permitiéndoles someter sus controversias de carácter contractual a la decisión de árbitros, de igual manera plantea algunos requisitos para este tipo de arbitrajes.

En el año 2001, se sustituye el artículo 38 de la Ley de Modernización por el por Art. 1 de Ley No. 56, publicada en Registro Oficial 483 de 28 de Diciembre del 2001, el cual establece lo siguiente hasta la actualidad:

“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 el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.” (Art. 38)

Por lo dicho, el legislativo eliminó la posibilidad de recurrir al arbitraje en cuanto a materia administrativa de las controversias derivadas de los contratos públicos, atribuyéndole como competencia única y exclusiva al Tribunal Contencioso administrativo.

Por otro lado, otro cuerpo normativo en el que, para resolución de controversias en contratos públicos, se le dio cabida al arbitraje es en materia de hidrocarburos; este sector estratégico del Estado, por su relevancia posee su propia ley que lo regula, la Ley de Hidrocarburos publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978, la cual en su artículo pertinente establece lo siguiente:

“Los actos jurídicos de las instituciones del sector podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En sede judicial, se tramitará ante los tribunales distritales de lo Contencioso - Administrativo. Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta ley podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y arbitraje de conformidad con lo establecido en la ley y en el convenio arbitral correspondiente.” (Art.10)

Para materia de hidrocarburos, existe la posibilidad de que los contratos administrativos incluyan una cláusula arbitral siguiendo los requisitos que establece la Ley de Arbitraje y Mediación para el efecto.

En el año 2008, se expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto de 2008, la cual buscó consolidar en un mismo cuerpo legal todos los procesos en materia de contratación pública y regularlos, de manera que exista un único sistema que armonice a todas las instancias, en las que el Estado o las entidades que forman parte del sector público suscriban contratos para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los contratos de consultoría. En esta Ley, se establece la procedencia del arbitraje en los contratos públicos como método alternativo de solución de controversias estableciendo 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. (Art. 104)

De no acordar las partes someterse a arbitraje, los conflictos se resuelven en el Tribunal Contencioso Administrativo. De haber surgido la controversia de manera posterior a la suscripción del contrato si las partes desean acudir al arbitraje, el Reglamento a la LOSNCP<sup>9</sup> establece que se requerirá el dictamen favorable del Procurador General del Estado para proceder a redactar la cláusula compromisoria respectiva

“Del compromiso o convenio arbitral.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado.

---

<sup>9</sup> Reglamento a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, emitida mediante Decreto Ejecutivo No. 1700, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009.



En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo.” (Art. 162)

En concordancia con lo establecido en el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación. En todo caso el convenio arbitral de acuerdo a lo que establece la Ley debe constar por escrito.

Como se ha podido apreciar de todas las normas mencionadas, el arbitraje ha evolucionado notablemente en materia de contratación pública, cada vez se ha buscado darle mayor campo de aplicación a este mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia administrativa, el cual tiene límites en cuanto a su aplicación: que sea de carácter transigible lo sometido a arbitraje y que se refiera a materia contractual.

### 3.2 CUESTIONES QUE EL ESTADO PUEDE SOMETER A ARBITRAJE.-

Aceptada a nivel constitucional la cabida del arbitraje en los contratos públicos, con ciertas reservas legales para que se puedan resolver las controversias de derecho administrativo por medio del arbitraje, resulta necesario analizar esta forma heterocompositiva de resolver este tipo de controversias, así como el marco legal que da cobertura a dicha institución en materia de contratación pública.

Los contratos públicos son aquellos en que el Estado interviene en su facultad de imperio, lo cual se justifica por tener fines de interés público, es por ello que aquellos se rigen principalmente por normas del Derecho Público, sin embargo el Estado también puede celebrar contratos que se rijan por las normas del derecho común, lo cual se encuentra establecido en el siguiente artículo del Estatuto del Régimen Jurídico

Administrativo de la Función Ejecutiva<sup>10</sup>, mediante el cual se permite a la Administración recurrir a figuras de derecho privado, siempre y cuando esta actúe dentro del ámbito del derecho privado:

“Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.” (Art. 64)

Para poder determinar la naturaleza del contrato y determinar efectivamente que se encuentra ante un contrato administrativo, se necesitan analizar los siguientes factores, en primer lugar que la finalidad contractual sea de interés general, en segundo lugar que el objeto del contrato se encuentre en las normas legales de contratación administrativa, remitiéndose al principio de legalidad y, en tercer lugar, que el Estado, como parte del contrato se encuentre revestido de su potestad administrativa de imperio, la cual se manifiesta en la fase precontractual con el acto administrativo de adjudicación y en la fase contractual estableciendo cláusulas exorbitantes, con las que el Estado pretende regular y precautelar la relación contractual, las cuales son propias del derecho público.

Para que exista un arbitraje estatal, resulta necesario distinguir en primer lugar la existencia de una entidad del sector público como parte, en segundo lugar que el contrato no se rija por las normas del derecho civil y comercial únicamente y tercero que la controversia que se somete al arbitraje sea de carácter contractual, es decir que sea en ocasión de la celebración,

---

<sup>10</sup> Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo 2002, Última modificación: 24 de agosto de 2012

ejecución o liquidación del contrato. De ser así, el arbitraje deberá necesariamente ser en derecho, el convenio arbitral deberá señalar la manera de escoger los árbitros, pudiendo acordar que la controversia sea resuelta por un árbitro único, como lo determina la Ley.

Las limitaciones que en sí posee el arbitraje recaen sobre la habilitación de las partes, entiéndase como la voluntad de que los árbitros resuelvan su controversia, la cual plasmada en un convenio arbitral proporciona la materia objeto del arbitraje y por otro lado que el conflicto sea transigible, ambos aspectos son esenciales para la procedencia del arbitraje y lo cual determina la competencia de los árbitros. En materia de contratación pública se requiere un mayor análisis sobre los alcances del convenio arbitral así como la transigibilidad del objeto del juicio lo cual se observará en las líneas siguientes.

Para poder analizar la materia arbitrable del contrato administrativo, es indispensable definirlo, para lo cual el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva lo define como:

“Todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.” (Art. 75)

A diferencia de los actos administrativos, los contratos administrativos son de carácter bilateral, en el que opera no solo la voluntad de la administración, sino también la del administrado, teniendo así derechos y obligaciones de manera recíproca por un lado la administración como contratante y el particular sea persona natural o jurídica como contratista.

En contratación pública como hemos mencionado existe una fase precontractual, es decir previa a la suscripción del contrato, y una etapa contractual, en la que se encuentra la ejecución del contrato.

Hechas estas consideraciones se va a analizar las materias susceptibles de arbitraje en relación a los contratos públicos. Como primer aspecto, la nulidad de este tipo de contratos podrá solicitarse de no haberse cumplido con los requisitos que para el efecto señala la LOSNCP, es decir por no haber cumplido con los procedimientos que en la Ley se señala o por incompetencia del órgano contratante, a más de éstas, aplican las causas de nulidad que para el efecto establece el Código Civil en relación a los contratos. Quienes pueden solicitar la nulidad del contrato público son los causa habientes, o cualquier persona que conozca de este hecho, quien podrá presentar la denuncia correspondiente al Procurador General del Estado, quien de acuerdo a lo establecido en la Ley, puede iniciar la demanda de nulidad al momento que conociera este tipo de irregularidades. En cuanto a la demanda de nulidad, esta puede presentársela ante el juez competente, o de existir convenio arbitral ante el Centro o árbitros que en el convenio arbitral se haya estipulado. Por ello, por medio del arbitraje resulta procedente declarar la nulidad de un contrato administrativo. Según la LOSNCP podrá darse por terminado un contrato público por laudo ejecutoriado que declare la nulidad del mismo, consecuentemente, un Tribunal Arbitral es competente para declarar la nulidad de los contratos públicos siempre y cuando exista una cláusula arbitral.

Cabe decir que la cláusula arbitral es independiente del contrato suscrito, por lo que la nulidad del contrato, no acarrea la nulidad del convenio arbitral en él establecido, consecuentemente si un contrato posee algún tipo de nulidad el legislador ha establecido que ello no afecta a la vigencia del convenio arbitral, y este tema no sería ajeno a la competencia de los árbitros.

En cuanto a la etapa de ejecución de un contrato con el Estado, la Ley prevé y habilita a someter las controversias derivadas de la fase de ejecución a un Tribunal Arbitral, como se ha mencionado las controversias que pueden someterse a arbitraje son aquellas relacionadas la revisión del precio pactado o al incumplimiento tanto por parte de la entidad contratante como por parte del contratista, pudiendo proceder al resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados, tomando en cuenta lo que establece la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos:

“Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. 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.” (Art. 46) El subrayado me corresponde.

Mediante esta disposición legal, se pretende precautelar el derecho del contratista del Estado, de que el régimen de contratación no pueda ser modificado, o alterado mediante acto legislativo, administrativo o de cualquier otra disposición de autoridad administrativa, y en caso de que el Estado modifique el contrato por razones de interés público, este está en la obligación de compensar al contratista por los daños y perjuicios que dicha modificación le pudere ocasionar o le ocasionare.

Se desataca de ello que uno de los aspectos sustanciales de todo contrato administrativo es el relativo al mantenimiento, lo cual proporciona seguridad jurídica contractual para las partes.

De surgir controversias en relación a ello, cabe el arbitraje en todas las cuestiones de tipo patrimonial que sean objeto de la litis. De darse un reajuste del precio establecido en el contrato, esto podría romper con el equilibrio financiero necesario, a lo que Dromi denomina como la

ecuación de los contratos públicos, por lo que si se afecta esta parte importante en cuanto al precio, debe buscarse la manera de restablecer ese equilibrio contractual, situación en la que el legislador le ha dado plena cabida al arbitraje, debido a que lo que sería objeto de la disputa serían cuestiones meramente patrimoniales y por ende de carácter transigible.

Cuando en líneas anteriores se hablaba de la ejecución del contrato se enunció ciertos factores que pueden presentarse en esta fase, tomando en cuenta que en los contratos públicos está en juego el interés público, y por ende una gran responsabilidad en el contratista para que cumpla con lo convenido, brindando un servicio de calidad o realizando una obra de acuerdo a lo pactado, al velar por este interés la entidad contratante tiene la potestad de emitir ciertos actos administrativos los cuales pueden responder a la naturaleza del contrato, en ese caso lo hará como parte del contrato, o en ejercicio de sus facultades propias de la administración, emitiendo una resolución o acto administrativo no en su calidad de contratante sino en calidad de autoridad pública. No existe duda alguna respecto al arbitraje en materia patrimonial, sin embargo cuando la administración emite un acto administrativo en el ejercicio de su potestad unilateral, la administración no lo hace como una parte del contrato, en este sentido se requiere un mayor análisis, ya que si bien es cierto es una circunstancia que se puede presentar en la fase de ejecución, sin embargo aquello que está en juego es la potestad de la administración de emitir actos administrativos y en base a ello la competencia del Tribunal Arbitral se encontraría frente a frente con la del contencioso administrativo, en nuestra legislación se establece que cabe el arbitraje en la fase de ejecución de los contratos, sin embargo de darse esta situación, no es clara la Ley en cuanto a la procedencia y alcance de la competencia atribuida a los árbitros. Por otro lado en cuanto a los actos que emite la administración con motivo del contrato, es decir cuando por medio de ellos se ordene la modificación, interpretación o terminación del mismo,

herramienta con la que cuenta la administración para el cumplimiento del contrato y la satisfacción del servicio u obra pública que se ha puesto en manos del contratista, definitivamente pueden surgir reclamos en contra de estos actos de la administración en la fase contractual los cuales pueden ocasionar un daño patrimonial al contratista, para lo cual queda abierta la vía arbitral. En nuestro ordenamiento no existe una diferenciación entre los actos administrativos propiamente y aquellos actos que emanan de la administración con objeto contractual, no se debe confundir a estas últimas con simples actuaciones de la administración en relación con el contratista.

Existen ciertas cláusulas exorbitantes en los contratos públicos, por el mismo hecho de lo delicado de ayudar a gestionar al Estado con la prestación de un servicio o la ejecución de una obra; el Estado incluye a su favor ciertas cláusulas que ponen en desventaja al contratista, sin embargo son cláusulas inherentes a la actividad estatal reconociéndole su potestad de imperio. Este tipo de cláusulas excepcionales, o denominadas también exorbitantes de la administración las define Bercaitz citado por Pérez Hualde (2002) como: aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo a su contratante frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público. (Pág.440)

Entre estas cláusulas se encuentra la de caducidad de los contratos administrativos, y la de la potestad de la autoridad contratante de imponer multas. No son susceptibles de arbitraje aquellos actos que profiera la administración contratante en el ejercicio de la potestad unilateral, ya que son cláusulas inherentes a la actividad del Estado y no son susceptibles de transacción, requisito para que proceda el arbitraje en nuestro país, por lo que sería competencia del contencioso administrativo todo acto que se derive de la

potestad excepcional de la administración, entendiendo que lo hace cumpliendo y velando por el bien común y responden a la manifestación de *imperium* del Estado, sin embargo las consecuencias de carácter patrimonial que de dichos actos se deriven podrán ser objeto de arbitraje. Aguilar (2008) en relación a la posibilidad de arbitraje de las potestades públicas establece que:

“se limita según lo dicho a todo aquello que no tenga que ver con el ejercicio de potestades públicas que pueden afectar la ejecución contractual, potestades que son extracontractuales y que no tienen que ver con el acuerdo entre las partes, sino con el ejercicio del poder público”. (Pág.27)

Se debe tener claro que de acuerdo a Dromi (1998) que: “ El acto no deja de ser administrativo porque sus efectos excepcionalmente pueden estar comprendidos dentro del marco del derecho privado”. (Pág. 238) En cuanto a la competencia para resolver acerca de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, el legislador ha dejado como competencia única del contencioso administrativo el resolver aquello, en la normativa ecuatoriana nada se dice acerca de la competencia arbitral para resolver acerca de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, por lo que entendemos que esta potestad está vetada para los Tribunales de Arbitraje entrar a conocer aquello, y por el contrario entendiendo que es el Contencioso Administrativo, el único capaz de sacar de la vida jurídica a los actos administrativos. Resulta muchas veces dificultoso tratar de desmembrar la materia arbitrable de aquella que es exclusiva del contencioso administrativo. Por otro lado en cuanto a la cláusula de multas que se ha mencionado, cabe decir que siendo otra potestad de la administración de obligatoria inclusión en los contratos administrativos, los actos proferidos por la administración declarando el incumplimiento del contratista y con él la imposición de la multa estaría igualmente fuera de la esfera del arbitraje, ya que consiste en una potestad propia de la entidad del Estado para hacerlo.



En cuanto a la terminación del contrato, puede darse por varias causas, es decir puede terminar de una vez cumplido con el objeto del contrato, o de manera unilateral, por caducidad o rescisión, en cualquiera de esos casos se debe hacer una liquidación del mismo, para lo cual los modelos de pliegos de uso obligatorio del INCOP, en su sección V, cláusula vigésima primera<sup>11</sup>, establece que se autoriza al arbitraje en materia de contratación pública, aquellas controversias derivadas de los contratos públicos que surjan en la fase de ejecución, liquidación e interpretación; sin embargo, de no llegar las partes a un acuerdo, y de no haberse establecido que la cláusula arbitral pueda ser competente para resolver conflictos que hayan surgido con ocasión de la liquidación del contrato deberá ser resuelto esa controversia en sede judicial, o será necesario pactar una cláusula arbitral para apartar del conocimiento de los jueces ordinarios y someterlos a un arbitraje, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.

### **3.2.1 Transigibilidad en materia de contratación pública.-**

La transigibilidad y el arbitraje van de la mano ya que desde su inicio el arbitraje requiere que el objeto de este juicio sea susceptible de transacción, es decir que verse sobre materia disponible, de aquello que se puede y es capaz de disponer. En materia civil, esta definición es bastante clara, sin embargo en materia de administrativa, hablar de transigibilidad resulta más complejo como se expondrá en adelante. En el caso de cuestiones civiles, las partes pueden actuar libremente disponiendo de sus derechos siempre y cuando no exista una disposición legal que les impida hacerlo, en materia

---

<sup>11</sup> Modelos de pliegos de uso obligatorio para procedimientos del INCOP, Registro Oficial Suplemento No. 65 de 12 de noviembre de 2009.

administrativa, las entidades del sector público solo pueden hacer lo que la Ley les permite hacerlo, es decir debe existir disposición legal que previamente determine su ámbito de actuación, tomando en cuenta que no responden a intereses particulares sino que actúan por el interés común. Este principio en que se basa el derecho administrativo, el de legalidad, principio que determina que es lo que puede o no hacer la administración pública.

Si en derecho privado hemos hablado de la disposición de derechos, entiéndase ello como transigibilidad, Aguilar (2008) y establece que: los órganos administrativos no son titulares de derechos, ejercen competencias. (Pág. 21) Con lo cual acordamos plenamente, ya que las entidades públicas no son titulares de derechos, sino de potestades que por Ley se les ha otorgado y por ende delimitado, es por ello que su esfera de actuación se ve limitada por la competencia atribuida por ley.

El pactar un arbitraje entre personas particulares resulta sencillo siendo un acuerdo de voluntades en pleno uso de sus derechos; en ese caso todo aquello que sea transigible puede ser objeto de arbitraje, salvo que exista una Ley que establezca lo contrario en cuanto a entidades administrativas el pactar un arbitraje no puede hacerlo en uso de sus facultades, sino en uso de aquellas potestades que el órgano legislativo le ha querido otorgar, por ende cabe establecer una cláusula arbitral para aquellas materias que la Ley permita que se acuda al arbitraje. A nivel constitucional se reconoce al arbitraje como método alternativo de solución de controversias, y existe la posibilidad de pactar arbitraje en contratos públicos de acuerdo con los requisitos que se establecen en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Pueden ser objeto de arbitraje todas aquellas controversias en las que no se encuentra en juego el poder público, ya que si bien es cierto los contratos públicos son de carácter

convencional y por ende ciertas cuestiones que de él se deriven pueden ser transigibles, siempre y cuando la autoridad administrativa no emita actos administrativos, los cuales no son parte del contrato público y responden al poder público con el que se encuentra investido, por lo que no poseen carácter de transigible, por lo que el campo del arbitraje en materia de contratación pública se ve restringido a la convencionalidad de la actividad de la administración, y como se ha hecho referencia esta convencionalidad se ve reflejada en cuanto a las competencias legales atribuidas a los órganos que forman parte del sector público, en consecuencia, la ilegalidad o no del acto administrativo no es susceptible de arbitraje. Sin embargo aquellas controversias de carácter patrimonial que pueda llegar a conocer la jurisdicción contencioso administrativa, derivadas de un acto administrativo son susceptibles de transacción, lo que sería materia disponible para el campo del arbitraje tomando en cuenta que la discusión gira en torno al carácter pecuniario del conflicto, consecuentemente en caso de resolver sobre las cuestiones económicas, por medio de un laudo arbitral, el acto podría ser revocado por la decisión de los árbitros entendiéndose que se han concertado los efectos patrimoniales que este ha producido, cabe acudir al arbitraje siempre y cuando aquellos efectos patrimoniales no sean consecuencia directa de la legalidad de dicho acto administrativo, ya que de ser así, sería competencia única del contencioso administrativo. La postura en la que se gira actualmente en cuanto al arbitraje en materia administrativa, resulta bastante restrictivo, lo que puede llevar a una limitación de la actuación del arbitraje a resolver cuestiones jurídico - privadas de las entidades del sector público, y con ello aquellos negocios que sin duda alguna son de carácter privado por la actuación de la administración.

En relación a lo que hemos mencionado acerca de la legalidad e ilegalidad del acto administrativo, el Consejo de Estado Colombiano (2000), recopilado por González (2004), citado citado por Aguilar (2008) <sup>12</sup>, establece que:

[...]”si bien es factible que las partes de un contrato –en donde una de ellas sea una entidad del Estado-, pueden convenir en someter a la decisión de árbitros las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración o ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes.” (Pág. 29)

Es cierto que en algunas ocasiones se pueden encontrar en un conflicto de competencias tanto la jurisdicción arbitral como la contencioso administrativa, sin embargo cabe decir que en cuestiones de legalidad del acto administrativo emitido en la ejecución del contrato administrativo, esta no puede ser conocida por la jurisdicción voluntaria ya que de declararse su ilegalidad este generaría también efectos en cuanto al proceso de ejecución, y podría existir una inseguridad jurídica de tratarse de este tema en vía contenciosa como en vía arbitral. De entablarse este tipo de conflictos en ambas jurisdicciones deberá analizarse el fondo jurídico, ya que podría existir cosa juzgada, por lo que sería prudente que el conflicto sea resuelto por una sola vía pese a ser cuestiones diferentes, y la resolución podría acarrear consecuencias sobre el mismo objeto controvertido.

### 3.3 APOORTE DEL ARBITRAJE COMO ESTRATEGIA DE DESCONGESTIÓN DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.-

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de febrero de 2000, caso Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra , reproducida en Miguel González Rodríguez, El contencioso contractual, Universidad Libre de Colombia, 2004, P. 317

Para que proceda el arbitraje en los contratos públicos se requiere que las partes hayan pactado previamente en caso de surgir alguna controversia sea en la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato estatal, acudir al arbitraje, para lo cual la fase en la que se debe negociar con la administración la inclusión de esta cláusula es posterior a la adjudicación del contrato, caso contrario de querer ambas partes acudir al arbitraje una vez surgida la controversia, se necesita el dictamen favorable del Procurador General del Estado. Se debe tomar en cuenta que el segundo inciso, del artículo 190 de la Constitución publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, se remite a la ley, se analizará la Ley Especial de Arbitraje y Mediación, aplicable a la materia, que, en su artículo 4, dispone textualmente lo siguiente:

“[...]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: a) 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;. b) La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de designación de los árbitros; y d) 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 acarrea la nulidad del convenio arbitral”.

Se distinguen dos situaciones claves para poder cumplir con este requisito que determina la Constitución y la Ley y son los siguientes: la primera que el convenio arbitral se haya pactado con anterioridad al surgimiento de la controversia, y la segunda situación se refiere a que el convenio arbitral no se haya pactado con anterioridad al surgimiento de la controversia, sino que se lo pacte o firme una vez surgida la controversia, en cuyo caso, la norma legal transcrita exige que se consulte y se obtenga dictamen del Procurador General del Estado.

Es necesario precisar que en un principio cualquier litigio relacionado con la celebración, la ejecución, la terminación o liquidación de un contrato público, tiene que ser conocido por el contencioso administrativo, sin mencionar todas aquellas circunstancias que en el proceso contractual se puedan generar. Es así que la regla general es que este tipo de conflictos, es que sean resueltos en sede del contencioso, salvo que las partes decidan lo contrario, lo cual sería la excepción a dicha regla.

Como se ha podido apreciar a lo largo del tiempo, en nuestro ordenamiento jurídico quienes conocían en el año de 1998 acerca de los conflictos administrativos eran jueces de lo civil quienes poseían estas competencias, situación que cambió a partir del año 2000, con la Ley No. 77 derogada por Ley No. 4, publicada en Registro Oficial Suplemento número 34 de 13 de Marzo de 2000, mediante lo cual se retiró de la competencia de los jueces civiles los litigios administrativos y se declaró competentes al Tribunal Contencioso Administrativo. Como era posible constatar, la carga de causas que poseían los jueces de lo civil era abrumante, por lo que el despacho de las mismas se realizaba con dificultad. La transición de competencias al Contencioso administrativo, no fue un paso simple ya que significaba la reorganización del sistema judicial y con ello todas las consecuencias que esto generó.

El arbitraje de alguna manera sacó de ese gran cúmulo de causas, determinados procesos que podían resolverse mediante este instrumento; como se mencionó en párrafos anteriores en su momento, la Ley de modernización previó la obligatoriedad del arbitraje en los contratos de concesión, excluyendo así del conocimiento de jueces ordinarios conflictos derivados de ese tipo de contratos públicos, lo cual significaba una respuesta al problema que en ese entonces afectaba los intereses del Estado.

Se debe tomar en cuenta que el Contencioso administrativo es competente para resolver de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968:

“Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo:

a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad;

b) Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que establezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquélla;

Conocerá también los juicios de excepciones a la coactiva originados en resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación;

Conocerá y resolverá igualmente en única instancia, de las acciones de prescripción de los créditos fiscales, estatales, locales o seccionales o de las Instituciones Públicas originados en decisiones de la Contraloría General, que se hubieren promovido o se promuevan por los directamente interesados, así como de las excepciones que se propongan en procedimientos coactivos instaurados para el cobro de créditos provenientes de resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación.

c) Conocer y resolver en apelación de las resoluciones de la Junta de Reclamaciones prevista en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa;

d) Conocer y resolver en única instancia, lo concerniente a las violaciones de la Ley que regula la carrera administrativa, que no estuvieren en el caso del literal anterior; y

e) Los demás que fijare la Ley. (Art. 10)

Visto ello el arbitraje al poseer el carácter de excepcional, tiende a resolver conflictos de carácter contractual en un periodo de tiempo menor al que se puede llegar a resolver en sede del contencioso, beneficio no solo para el contratista sino también para el Estado, tomando en cuenta que en un litigio se utilizan no sólo recursos económicos sino también humanos, los cuales podrían tener un mejor uso.

Lastimosamente como lo dice García (2011): Tímidamente, el arbitraje se ha colocado en la esfera pública, casi siempre rodeado de confusiones en sus planteamientos y con muy pocas perspectivas de consolidarse como alternativa a la vía judicial. (Pág. 179) Evitando ponerle al arbitraje tantas trabas, esta institución podría alcanzar a desarrollarse plenamente y de esta manera ser una herramienta práctica de descongestión de los juzgados, sobretodo, centrándonos en el Tribunal de lo contencioso administrativo y en cuanto a la materia administrativa propiamente. Sin embargo existe todavía cierto recelo no sólo por el legislativo sino por los magistrados de otorgar ciertas facultades a terceros, es por ello que la aplicabilidad del arbitraje y su ámbito de aplicación se ha visto limitada. En el año 2012, a nivel nacional de acuerdo al informe de gestión de la Procuraduría General del Estado, solamente existen 304 arbitrajes activos, lo cual indica que existen muchos más procesos que de tener cláusula arbitral podrían ser resuelto por la jurisdicción voluntaria, lo cual implica un ahorro para el Estado y para el contratista, sobretodo en cuestiones de tiempo. De acuerdo al mismo informe de Procuraduría del año 2012 existe un 70% de éxito para el Estado de las causas arbitrales.



## CAPÍTULO IV

### LAUDO ARBITRAL, RESULTADO DE VOLUNTAD DE LAS PARTES, UNA DE ELLAS EL ESTADO; CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS ESENCIALES

El laudo arbitral, pone fin a la controversia que las partes han decidido en pleno uso de la autonomía de la voluntad, renunciando a la justicia ordinaria y otorgándole jurisdicción a los árbitros, terceros investidos de esta potestad pública a fin de que pongan fin al conflicto, García (2011), establece que: el laudo es la resolución dictada por los árbitros en virtud de la cual se pronuncian sobre el fondo del litigio, sobre la pretensión, o sobre el objeto del proceso arbitral. (Pág. 84)

La ley de arbitraje y Mediación, establece en su artículo 25, que el término para que el Tribunal Arbitral dicte el laudo respectivo es de ciento cincuenta días (150), contados a partir de la declaratoria de competencia de los mismos, situación que se decide en la Audiencia de Sustanciación, éste término puede prorrogarse hasta por un período igual, sea que las partes de mutuo acuerdo lo decidan, sea porque el tribunal lo declare de oficio. De ninguna manera podrá el Tribunal Arbitral excederse de dicho término para dictar su laudo, caso contrario se perdería la esencia del arbitraje y se estaría cometiendo los mismos errores que en la justicia ordinaria, lo cual atenta contra la naturaleza de esta institución. El laudo arbitral debe ser puesto en conocimiento de las partes, razón por la

cual la LAYM establece que debe convocarse a las partes a la lectura del laudo, luego de lo cual, se les dará por notificadas. El tiempo en el que ambas partes de la litis son notificadas constituye de vital importancia ya que a partir de ese día comienza a correr el término para la ejecutoriedad del mismo y de considerarlo, una de las partes, o ambas podrían proponer la acción de nulidad respectiva.

En cuanto a los contratos públicos, el tiempo para dictar el laudo es el mismo establecido en la Ley, salvo que en el convenio arbitral se decida un tiempo diferente para poder hacerlo, la notificación correspondiente debe hacerse también a la Procuraduría General del Estado, así como las demás actuaciones procesales que se hayan llevado a cabo, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Caso contrario se estaría atentando contra el debido proceso.

#### 4.1 TRATAMIENTO JURÍDICO.-

El laudo constituye el resultado del sometimiento de las partes por un acuerdo de voluntades, por lo que están obligadas a respetarlo y cumplir con dicha decisión, más allá que se haya derivado el arbitraje por un acuerdo de voluntades, debe cumplirse ya que de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación:

“Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán 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 expedición del laudo.” (Art. 32)

En líneas anteriores se había mencionado que los árbitros poseen en cuanto a la jurisdicción elementos similares a los jueces, salvo por la facultad de ejecución, la cual, de acuerdo con lo establecido por los legisladores, se encuentra reservada únicamente para los

jueces. Es por ello que de ser necesaria la ejecución de un laudo arbitral, se debe recurrir a la justicia ordinaria como se puede apreciar del artículo citado. La resolución dictada por el Tribunal Arbitral no requiere de homologación posterior para su ejecutoriedad, es decir que ningún juez o entidad pública puede revisar las cuestiones que en él se han resuelto para confirmar que posee la misma ejecutabilidad de las sentencias emitidas por los jueces ordinarios, y así equipararlo con una de ellas.

En cuanto a los efectos del laudo arbitral Reglero Campos, citado por Ormazabal (1996) establece lo siguiente:

“Así pues, los efectos y la vinculatoriedad del laudo, idénticos a los de la sentencia, surgen con la definitividad del mismo, que, de modo diverso a lo que sucedía con aquella, comienza con la notificación a las partes y no con la firma de los árbitros. Desde este momento, las obligaciones dimanantes del laudo, si este llega a la firmeza y autoridad de cosa juzgada, deben considerarse nacida desde el preciso instante de la notificación y no desde el momento en que devino firme.”  
(Pág. 48)

Es por ello la importancia de la notificación a las partes del laudo arbitral, ya que desde ese momento nace el carácter definitivo del laudo arbitral, ante el cual el único recurso que cabe es el de nulidad. Es esta otra diferenciación en cuanto al tratamiento de los laudos arbitrales con el de las sentencias.

Una vez transcurrido el tiempo para poder interponer la acción de nulidad, de haberse resuelto ello, o transcurrido el término legal establecido, el laudo se encuentra ejecutoriado.

Lastimosamente, las partes han abusado de la acción de nulidad, otorgándole más bien a este recurso un carácter de segunda instancia, o simplemente como mecanismo para

evitar la ejecución del laudo arbitral si es que se ha suspendido el mismo. Es deber de los jueces de la Corte Provincial frenar el uso excesivo de esta acción la cual, de no tratarse con cautela, podría desvirtuar la institución arbitral lo cual es riesgoso no solo para la agilidad de resolución del arbitraje sino porque en las sentencias de los jueces de la Corte Provincial, únicamente se pueden llegar a analizar cuestiones de forma y el respeto a las diferentes solemnidades procesales más no revisar el fondo del laudo y la decisión que en relación a la litis los árbitros han tomado, ya que son los únicos que han podido apreciar cuestiones acerca del fondo. El laudo respecto al que no se haya planteado la acción de nulidad, adquiere firmeza, por lo que produce efectos de cosa juzgada, motivo por el cual se impide que aquello que ha sido conocido y resultado por un Tribunal Arbitral, o Arbitro único de ser el caso, pueda ser planteado nuevamente ante un nuevo Árbitro/ s, o ante la jurisdicción ordinaria, tomando en cuenta el principio constitucional que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa literal i), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución del Ecuador.<sup>13</sup>

#### 4.2 JURISDICCIONALIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.-

Resulta necesario analizar el tema de la jurisdicción que en líneas anteriores de la presente investigación se mencionó, a fin de llegar a distinguir las potestades de la justicia ordinaria como del arbitraje propiamente, dado que provienen de dos tipo de jurisdicciones y por ende su tratamiento y responsabilidad de quien emana le otorgan otro tipo de diferenciación.

Remitiéndose al concepto de jurisdicción, para el efecto Borja (1997) lo define como: La facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que tienen las Cortes de Justicia y los jueces de un

---

<sup>13</sup> Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008 Gaceta Judicial, NINGUNA PERSONA PUEDE SER JUZGADA MAS DE UNA VEZ POR UNA MISMA CAUSA, 25 de junio de 2004.

Estado. (...) Es por tanto la declaración del derecho, facultad que ejercen los magistrados de la justicia. (Pág. 829)

De ahí se puede analizar que la jurisdicción es la potestad de administrar justicia, por lo que los árbitros poseen la capacidad otorgada por la Ley para hacerlo, en ese sentido las partes renuncian a la justicia ordinaria para acatar la decisión que los árbitros han tomado en relación a la controversia sobre la cual las partes y la Ley les han otorgado la competencia para conocer y resolver, por lo cual la razón del arbitraje se encuentra dada por la voluntad de las partes. Sin embargo, a esta renuncia a la jurisdicción ordinaria el legislador le ha otorgado un carácter temporal, pues, son competentes para conocer el litigio y su función termina con la emisión del laudo arbitral, el cual de acuerdo con lo establecido en la Ley tiene un término máximo de ciento cincuenta días para ser emitido, salvo que las partes en el convenio arbitral estipulen otro término para su emisión, en tal caso se estará a lo que las partes hayan pactado, entendiendo que la razón de ser del arbitraje es la voluntad de las partes. Esta limitación de tiempo para la emisión del laudo arbitral, no solo se hace en virtud de una formalidad procesal, sino también entendiendo que es un período de tiempo razonable para poner fin a una controversia de carácter transigible, en el que se pueden sustanciar los procesos arbitrales tomando en cuenta que ese lapso de tiempo es considerado plausible ante la justicia ordinaria, por los motivos que a lo largo de esta investigación se han expuesto.

El carácter de temporalidad de la función arbitral constituye una de sus características y por ende lo diferencia de la justicia común u ordinaria.

Es por ello que, Rivero Hernández (1991), recopilado por Chocrón (2000) plantea: que durante la vigencia de ese plazo, ya sea convencional o legal, el árbitro actúa con una

especie de legitimación indirecta, parecida a la que se produce con la representación y el apoderamiento, que le ha sido conferido por las partes. (Pág. 40)

Sin embargo este carácter de excepcional no puede entenderse de ningún modo como la existencia de una división de la jurisdicción en una pública y otra privada, al contrario la una constituye la excepción de la otra, no por eso se puede decir que los árbitros carecen de jurisdicción ni por la temporalidad de su actuación, ni por el impedimento de hacer ejecutar aquello que han juzgado. Tanto la jurisdicción ordinaria como la arbitral, otorgan a quienes la ejercen la facultad de administrar justicia, es por ello que los árbitros por sus actuaciones pueden responder civil, penal y administrativamente, al igual que los jueces.

Acotando con ello, Caballol (1997), establece que los sujetos privados carecen de facultades que les permita conseguir los efectos que la ley reconoce al laudo, y que es el Estado el que les atribuye esta potestad que, por ello, el arbitraje no es una realidad privada y que, por tanto, es pública o jurisdiccional. (Pág. 21) Con ello se establece que si bien es cierto que el arbitraje se deriva de la voluntad de las partes, la potestad pública de administrar justicia es aquella que le ha otorgado la Ley por lo que ejercen los árbitros una potestad estatal.

En virtud de ello se puede analizar que la decisión que toman los árbitros en relación a cierta controversia se diferencia de una sentencia emitida por un juez común, no solo por la naturaleza del arbitraje, sino también por el tratamiento legal que se le da a esta. El laudo arbitral no es una sentencia y eso hay que tenerlo muy en claro, el laudo proviene de particulares que ejercen jurisdicción, y a quienes no se les puede someter a lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial, como se ha dicho, ellos no forman parte de la misma, entre otras cosas porque debido a su transitoriedad no solo desempeñan la función de árbitros, sino que también son personas en el libre ejercicio profesional, por lo que las causales de excusa y recusación no deben ser las mismas para los jueces y para los árbitros, como ocurre en la actualidad.

Por la esencia misma del arbitraje, se entendería que las partes que deciden acudir a esta vía de solución de conflictos, por el hecho de que su voluntad ha sido esa, deberían acatar el laudo arbitral o decisión que pone fin a su controversia, toda vez que previamente ellos han aceptado acatar dicha solución. En relación a ello Lorca (1989) plantea que dado el particular origen del arbitraje, que implica que se acuda al mismo voluntariamente, aquel no debiera plantear problemas en cuanto al cumplimiento del laudo que pronuncie el árbitro cuya decisión tendría que aceptarse sin ningún tipo de coacción. (Pág. 95) Sin embargo, no constituye esto la regla general a los arbitrajes, ya que no siempre las partes desean cumplir con la decisión que se le ha impuesto, motivo por el cual la Ley de arbitraje y Mediación, en su artículo 32 establece lo siguiente:

“Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán 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 expedición del laudo.”(Art. 32) El subrayado corresponde a la autora.

Como se puede apreciar la Ley de Arbitraje y Mediación, hace esta equiparación con la de una sentencia de un juez ordinario, sin embargo no requiere homologación posterior para que efectivamente sea considerado como tal. En ese caso la comprobación de la eficacia de un laudo arbitral se ve limitada a cuestiones de forma más no de fondo del mismo, es decir cuestiones procesales que a lo largo del proceso hayan ocurrido. Del artículo antes citado se puede apreciar que la ejecución del laudo está atribuida a los jueces ordinarios, quienes sin oponer excepción alguna deberán ejecutarlo, por la vía de apremio, esto en concordancia con la facultad jurisdiccional que carecen los árbitros, la

cual es la de poder ejecutar lo que han resuelto, motivo por el cual su función culmina con la de emitir el laudo correspondiente, y de ninguna manera podrán resolver cuestiones que posterioridad, ya que la Ley limita hasta ese momento procesal su actuación. Este artículo de la LAYM plantea que en relación a la ejecución del laudo no cabe plantear recurso alguno, lo cual resulta bastante sano en cuanto a la limitación de la intervención judicial sobre el contenido del laudo, el cual se encuentra ejecutoriado y plenamente válido y se recurre a la justicia ordinaria únicamente para su mera ejecución, facultad exclusiva de los jueces. Lo único que puede frenar la ejecución de un laudo arbitral es la declaración de suspensión del mismo previo pago de la caución establecida por los árbitros de haberse planteado la acción de nulidad respectiva, caso contrario el laudo determina, y su firmeza se mantiene.

#### **4.3 LAUDO ARBITRAL FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO.-**

En cuanto al laudo arbitral y su tratamiento jurídico, se ha podido analizar que pese a ser considerado como una sentencia judicial común, posee características propias que lo identifican como tal. Guiffra (2007) define al laudo arbitral como aquel que: “aunque intrínsecamente no sea un acto jurídico derivado o producido por el Estado, vale como una sentencia y tiene la eficacia de ésta, pues es susceptible de adquirir la autoridad de la cosa juzgada.” (Pág.81) Por lo que resulta pertinente realizar un análisis en cuanto a los principios constitucionales que rigen el procedimiento y que por mandato de la Carta Magna deben ser respetados, inclusive en procesos en los que la Administración de Justicia le es atribuida a terceros ajenos a la Función Judicial.

Al tener fuerza de sentencia, el laudo, más allá de ser vinculante y obligatorio, es la más clara evidencia del ejercicio que desempeñan los árbitros de la jurisdicción otorgada. Es importante recalcar que la decisión de los árbitros para no incurrir en una causal de nulidad no



puede otorgar en el laudo más allá de los puntos específicos de la controversia que las partes han decidido someter a la jurisdicción arbitral.

Se puede decir que el laudo arbitral tiene como otra característica esencial la estabilidad jurídica, y esto va ligado con la característica principal del arbitraje, porque son las partes quienes resuelven que los árbitros sean los jueces de su causa.

Consecuentemente el laudo arbitral está sometido a ciertos requisitos que no pueden ir en desapego con la Constitución ni la Ley. Contra el laudo arbitral la única vía de revisión existente es la denominada acción de nulidad, siempre y cuando se hayan verificado algunas causales que de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación de manera taxativa son las siguientes:

[...]” a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.

Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;

b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. [...]“(Art. 31)

El actuar de los árbitros se encuentra delimitado por lo que las partes acuerden someter o no a arbitraje. Por esa razón el laudo que ellos dicten debe tener congruencia con las cuestiones que en el convenio arbitral se han previsto, ni más ni menos que aquello. Se toma en cuenta que dicho pacto entre las partes establece su voluntad de regirse al procedimiento arbitral y de respetar el laudo con el que se ponga fin al litigio.

Del artículo citado se desprende que aquellas causas que podrían provocar la nulidad de un laudo arbitral son la omisión de formalidades procesales, y cuya observancia debe ser minuciosa a fin de no violar o impedir el goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución. El derecho al debido proceso de acuerdo con la Constitución posee las siguientes garantías constitucionales, las cuales son:

- “1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
  - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
  - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
  - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
  - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
  - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
  - f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
  - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.” (Art.76)

En observancia a lo dispuesto en la Constitución, la Ley y demás normas aplicables, los laudos arbitrales deben cumplir, y mantener estricto apego a las garantías establecidas en la Constitución pese a no formar parte del sector público ni de la Función Judicial, debido a que dichas garantías permiten mantener la seguridad jurídica y hacer factible una correcta administración de justicia. Es por ello la importancia de haber analizado en párrafos anteriores la naturaleza del arbitraje y su excepcionalidad, la cual no por ello exime a los árbitros de aplicar lo preceptos constitucionales enunciados.

#### 4.4 ANÁLISIS GENERAL.-

El proceso arbitral como se ha mencionado, es un método alternativo de solución de controversias, elevado a rango constitucional, este procedimiento posee una Ley especial propia que lo regula y normas supletorias que pueden ser aplicables de acuerdo a lo establecido en el artículo 37 de la LAYM el cual establece que: en todo lo que no esté

previsto en la Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho. De ser el arbitraje en equidad, se entiende que se puede recurrir a la sana crítica y al principio de buena fe de los árbitros al momento de emitir el laudo correspondiente.

En cuanto a este método alternativo de solución de controversias, se ha podido apreciar a lo largo de la presente investigación que se le ha dado mayor campo de aplicación y existe, al parecer, un rezago por tratar de ampliar el campo de esta institución.

Los laudos arbitrales responden al convenio arbitral el cual otorga a los árbitros las facultades para administrar justicia de manera transitoria, es por ello su tratamiento jurídico diferente no solo al laudo arbitral sino a quienes lo han expedido. El arbitraje no constituye una realidad privada, ya que la ley otorga la potestad a los árbitros de administrar justicia, potestad que por lo tanto es de carácter público. El arbitraje y la Justicia formal, requieren el uno soporte del otro por lo que la existencia del primero se justifica con la necesidad de la segunda y viceversa. El legislador no ha otorgado al arbitraje potestades plenas equiparándole a un juez, tomando en cuenta que los árbitros se integran para resolver una determinada controversia sobre la cual han declarado su competencia, y se desintegra una vez que se ha dictado el laudo respectivo, ya que esa fue su razón de ser, respondiendo a la voluntad de las partes y al cargo encomendado. La jurisdicción arbitral carece de permanencia, a diferencia de lo que ocurre con la justicia formal, por lo que el vencimiento del plazo establecido en la Ley para emitir el laudo genera la pérdida de la jurisdicción arbitral. Es por ello su tratamiento especial tomando en cuenta que constituye el laudo arbitral una decisión que pone fin a una controversia, sometida a arbitraje, el cual constituye una excepción al conocimiento de los jueces ordinarios y como tal

debe ser tratado sin más obstáculos que aquellos establecidos en la Ley para su pleno cumplimiento y ejecución.

Los árbitros carecen de la potestad de poder hacer ejecutar lo juzgado, esa facultad coactiva pertenece de manera única y exclusiva a los jueces,, es por ello que para la ejecución de un laudo arbitral requiere el soporte de la justicia formal para su ejecución, de ser necesaria, por lo que el trámite de la ejecución será necesariamente conocido por los jueces ordinarios. Ese es en primer lugar la necesidad del arbitraje de acudir a la justicia formal, , en búsqueda de un soporte, conforme así lo ha previsto el legislador en la acción de nulidad, entendiendo que no se hace un control sobre el contenido del laudo sino sobre las formalidades procesales que han incurrido en una de las causales que de manera taxativa prevé la Ley. Existe un tercer momento en el que los árbitros podrían recurrir a la justicia ordinaria para poder administrar justicia, cuanto las medidas cautelares, para lo que, los árbitros requerirán auxilio de un juez ordinario para que las dicte, caso contrario esta facultad recaería en los árbitros, de acuerdo a lo establecido en la

LAYM:

“Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.” (Art. 9) El subrayado corresponde a la autora.

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 5.1 CONCLUSIONES.-

A lo largo de la presente investigación de fin de carrera se ha tratado de hacer un análisis prolijo no solamente del arbitraje como método alternativo de solución de controversias, sino también se ha tratado de hacer un análisis acerca del arbitraje en materia administrativa, así como la evolución y desarrollo que ha tenido en nuestro país.

La contratación pública, es un sistema dinámico mediante el cual el Estado requiere la participación de un particular a fin de que le ayude con su gestión de prestar servicios públicos o ejecutar determinadas obras, debido a ello se necesita establecer reglas claras respecto al procedimiento a seguir en caso de que surja una controversia en la que, siendo un contrato público, una de las partes será el Estado o una de sus entidades, por lo que una manera sana de terminar este tipo de conflictos es un proceso en el que se refleje la imparcialidad, pero sobretodo, la eficacia y eficiencia del mismo al momento de solucionar la disputa.

Es por eso que se ha tratado de recopilar todo aquello relacionado al tema planteado a fin de demostrar no solamente los conflictos que en materia de carácter contractual puedan surgir, sino también hacer referencia al problema jurídico con el que actualmente nos enfrentamos, el cual es el alcance de la competencia de los árbitros en materia de contratación pública.

Lastimosamente como en algunas ocasiones se ha reiterado, el arbitraje no ha sido visto como lo que es, aquella herramienta para solucionar controversias y cuya aplicación aún ha encontrado cierto recelo en materia administrativa, cuando debería entenderse a este método de una manera distinta aplicándolo correctamente, incluyendo cláusulas arbitrales en contratos públicos y que por esta vía se resuelvan cierto tipo de controversias que no sean materia exclusiva del contencioso administrativo y para lo cual se establezca su competencia, tomando en cuenta la finalidad de la contratación pública, así como los principios que la regulan.

En nuestro país el sistema arbitral ha tenido cada vez mayor apertura, el legislador ha tomado en cuenta la necesidad de regular y establecer normativa que vaya de acuerdo a las necesidades que se plantean, sobre todo a la hora de administrar justicia, es por ello que en ciertos casos ha dispuesto que sea un tercero particular quien pueda dirimir la controversia, para lo cual ha establecido algunos requisitos a cumplirse entre ellos la transigibilidad del objeto controvertido para que opere el arbitraje, es decir que exista la disponibilidad de las partes, a fin de someter ese conflicto a este método. En materia de contratación pública, la Ley no determina específicamente lo que se puede someter a arbitraje, simplemente se establecen ciertos requisitos para dar validez al proceso como son la transigibilidad, el dictamen favorable del Procurador General del Estado si una vez surgida la controversia se desea acudir al arbitraje, el establecer en el convenio arbitral la forma de selección de los árbitros, debe ser un arbitraje en derecho y que



el objeto del arbitraje sea de carácter contractual, requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Tomando en cuenta que en los contratos públicos está en juego el interés común, el contratista asume un gran encargo, tomando en cuenta que la entidad contratante debe responder por el interés común, para lo cual tiene la potestad de emitir actos administrativos los cuales pueden ser de carácter contractual, en ese caso lo hará como parte del contrato; o en ejercicio de sus facultades propias de la administración, emitiendo una resolución o acto administrativo no en su calidad de contratante sino en calidad de autoridad pública. No hay duda alguna acerca del arbitraje en materia patrimonial, sin embargo en cuanto a la normativa legal aplicable, no aparece ningún tipo de limitación en cuanto a resolver acerca de dichos actos administrativos emitidos con motivo del contrato, sin embargo la legalidad o ilegalidad de los mismos le compete de manera exclusiva al contencioso administrativo, no obstante aquellos efectos patrimoniales derivados de dichos actos, deben ser evaluados a fin de que se determine la competencia de los árbitros en relación a los mismos, tomando en cuenta que el principio de legalidad es uno de los principios rectores en materia administrativa. Sin embargo los árbitros están obligados a analizar dichos actos cuando tienen una relación directa con la controversia contractual que ha sido puesta en su conocimiento. Tomando en cuenta que los contratos públicos se deben analizar como un todo, por lo cual todo aquello que se relacione con este desde los actos administrativos de adjudicación inclusive los de terminación, forman parte del contrato mismo.

A largo de esta investigación se ha pretendido recalcar la batalla que enfrentan el arbitraje por un lado y el contencioso administrativo y el Estado propiamente por otro, son

situaciones que de alguna manera han frenado el avance del arbitraje y lastimosamente no han permitido su desarrollo en materia administrativa, tomando en cuenta que existen ciertas prácticas que no se ajustan con la actualidad, y que por lo tanto no otorgan una respuesta efectiva y ágil a aquellos conflictos que surgen en virtud de los contratos públicos entre el Estado y los particulares, lo cual con las necesidades de hoy en día no permiten que las relaciones comerciales existentes entre dichas partes sean no solo confiables sino también eficaces, lo cual se aleja de la realidad actual, hay que tomar en cuenta que las leyes surgen en cuanto a la necesidad que se presenta, por lo tanto no se puede tratar de emitir criterios estáticos que no permiten el desarrollo del arbitraje como institución, en materia de contratación pública.

Para finalizar, se debe tomar en cuenta que los contratos administrativos por su naturaleza están regulados tanto por el derecho administrativo como por el derecho civil y comercial, González, opinión citada por García (2011) plantea que el ámbito que puede abarcar el arbitraje – sin distinción entre público y privado- se delimitará por aquellas materias que, por su propio carácter o naturaleza, admiten una versión tanto de Derecho público como de Derecho privado. (Pág. 54)

## 5.2 RECOMENDACIONES.-

Realizada la investigación en cuanto al tema planteado, se recomienda crear un capítulo en la Ley de Arbitraje y Mediación, para arbitraje en contratación pública, en cual se establezcan aquellas cuestiones arbitrables en derecho administrativo y de igual manera excluir del alcance del arbitraje cierto tipo de controversias, entre ellas, a parte de las controversias derivadas de la ejecución del contrato, como lo establece la LOSNCP, se puede incluir a aquellos conflictos en los que se requiera la fijación de la cuantía en cuanto a indemnizaciones, la interpretación de los

contratos, la liquidación de los mismos siempre y cuando las partes no se pongan de acuerdo en ello derivadas de los contratos, efectos patrimoniales de los actos administrativos dictados con relación al contrato, por lo tanto quedarían excluidos del arbitraje aquellos conflictos en los que se esté atentando contra un derecho fundamental establecido en la Constitución, el reconocimiento, la extinción o modificación de aquellas decisiones administrativas unilaterales, ejercicio de potestades públicas entre ellas la potestad sancionadora, entre otras.

Al estar claramente determinado el objeto del arbitraje ese control se puede regir simplemente a lo que establezca la Ley, tomando en cuenta el principio de legalidad en el que se basa el derecho administrativo, creando de esta manera seguridad jurídica, por lo que la autorización o el dictamen favorable del Procurador ya no sería requisito indispensable para que proceda el arbitraje sino simplemente aquello que la Ley permite es susceptible de arbitraje.

En contrataciones de menor cuantía se considera prudente la inclusión de una cláusula arbitral para resolver las controversias que se susciten entre el Estado y el particular, entiéndase que no sería obligatorio el acudir al arbitraje, debido a que las partes pueden renunciar al convenio arbitral y acudir a la justicia ordinaria, sin embargo analizando la agilidad y eficacia del arbitraje se podría implementar en dichas contrataciones, por lo que se podría reformar el artículo 161 del Reglamento A La Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Publica, determinando que para contrataciones de menor cuantía debe incluirse una cláusula arbitral.

Se debe tomar en cuenta que el arbitraje es un instrumento de descongestión de causas del contencioso administrativo y que de ninguna manera busca reemplazarlo, sino por el contrario lo que pretende es ser una herramienta que resuelva de manera ágil y eficaz aquellas controversias en las que se enfrentan el Estado y un particular, por lo que se propone una nueva visión jurídica que sea compatible con las necesidades actuales en materia de contratación pública, entendiendo así al arbitraje como un mecanismo alternativo a la solución de conflictos y permitiendo su desarrollo sin desvirtuar el alcance del mismo.

## BIBLIOGRAFÍA.-

- AGUILAR, Juan Pablo, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, (2008) “*Revista Ecuatoriana de Arbitraje*”, Quito- Ecuador, Pág. 21, 27, 29.
- BARONA VILAR, Silvia: “*ARBITRAJE Y JUSTICIA EN EL SIGLO XXI*”, Editorial Aranzadi S.A., 2007 Navarra- España, Pág. 45
- BENALCAZAR, Juan Carlos,  
[http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2765](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2765)
- BORJA, Rodrigo (1997): “*Enciclopedia de la Política*”, Fondo de Cultura Económica, México D.F.- México, Pág. 829.
- BORJA, Rodrigo: “*SOCIEDAD CULTURA Y DERECHO*”, Editorial Planeta del Ecuador, Quito- Ecuador (2007), Pág. 146.
- CAIVANO, Roque J, (2011): “*La Cláusula Arbitral*”, Copyright Editorial Workhouse Procesal, Cámara de Comercio de Quito. 58, 434, 164, 434, 440
- CABALLOL ANGELATS, Lluís, (1997): “*El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*”, José María Bosch Editor, Barcelona- España, Pág. 21.
- CASSAGNE, Juan Carlos, (1999): “*El Contrato Administrativo*”, Abeledo- Perrot S. A., Buenos Aires- Argentina, Pág. 15
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, (2000): “*Los Principios Procesales en el arbitraje*”, José María Bosch Editor, Zaragoza- España, Pág. 40.

- DROMI, Roberto (1998): “Derecho Administrativo”, Editorial de Ciencia y Cultura Ciudad Argentina, Buenos Aires- Argentina, Pág. 238
- DROMI, Roberto (2001): “Las Ecuaciones de los Contratos Públicos”, Editorial de Ciencia y Cultura Ciudad Argentina, Buenos Aires- Argentina, Pág. 20, 154. 233
- ECHANDÍA, Devis (2009): “*Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*” Editorial Temis, Bogotá- Colombia, Pág. 77
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara; LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M.(1998), “*El Arbitraje*”, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires- Argentina, Pág. 12, 37, 41
- FERNANDO, Ismael (2002), “*Contratos Administrativos*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires- Argentina, Pág. 628, 440.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (2011), “*Arbitraje y Derecho Administrativo*”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra- España, Pág. 179, 84
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “*El arbitraje y la Judicatura*”, Editorial Porrúa, 2007, México D.F. – México. (Pág. 179)
- GIUFFRA, Carolina (2007), “*Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso*” Editoria Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo- Uruguay. (Pág.81)
- LORCA NAVARRETA, Antonio, (1989): “Derecho de Arbitraje Interno e Internacional”, Editorial Tecnos S.A., Madrid- España. Pág. 95.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana (2007): “*ARBITRAJE Y NUEVAS TECNOLOGÍAS*”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra- España.

- NEIRA, Edgar: <http://www.latinarbitrationlaw.com/el-estado-y-el-juicio-de-arbitraje-seg-n-la-legislaci-n-ecuatoriana/>
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo (1996): “LA EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES”, Editorial José M. Bosch, editor, S.A., Barcelona- España.

#### **Referencia Normativa.-**

- CÓDIGO CIVIL, Registro Oficial Suplemento 133 de 07-feb-1953, Derogado.
- CÓDIGO CIVIL, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005, Última modificación: 03-dic-2012.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Registro Oficial Suplemento 58 de 12-jul-2005, Última modificación: 24-nov-2011.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.
- ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo 2002, Última modificación: 24 de agosto de 2012
- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero de 2005, codificada en Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006.
- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Decreto Ejecutivo No. 1700, Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009, Última modificación 15 de agosto de 2011.

- LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVA, Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968, Última modificación: 28 de diciembre de 2001
- LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993, Última modificación: 27 de febrero de 2009
- LEY DE HIDROCARBUROS, Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978, Última modificación: 24 de noviembre de 2011
- MODELOS DE PLIEGOS DE USO OBLIGATORIO PARA PROCEDIMIENTOS DEL INCOP, Registro Oficial Suplemento No. 65 de 12 de noviembre de 2009.

**Referencia jurisprudencial.-**

- Resolución Tribunal Constitucional No. 193, publicada en Registro Oficial Suplemento 234 de 29 de Diciembre del 2000.