

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

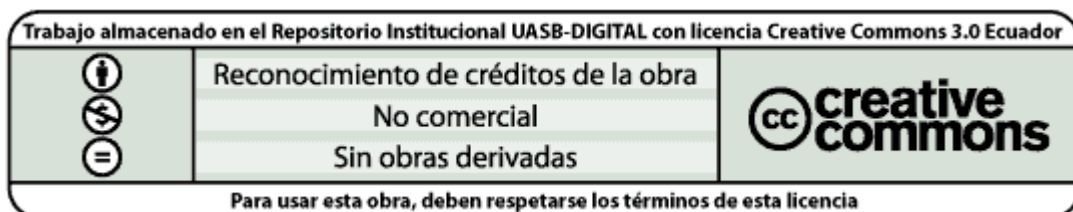
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

Carácter excepcional del arbitraje nacional en contratación pública

Francisco Poveda Almeida

2013



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Francisco Javier Poveda Almeida, autor de la tesis intitulada “**Carácter excepcional del arbitraje nacional en materia de contratación pública**” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho con Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

11 de noviembre de 2013

Francisco Javier Poveda Almeida

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

Carácter excepcional del arbitraje nacional en contratación pública

Francisco Poveda Almeida

Tutor: Dr. Marco Antonio Morales Andrade

Quito, 2013

Resumen

Para resolver los conflictos, inevitables en nuestra sociedad, además de la justicia ordinaria, congestionada y desprestigiada, las partes pueden acudir a procedimientos alternativos, autocompositivos o heterocompositivos, mediante la suscripción de un acuerdo de naturaleza contractual y jurisdiccional, que implica separar el caso del posible conocimiento y resolución por parte de los jueces comunes.

Su empleo en materia de contratación pública se encuentra consagrado en el derecho positivo ecuatoriano, en normas constitucionales y legales, pero su aplicación concreta está restringida por aspectos jurídicos tales como su voluntariedad, la naturaleza transigible de los temas que se pueden someter a su resolución, las formalidades previas, como la autorización de la Procuraduría General del Estado y aún de política pública, como la disposición del señor Presidente Constitucional de la República de que en los contratos que suscriban las administraciones públicas dependientes, se sometan a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y no a la de los tribunales arbitrales.

El presente trabajo procura sentar las bases conceptuales y el marco teórico del tema y el estado de la cuestión, que me permitieron identificar algunas vicisitudes del arbitraje en el país, para, sobre esta base, distinguir las materias transigibles de las que no lo son, analizar si las prerrogativas son arbitrables, y concluir si los casos que quedan, después de restar los que no pueden someterse al arbitraje, son minoritarios, para demostrar de esta manera el carácter excepcional del arbitraje nacional en materia de contratación pública en el Ecuador.

Abstract

To solve conflicts, which are inevitable in our society, in addition to the regular, ordinary, congested and discredited justice, the parties go to alternative procedures, which are of hetero-compositive or auto-compositive nature, through the signing of a contractual and jurisdictional agreement, which involves separating the case from the possible knowledge and resolution by the common judges.

Its use in public procurement is enshrined in the positive Ecuadorian law, in constitutional rules and laws, but its practical application is restricted by legal aspects, such as their willingness, its transigible nature of the issues that may be submitted for resolution, the previous formalities, such as authorization of the General Attorney and even of public policy, such as the order of the President of the Republic that in any contract subscribed by the dependents public administrations, they are subject to the jurisdiction of the ordinary courts and not to the arbitration courts.

The following work seeks to lay the conceptual and theoretical framework of the subject and the status of the issue, that let me identify some vicissitudes of arbitration in the country, so that, based on this, being able to distinguish transigibles subjects from which are not, to analyze if the prerogatives are arbitrable, and conclude whether the remaining cases, after subtracting those who cannot be part of the arbitration, are a minority, thereby to verify the exceptional nature of domestic arbitration in subject of public procurement in Ecuador.

A nuestro Padre

Al Dr. Mentor Poveda Palacios (†), mi primer maestro del Derecho,

A mi madre, por sus bendiciones

A Víctor

A Elsita, Verónica, Valentina e Isabella,

por ser:

fuelle, razón, continuación y esperanza.

Con amor.

Mi agradecimiento al Dr. Marco Antonio Morales Andrade,

Director de esta tesis.

Tabla de contenidos

Introducción.....	11
Capítulo I El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos	
I.1 Mecanismos alternativos de solución de controversias.....	12
I.1.1 Antecedentes.....	12
I.1.2 Mecanismos de autotutela: Legítima defensa.....	18
I.1.3 El estado de necesidad.....	19
I.1.4 El desistimiento.....	20
I.1.5 El allanamiento.....	21
I.1.6 La echazón.....	22
I.2 Métodos de autocomposición.....	23
I.2.1 La negociación.....	23
I.2.2 La conciliación.....	26
I.2.3 La mediación.....	31
I.3 Métodos heterocompositivos.....	38
I.3.1. El Arbitraje.....	39
I.3.2 Ventajas y desventajas del arbitraje.....	45

I.4	Clases de arbitraje.....	51
I.4.1	Arbitraje Nacional.....	51
I.4.2	Arbitraje Internacional.....	52
I.4.3	Arbitraje Administrado.....	54
I.4.4	Arbitraje Independiente.....	54
I.4.5	Arbitraje en equidad.....	55
I.4.6	Arbitraje en derecho.....	56
Capítulo II Normativa aplicable al arbitraje en el Ecuador.....		57
II.1	Normas constitucionales.....	58
II.2	Principales disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación...	66
II.3	Normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre arbitraje.....	80
II.4	El arbitraje en otras leyes ecuatorianas.....	85
Capítulo III Limitaciones para su aplicación.....		92
III.1	Limitaciones intrínsecas.....	92
III.2	El control previo de la Procuraduría General del Estado.....	93
III.3	La transigibilidad.....	100
III.4	Las potestades o prerrogativas de la administración.....	102

III.5	Disposición presidencial.....	115
IV.	Conclusiones.....	116
V.	Bibliografía.....	119

Introducción

La jurisdicción tradicional como oferta de justicia en nuestra sociedad no ha podido satisfacer la demanda de sus servicios, tanto por el número de causas que se acumulan sin resolver, cuanto por la inconformidad, a veces infundada, otras con sustento, de las partes procesales. De ahí que nuestro sistema jurídico ha incorporado mecanismos alternativos de solución de controversias, que se aplican por voluntad de las partes, mediante un acuerdo de naturaleza contractual y jurisdiccional que implica separar el caso del posible conocimiento y resolución por parte de los jueces comunes.

La contratación pública ecuatoriana es un ejemplo de una materia que podría someter varios de los conflictos que se derivan de la aplicación de las normas que lo rigen, al arbitraje interno. El presente trabajo presenta los límites de esa posibilidad considerando no solo el marco estrictamente jurídico, sino también algunas definiciones políticas que la afectan. La pregunta central es: ¿Tiene el arbitraje local en la contratación pública un carácter absolutamente excepcional? Y la hipótesis responde afirmativamente a tal interrogante.

La perspectiva metodológica empleada incluyó los métodos de integración e interpretación jurídica: métodos lógico deductivo, lógico inductivo, dialéctico y de análisis y síntesis de las normas y las técnicas serán las documentales o de gabinete, con el uso de fichas de diversas clases, las fuentes fueron bibliográficas y normativas y el estudio es eminentemente teórico conceptual. En el primer capítulo se sienta el marco teórico del trabajo y se analiza el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, su relación con otros mecanismos similares, sus ventajas y desventajas y su clasificación.

El segundo capítulo, dentro ya del estado de la cuestión presenta las principales normas de derecho positivo que rigen al arbitraje en nuestro país y el tercer capítulo examina el problema fundamental que son las limitaciones que determinan el carácter excepcional del arbitraje en la materia analizada.

El presente documento no pretende concluir la cuestión sobre los temas sometidos al análisis, por lo que debe entenderse como facilitador de la discusión sobre los mismos, por medio de la revisión de las fuentes consultadas. Aún más, en el caso de las opiniones expuestas, son criterios del autor a la luz del avance teórico doctrinario de los asuntos estudiados.

Capítulo I El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos

I.1 Mecanismos alternativos de solución de controversias

I.1.1 Antecedentes

Según Raven y Kruglanski, conflicto es “*la tensión entre dos o más entidades sociales [...] que proviene de la incompatibilidad de respuestas reales o deseadas*”¹. El acceso más amplio a la demanda sobre situaciones jurídicas “*ha dado paso a una justicia masiva y a un Poder Judicial colapsado*”²

Junto con la mediación, el arbitraje es uno de los más importantes mecanismos alternativos para la solución de controversias, por los que la sociedad se ha decantado a

¹ Raven y Kruglanski, 1970, p. 70, citado por: Manuel Vidal Noguera, Prácticas y técnicas de Negociación. En Prensa, consultado en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis19.pdf>, el 08 de julio de 2013.

² Carlos F. Balbin, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, 2011, Buenos Aires, La Ley, 1ª. ed. p. 175-179

nivel internacional, desde hace algunos años, en competencia con la justicia ordinaria, “[...]el arbitraje se encuentra en una posición de antagonismo, incluso de hostilidad, respecto del Estado y, recíprocamente,[...]el Estado alimentaría sentimientos análogos contra el arbitraje: el arbitraje, en su esencia [...], tendría por finalidad sustraer un litigio del aparato estatal[...]”³ la cual, específicamente en el Ecuador, ha sufrido una profunda crisis, entre otras causas, por la sobrecarga procesal, que determina que se demande sentencia en más causas que las que se resuelven, por la litigiosidad, y por el desprestigio de que se ha hecho merecedora, que ha determinado que se presente como injusta, por sus trámites lentos y engorrosos, porque los plazos que toma su resolución son todo menos razonables, porque “la justicia lenta es una forma de injusticia”⁴, y porque:

*“[...] el problema surge cuando el órgano jurisdiccional encargado de administrar justicia no cumple su función a cabalidad o la cumple deficientemente, generando desconfianza en la administración de justicia, por lo que se hace necesario encontrar otras formas alternativas para solucionar los conflictos sociales. Es así como surgen la mediación y el arbitraje como medios alternativos para la solución de conflictos”.*⁵

La presencia de mecanismos alternativos para la solución de controversias significa encaminar a la sociedad hacia una cultura de paz, que prevenga y promueva la solución pacífica de las controversias y descongestione el sistema judicial, lo que tiene importancia en el ámbito de la contratación pública, por un lado porque, de alguna manera, podría ayudar a compensar la manifiesta desigualdad en que se desarrollan los contratos públicos y particular, pues el primero de ellos siempre concurre al amparo del principio de

³ Bruno Oppetit, Teoría del Arbitraje, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, 2006, Bogotá, Legis, p. 44

⁴ Juan Manuel Santos, en <http://www.lafm.com.co/node/96757>, consultado el 17 12 2012

⁵ William López Arévalo. Tratado de Contratación Pública, 2 Tomos, Quito, Ed. Jurídica del Ecuador, 2010, 1ª. ed., p. 200

autotutela, que lo rodea de privilegios y ventajas, conocidas también como prerrogativas o facultades exorbitantes; y, por otro, ya que, de la agilidad con la que se resuelvan los conflictos y controversias, depende si el interesado elige demandar.

“El auge de los modos no jurisdiccionales de solución de conflictos proviene, indiscutiblemente, de la preocupación de los profesionales o del poder público por crear sistemas que permitan trasladar los contenciosos no sólo al margen de la institución judicial considerada, con razón o sin razón, poco apta por su formalismo, su duración y su organización, para resolver de forma satisfactoria cierto número de litigios...” (Bruno Oppetit, op. cit., p.152)

En una visión inmediatista se podría pensar que al Estado le conviene siempre que no lo demanden, pero, a largo plazo, la ausencia de mecanismos oportunos que garanticen el ideal de justicia, puede devenir en complejos procesos sociales de crisis y hasta de quiebra de los sistemas que niegan el acceso a la misma.

El mecanismo arbitral había experimentado un notable desarrollo en el Ecuador en los primeros años de la década de los 2,000:

“Esa forma de ver al arbitraje como un método de solución de conflictos solo entre particulares cambia y toma un giro que se mantuvo a raíz de la expedición en el Ecuador de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, pues desde ese momento se vivió en el país un auge en la utilización de este método alternativo de solución de conflictos y no solamente para las disputas comerciales o civiles entre particulares, sino muchas veces, [...] por varias instituciones del sector público, como una búsqueda de una justicia más ágil y que permita dar una mayor confianza al sector privado con respecto de sus inversiones con la Administración Pública”⁶.

La vigencia de la actual Constitución de la República en el 2008 fue otro elemento importante a considerar, pues la disposición contenida en el artículo 190 dice: *“Se reconoce*

⁶ Marco Morales Andrade, Complejidad del Arbitraje Local cuando una de las partes pertenece al sector público, Ponencia pronunciada en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Universidad Andina Simón Bolívar, junio del 2012.

*el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución 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”.*⁷

De este modo pareció darse mayor impulso al arbitraje en derecho como mecanismo idóneo para la solución oportuna de las controversias en la contratación pública, pero existen algunas limitaciones para su aplicación en el Ecuador, tales como la naturaleza transigible de las materias que pueden someterse a él, como lo aclara la primera parte de la norma constitucional transcrita; mientras la principal fuente de controversias en materia de contratación pública es, en general, la adecuación a la norma de las actuaciones y decisiones que conforman los procesos en sus fases precontractual, contractual y de ejecución, por ejemplo, de la declaratoria de terminación unilateral y anticipada de los contratos, que pueden resolver las administraciones públicas sin necesidad de demandarla ni de acudir a ningún otro órgano para obtener tal declaración –como sí lo debe hacer, en todo caso el contratista- en ejercicio de las ya mencionadas facultades derivadas del principio de autotutela. “[...]la Administración siempre está más o menos en la situación del que cabalga en el caballo, pues impone, de momento, sus propias decisiones”⁸ Pero los conflictos que se derivan de ella, se plantean, esencialmente para cuestionar la adecuación al principio de juridicidad⁹ de tales actos, aspecto que es, a criterio de respetables autores

⁷ Constitución de la República, 2008, Artículo 190, Registro Oficial 449, de 20 de octubre 2008

⁸ Efraín Pérez, Manual de Derecho Administrativo. Actualizado con la Nueva Legislación de Derecho Público. 2008-2012, Quito, 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP, p. 85

⁹ De acuerdo con lo manifestado en clases de la Maestría en Derecho, Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado de la Universidad Andina Simón Bolívar por el Dr. Marco Morales Tobar, en su cátedra de “Normativa Administrativa”, 2012-2013, quien pasa del principio de legalidad al más amplio

consultados, intransigible, mientras otros, no menos importantes, sostienen lo contrario, identificando el problema que se propone afrontar y analizar el presente trabajo.

Otra importante limitación es la disposición del señor Presidente Constitucional de la República a la que se refiere el Oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134, de 5 de octubre de 2012, suscrito por el Dr. Alexis Mera Giler, Secretario Nacional Jurídico, dirigido a los Ministros y Secretarios de Estado, Autoridades de la Administración Pública Central e Institucional, de que: *“en los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha, deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales...”*¹⁰.

Por último, otro pronunciamiento oficial que tiene trascendencia respecto de los requisitos formales que deben anteceder a una cláusula arbitral, que deviene de la limitación constitucional ya señalada y que, si bien puede limitar y hasta eliminar la presencia de cláusulas arbitrales patológicas, también es digno de análisis dentro del tema propuesto, es el de la Procuraduría General del Estado sobre la materia específica de este trabajo, que ratifica la obligación constitucional y legal de contar con la autorización previa de la Procuraduría General del Estado.¹¹

Identificados de esta manera el tema y el problema que me propongo abordar, empezaremos por analizar los métodos alternativos de solución de controversias:

Hay corrientes de pensamiento que sostienen que el conflicto es tan antiguo como la humanidad, otras, menos pesimistas, sin descartar su presencia inmemorial, señalan que la presencia de las controversias entre seres humanos es necesaria para la sociedad y ha

concepto de la juridicidad, en referencia a las normas de los artículos 226, 76, # 7, letra l) y 11 # 3 y 8 de la Constitución de la República.

¹⁰ Oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134, de 05 de octubre de 2012.

¹¹ Registro Oficial Suplemento No. 824, 6 de noviembre de 2012

demostrado ser motor de su desarrollo y evolución. Lo que parece claro es que, desde épocas prehistóricas, el hombre se habría enfrentado para resolver controversias con sus congéneres, por la prevalencia de sus intereses y la satisfacción de sus necesidades.

Al vivir en sociedad, las fuentes y causas de los conflictos se multiplican y su aparición es diaria, en un mundo con una población tan numerosa y con mecanismos de interacción cada vez más difundidos y tecnológicos, tanto que los pensadores que miran negativamente al conflicto consideran que es una enfermedad social y que la sociedad actual tiene como cultura el conflicto.¹² Lo que parece indudable es que los conflictos existen y que perdurarán, razón sobrada para identificarlos, tratar de prevenirlos y, como son inevitables, solucionarlos. De ahí que el reto de los métodos alternativos de solución de conflictos es demostrar históricamente que superan a la justicia ordinaria no solo en eficiencia y eficacia, sino también en economía y satisfacción para sus usuarios.

Numerosos autores los clasifican en métodos de autotutela, autocomposición y heterocomposición, dependiendo de si la solución se alcanza por medio de la intervención de las propias partes o de un tercero para asistirles en la búsqueda de la fórmula resolutoria o para imponer un arreglo de la controversia. La autotutela implica la imposición del criterio de una de ellas a la otra, que se somete a él, como en la legítima defensa, estado de necesidad, echazón, desistimiento y allanamiento. En los mecanismos de autocomposición o no adversariales se resuelve mediante el acuerdo voluntario de las partes, con o sin la intervención de terceros: negociación, conciliación y mediación; y, finalmente, los

12 Oscar Ceville, Procurador de la Administración, en el acto de firma de Convenio entre el Ministerio de Gobierno y Justicia, la Procuraduría de la Administración y Alianza Ciudadana Pro Justicia, 24 de agosto de 2006, en http://www.procuraduria-admon.gob.pa/pdf/discursos/Mediacion_Comunitaria.pdf, consultado el 28 de junio de 2013

mecanismos de heterocomposición también llamados adversariales que se presentan cuando un tercero resuelve el conflicto, como en el arbitraje y en el proceso judicial.¹³

Hay otros mecanismos, no definidos con total claridad, que también pueden ser utilizados por los contendientes en un conflicto, como el mandato o el criterio de expertos, los mismos que, eventualmente, se pueden subsumir en el arbitraje o en la mediación, por compartir sus características esenciales, por lo que no repararé en ellos. A continuación explicaré brevemente los ejemplos citados entre los mecanismos de autotutela y me detendré en los de autocomposición, especialmente en la mediación y de heterocomposición, entre los que me centraré en el arbitraje:

I.1.2 Mecanismos de autotutela: Legítima defensa

El Código Penal ecuatoriano contiene la disposición del artículo 19 sobre la legítima defensa¹⁴. De la norma citada se desprende que, para la procedencia de aplicar esta causa de justificación, se necesita la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- 1- Agresión, que debe ser actual e ilegítima;
- 2- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y,
- 3- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

El Código Penal establece una serie de disposiciones adicionales sobre el tema en que se desarrolla con mayor precisión y abundamiento el concepto, pero, a los efectos que

¹³ Luis Octavio Vado Grajales, Medios alternativo de resolución de conflictos, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>, consultado el 28 de junio de 2013.

¹⁴ **“Art. 19.- No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurren las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.”**

persigue este trabajo, es suficiente para establecer cómo la legítima defensa puede operar como un medio de autocomposición frente al conflicto.

I.1.3 El estado de necesidad

Algunos autores y sistemas jurídicos nacionales lo denominan “hurto famélico” y su vigencia deriva de un viejo aforismo atribuido a Goethe, que reza: “*La ley es poderosa pero más poderosa es la necesidad*” y se refiere, por ejemplo, al hurto de alimentos y vestidos para saciar el hambre y evitar la desnudez.

Para compararla y distinguirla de la legítima defensa, atenderemos al compatriota y penalista Alfonso Zambrano Pasquel:

“La diferencia entre el estado de legítima defensa y el estado de necesidad, dos estados excusantes, pero por diverso fundamento y con efectos distintos. El que actúa en estado de legítima defensa obra con derecho, jure, y por esto no solo no es pasible de pena, sino que tampoco incurre en el deber de indemnizar. El agredido que, para salvar la vida propia, extingue la del que quiso asesinarlo, no solo queda inmune de pena, sino que no está obligado a darles indemnización a la viuda o a los huérfanos del occiso.

En cambio, el que actúa en estado de necesidad, no obra contra el derecho, contra jus, pues la necesidad lo justifica mientras haya colisión de derechos, y por esto queda exento de pena; pero como no obra con derecho, jure, puede quedar obligado al deber de las reparaciones civiles [...]”¹⁵

El estado de necesidad está reconocido en nuestro país como circunstancia de justificación, pero solo habilita al acusado para causar un daño en la propiedad ajena y ya

¹⁵ Alfonso Zambrano Pasquel, Opúsculo Penal, en www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/opusculo_penal.doc, consultado el 04 de junio de 2013.

no como en la legítima defensa en que los bienes jurídicos protegidos eran varios, incluso la integridad personal y la vida.¹⁶ Sus requisitos son consagrados en la doctrina así:

- a) Realidad, gravedad e inminencia del mal que se trata de evitar;
- b) Que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia;
- c) Que no se trate de una mera estrechez económica, más o menos agobiante;
- d) Que se pruebe que se han utilizado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, se podía utilizar;
- e) Que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico;
- f) Que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que haya tomado más de lo estrictamente indispensable;¹⁷

I.1.4 El desistimiento

Es la “*dejación, abandono del propósito, intento o plan que se tenía... En Derecho Procesal. Abandono, deserción o apartamiento de acción, demanda, querrela, apelación o recurso.*”¹⁸ En nuestro sistema jurídico se encuentra regulado por las disposiciones de los artículos 373 al 379 del Código de Procedimiento Civil, que disponen que quien ha interpuesto un recurso o promovido una instancia, puede dejar de sostenerlo, de manera

¹⁶ “**Art. 24.-** No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.”

¹⁷ José Antonio Del Olmo Del Olmo, El hurto famélico y la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación, en http://www.larioja.org/upload/documents/680314_DLL_N_6426-2006.El_hurto_famelico.pdf, consultado el 05 de julio de 2013.

¹⁸ Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo II (c-d) Buenos Aires, Heliastasa, 12ª. ed., 1979, p. 662-663

expresa, desistiendo de hacerlo, pero para su validez se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Que sea voluntario y hecho por persona capaz;
2. Que conste en los autos y reconozca su firma el que lo hace; y,
3. Que si es condicional, conste el consentimiento de la parte contraria para admitirlo.

Las normas citadas también enumeran las personas que no pueden desistir del juicio:

1. Los que no pueden comprometer la causa en árbitros; y,
2. Los que intenten eludir, por medio del desistimiento, el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a la otra parte o a un tercero.

Y además se da cuenta de los efectos del desistimiento de la demanda, que son: volver las cosas al estado que tenían antes de haberla propuesto; impedir que el que desistió de una demanda pueda proponerla contra la misma persona, ni contra las que legalmente la representan, ni aún por sus herederos; dejar ejecutoriado el auto o resolución de que se reclama; y, que solo perjudique a la parte que lo hace, que debe ser condenada en costas.

I.1.5 El allanamiento

En Derecho Procesal se entiende por allanamiento la expresión de la voluntad del demandado en cuya virtud admite someterse a la pretensión del actor, según la establece en su demanda, que se puede hacer, de acuerdo con las normas de los artículos 392 al 394 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, en cualquier estado del juicio, siempre y cuando sea antes de la sentencia. Debe aprobarlo el juez en su fallo y sus efectos no

alcanzan a quienes no se allanen a la demanda, por más que se trate de una obligación común divisible, en cuyo caso el proceso continuará su curso con quienes no se allanaron.

El allanamiento es ineficaz en los siguientes casos:

1. Cuando el demandado sea incapaz;
2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes;
3. Cuando el demandado sea el Estado o alguna de sus instituciones;
4. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de confesión;
5. Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros; y,
6. Cuando siendo varios los demandados, sobre obligaciones indivisibles, no provenga de todos.

Es muy interesante, a los fines de la presente tesis, resaltar que el Estado no puede allanarse a las pretensiones de un actor cualquiera que éste sea y sean las pretensiones las que fueren, fundamentalmente para garantizar que, si se controvierten los derechos del Estado, se lo haga amplia y abiertamente durante el proceso del cual se trate y para evitar posibles acuerdos fraudulentos que podrían darse entre los actores y malos servidores que acuerden fácilmente allanarse a cualquier tipo de demanda en contra del Estado.

I.1.6 La echazón

“La echazón constituye el caso más típico de avería gruesa o común. Consiste en arrojar al mar algunos efectos o mercaderías cargadas en la nave, a fin de aligerarla y darle mayor flotabilidad, en casos de tempestad, varadura peligrosa o para eludir la persecución de corsarios o piratas. Se llama echazón tanto a la operación en sí como a la mercadería arrojada”¹⁹

¹⁹ “Echazón”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IX (divi-emoc), Buenos Aires, 1986, Driskill S.A., p. 608.

El derecho positivo ecuatoriano ha consagrado esta figura, que puede asimilarse al estado de necesidad, aunque con sus características especiales, tanto en el Código de Comercio, cuanto en el Código Aeronáutico, artículos 843 y 85, 168 y 227, en su orden.

Concluida esta revisión general de las figuras de autotutela, podemos comprobar que, en efecto, son mecanismos de solución de los conflictos en los cuales una de las partes en el mismo impone su criterio o su voluntad unilateral, sea en ejercicio de legítima defensa, en estado de necesidad o simplemente porque la otra parte se somete a él como ocurre con el allanamiento o aún con el desistimiento.

A continuación veremos las formas de autocomposición, que son aquellas en que el conflicto se soluciona a través del acuerdo libre y voluntario de las partes, mediando o sin mediar la intervención o ayuda de uno o varios terceros, entre los que destacamos a la negociación, conciliación y a la mediación:

I.2 Métodos de autocomposición

Los métodos de autocomposición o no adversariales se caracterizan porque en ellos las partes actúan juntas y cooperan entre sí, manteniendo el control del procedimiento y, fundamentalmente, acuerdan la propia decisión que pone fin al problema, sin considerar la aplicación de normas jurídicas ni la jurisprudencia que crean ni la que podría fundamentar el sentido de la solución que acuerdan. Veamos los casos:

I.2.1 La negociación

La negociación es más bien el género dentro del cual caben varias formas de solución de los conflictos derivados del acuerdo directo de las partes para resolverlos. “*La negociación es un medio de solución de conflictos en el que las partes buscan persuadir*

una a la otra del hecho que su percepción de una situación determinada es la correcta.”²⁰

No obstante, podemos diferenciarlo de los demás considerando que es un proceso no estructurado e informal que utilizan los interesados en busca de alcanzar un acuerdo que pueda ser aceptable a ambas, sin la intervención de un tercero, ni en calidad de facilitador ni con facultades jurisdiccionales, en el cual el conflicto es mirado como un problema común que tienen las partes y que, por lo mismo, debe ser resuelto por ellas mismas, procediendo como un equipo que trabaja en conjunto. No es indispensable la intervención de abogados, aunque podrían hacerlo, porque la negociación podría darse aún en ausencia de las partes. Su importancia radica en que las dos personas en litigio consideran que, con base en el acuerdo, ambas se enriquecen y satisfacen sus expectativas, aunque, para una de ellas o para las dos, tales aspiraciones sean solamente las de evitar la contienda judicial.

Este objetivo, que, al parecer, no debería ameritar renunciaciones de otros bienes jurídicos, se explica por la congestión judicial, por el retraso en la atención de las causas, por la necesidad de lograr una atención eficiente a su necesidad de justicia, reduciendo costos, a la vez que previenen el surgimiento de nuevas controversias; y, por la desconfianza de la ciudadanía en los pronunciamientos jurisdiccionales.

De acuerdo con la información del diario “El Comercio” de Quito, publicada el lunes 8 de julio de 2013:

“[...] hasta mayo último, la CNJ recibió 21027 causas. En este período desde enero del 2012 resolvió 11453[...] Un juez explicó que la carga procesal heredada de la anterior Corte Suprema ‘era muy alta’ y que con el número de nuevos procesos que ingresan ‘es difícil despachar’. Según el funcionario, el número de jueces no es suficiente para las causas que se

²⁰ Juan García Montúfar, en Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, Derecho y Sociedad, Asociación formada por estudiante de la Federación Peruana de Estudiantes de la PUCP, <http://blog.pucp.edu.pe/item/28502/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos>, consultado el 08 de julio de 2013

*tramitan. En 2008, cuando se reunía la Asamblea de Montecristi, los legisladores redujeron de 31 a 21 los jueces nacionales [...] La Sala Laboral es la que mayor número de causas represadas tiene, según cifras oficiales [...]*²¹

De ahí que numerosos casos encuentran solución fuera de la jurisdicción ordinaria, aunque ello signifique a las partes, algún renunciamiento a lo que consideran sus derechos.

Etimológicamente, negociación se deriva del latín "negotiatio", acción y efecto de negociar y es el proceso que busca solucionar controversias por medio del examen voluntario que hacen las propias partes de sus problemas, con base en el cual procuran encontrar un punto de encuentro mutuamente aceptable y satisfactorio, lo que implica que el resultado de la negociación podría ser una transacción acordada exclusivamente por ellas partes, sin la intervención de un tercero. En otras palabras, es el intercambio de criterios, el diálogo entre las partes que les permite compartir puntos de vista sobre el desacuerdo.

El proceso que se aplica durante una negociación es tan variable e indeterminado como las partes mismas, pues su adopción depende de ellas. En general, podría emplear diversos mecanismos, no solo las reuniones personales sino tantas cuantas opciones de comunicación puede desplegar la tecnología actual, en beneficio de los involucrados, es decir, que el tratamiento de la cuestión podría suspenderse y reiniciarse las veces que sea necesario, con el consiguiente intercambio de información y criterios, su análisis y evaluación, que podrían determinar los ensayos de nuevas fórmulas y perspectivas de arreglo.

“La negociación cooperativa requiere [...] una nueva óptica en la que se privilegie...:

- *Ser duro con el problema, no con la persona, [...]*

²¹ Estefanía Celi, Redactora, “Más de la mitad de causas en la Corte, despachadas” en El Comercio, 08 de julio de 2013, p. 1 y 3.

[...] atacar duramente el problema, pero no atacarse mutuamente [...]

- *Discutir sobre los intereses de las partes, no sobre las posiciones [...]*

- *Crear opciones de solución que satisfagan los intereses mutuos [...]*

[...] las partes se dediquen a la creación de fórmulas de solución sin la presión del compromiso [...]

- *Usar criterios objetivos para elegir entre las opciones de solución aquella que ponga fin a la controversia.*

[...] persuadir a la otra parte sobre la base de la razón, en lugar de pretender presionarla para que acepte nuestra posición.” (Juan García Montúfar, op. cit.)

Para diferenciarlas, debemos señalar que la mediación es un proceso de búsqueda de acuerdos mutuamente convenientes, que promuevan la instauración de una cultura de paz, contraria a la del conflicto.

Algunos autores la tratan como continente de las especies: negociación directa, la que se produce directamente entre las partes, sin la intervención de un tercero; o, asistida, que es aquella en la que interviene un tercero como facilitador, conciliador, en cuyo caso propondrá fórmulas de solución o mediador, que no tiene entre sus obligaciones la de proponer formas de arreglo del conflicto. No obstante, su distinción en la actualidad, como lo veremos, no resulta ya tan sencilla. Para este trabajo hemos optado por explicar por separado cada uno de estos mecanismos alternativos, por lo que, a continuación trataré la conciliación y concluiré con la mediación.

I.2.2 La conciliación

Considerada como género, la conciliación es el acuerdo entre las partes (que pueden estar integradas por una o más personas) en conflicto, porque mantienen opiniones o

posiciones diferentes, y del momento en que se produzca este avenimiento depende que la calificuemos como judicial o extrajudicial.

En tanto institución del Derecho Procesal, la Conciliación es un modo excepcional de terminación de los procesos. Nuestro Código de Procedimiento Civil estatuye la Junta y la Audiencia de Conciliación, dependiendo de la clase de juicio, como la instancia procesal adecuada y obligatoria (en tanto debe celebrarse) para buscar este acuerdo entre las partes que concluya el litigio.²² No obstante, su éxito es absolutamente eventual. En efecto, muy pocos procesos terminan por transacción acordada durante esta etapa procesal.

En la actualidad, a nivel internacional, los procedimientos estrictamente jurisdiccionales se hallan en franco declive, y han permitido una renovada conciliación en Francia y en varios países. Bruno Oppetit informa que se han institucionalizado los conciliadores, en Francia, por Decreto de 20 de marzo de 1978, modificado el 18 de mayo de 1981, con la misión de *“facilitar, al margen de todo proceso judicial, la solución amistosa de controversias concernientes a derechos sobre los cuales los interesados tienen la libre disposición”* y que el artículo 21 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés le confiere al juez, al igual que en otros países, la misión de conciliar a las partes a lo largo de todo el proceso.

En efecto, en el Ecuador se ha incluido la disposición del artículo 56 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dispone que el juez podrá proponer a las partes fórmulas de

²² Artículos 543, 636 y 1012, éste último dice: “En el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, el juez de primera instancia o el de segunda en su caso, hallándose la causa en estado de prueba y antes de conceder término para ésta, convocará a las partes a una junta de conciliación, señalando día y hora; junta que no podrá postergarse ni continuarse por más de una vez. Procurará el juez, por todos los medios aconsejados prudentemente por la equidad, hacer que los contendientes lleguen a un avenimiento. De haberlo, aprobará el juez y terminará el pleito; de otra manera, continuará sustanciando la causa...”

arreglo durante esta etapa del proceso, sin que por ello pueda ser recusado ni menos acusado de prevaricato ni sujeto a queja.

Son varios los centros e instituciones que ofrecen servicios de conciliación, tales como: las Cámaras de Comercio de Quito, Guayaquil y Cuenca; la Cámara de la Construcción de Quito, entre otros, que demuestran notable interés por desarrollar estos mecanismos alternativos de solución de conflictos.

La conciliación es, por lo expuesto, un trámite o procedimiento en el cual las partes en conflicto encuentran una solución a sus diferencias con la intervención de un tercero, llamado conciliador, que busca y propone fórmulas de solución para que sean aceptadas y adoptadas por las mismas partes. *“Las diferencias deben ser transigibles y el acuerdo al que conduzcan, caracterizado por la licitud, el beneficio mutuo y la equidistancia entre las partes.”*²³

De esta definición encontramos lo que la doctrina ha distinguido como los tres elementos de la conciliación: el elemento subjetivo, que lo integran las partes y el tercero, conciliador; el elemento objetivo que son las diferencias que los colocan en conflicto; y el elemento metodológico que es el trámite de conciliación y la búsqueda de fórmulas de arreglo aceptables para las partes.

Sus características son:

1. Origen: tiene su origen en la ley que, como hemos visto, la consagra y faculta;
2. Alternatividad: las partes pueden elegir si acuden a este mecanismo y, sobre todo, si aceptan las recomendaciones que formule el conciliador para concluir su conflicto;

²³ Angélica María Osorio Villegas, Conciliación Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos por Excelencia, Tesis, Pontificia Universidad Católica Javeriana, Bogotá, 2002, en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-15.pdf>, consultado el 09 de junio de 2013

3. Eficiencia: en el sentido de que es un proceso rápido, efectivo y a costos comparativos mucho menores que sus alternativas confrontables;
4. Amplitud en la selección de criterios de selección: pues estos no se hallan limitados únicamente por las fuentes de derecho tradicionales. El único cuidado que se debe tener es el de no afectar derechos fundamentales, derechos ajenos ni normas imperativas de obligatorio cumplimiento;
5. Procedimientos flexibles: que no responden a un orden rígido ni amenazan con la nulidad por su violación. Los actores pueden escoger libremente el proceso que aplicarán;
6. Igualdad de las partes: durante el proceso de conciliación las partes deben ser tratadas con igualdad e imparcialidad;
7. Confidencialidad: en general es un proceso confidencial, pues ni los elementos de discusión y análisis ni las propuestas de conciliación deben hacerse públicas;
8. Acuerdo voluntario: para alcanzar eficacia, ambas partes deben aprobar la fórmula de solución propuesta, sin que sea aplicable si no cuenta con dicha aprobación, como mecanismo de autocomposición que es. El juez deberá aprobar la transacción acordada en sentencia, que pasará a tener la autoridad de cosa juzgada; y,
9. Preventiva: porque evita el desarrollo de un proceso judicial, tanto si se produce antes de la demanda (extrajudicial) como si se da una vez presentada ésta, pues evita el desarrollo de la litis y la expedición de la sentencia.

Una especie particular de conciliación es la que la doctrina denomina “mini trial”, algo así como “mini proceso”, que parte de la idea de desarrollar un simulacro del proceso judicial, a efecto de que las partes puedan apreciar sus particulares posiciones dentro de la controversia, examinar sus argumentos y los de la parte contraria y con

base en eso decidir si están o no en aptitud de aceptar la solución voluntaria. En algunos sistemas, como el estadounidense, ha tenido relativo éxito: *“El mini-trial designa una modalidad particular de conciliación que simula un proceso judicial: reposa esencialmente sobre la idea de dejar en manos de las partes la solución del conflicto, después de haber sido debidamente ilustrados sobre la situación en cuestión [...]”* (Bruno Oppetit, *op. cit.* p. 77-78.)

El artículo 55 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que la conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos y que se entenderá como sinónimos a la mediación y a la conciliación extrajudicial.

La doctrina nos propone ciertas diferencias entre arbitraje, mediación y conciliación, de la siguiente manera:

“la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de los conflictos se orientó naturalmente, en un primer tiempo, hacia la mediación y la conciliación, que constituyen aparentemente sus versiones atenuadas. [...] El mediador tiene por misión de ayudar a las partes a llegar a un acuerdo; se esfuerza por aclarar sus puntos de vista respectivos y por propiciar un acercamiento para que puedan llegar a una solución de compromiso ellas mismas. El conciliador, tras haberse reunido con cada una de las partes por separado, propone él mismo a éstas un acuerdo susceptible de constituir una solución justa para el desacuerdo que las enfrenta. [...] Conciliación y mediación se distinguen del arbitraje, primero, porque técnicamente no producen una decisión vinculante y ejecutoria para las partes, puesto que ni el conciliador ni el mediador tienen la facultad de imponer un acuerdo a las partes; pero difieren igualmente del arbitraje en su espíritu, ya que no implican un método contencioso [...]” (Bruno Oppetit, *op. cit.* p. 74-75).

De ahí que, en el caso ecuatoriano, una diferencia fundamental entre la conciliación y la mediación, que son aparentemente muy similares, radica en que la conciliación se la utiliza mayoritariamente en sede judicial, en las Juntas y Audiencias de Conciliación dentro del trámite de varios juicios tradicionales, mientras la mediación generalmente es independiente de estos últimos, aunque la ley, como hemos visto, los trata como sinónimos si la conciliación es extrajudicial.

I.2.3 La mediación

En sentido simple, mediación significa interceder por alguien. La actividad del mediador es la de interceder por todas las partes, no por una sola; por lo mismo, consiste en interponerse entre ellas con el propósito de ayudarles a resolver sus desacuerdos y ejercer sus derechos.²⁴

En un sentido más técnico, es el procedimiento por el que las partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su diferendo, con la ayuda de un mediador²⁵

La mediación carece de carácter jurisdiccional, por lo tanto, su eficacia depende de la buena voluntad de las partes. Más que resolver las controversias, la mediación las disuelve, evitando de esta manera que continúen su camino hacia los tribunales:

“[...] la mediación, como el arbitraje, está expuesta al riesgo de desnaturalización que conlleva la tentación de institucionalización, ya que este encasillamiento jurídico comprometería, sin duda alguna, su futuro[...] se le reprocha cierto laxismo; de hecho, en la

²⁴ Jaidivi Núñez Varón, Alfredo Revelo Trujillo y José Octavio Zuluaga R., Manual Práctico de Mediación, 2008, Bogotá, Legis, p. 277

²⁵ Métodos alternativos de solución de conflictos: la mediación. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33251_es.htm, consultado el 08 de junio de 2013.

medida en que ésta tiende a buscar una solución de conveniencia, antes que de derecho estricto, a disolver antes que a resolver un litigio, la mediación no valoriza las normas jurídicas dentro del mundo de los negocios[...]"(Bruno Oppetit, op. cit. p. 75-76).

Tuvo su primera aplicación en el Derecho laboral como aplicación de la política de desarrollar modos pacíficos de solución de conflictos colectivos de trabajo. En Francia se la institucionaliza por medio del Decreto de 5 de mayo de 1955, concretándola a controversias sobre temas salariales y a la celebración, revisión y renovación de contratos colectivos de trabajo, pero se extendió a todos los conflictos colectivos, por Ley de 26 de julio de 1957, pero, al igual que la conciliación y el arbitraje, fue perdiendo aplicación con el paso de los años, aunque en la actualidad se propone revitalizar la institución en el país galo y se ha dictado una nueva reglamentación, que incluye amplios poderes de investigación para el negociador para informarse de la situación económica de la empresa y de los trabajadores y para proponer una recomendación motivada para la solución del conflicto, que no es obligatoria, pero que, una vez aceptada, es obligatoria para las partes. En cambio, si rechazan la recomendación, el Ministerio del Trabajo la hace pública, como medio de presionar a las partes en conflicto.

Además, en ese país, según lo transmite Bruno Oppetit en su interesante obra, mediante Ley No. 73-6, de 3 de enero de 1973, se cuenta con un mediador que tiene conocimiento de las reclamaciones que, dentro de sus relaciones con los administrados, conciernen a las administraciones públicas, quien tiene facultades para *“hacer todas las recomendaciones que, en su parecer, puedan servir para la solución de las controversias [...] y si hay lugar, todas las proposiciones encaminadas a mejorar el funcionamiento del organismo en cuestión”* (artículo 9).

Esta figura fortalece las atribuciones del mediador y le ofrece nuevas herramientas para cumplir su misión de intercesor no jurisdiccional entre el ciudadano y la administración, autoridad moral que busca convencer más que disponer; pero, con la vigencia de la Ley de 24 de diciembre de 1976 se le faculta para “*recomendar al organismo cuestionado cualquier solución que permita resolver en equidad la situación del requirente*” y hasta recomendar modificaciones a la ley o reglamentos. También está autorizado para publicar las recomendaciones no absueltas, para remplazar al servidor competente a quien le puede abrir un expediente administrativo y aun penal y hasta puede dictar disposiciones. Facultades éstas que acompañan al mediador, lo que demuestra que la pureza del concepto con que se lo solía identificar se va perdiendo, en beneficio de la asunción de nuevas responsabilidades y competencias, cuyo estudio adquiere mayor interés.

Por lo tanto, la mediación es un método alternativo de resolución de conflictos, autocompositivo, en el que interviene un tercero imparcial, que no es parte del problema, quien procura el acercamiento de las partes por medio de la comunicación, para que alcancen un acuerdo satisfactorio de forma cooperativa. Es un método que puede, no solo sustituir la actuación jurisdiccional sino auxiliarla, si se lo utiliza en el momento y condiciones oportunas, en asuntos transigibles. Se reconocen, en doctrina,²⁶ para la mediación, similares características que para la conciliación:

1. Voluntariedad: Las partes deciden acudir, permanecer o retirarse de la mediación, voluntariamente, aun cuando la mediación pueda ser obligatoria, como lo es en algunos países como Argentina y Estados Unidos (en la legislación interna de varios

²⁶ José Javier Guamán Burneo, La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia ordinaria en cuestiones de interés público, Universidad Andina Simón Bolívar, Tesis de Maestría, tutora Dra. María Elena Jara, 2011, Quito, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2875/1/T1026-MDE-Guaman-La%20mediacion.pdf>, consultado el 10 de junio de 2013

estados) también deciden respecto de la información que presentan; por lo que el mediador está consciente de que los mediados deben aprobar la solución propuesta, que no se ejecutará sin esta aprobación, como mecanismo de autocomposición;

2. Origen legal o legalidad: tiene su origen en la ley que la consagra y faculta, según se desarrolla un poco más ampliamente en lo que sigue: se pueden someter a este procedimiento, las materias transigibles. El mediador debe informar a las partes sobre el alcance y consecuencias del acuerdo y mucho más si este se alcanzó sobre la base de la mala fe o está en contra de normas de derecho positivo;
3. Procedimientos flexibles o flexibilidad: En este procedimiento se deben evitar las formas y solemnidades estrictas y rígidas, pese a que su estructura distingue etapas y reglas aplicables, ello no lo hace rígido sino flexible; pues se pueden evitar pasos y acelerar el proceso, sin causar su nulidad;
4. Igualdad de las partes, equidad, neutralidad e imparcialidad del mediador: durante el proceso de conciliación las partes deben ser tratadas con igualdad, objetividad e imparcialidad, sin diferencias, haciendo gala de lo que se denomina el “trato justo”. El mediador debe cuidar de no manifestar ningún favoritismo, prejuicio o preferencia hacia una de las partes, por lo que retira de sí sus opiniones sobre la controversia para ayudar a los mediados a llegar a su propio arreglo y no puede ofrecer ni conceder ventajas a ninguno de los involucrados; por ello deberá excusarse si tiene vínculos con una o más de las partes. Finalmente, el mediador debe procurar el equilibrio entre las partes, por medio de sus intervenciones;
5. Confidencialidad: en general es un proceso confidencial, porque lo que se trata en el proceso no puede ser dado a conocer por el mediador, salvo si versa sobre un delito perseguible de oficio. Los testimonios, las confesiones de las partes, las notas que

tomen los mediadores carecen de fuerza probatoria en juicio. Por ello, al iniciar el proceso, el mediador debe informar a las partes de la importancia de mantener la confidencialidad y la solicita expresamente. La naturaleza privada de las sesiones de mediación reafirma este carácter;

6. Eficiencia: porque se trata de un proceso ágil, cuyos costos comparativos resultan menores que los de la justicia ordinaria y aún que el arbitraje; y,
7. Preventivo: porque su objetivo es prevenir el desarrollo de un proceso judicial, mediante la mediación y el acuerdo directo de las partes.

En nuestro derecho positivo, el artículo 97 de la Constitución de la República establece que todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; y el artículo 190, ya citado, declara su reconocimiento al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, que deben aplicarse con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se puede transigir.

Por su parte, la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación²⁷, contiene el Título II, De la Mediación, cuyo artículo 43 la define de la siguiente manera: “... *es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.*”

De esta manera, nuestro derecho positivo recoge los principales elementos de la mediación como procedimiento de solución de conflictos: su carácter voluntario, la

²⁷ Publicada inicialmente en el Registro Oficial No. 145, del 4 09 1997; reformada mediante Ley Reformativa a la Ley de Arbitraje y Mediación, que consta del Registro Oficial No. 532, del 25 de febrero de 2005 y Codificada por Codificación 14, publicada en el Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006,

asistencia de un tercero, que debe ser neutral y la naturaleza transigible de la materia sobre la cual versará el acuerdo que tendrá un carácter extrajudicial, cuya virtualidad será la de terminar la contienda.

Otras referencias relativas a la mediación en el sistema jurídico ecuatoriano las encontramos en las siguientes normas, entre las más importantes:

Ley Especial de Telecomunicaciones; Ley de Hidrocarburos; Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; Ley y Reglamento General a la Ley de Turismo; Ley del Deporte, Educación Física y Recreación; Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD; Reglamento de Contratación de Petroecuador y sus filiales y Reglamento a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.

Los interesados pueden solicitar mediación tanto en los centros que existen en numerosas instituciones como la propia Procuraduría General del Estado, los gobiernos locales, comunidades indígenas, de afroecuatorianos, Cámaras de Comercio y de la Construcción, o ante mediadores independientes que cuenten con la debida autorización.

También es importante señalar que, durante el proceso de arbitraje, una vez contestada o no la demanda o la reconvención, tendrá lugar una audiencia de mediación, con un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, de la cual se dejará constancia en un acta de mediación.

No obstante, “...una mediación, si no tiene las mejores posibilidades de éxito desde el principio, tan sólo habrá logrado alargar y aumentar los costos de la solución del conflicto”. (Bruno Oppetit, *op. cit.*, p. 82)

Para concluir el tema relativo a los métodos autocompositivos, considero importante citar las similitudes entre éstos con el arbitraje: *“Si entramos a examinar la práctica institucionalizada, llegaremos a las mismas conclusiones: en ciertos casos, nada se parece tanto a un árbitro como un mediador o un conciliador [...]”* (Bruno Oppetit, op. cit., p. 146) *“[...] en estos dos casos el tribunal optó, después de un análisis riguroso, por aplicar la noción de poder jurisdiccional de decisión como criterio de distinción entre el arbitraje y la mediación-conciliación”* (op. cit. p. 159)

“[...] las nociones de conciliación o de mediación no podrían asimilarse a la noción de arbitraje, puesto que esta última presupone la existencia de una controversia que es solucionada por una decisión obligatoria, proveniente de una persona dotada de poder jurisdiccional, mientras que las dos primeras se concretan, según el caso, en una simple recomendación o en el levantamiento de un acta de conciliación o de una convención de naturaleza transaccional [...]” (Bruno Oppetit, op. cit., p. 119-120).

Incluso a nivel jurisprudencial es complicado en nuestros días distinguir exactamente los conceptos. Bruno Oppetit, en las páginas 142-144 de su “Teoría del Arbitraje” cita un ejemplo en Francia en donde se resuelve que un acta de arbitraje y transacción es una transacción sin mirar la impropiedad de los términos usados cuando, a juicio del autor, con argumentos no menos convincentes se pudo sostener que se trataba de un arbitraje, pues es muy frágil la definición, si se deja a la voluntad de las partes hacerlo, ya que nada hay tan variable e indeterminado como ella, lo que nos demuestra el enorme paralelismo entre el arbitraje y la mediación o la conciliación, aunque quizá el elemento diferenciador clave sea el poder jurisdiccional y la fuerza obligatoria que posee el laudo

arbitral y carecen los otros dos mecanismos y la resolución por la adhesión de las partes o por la fuerza obligatoria de la resolución de un tercero.

Para concluir es fundamental resaltar las bondades de la mediación, pues, por así disponerlo el artículo 47 de la ley de la materia, el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

I.3. Métodos heterocompositivos

Son mecanismos alternativos de carácter no adversarial, que se caracterizan por lo siguiente:

- a) Las partes están enfrentadas y son contendientes;
- b) Un tercero suplente la voluntad de las partes y toma la decisión;
- c) Si una de ellas gana, la otra necesariamente pierde; y,
- d) La decisión que pone fin al litigio se basa en la ley o la equidad, por lo que necesariamente se resuelve el problema satisfaciendo el interés de las partes.²⁸

La cita que antecede es correcta para fines pedagógicos y para distinguir los métodos adversariales de los heterocompositivos, pero es preciso fijar con mayor claridad algunos conceptos, por ejemplo, el que señala que si una de las partes gana, la otra pierde, que no es una expresión que pueda abarcar la totalidad de casos que se pueden presentar, pues a día de hoy, los conflictos se resuelven, en estas instancias y aún ante las judiciales, de maneras cada vez menos maniqueísta: es frecuente la modulación de fallos y sentencias, de modo que ninguna de las dos partes aparece con la razón completa ni sin al menos una

²⁸ Gladys S. Alvarez, -Highton, Elena i.-Jassan, E. "Mediación y justicia", en "Mediación para resolver conflictos", Buenos Aires, 1995, Ad Hoc, p. 95-96, citado por Dr. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje, la justicia alternativa, Guayaquil, 2007, Distrilib, p. 11

parte de ella, por lo que el concepto de “ganadores y perdedores” parece ir cada día más en desuso, para buscar fórmulas que permitan dar una parte de la razón a cada uno de los contendientes. Por lo señalado y por otras razones más propias de la evolución de las instituciones, se ha vuelto harto difícil trazar con exactitud las fronteras que delimitan los conceptos jurídicos entre sí, de ahí que:

“La dificultad se revela con toda su intensidad cuando se trata de establecer una distinción entre el árbitro y el mediador o el conciliador, ya que las características que eran utilizadas para mostrar una oposición entre estos personajes, que tienen todos por misión la solución de una controversia, han perdido mucho de su nitidez en la época moderna, debido al uso que se hace hoy en día, en la práctica y los textos, de la mediación y la conciliación.”(Bruno Oppetit, op. cit., p. 117-118)

I.3.1. El arbitraje

Sin el propósito de elaborar una historia de la institución, es menester recordar que tenemos referencias concretas al arbitraje en las inscripciones babilónicas, en los relatos bíblicos y en el sistema romano²⁹, así como en la Tercera Ley de Partidas, que dice: *“Contiendas tienen entre sí los hombres algunas veces y las ponen en manos de avenidores, y la carta de avenencia llámanla compromiso”*. Son antecedentes remotos que tampoco dejan muy clara la frontera entre el arbitraje y otros modos alternativos de solución de los conflictos, pero que nos permiten apreciar que, históricamente, la

²⁹ George Muller Stadt, Historia del derecho internacional público, traducción del alemán por Francisco F. Jardón Santa Eulalia, 1961, Madrid, ed. Aguilar, p.22, citado por en Notas y Estudio, sobre el Proceso Civil, Osvaldo Alfredo Gozaíni, 1994, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, número 155, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/894/2.pdf>, consultado el 04 de junio de 2013, p. 9-10.

jurisdicción es anterior a la legislación (Serra Domínguez, citado por Osvaldo Gozaíni, op. cit., p. 14).

“...sabemos, sin embargo, que la idea según la cual el arbitraje representaría la forma primitiva de la justicia, anterior a la justicia pública es objeto de controversia entre los historiadores: algunos consideran que ‘la justicia no es una transposición del arbitraje facultativo, es radicalmente distinta: supone una autoridad capaz de imponerla’, mientras que otros subrayan el papel considerable del arbitraje cuyo origen en Roma fue la justicia civil arcaica, como una especie de sustituto de la venganza...”³⁰

Está clara la teoría que señala que los hombres, al procurar una existencia social armónica que evite la aplicación de la Ley del Talión, se auto proscriben de usar la fuerza para solucionar sus conflictos y entregan al Estado la tutela de los derechos y de los conflictos, con lo cual dieron nacimiento a la potestad jurisdiccional, cuyos naturaleza y fundamento son similares, por no decir idénticos a los del arbitraje.

De ahí que se pueda inferir que el arbitraje tiene tanto una naturaleza contractual como jurisdiccional. En efecto, en tanto decisión voluntaria, acuerdo de voluntades que no solo compromete en árbitros, sino renuncia al procedimiento judicial y se obliga a acatar lo que resuelva el tercero, sería convencional; mientras que, quienes atienden a la presencia de un tercero imparcial que resuelve el conflicto, sostienen su naturaleza jurisdiccional, por su función y finalidad y porque es, además, el elemento diferenciador de otros métodos alternativos de solución de controversias.

³⁰ Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, trad. J. Grosclaude, p. 49 y 165, citado por Bruno Oppetit, op. cit., p. 46

“El arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlin: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de la jurisdicción en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco dentro del que es ejercida [...] desde que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural [...]” (Bruno Oppetit, op. cit., p. 58).

En cualquier caso, es importante indicar que el laudo no se impone a sí mismo ni es exigible por sí solo. Es el Estado el que, en todos los casos, debe reconocer la fuerza vinculante de los fallos arbitrales, por medio de disposiciones expresamente incorporadas al sistema jurídico del país, pues de lo contrario, aun mediando la voluntad de las partes, podría resultar ineficaz si la que se siente perjudicada decide oponerse a su ejecución.

Con estos antecedentes, podemos revisar el concepto de arbitraje: *“El arbitraje es la institución por medio de la cual un tercero soluciona un diferendo que opone a dos o más partes, en virtud del ejercicio de una misión jurisdiccional que le ha sido confiada por éstas”*³¹.

El tercero al que hace referencia esta definición es el árbitro: *“juez privado designado por aquellos quienes desean que resuelva su controversia”*³² o *“juez privado investido de una misión jurisdiccional de origen contractual”*³³

³¹ Ch. Jarroson citado por Bruno Oppetit, op. cit., p. 30

³² J. Rubellin-Devichi. L'arbitrage, nature juridique, LGDJ, 1965, Jurisclasseur de procédure civile, fascicule 1005), citado por Francisco González del Cossío, El Arbitraje y la Judicatura, 2007, México, Porrúa, p. 138.

³³ Henry Motulsky, Ecrits, T.II, Etudes et notes sur l'arbitrage, p.6, citado por Francisco González del Cossío, op. cit., p. 138

Patricio Aylwin aporta con este otro enunciado: “*juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones*”³⁴

Los conceptos citados nos permiten afirmar que el árbitro no hace ejecutar lo juzgado ni genera mandatos imperativos ni crea derecho por sí mismo, sino que solamente pacífica, pues carece de autoridad para ejecutar lo juzgado. Además se debe precisar que el acuerdo que voluntariamente une a dos partes para aceptar el arbitraje encuentra limitaciones de orden público, tanto respecto de la materia que puede someterse a él, que debe ser disponible o transigible, cuanto respecto de la carencia de facultades cautelares, de ejecución y de integración de los árbitros a ninguna organización estatal.

El arbitraje, en cuanto institución jurídica se encuentra regido por determinados principios: “...*oportunidad, temporalidad y de <<favor arbitri>>*”³⁵

Siguiendo a la autora citada señalaremos que el principio de oportunidad ante el desacuerdo de las partes consiste en la facultad de elección que la ley brinda al sujeto para disponer si acudirán a métodos autocompositivos o heterocompositivos, en primera instancia; y, en segunda, dentro de estos últimos, al proceso judicial o al arbitraje. La oportunidad conferida a las partes de someter la solución de sus conflictos a la resolución judicial o a la de un árbitro. Otros autores se refieren a la “voluntariedad” del arbitraje, pues

³⁴ Patricio Aylwin Azócar, *El Juicio Arbitral*, 2009, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 5ª.ed. actualizada y completada por el profesor Eduardo Picard Albónico, p. 17

³⁵ Ana María Chocrón Giráldez, *Los Principios Procesales en el Arbitraje*, 2000, Barcelona, José Ma. Bosch. Editor, p. 19.

el arbitraje es una alternativa mayoritariamente voluntaria a la que se acogen los actores de un desacuerdo juzgándolo oportuno, esto es, confiable, seguro y económico para garantizar una resolución imparcial en procura del anhelo de justicia.

*“Por principio de temporalidad se entiende por lo general que los procesos arbitrales deben realizarse en un lapso determinado”*³⁶ principio que se debe entender, tanto como garantía para las partes, con la finalidad de obtener una solución a sus controversias, sin dilaciones indebidas, con economía y eficacia (Ana María Chocrón Giráldez, op. cit. p. 41) cuanto como que la potestad de juzgar que las partes han concedido a los árbitros se agota con su solo ejercicio, por lo que es temporal, no permanente ni definitiva, pero respecto siempre de ese árbitro o árbitros y no con relación a la institución arbitral, que permanece junto con la vigencia de la ley que lo rige.

Finalmente, el principio de <<favor arbitri>>, también llamado de <<favor arbitralis>>, que consiste en blindar al contrato de arbitraje, al proceso y al fallo arbitral contra los posibles recursos judiciales que las partes podrían intentar en su contra. De ahí que el principio de favor consta de tres elementos conocidos como: favor de competencia, favor del fallo y favor legal (Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, op. cit., p. 198):

El primero, que se refiere a que la competencia para resolver la controversia sometida al arbitraje es de ellos y de ningún otro, pues los demás son jurisdiccionalmente incompetentes, por lo que contra el laudo no cabe otro recurso que el de nulidad y a que los

³⁶Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, Arbitraje: el juicio privado: la verdadera reforma de la justicia, 2007, Lima, Palestra, p. 196, en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol1/capitulo10_el_proceso_oportunidad_temporalidad_y_favor_arbitris.pdf, consultado el 24 de julio de 2013

árbitros deben decidir sobre su propia competencia; el segundo, que el fallo dictado por la justicia arbitral no pueda ser revisado, modificado o desautorizado por el Estado, sino únicamente por la vía de su anulación basada en causales limitadas en su número, precisamente determinadas y concluyentes. El favor legal que se dirige al legislador e implica que todo el sistema jurídico debe poner sus herramientas al servicio del arbitraje en todas sus etapas, para que éste pueda cumplir su cometido, tanto en lo relativo a la ejecución del fallo, a la adopción de medidas cautelares, cuanto a la solución de los problemas que podrían devenir del proceso arbitral. La existencia de las Leyes de Arbitraje en los diferentes países es la mejor prueba de la existencia del favor legal al arbitraje.

De acuerdo con Patricio Aylwin, en la obra citada, los caracteres del arbitraje son:

1. Es un juicio, pues reúne todos sus elementos constitutivos: a) Contienda actual que exige definición jurídica por un tribunal; b) Partes entre las cuales la contienda tiene lugar; y, c) Tribunal facultado para resolverla mediante una decisión obligatoria;
2. Su origen es generalmente contractual, pues requiere del acuerdo voluntario entre las partes para sustraer el desacuerdo de los tribunales permanentes y someterlo a resolución del árbitro. En la justicia ordinaria, basta con que una de las partes comparezca ante el tribunal competente para que la otra deba someterse a él;
3. La investidura del tribunal arbitral es de carácter privado, para cada caso, pues antes de la expresión del convenio de las partes, ese tribunal no existe permanentemente, pero su investidura debe estar facultada por la ley.

Por ello el árbitro “tiene todos los poderes de un juez (notio y jurisdictio), salvo el imperium. Juzga, lo cual es encontrar el argumento aceptable a todos”.³⁷

I.3.2 Ventajas y desventajas del arbitraje

Entre las principales ventajas que los autores consultados y el autor de este trabajo podemos resaltar del arbitraje, se encuentran las siguientes:

I.3.2.1. Voluntariedad.- Su origen es voluntario, nace del acuerdo de voluntades, mientras el proceso judicial tiene un origen jurisdiccional en el cual una de las partes se ve obligada a comparecer ante un juez y proponer sus argumentos frente a una demanda.

I.3.2.2. Celeridad.- La vocación del arbitraje es desarrollarse en breves lapsos que se cuentan, normalmente, en meses, mientras los procesos judiciales, incluso los más breves y sumarios, se demoran años. En los días que corren, inclusive el arbitraje ha sido considerado demasiado lento por algunas partes, por lo que se ha desarrollado el concepto del “arbitraje fast track”, que *“es un tipo de arbitraje diseñado para ser más rápido, de tal suerte que la controversia se pueda dirimir en el menor tiempo posible.”*³⁸

I.3.2.3. Especialidad.- En cuanto a la especialidad, en la función judicial consiste de un enunciado más nominal y orgánico que otra cosa, mientras en el arbitraje las partes pueden escoger un árbitro especializado en la puntual materia del conflicto.

I.3.2.4. Menor Confrontación.- El arbitraje busca mantener la posibilidad de relaciones futuras entre las partes en conflicto, mientras que su tratamiento jurisdiccional

³⁷ Francisco González del Cossío, *El Arbitraje y la Judicatura*, 2007, México, Porrúa, p. 138.

³⁸ Rodrigo Jijón Letort y Juan Manuel Marchán, *Breves reflexiones sobre el “arbitraje fast track”*, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2011, Quito, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Ed. Jurídica Cevallos, p. 509.

suele normalmente fracturar las relaciones entre las partes, de ahí que su aplicación en la esfera comercial es bastante común.

I.3.2.5 Confidencialidad.- El proceso judicial es público, sobre todo en materia contractual y civil. En el arbitraje se puede pactar la confidencialidad e incluso la sanción a los árbitros que exterioricen detalles relativos al conflicto que están conociendo. No obstante, no es confidencial por sí mismo, a menos que las partes lo pacten, de ahí que en varios centros en el país no se aplica confidencialidad no acordada por las partes.

I.3.2.6. Libertad Formal.- El proceso judicial es rigurosamente solemne, formalista, lleno de curiales, frases sacramentales, pasos preclusivos, cuya omisión causa la nulidad. En el arbitraje sucede lo contrario, será el reglamento institucional, las propias partes o los árbitros los que determinen las características procedimentales que se observarán, de preferencia menos rigurosas que las jurisdiccionales.

I.3.2.7. Economía³⁹.- Esta ventaja suele ser muy debatida, pues hay quienes consideran que el arbitraje es costoso, más que la sumisión a la función judicial, pero si se considera el tiempo que tarda obtener un fallo ante esas instancias, la economía se refiere más bien al ahorro significativo de tiempo para las partes, lo cual redundaría en ahorro de recursos económicos. Sin embargo, en los últimos tiempos, los costos del arbitraje han llegado a preocupar no solo a las partes, sino también a prestantes instituciones del ramo. Es así que el artículo 17.1 del nuevo Reglamento de UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: CNUDMI, conocida por sus iniciales en inglés), *“al regular las disposiciones generales del procedimiento arbitral, se*

³⁹ Carlos Matheus, Derecho de Arbitraje, catedrático de la Universidad Católica, conferencia en <http://www.youtube.com/watch?v=UWLdTEzwnn8>, consultada el 23 de julio de 2013.

establece que el tribunal arbitral, en el ejercicio de su discrecionalidad, dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios... ”⁴⁰

No obstante, el arbitraje también tiene desventajas y aún las propias características señaladas como ventajosas pueden entenderse como desventajas, dependiendo del contexto bajo el cual se analicen, por ejemplo: el origen voluntario, porque no es obligatorio; la celeridad, porque hay casos en que las partes o la situación exigen una solución inmediata y hasta el arbitraje se demora demasiado y serán la mediación, la conciliación, la transacción, el mandato, el dictamen de expertos o el arbitraje “fast track” los que puedan proveer aun mayor celeridad; la economía, porque el arbitraje es un proceso que demanda, en el país, mayores erogaciones que el proceso a cargo del Estado, peor aún en lo que respecta al arbitraje comercial internacional, respecto del cual se elevan voces como la que sostiene: :

“Solo 15 árbitros, casi todos ellos procedentes de Europa, los Estados Unidos o Canadá, han resuelto el 55% de todas las disputas conocidas en base a tratados de inversión. Los abogados de este pequeño grupo, que algunos denominan ‘la mafia interna’, se encuentran regularmente en los mismos paneles arbitrales, ejercen como árbitros y como representantes de las partes (o consejeros), e incluso se citan entre sí para actuar como testigos [...] Esto genera una creciente preocupación por cuestiones como los conflictos de interés, incluso entre el resto de la comunidad jurídica.”⁴¹

Por ello, en los últimos tiempos va cobrando fuerza la discusión respecto sobre todo de la independencia e imparcialidad de los árbitros, como principal desventaja de este

⁴⁰ David Arias, Cristina Cortes, El nuevo Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2011, Quito, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Ed. Jurídica Cevallos, p. 375.

⁴¹ Cecilia Olivet, Cuando la injusticia es negocio, Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones, en www.tni.org/es/briefing/cuando-la-injusticia-es-negocio, consultado el 06 de agosto de 2013

método de solución de las controversias. En efecto, tanto a nivel internacional cuanto en el marco nacional, se debate sobre la intervención de abogados en ejercicio de la profesión, cuya principal fuente de ingresos es su participación en procesos arbitrales, representando a una de las partes en conflicto⁴², de ahí que parece necesario que la legislación otorgue prioridad a la garantía de los derechos humanos y a las medidas de protección del medio ambiente y aun las que se adopten en garantía de los intereses estatales, sin que el medio de solución de los conflictos sea más que eso, un medio y no pase a ser un fin, como parecen entenderlo partes interesadas.

En este sentido, se debe forzar el empleo de mecanismos de solución independientes y transparentes, sean arbitrales o judiciales, porque, *“quien es dependiente no puede ser sino parcializado porque así lo exige la misma estructura del poder,”*⁴³ con garantía de la imparcialidad de la resolución que se adopte, que debe tomarse con criterios objetivos, establecidos en la ley, si se trata de un arbitraje en derecho, con garantías para la defensa y asegurando la igualdad de las partes en conflicto y con *“la introducción de regulaciones estrictas para evitar los conflictos de interés, la imposición de un límite sobre los costos procesales, y una mayor transparencia con respecto al cabildeo de la industria del arbitraje en los círculos gubernamentales”* (Cecilia Olivet, op. cit., p. 6).

El tema del posible conflicto de interés que enfrentan los árbitros llamados a resolver una controversia, merece un análisis más profundo. En efecto, al tratarse de abogados en el libre ejercicio de la profesión, en muchos casos, pueden ser socios del

⁴² Ramiro Salazar Cordero, en el Taller: Cómo Litigar en Arbitraje, 12 al 15 de marzo de 2013, Banco del Estado, Hotel Howard Johnson, Quito.

⁴³ Santiago Andrade Ubidia, “Independencia Judicial y Estado de Derecho”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ediciones Legales, 2003, p. 298 y 299

mismo estudio jurídico del abogado defensor de una de las partes; pueden haber defendido a las partes en algún otro conflicto anterior o ser amigo, colega, copartidario, rival político de una de las partes o de sus defensores, etc.

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación adoptó las casuales de recusación previstas en el artículo 856 del Código de Procedimiento Civil⁴⁴, No obstante, a estas causales generales no agregó las derivadas del caso en particular, como lo hacen otras legislaciones en Sudamérica, como la peruana, que agrega los temas derivados de los “conflictos de

⁴⁴ “1. Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, o de su representante legal, o de su mandatario, o de su abogado defensor;

2. Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando lo fuere de las entidades del sector público, de las instituciones del sistema financiero, o cooperativas. Habrá lugar a la excusa o recusación establecida en este número sólo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio;

3. Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el número 1, juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes, si el juicio hubiese sido civil, y de los cinco, si hubiese sido penal; no serán motivos de excusa ni de recusación la demanda civil o la querrela que no sean anteriores al juicio;

4. Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, o de su cónyuge, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

5. Ser asignatario, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes;

6. Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella;

7. Haber intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo;

8. Haber sido penado, multado o condenado en costas en la causa que conocía, en caso de que la sanción le hubiese impuesto otro juez o tribunal;

9. Haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito; y,

10. No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley.”

interés”⁴⁵ que se tratan de causas más subjetivas y, por lo mismo, más difíciles de precisar, que son aquellas que, de acuerdo con dicha legislación, provocan dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia de los árbitros.

No obstante, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil ha incorporado la regla añadida a continuación del artículo 88 del Reglamento del Centro, que dice: *“Prohibición.- Es prohibido a los árbitros que conforman la Lista Oficial del Centro, intervenir personalmente como abogado patrocinador en causa alguna que se someta a arbitraje en este Centro”*. Lo que revela que en nuestro país se ha tomado conciencia de la magnitud del problema, por un lado; y, por otro, que se puede y debe arbitrar medidas como la citada, para evitar los conflictos de interés que causan daño a la independencia, imparcialidad y confiabilidad de la institución arbitral.

Por lo señalado, parece importante tomar en cuenta los aspectos desfavorables al arbitraje para irlos superando por medio de disposiciones más serias que prohíban la intervención como árbitros de quienes enfrenten estos posibles conflictos de interés y privilegiar los intereses sociales sobre los particulares en todo lo relativo a su aplicación, a cuyo efecto es posible que sea necesario reformar la ley en actual vigencia, adaptándola a estas necesidades, a riesgo de que, si no se lo hace, una institución tan importante pueda menoscabar sus propios cimientos y beneficios.

⁴⁵ Fernando de Trazegnies Granda, Conflictuando el conflicto, los conflictos de interés en el arbitraje, en http://www.limaarbitration.net/LAR1/fernando_de_trazegnies_granda.pdf, consultado el 06 de agosto de 2013, p. 165

I.4 Clases de arbitraje

La primera clasificación obedece a las normas y reglas que deberán aplicar los árbitros y tribunales para dictar el laudo:

I.4.1 Arbitraje nacional

Si el proceso se desarrolla sobre normas internas, el arbitraje se denomina nacional, interno o doméstico: *“Tratándose de arbitraje interno, los tribunales arbitrales pertenecen al ordenamiento jurídico del Estado en cuyo territorio resuelven los litigios, a pesar de que no puedan ser considerados como parte del ordenamiento jurisdiccional estatal...”* (Bruno Oppetit, op. cit., p. 188).

En este sentido, la motivación de someterse al arbitraje, en el ámbito interno es la de evitar la jurisdicción estatal, por razones de conveniencia práctica como las que se destacaron en el acápite anterior.

*“Es indudable que si todos los elementos del arbitraje conducen a un solo país o se conectan con un único Estado, estaremos ante un arbitraje interno regido por la ley de ese país. En cambio será internacional, si se presentan conexiones objetivas con varios Estados”.*⁴⁶

⁴⁶ Rubén B. Santos Belandro, *Seis Lecciones Sobre el Arbitraje Privado (Interno e Internacional)*, 2002, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, p. 33, citado por Ana Carolina Donoso Bustamante, El reconocimiento de la extraterritorialidad de los laudos arbitrales extranjeros y su procedimiento de ejecución, en la práctica procesal ecuatoriana, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1093/1/T709-MDP-Donoso-El%20reconocimiento%20de%20la%20extraterritorialidad.pdf>, consultado el 07 de agosto de 2013, p. 11.

I.4.2 Arbitraje internacional

El arbitraje se produce cuando las partes tienen sus establecimientos principales en distintos países y se rige por convenios internacionales. Su fundamento es bastante claro: el arbitraje es una institución para solucionar las controversias especialmente por temas comerciales cuyos elementos no son solo nacionales.

“El carácter internacional del arbitraje tiene su importancia; él determina la aplicación al mérito de la causa, de cierto ordenamiento jurídico y, eventualmente el reconocimiento y ejecución del laudo depende de las reglas procesales territoriales que regulan el previo pase (exequátur) del laudo al país donde pretende ser reconocido y ejecutado. Si el laudo va a surtir efectos sobre bienes que se encuentran ubicados en un país distinto al del lugar de establecimiento principal de las partes o distinto al del lugar del proceso arbitral, será necesario determinar si la ejecución de medidas cautelares, la evacuación de pruebas y la ejecución del laudo firme, tienen asidero en el ordenamiento jurídico del Estado o país donde dichos bienes se encuentran.”⁴⁷

En este caso se puede distinguir si los árbitros son designados ad hoc o si pertenecen a instituciones con sus reglamentos propios y definición de competencias específicas, lo que se analizará también en la división entre arbitraje administrado e independiente.

“En definitiva, el arbitraje comercial internacional, por su espíritu de apertura comparatista [...] y por la generalización de su uso sobre la base de principios de organización y funcionamiento ampliamente aceptados, tiende cada vez más hacia la universalidad, la cual es diferente a la uniformidad; [...] el objetivo es el de ofrecer ‘un arbitraje universal, lo cual no

⁴⁷ José Ma. Chillón Medina y José Fd. Merino Merchán José Fernando, Tratado de arbitraje privado interno e internacional, 1991, Madrid, 2ª. ed. Civitas, p. 131, citado por Ernesto Salcedo Verduga, El arbitraje la justicia alternativa, 2007, Guayaquil, 2ª. ed. actualizada, Distrib, p. 75

significa que deba fundarse en un comportamiento cultural y un sistema jurídico idénticos: la universalidad reside en el reconocimiento de algunos principios y un método por todos". (Bruno Oppetit, op. cit. p. 263)

Para distinguir al arbitraje internacional del arbitraje extranjero seguiremos las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, en cuanto establece en definitiva dos condiciones: el acuerdo de las partes y la situación internacional de los hechos.

En efecto, nuestra ley instituye la obligación de que las partes lo convengan como internacional y cumplan cualquiera de los requisitos que se establecen en el artículo 41 de dicha ley⁴⁸, que en definitiva atienden al domicilio de las partes, que deben estar en estados diferentes; o que el lugar de cumplimiento de parte sustancial de las obligaciones o que el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, estén situados fuera del Estado en que una de las partes (o las dos) tienen su domicilio; o cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional⁴⁹.

Mientras que, para determinar si un arbitraje es extranjero solamente se observa el lugar del arbitraje y de la emisión del laudo, que deberá ser fuera del territorio nacional;

⁴⁸ **Art. 41.-** *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:*

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;*
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,*
- c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad."*

⁴⁹ Reformado mediante Ley 2005-48, RO 532, de 25 de febrero de 2005, para agregar en la letra c) "que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad"

esto es que, por arbitraje extranjero se entiende aquel cuyo laudo provenga de un árbitro o tribunal con sede en un país diferente al nacional.

Para concluir esta clasificación, es preciso señalar que, por disposición del artículo 422 de la Constitución, el Estado ecuatoriano está prohibido de ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, excepto en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.

I.4.3 Arbitraje administrado

El primer artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana prevé la posibilidad de someter las controversias al arbitraje independiente o administrado, resaltando esta clasificación como la primera en ser reconocida por nuestra ley.

Se trata de arbitraje administrado cuando las partes acuden a un centro para la designación de los árbitros y secretario, que conforman la lista de árbitros y secretarios pertenecientes a él, que ajustan su conducta al Código de Ética de dicho Centro, que puede seguir el procedimiento establecido por el Centro para los arbitrajes que se desarrollan en su seno, entre otros importantes aspectos del procedimiento. En este caso, la designación de los árbitros podría ser incluso aleatoria, si las partes optaran por el sorteo entre los árbitros que integran la lista del Centro elegido.

I.4.4 Arbitraje independiente

El arbitraje independiente también es conocido como arbitraje ad hoc y se refiere a aquel que se regula para cada caso, de manera individual. En este caso, serán las mismas partes y el árbitro o tribunal quienes conduzcan el proceso arbitral. Por sus características,

brinda la posibilidad de que las partes acuerden los detalles del procedimiento, su duración, pasos que se darán y tiempo para cada uno de ellos, formalidades, etc., lo que demandaría mayor esfuerzo inicial, con la ventaja de la determinación libre e independiente de todo el proceso. Su naturaleza es efímera, al igual que todo arbitraje (para el caso concreto) pues se extingue con el proceso al que sirve, pero en este caso aún más, porque ni siquiera está respaldado en la institucionalidad de un Centro. Está consagrado en el segundo artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación, que establece que el “*arbitraje es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta ley*”.

No obstante, su utilización es excepcional, lo que podría atribuirse a la incertidumbre sobre las reglas de procedimiento que deberán seguir y el lugar en que se desarrollará, por las dificultades que entraña el acuerdo para la designación del árbitro o tribunal, el problema de la fijación de los costos y, eventualmente, hasta la falta de sujeción del árbitro independiente a Código de Ética alguno.

I.4.5 Arbitraje en equidad

Esta clasificación atiende al criterio de las reglas que determinan los criterios de valoración del conflicto y de sus argumentos, los mismos que serán en equidad, en conciencia o de amigable composición, cuando el árbitro o tribunal arbitral adopta soluciones equitativas, sin regirse obligatoriamente a las normas del sistema jurídico, sino por la equidad y honradez de su íntimo convencimiento y su leal saber y entender, arbitraje que, a decir de algunos especialistas, tiene la ventaja de superar rigideces técnicas y frialdades legales en mérito de la solución más justa y con un rostro más humano.

El tercer artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador establece la clasificación en arbitraje en equidad y en derecho y precisa que, si no se suscribió convenio arbitral, será en equidad. En éste último caso, no hace falta que los árbitros sean abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

De acuerdo con la norma constitucional del artículo 190, en la contratación pública el Estado no puede pactar arbitraje de este tipo, pues únicamente puede comprometerse en arbitraje de derecho.

I.4.6 Arbitraje en derecho

El arbitraje jurídico o en derecho, en cambio, es aquel en que el tercero imparcial debe resolver con base en todas las normas, principios universales del derecho, jurisprudencia y doctrina, de acuerdo con el tercer artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, los que servirán para sustentar la resolución obligatoria que se adopte por medio del trabajo técnico y especializado del árbitro o tribunal, de ahí que quienes integren el tribunal deberán ser abogados. No obstante, respecto del moderno papel que cumplen tanto jueces como árbitros debemos atender las siguientes precisiones:

“Inversamente, el juez estatal no se limita hoy en día al papel de servidor ciego de la ley [...] él dispone de un amplio poder de interpretación, puede juzgar más allá de los límites o a pesar de las insuficiencias de la ley sobre la base de los principios generales del derecho, administra el patrimonio ajeno, puede arbitrar como amigable componedor dentro del marco mismo de la instancia judicial, falla en caso de urgencia, puede proponer una conciliación a las partes en cualquier momento durante el proceso [...]” (Bruno Oppetit, op. cit., p. 58-59).

Lo cual nos revela dos aspectos importantes:

- 1) Que el juez y el árbitro en derecho concebidos como la “boca de la ley”, como se atribuye a Montesquieu haberlo conceptualizado, carecen de vigencia en nuestros días, pues su papel es mucho más amplio y complejo, no solo por las fuentes del derecho que deben consultar sino por la motivación y argumentación que deben reunir sus sentencias y fallos, por medio de los cuales han pasado a ser partícipes del proceso de creación del derecho; y,
- 2) Que las funciones de árbitros y mediadores modernamente entendidas, a nivel internacional, encuentran numerosos puntos de contacto y no pocos roces, que permiten aunar los conceptos y las atribuciones que les son inherentes.

Capítulo II Normativa aplicable al arbitraje en el Ecuador

La exposición anterior nos permite apreciar los fundamentos teóricos y conceptuales, a nivel doctrinal, del arbitraje, definido por género próximo y diferencia específica con sus conceptos más próximos, en un ámbito amplio, como institución jurídica a nivel internacional, por lo que, a continuación me ocuparé de su análisis con referencia concreta a las disposiciones de derecho positivo que lo regulan en el Ecuador.

El objetivo del presente capítulo no es agotar todas las normas y disposiciones incluidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre arbitraje, ni siquiera todas las de la Ley de Arbitraje y Mediación, pero sí referirme a las principales, no solo en esta ley, sino en la Constitución, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y en otros importantes cuerpos de normas del Ecuador, con el propósito de acercarme al objetivo esencial de este trabajo, que es el de revelar si el arbitraje nacional

queda como una excepción en materia de contratación pública en nuestro país; y, luego de restados los temas que no pueden ser resueltos por medio de la aplicación de este mecanismo, cuál es el resultado, esto es, qué asuntos pueden ser sometidos a resolución arbitral nacional en la contratación pública ecuatoriana.

De ahí que, en adelante, me referiré a las normas y disposiciones aplicables, siempre con énfasis en la parte más sustantiva, conceptual y teórica que en la adjetiva o procesal, porque la verificación de las hipótesis de trabajo de esta investigación depende más de aquella que de ésta.

II.1 Normas constitucionales

En el primer capítulo me referí a las normas contenidas en la Constitución de la República del Ecuador sobre la materia del arbitraje. A continuación las retomo, para resaltar sus principales elementos y características, considerando que, en nuestro país, a partir de la Constitución del año 1998, las disposiciones constitucionales son de aplicación directa e inmediata, sin que requieran de norma legal adicional alguna para su obligatoriedad, son verdaderas “normas jurídicas” *“...La Constitución ha pasado a ser, por de pronto, un instrumento en sí mismo justiciable. Una jurisdicción nueva [...] el Tribunal Constitucional, se ha montado con esa función. De este modo queda ya perfectamente claro que la Constitución ha pasado a ser una norma jurídica. Y no cualquier norma, sino, precisamente, la norma suprema, la que puede exigir cuentas a todas las demás, la que condiciona la validez de todas éstas...”*⁵⁰

⁵⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 2006, Ed. Thomson Civitas, 13ª. ed., p. 512

Y así lo proclama y ratifica la propia Constitución, entre otros en los artículos 11, número 3, sobre la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías constitucionales y 424-428, sobre los principios relativos a la supremacía de la Constitución, su jerarquía, la sujeción a las normas fundamentales e interpretación integral.

Sobre nuestro tema de análisis, hemos visto ya que el artículo 190 de la Constitución, incluido en la sección octava “*Medios Alternativos de Solución de Conflictos*”, del capítulo cuarto, “*Función Judicial y Justicia Indígena*”, del Título IV, “*Participación y Organización del Poder*”, de la misma, contiene los siguientes elementos esenciales:

1. “[...] *el convenio de arbitraje es un acto jurídicamente complejo que se configura inicialmente como un contrato, pero con la finalidad de producir efectos procesales; por consiguiente entraña una naturaleza híbrida, integrada por elementos dispares de no menor dispar eficacia*”⁵¹ La primera parte de la norma estudiada reconoce al arbitraje, conjuntamente con la mediación y “*otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos*”, lo cual tiene trascendencia jurídica relevante, porque hemos visto que, por su carácter contractual y jurisdiccional, el arbitraje necesita ser reconocido en el sistema jurídico del cual se trate para la validez y ejecutabilidad de los laudos que se dicten a su amparo, por lo mismo, que la norma suprema incluya en su articulado el reconocimiento expreso al

⁵¹ E. Arthur Iriberry, *El Convenio Arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 28 y 44-46, citado por José Carlos Fernández Rozas, *El Convenio Arbitral entre la Estabilidad y el Desatino*, en *Estudios de Arbitraje*, Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico, Santiago, 2006, Ed. Jurídica de Chile.
http://eprints.ucm.es/9266/1/CONVENIO_ARBITRAL_ENTRE_LA_ESTABILIDAD_Y_EL_DESATINO.pdf, consultado el 14 de agosto de 2013.

arbitraje resulta muy importante, pues ello determina su carácter jurisdiccional y la obligatoriedad de sus fallos, al tiempo que se hace realidad el principio de <favor arbitri> o <favor arbitralis> al que nos hemos referido anteriormente;

2. Los procedimientos alternativos, entre los que se incluye al arbitraje, deben aplicarse de acuerdo con lo que disponga la ley de la materia. En nuestro caso, de conformidad con los dictados de la Ley de Arbitraje y Mediación, lo que claramente implica que las reglas de detalle, los aspectos procedimentales y más elementos fundamentales del arbitraje estarán ceñidos siempre a lo que disponga la norma legal, pues la constitucional no puede desglosarlos. En materia de derecho público, el Estado y sus instituciones requieren, por lo tanto, de norma legal expresa que reconozca la posibilidad de acceder a la justicia alternativa, al arbitraje;
3. Las materias sobre las cuales se pueden resolver contiendas por la aplicación de este método alternativo son solamente aquellas de naturaleza transigible y pese a que volveré sobre este concepto en la tercera parte de este trabajo, es preciso apuntar desde ya que, por lo mismo, no es posible que cualquier materia sea objeto de arbitraje, sino única y exclusivamente aquellas que son objeto de la libre disposición de las partes, las que afectan sus intereses particulares, y no comprometen ni ponen en riesgo principios jurídicos fundamentales ni intereses sociales o estatales, actos de contenido particular y de naturaleza económica o patrimonial quedarían, por lo mismo, incluidos, pero la discusión fundamental sobre la materia la retomaré en la parte final de esta tesis; y,
4. La primera parte del segundo inciso de la norma que comento faculta al Estado para someter al arbitraje conflictos derivados de la aplicación de las normas que rigen la contratación pública en el país. No obstante, se trata de una facultad eminentemente

discrecional, porque, como ya hemos visto, la naturaleza del arbitraje es voluntaria y contractual, no obligatoria. De ahí que, en el presente caso, se hable de una facultad discrecional de la administración, porque la norma permite la elección, entre los métodos tradicionales y los alternativos para solucionar las controversias; y, de entre éstos últimos, la elección será entre el arbitraje, la mediación y los demás mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo que nos muestra a las claras que se trata de discrecionalidad reglada, facultativa, no obligatoria. Así lo vemos en la siguiente distinción entre actividad administrativa reglada y discrecional:

“La actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público. Esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley (en sentido lato: Constitución, ley, reglamento) y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En el primer caso, la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público [...] El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales se dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una circunstancia. [...]”⁵²...

La facultad existe, pero la propia Constitución de la República ha establecido un requisito fundamental para la procedencia de su aplicación, como es el pronunciamiento previo y favorable de la Procuraduría General del Estado. Y esto no solamente para evitar la presencia de las llamadas “cláusulas arbitrales patológicas”, que son aquellas que carecen de obligatoriedad, no excluyen la intervención de la justicia ordinaria, o no contienen el

⁵² Agustín Gordillo , Tratado de Derecho Administrativo, Capítulo VI, Técnica Jurídica del Derecho Administrativo, 2009, 10ª. ed., en http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo6.pdf, p. 5-6, consultado el 14 de agosto de 2013

procedimiento aplicable, o, finalmente, instituyen Tribunales que carecen de facultades para decidir.

“La cláusula arbitral puede presentar problemas, generalmente de índole fáctico, que impidan una claridad total e inicial, sobre la voluntad de las partes en someterse a arbitraje y dicha valoración puede volver a requerir la intervención judicial, bien porque se presenta directamente la reclamación ante el juez ignorando la cláusula compromisoria, bien con posterioridad en la fase de anulación del laudo. La eficacia de la cláusula, generadora de obligaciones para las partes que pactaron el convenio, de la competencia de los árbitros y de su correspondiente incompetencia judicial puede, en efecto, verse seriamente afectada por una falta de determinación de la voluntad de las partes, de la institución encargada del arbitraje o de la renuncia al acceso de los tribunales; en fin, por un conjunto de razones que, en definitiva, constituyen el elenco de lo que la doctrina francesa, familiarizada con los problemas prácticos del arbitraje, denominó las cláusulas arbitrales patológicas...”⁵³

También para apreciar aspectos de oportunidad y conveniencia es que el Procurador General del Estado, en su calidad de representante judicial y patrocinador del Estado, puede hacerlo con mayor experiencia y conocimiento, desde una visión más general que la parcial que puede tener cada entidad desde su propia –y limitada- perspectiva.

Otra importante norma incluida en la Constitución 2008 es la del artículo 326, que textualmente dice: *“El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: [...] 12.*

Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.”

⁵³ José Carlos Fernández Rozas, El Convenio Arbitral entre la Estabilidad y el Desatino, en Estudios de Arbitraje, Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico, Santiago, 2006, Ed. Jurídica de Chile, en http://eprints.ucm.es/9266/1/CONVENIO_ARBITRAL_ENTRE_LA_ESTABILIDAD_Y_EL_DESATINO.pdf, consultado el 14 de agosto de 2013.

Sobre esta norma se debe aclarar que no se refiere a tribunales arbitrajes como los que se analizan en el presente trabajo, pues sus características son harto diferentes:

1. En estos mismos mal llamados tribunales recaen competencias de conciliación y de arbitraje, lo que no sucede ni puede ocurrir en el arbitraje que venimos analizando, porque el árbitro tiene, como ya lo hemos visto, funciones jurisdiccionales, es un método heterocompositivo y el fallo que dicte será obligatorio, sin considerar si las partes lo desean o no aceptar, se impone por su naturaleza, aunque deba ser ejecutado por la justicia ordinaria, no puede incumplirse por decisión de una de las partes. Al incluir facultades de conciliación, que es un mecanismo autocompositivo, ello implica apartarse del concepto de arbitraje y pasar a depender de la voluntad de las partes, al menos en cuanto a la primera parte de sus funciones se refiere. Si bien en el procedimiento arbitral existe una audiencia de mediación, recién ante la falta de acuerdo en la mediación se designan los árbitros, de acuerdo con lo que disponen los artículos 15 y 16 de la ley de la materia;
2. Es un denominado tribunal a cuya jurisdicción las partes deben someterse, por lo tanto, obligatorio, apartándose de esta manera del carácter de voluntariedad que distingue al arbitraje de otras jurisdicciones. En efecto, al presentarse un conflicto colectivo en materia laboral, los trabajadores presentan un pliego de peticiones ante el Inspector del Trabajo de la jurisdicción a la que pertenecen, luego de lo cual, con la respuesta del empleador o sin ella, en el plazo de tres días (respuesta en la cual podría aceptar las peticiones de los trabajadores, en cuyo caso terminaría el conflicto); pasará a la denominada “mediación obligatoria” ante el Viceministro del Trabajo, la que procura la solución de la

controversia, pero si ésta no se produce, el asunto pasará a resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Viceministerio del Trabajo, con cuyo fallo o resolución deberá terminar el conflicto, siempre y cuando las partes no apelen para ante el Tribunal Superior;

3. Por su integración: porque este tipo de pseudo tribunales -pues ni siquiera merecen tal denominación, ya que carecen de requisitos sustanciales para ser considerados como tales, como la independencia y la imparcialidad y su ubicación en función jurisdiccional y no administrativa- son presididos por el Inspector del Trabajo e integrados por dos vocales designados por el empleador y por dos vocales designados por los trabajadores, por lo que, en la práctica, ante el desacuerdo entre los vocales de las partes en conflicto, quien dirime es el Inspector del Trabajo;
4. Esa misma integración es obligatoria, es decir, las partes no pueden, como en el arbitraje, designar de común acuerdo al árbitro o árbitros de acuerdo con su voluntad, ni pueden modificar la conformación establecida en el artículo 474 del Código del Trabajo;
5. Por su ubicación: en efecto, estamos ante un procedimiento que se da en sede eminentemente administrativa y no jurisdiccional, como en el caso del arbitraje, de ahí que el servidor competente de manera inicial frente a un conflicto colectivo es el Inspector del Trabajo, que posteriormente presidirá el Tribunal de Conciliación y Arbitraje;
6. Como ya hemos visto, el laudo arbitral es inapelable y únicamente podrá impugnarse en vía de nulidad. En materia laboral, la resolución de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje es apelable para ante los Tribunales

Superiores de Conciliación y Arbitraje, integrado de manera similar que el inferior, pero presidido por el Director Regional del Trabajo; y,

7. El procedimiento aplicable es diferente, sin que lo detallemos aquí, porque nos apartaríamos de los objetivos del trabajo.

En síntesis, la norma constitucional comentada se aleja del arbitraje, entendido en el sentido que compete e interesa a esta tesis.

La tercera y última norma constitucional relativa al tema consta del artículo 422⁵⁴, referida al arbitraje internacional, por lo tanto, ajena a la materia de este trabajo, pero respecto de la cual resta añadir que, según consta del Registro Oficial Suplemento No. 549, de 16 de marzo de 2009, la Corte Constitucional para el Período de Transición dictó la Sentencia Interpretativa, que aparece de Resolución No. 1, que contiene la interpretación constitucional del artículo 422, en la cual se analizó un aspecto que tiene relación con la contratación pública y es si la contratación de deuda externa entre el Estado ecuatoriano y el Banco Interamericano de Desarrollo, BID, puede considerarse como tal y, por lo mismo, sujeta a las reglas establecidas en el artículo 190 constitucional antes comentado, por lo que solo podría comprometerse arbitraje en derecho y no en conciencia o equidad.

Al respecto, después de considerar que la interpretación constitucional es necesaria porque la conforman textos abiertos o indeterminados; que el sistema jurídico contiene al mismo tiempo, reglas y principios; y que los dos tipos de prescripciones son de naturaleza

⁵⁴ **Art. 422.**- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

normativa, establece que la contratación pública, entendida como la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas, por ejemplo, con licitaciones, concurso público de ofertas, etc., mismas que según mandato constitucional están obligadas a realizar un arbitraje en derecho, por lo que excluye de este campo tanto a la contratación de deuda pública, cuanto a las contrataciones internacionales del Estado, como sujeto de derechos y obligaciones internacionales, por lo que recomienda que se efectúe una lectura sistemática, integral y armónica de la norma suprema y concluye que el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales, en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consecuencia, no es aplicable, para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución.

II.2 Principales disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación

En el presente acápite analizaré varias normas incluidas en la ley de la materia, excluyendo las normas adjetivas o procedimentales y las que han sido objeto de referencias y análisis anterior, como las relativas a las clases de arbitraje.

Un antecedente histórico importante, aunque débil fue la Ley de Arbitraje Comercial, que se publicó en el Registro Oficial No. 90, de 28 de octubre de 1963. Una breve revisión de sus instituciones me permite opinar que adolecía de serias deficiencias, la más importante de las cuales es la de limitar el arbitraje exclusivamente a las relaciones comerciales, pero fue un importante ensayo y paso previo para la introducción de la actual ley de la materia. A la época, la formación de los operadores del sistema jurídico estaba encaminada hacia la litis ante los tribunales ordinarios. Esa cultura prevaleciente fue un campo poco propicio para el éxito de dicho cuerpo normativo.

Pero precisamente sus principales actores, por intermedio de las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, fueron también quienes difundieron e impulsaron las ventajas del arbitraje, lo que ha permitido el desarrollo de una cierta cultura en la prevención de las controversias y el empleo de mecanismos alternativos a los tribunales de justicia estatales, que se plasmó en la actual ley.

La estructura de este cuerpo normativo parte de dos títulos: del Arbitraje y de la Mediación, el primero de los cuales consta de cuarenta y dos artículos, cuyos principales contenidos se refieren a la validez del sistema arbitral, clases de arbitraje, capacidad para acudir al arbitraje, definición de convenio arbitral, otras formas de someterse al arbitraje, renuncia al convenio arbitral, medidas cautelares, y demás normas adjetivas, inapelabilidad, nulidad, confidencialidad y ejecución del laudo, normas supletorias, organización de centros de arbitraje y arbitraje internacional.

El primer artículo de la ley, bajo el título de: “*Validez del sistema arbitral*” dice que “*el sistema arbitral*” es un “*mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje...*” Tal disposición podría analizarse para indicar que es una definición incompleta del sistema arbitral, tanto porque omite señalar que ese mutuo acuerdo de las partes debe constar de un convenio arbitral, cuanto porque “*el sistema arbitral*” comprende no solo el “*mecanismo*”, sino los procedimientos, como aspecto esencial del carácter jurisdiccional que acompaña a la institución del arbitraje.

Cabe la posibilidad de que lo que se trató de definir era precisamente ese contrato por medio del cual las partes, de mutuo acuerdo, pactan someterse al arbitraje, que en ese caso podría hablarse de él como “*mecanismo*” para activar la justicia arbitral, en tanto jurisdicción ajena al aparato estatal. Adicionalmente sería preciso agregar que, al hacerlo, las partes renuncian a la justicia ordinaria, esto es, sustraen sus conflictos del conocimiento por parte de la jurisdicción competente y la confían exclusivamente a los árbitros. Pero más allá de estas discutibles imprecisiones, la importancia de la norma es, como lo declara su encabezado, la de validar legalmente al arbitraje como alternativa frente a la justicia ordinaria, autorizar a las partes en una controversia para someter sus desacuerdos a la solución arbitral, con todas las ventajas que pretende, como lo vimos en lo que antecede, para “desautorizar” a la justicia ordinaria y sujetarse a lo que resuelvan los árbitros.

Los artículos 2 y 3 fueron tratados ya al analizar las clases de arbitraje. El artículo 4 se refiere a la capacidad para someterse al arbitraje y se remite a la capacidad para transigir, con lo que nos encamina a las reglas del derecho común. En efecto, el Libro IV del Código Civil contiene importantes disposiciones al respecto, pues en primer lugar dice que no puede transigir sino aquel que puede disponer de las cosas comprendidas en la transacción, con lo que se equipara tal capacidad con la de ejercer el atributo fundamental del dominio como es el de la disposición (usar, gozar y disponer aun arbitrariamente, siempre que no sea contra norma de la ley ni contra derecho ajeno), en el artículo 2349; y, en el artículo 2350 se establece que se necesita de cláusula especial para que un apoderado pueda transigir; y, añade, a renglón seguido, el nivel de detalle que debe contener el mandato, cuando dice que en el poder se deberán detallar los bienes, derechos y acciones sobre los que se quiera transigir. Lo ya anotado implica que, siguiendo las reglas generales, primero

se necesita la capacidad jurídica general, la misma que constituye la regla y debe presumirse, mientras la incapacidad es la excepción que debe probarse por la parte que la alega. En segundo lugar se requiere la potestad de disposición, que implica la potestad de desprenderse de su derecho, gravarlo, limitar o modificar su contenido. Por lo tanto, solo quien tiene la capacidad jurídica para desprenderse de un objeto o derecho, renunciando a él o quien puede transferirlo o enajenarlo a otra persona, es quien puede celebrar válidamente el convenio arbitral.

No obstante, la situación se complica en la materia que nos encontramos estudiando, esto es, para la procedencia del arbitraje en conflictos relacionados o derivados de la contratación pública, porque, además de los requisitos generales, se contemplan requerimientos adicionales, bajo la prevención de nulidad del convenio arbitral, que son los siguientes:

1. Que el convenio arbitral haya sido pactado en uno de dos momentos: con anterioridad a la presentación de la controversia; o, una vez presentado el conflicto.

La ley señala que, en este último caso se requerirá consultar al Procurador General del Estado, quien emitirá un dictamen vinculante. No obstante, por la jerarquía normativa, tal precisión ha quedado insubsistente por la norma constitucional del artículo 190 ya comentada, de mayor jerarquía, que no distingue el momento del convenio para establecer la necesidad de obtener el dictamen de la Procuraduría General, como ya se ha pronunciado el órgano del control respectivo y lo hemos

citado en la introducción del presente trabajo,⁵⁵ por lo que podemos hablar con absoluta propiedad de nuevos requerimientos constitucionales⁵⁶

2. La relación jurídica a la que se refiere el convenio debe ser de naturaleza contractual. Aspecto importante como aclaración, porque las administraciones ejercen sus atribuciones o facultades, pero no tienen derechos, por lo que no podría someterse al arbitraje aspecto alguno ajeno a la naturaleza contractual, lo cual, por otra parte, concuerda con la esencia de la institución arbitral que hemos definido como contractual y jurisdiccional;
3. La forma de seleccionar a los árbitros debe estar incluida en el convenio. Pactar un arbitraje no solo implica el acuerdo para someter una o varias controversias a la resolución de un árbitro o tribunal arbitral, sino el compromiso de seguir un procedimiento, de definir al o a los árbitros que lo juzgarán, si será independiente o administrado, en equidad o en derecho, etc. Para que la administración pública pueda someter sus desacuerdos contractuales al arbitraje, en el propio convenio arbitral debe estar definido, al menos, el procedimiento de selección del o de los árbitros, si no están ya designados en el mismo; y,
4. El convenio arbitral, que implica la renuncia a la jurisdicción ordinaria, debe estar firmado por el representante legal, judicial y extrajudicial de la entidad de la cual se trate, como en cualquier otra decisión o convenio en que se pretenda obligar a la entidad, lo cual no impide que, de acuerdo con las normas administrativas

⁵⁵ Registro Oficial Suplemento No. 824, de 6 de noviembre de 2012, que se remite al Oficio PGE No. 09712, de 11 de septiembre de 2012

⁵⁶ Introducidos por la Constitución 2008 con posterioridad a la vigencia de la ley de la materia (Nota del autor)

generales, tal representante pudiera, con los efectos establecidos en la ley, delegar la suscripción a su representante, incluyendo una o más facultades expresas.

El artículo cinco se propuso definir el convenio arbitral⁵⁷ siguiendo en lo sustancial la definición que consta del artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Esta disposición guarda coherencia con la del primer artículo y la complementa, en cuanto precisa la necesidad de convenio escrito para la procedencia de su aplicación práctica. El artículo 6 matiza esta obligación cuando entiende que el convenio arbitral puede constar no solo de un documento único suscrito por las partes, sino también del cruce de cartas u otras comunicaciones que dejen constancia escrita de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. La norma exige que el documento reúna mínimas condiciones contractuales, como el nombre de las partes y la denominación inequívoca del negocio al que se refiere. El inciso segundo de esta norma precisa que, si el convenio versa sobre indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio deberá precisar los hechos sobre los que se pronunciará el árbitro o tribunal.

“Lo primero que se advierte es que las [...] normas confunden el arbitraje con la figura del convenio arbitral, esto es, se confunde el arbitraje como institución, con el contrato que le da vida y por el cual las partes acuerdan someter sus controversias ante una jurisdicción privada. El arbitraje como institución, y tal como lo estructura la doctrina, consta de tres elementos esenciales: el convenio arbitral, de naturaleza claramente contractual; el denominado

⁵⁷ “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.”

*contrato de dación y recepción de arbitraje (receptum arbitrii); y el procedimiento arbitral, de naturaleza mixta, esto es, contractual y procesal”*⁵⁸

El contenido de este compromiso, cuya forma debe ser siempre escrita no consta expresamente señalado en la ley, pero la doctrina señala que debe contener al menos tres elementos fundamentales:

1. El sometimiento al arbitraje.- La voluntad bilateral, clara e inequívoca para someterse al arbitraje e impedir la acción de la justicia ordinaria. Sin este elemento, la cláusula arbitral no solo que podría ser patológica, como cuando se detectan pequeños grados de ambigüedad, sino que inclusive podría ser anulable;
2. El ámbito del arbitraje.- El conflicto o conflictos o la clase de conflictos que se someten, precisando la relación jurídica, contractual o extra contractual de la que podrán surgir las controversias que se someterán al arbitraje. Considerando que el convenio arbitral puede ser acordado (y de hecho así se lo hace) aún antes de que surja la controversia, las partes deben identificar el (los) conflicto (s) sobre los que versará el arbitraje. No obstante, este aspecto es bastante discutible, sobre todo si consideramos la presencia del actor público en el arbitraje, pues, como hemos visto, no todos los conflictos que enfrenta la administración pública son susceptibles de ser juzgados ante los árbitros, por lo que, si bien se puede pactar un convenio arbitral sobre conflictos futuros, aún no presentados, ello debería excluir aquellas controversias no susceptibles de arbitraje. La relación a la cual se refiere el convenio arbitral en este caso solamente puede ser de naturaleza contractual; y,

⁵⁸ Ernesto Salcedo Verduga, El convenio arbitral en la nueva Ley de Arbitraje y Mediación, en Revista Jurídica on line.com, en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1999/13-tomo-2/13b_el_convenio_arbitral.pdf, consultado el 13 de agosto de 2013

3. El carácter definitivo e inapelable del laudo, que en nuestro país está consagrado en las correspondientes disposiciones de la ley de la materia.

Además de estos elementos esenciales, existen aspectos facultativos que las partes pueden incorporar al convenio arbitral, y es deseable que así lo hagan, porque, si bien la ley suple la declaración de voluntad de las partes, podría darse el caso de que las mismas permitieron que ello ocurriera cuando en realidad pretendían alcanzar efectos diferentes.

Tales elementos son:

1. La ley aplicable.- El artículo 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que el arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento contenidas en ella, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan. Lo que significa que tiene prevalencia la voluntad de las partes, es decir que solo si las partes no eligieron el procedimiento, será aplicable el establecido en esa ley, por lo que, si las mismas desean un procedimiento distinto del señalado en la norma, deben determinarlo en el convenio;
2. La modalidad del arbitraje.- Hemos visto que las partes pueden elegir entre arbitraje administrado o institucional frente al independiente, también llamado ad hoc. Si las partes no lo precisan, se deberá aplicar la modalidad de la sede arbitral;
3. La sede del arbitraje.- En el arbitraje nacional, que es del que se ocupa este estudio, la sede será nuestro país, pero deberá precisarse la ciudad y si se trata de un arbitraje administrado, se deberá precisar el Centro ante el que se lo desarrollará. El artículo 35 de la Ley de Arbitraje y Mediación, prevé las normas supletorias de la voluntad de las partes y se refiere, por ejemplo, al lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje, al del domicilio del demandante a elección de éste, o al de la localidad más próxima, si no existiere tribunal de arbitraje en tales lugares;

4. El nombramiento de los árbitros.- Entendido como el acto jurídico mediante el cual las partes manifiestan su decisión sobre el número de árbitros e identifican las personas que resolverán la controversia, o detallan cómo se los elegirá y sustituirá, elemento importante, pues si se lo omite, el convenio puede ser inejecutable. Normalmente los árbitros serán uno o tres, ya que un número par debe ser evitado y un número impar superior complicaría innecesariamente el cumplimiento del objetivo. Al respecto es importante señalar que, de acuerdo con la disposición del artículo 161 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNC⁵⁹), en esta materia, *“los árbitros serán tres, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único”* ;
5. Naturaleza del fallo.- Las partes manifiestan el acuerdo de voluntades respecto de si el fallo será emitido en equidad o en derecho; y,
6. Podrían incluirse previsiones sobre otros elementos importantes, tales como el idioma del arbitraje, su confidencialidad, facultades de los árbitros, medidas cautelares, plazos para el procedimiento, reparto de costos, entre otros.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé que el compromiso o convenio arbitral deberá contener previsiones respecto de:

1. La materia objeto del arbitraje;
2. La designación de árbitros;
3. El lugar de funcionamiento del arbitraje; y,
4. La forma de cubrir los costos del mismo.

⁵⁹ Decreto Ejecutivo 1700, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 588, de 12 de mayo de 2009

Lo que ha de entenderse como contenido mínimo indispensable, pues las partes pueden complementarlo con las previsiones que consideren necesarias para el correcto y eficiente desarrollo del proceso arbitral.

En virtud de las disposiciones de la ley que comento, en la práctica se ha eliminado la distinción que anteriormente se efectuaba en la doctrina, entre pacto compromisorio y compromiso arbitral, por medio de la cual se les confiere los mismos efectos jurídicos, a través del convenio arbitral. El primero de ellos era una especie de promesa de someter sus diferencias al juicio de los árbitros, por lo tanto, las partes no quedaban comprometidas al arbitraje en virtud de este pacto, sino que se obligaban a comprometer en el futuro, a la decisión arbitral, mientras el segundo se lo acordaba frente al conflicto ya presente, pues las partes no se habían sometido a arbitraje, al celebrar su contrato.

“La distinción entre <compromiso> y <cláusula compromisoria> tiende a desaparecer, en beneficio de una construcción unitaria del <convenio de arbitraje>”, [...]”tanto desde el plano de la unificación del derecho material del arbitraje como desde el derecho convencional internacional, se admite de forma general que el <compromiso> y la <cláusula compromisoria> poseen unos mismos efectos en orden a la realización del arbitraje”⁶⁰

En lo que sigue examinaremos un punto importante como es la separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal que lo contenga:

“A continuación se prevé la separabilidad del convenio arbitral, es decir, que la nulidad de un contrato no afecta a la vigencia del convenio arbitral. Las causales de nulidad de un convenio arbitral son las comunes, como lo señala la cita siguiente: “...extendiéndose la nulidad a los supuestos de ausencia absoluta de consentimiento, la falta de capacidad de las partes y de fraude o error...” (E. Arthur Iriberry, op. cit., p. 416-417).

⁶⁰ Julio D. González Campos, Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español, en http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/19941/1/ADI_II_1975_01.pdf, p. 9 y 13, consultado el 01 de octubre de 2013.

No obstante, es muy importante tener presente que en el caso de que el contrato principal al que accede la cláusula o compromiso arbitral, sea nulo, ello no implica forzosamente la nulidad del convenio arbitral, por lo que no es raro que “...podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado [...]” (José Carlos Fernández Rozas, op. cit., p.714-717)

Tal es, pues, el objetivo de consagrar la separabilidad de la cláusula arbitral, que se establece en el tercer inciso del artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, con el propósito de que el convenio arbitral no pueda defraudar a quienes confiaron en la intervención del árbitro o tribunal para resolver sus discrepancias, en los momentos en que más lo necesitan. De ahí que, por más que se cuestione la validez del contrato principal, su accesorio, el arbitral, podría ser válido para juzgar los conflictos surgidos entre las partes.

Sin embargo se debe tener en cuenta que el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública distingue aún la cláusula compromisoria (artículo 161) del compromiso o convenio arbitral, cuando establece que la primera constará en los contratos a fin de someter a la decisión de árbitros las diferencias que puedan surgir entre las partes y la segunda cuando en el contrato no se la hubiere pactado, una vez surgida la diferencia, por pedido de una y acuerdo de la otra y que se requeriría del criterio previo favorable de la Procuraduría General del Estado únicamente en el segundo caso (artículo 162).

Finalmente, el último inciso de este artículo quinto prevé la posibilidad de que las partes concurren al arbitraje, pese a la pendencia de un juicio ante la jurisdicción estatal, en cuyo caso las partes deben solicitar conjuntamente al juez competente el archivo de la referida causa, acompañando copia del convenio arbitral.

Al igual que el artículo sexto, el séptimo también carece de título porque se refiere a un efecto incuestionable del convenio arbitral, el de impedir a la justicia ordinaria conocer del caso, pues ello implicaría dividir la continencia de la causa y más bien obliga a los jueces ordinarios a inhibirse de conocerla y aun obliga a interpretar en caso de duda a favor del arbitraje, como aplicación del ya expuesto principio de <favor arbitri>.

No obstante, la siguiente disposición, esto es, la del artículo octavo, también faculta a las partes a renunciar al convenio arbitral, de común acuerdo y presume esta renuncia cuando, pese a la vigencia de un convenio arbitral válido, se demanda ante el órgano judicial competente y el demandado no opone en su contestación la excepción de existencia del convenio arbitral. Por el contrario, si se la opuso, el juez debe sustanciarla y resolverla, en virtud de la prueba correspondiente, que podría determinar el archivo de la causa.

En cuanto al trámite y en rasgos muy generales, de acuerdo con lo señalado por el Dr. Ernesto Salcedo Verduga, en su obra ya citada, el procedimiento arbitral está conformado por los siguientes pasos: la demanda arbitral se presentará ante el árbitro designado en el convenio (artículo 10). Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes, luego de su posesión, calificarán la demanda y mandarían a citar a la otra parte (artículo 11).

Contestada o no la demanda, el director del centro de arbitraje o el árbitro, si es independiente, notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación (artículo 15 de la ley), a fin de procurar un avenimiento.

De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que, de común acuerdo designen en el

término de tres días, los árbitros principales y el alerno que deban integrar el tribunal (si no lo han hecho antes). Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el centro e incluso, así mismo de mutuo acuerdo y por escrito, las partes podrán designar un sólo árbitro para que conozca la controversia. Este árbitro tendrá su alerno (artículo 16). La designación de los árbitros por las partes interesadas ha constituido históricamente el núcleo de la institución arbitral. La nueva ley evidentemente recoge este derecho y expresa en su artículo 17 que el tribunal arbitral se conformará con tres árbitros principales y un alerno, el cual intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal. Sin embargo, si las partes no efectuaren la designación de los árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo de los árbitros, para de esta forma, legalmente, integrar el tribunal de arbitraje.

Cuando se trate de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alerno que deben integrar el tribunal. Sólo cuando no existe acuerdo para nombrar los árbitros independientes o éstos no aceptaren o no se posesionaren de su cargo, podrá intervenir el centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor, para designarlos en su lugar pero a petición expresa de cualquiera de las partes (designación por un tercero, artículo 16).

Para concluir con esta subdivisión, me referiré solamente a la nulidad de los laudos, cuyas causales constan del artículo 31 de la correspondiente ley y están señaladas para salvaguardar, sobre todo los derechos al debido proceso consagrados en el artículo 76 de la Constitución de la República y se concretan cuando:

“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.”

Esta última causal se ha dictado en salvaguarda del principio de voluntariedad del arbitraje, que hemos expuesto en lo que antecede. La acción de nulidad se interpone ante el propio árbitro o tribunal arbitral para ante el presidente de la corte superior de justicia, en el término de 10 días contado a partir de la ejecutoria del laudo. Para obtener la suspensión de la ejecución del laudo, quien interponga la acción de nulidad deberá rendir caución, que se estimará sobre los perjuicios que causaría su falta de ejecución.

II.3 Normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre arbitraje

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶¹ prevé en sus artículos 104 y 105, correspondientes al segundo capítulo, “*De la Solución de Controversias*”, del Título V, “*De las Reclamaciones y Controversias*”, las alternativas que tienen las partes contratantes en este tipo de instrumentos jurídicos, para buscar un acuerdo mutuo o someterse a la resolución que dicten árbitros o jueces.

En efecto, la norma primeramente nombrada ratifica la facultad constitucional y que las partes podrán someter sus diferencias no solventadas dentro del proceso de ejecución, a los procedimientos de mediación y arbitraje, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva. Tal disposición nos lleva a observar que los mecanismos a los que nos reduce la disposición legal en materia de contratación pública serían los de mediación y arbitraje, es decir, uno autocompositivo y otro heterocompositivo.

Pero esta aparente limitación es desarrollada en el artículo 160 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece que las partes buscarán la solución ágil y directa de las controversias, para lo cual podrán acudir también a la conciliación, amigable composición y a la transacción. La segunda aclaración que se debe resaltar es que la norma expresamente se refiere a las diferencias no solventadas “*dentro del proceso de ejecución*”, y, por lo mismo, a la división en etapas de un proceso en: precontractual, contractual y de ejecución, a la que se refiere el artículo 99

⁶¹ Publicada en el Registro Oficial Suplemento 395, de 4 de agosto de 2008. Reformada mediante Ley Orgánica Reformativa de 26 de septiembre de 2013, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 100, de 14 de octubre de 2013.

de la misma ley, cuando establece que la primera etapa comprende las fases de preparación y selección, mientras la contratación y la ejecución son las fases posteriores.

Una precisión importante, ya que la naturaleza del arbitraje es contractual y jurisdiccional y es en este instrumento en el que se puede pactar la sujeción a este procedimiento alternativo, por lo que mal podría hablarse de que los pasos previos en la etapa precontractual puedan verse controvertidos aplicando este método.

Lo manifestado encuentra ratificación y desarrollo expreso en las reglas contenidas en el artículo 161 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece que: *“se podrán someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación...”*, todas ellas posteriores a la celebración de los contratos que incluyan el convenio arbitral, ratificando la naturaleza contractual de la sujeción al arbitraje, que impide se conozcan en esta vía conflictos anteriores a su celebración, porque, además, en estricto sentido, ni siquiera son partes contractuales.

A continuación, el artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé la instancia única ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para el caso de controversias que las partes no acuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede jurisdiccional.

Además de las normas ya analizadas, los artículos 71, 95 y 100 de la misma Ley, que se refieren a las cláusulas obligatorias en los contratos; y, específicamente a las multas; a la notificación y trámite dentro de la terminación unilateral de los mismos y a la responsabilidad de los consultores, aluden, de la siguiente manera al arbitraje:

1. En el caso de las multas, para consagrar la facultad de impugnar las que fueren impuestas al contratista, en sede administrativa, o en sede judicial o arbitral. Valiosa disposición que me permitirá, en el caso concreto del presente trabajo, establecer un tipo de conflictos que puede ser sometido al arbitraje, por disposición expresa de la ley, otorgándole el carácter residual, después de eliminar las posibles objeciones jurídicas (quedando a salvo las políticas);
2. En el caso de la terminación unilateral de los contratos, declarada por las administraciones públicas, en cuanto a su notificación y trámite, para aclarar expresa y puntualmente que, aunque se interponga demanda arbitral en su contra, la resolución respectiva no se suspenderá. Considero que a lo que se refiere la norma es a que la ejecución de la resolución no se suspende, aunque su tenor literal manifiesta que es la resolución la que no se suspende. En todo caso, la referencia al arbitraje en este caso, prevé la situación en que una de las partes, normalmente el contratista, haya impugnado la declaratoria de terminación unilateral por la vía arbitral, aunque en este caso la referencia no nos sirve para establecer su procedencia, sino únicamente para determinar que, si lo intentare, ello no evitará que se ejecute la resolución de terminación; y,
3. En el caso del artículo 100, relativo a la responsabilidad de los consultores que elaboraron los estudios y de sus defectos devinieren perjuicios establecidos en vía arbitral o judicial; y, en caso de que los precios de implementación de los estudios sufrieren una variación sustancial frente a los previstos, por causas imputables a los estudios y siempre que ese perjuicio haya sido establecido, una vez más, por la vía judicial o arbitral. Estas normas, en cambio, sí consagran la posibilidad del

establecimiento de perjuicios, en uno u otro caso, por responsabilidad de los consultores que elaboraron los estudios para un proyecto, en vía arbitral.

Respecto de las reglas contenidas en el RGLOSNCOP, he mencionado en el momento oportuno a varias de ellas, analizando su contenido y aplicación, por lo que me referiré exclusivamente a las que aún no han sido analizadas, como la que está contenida en el artículo 159, que alude a las posibles reclamaciones en contra de entidades de derecho privado y fija la competencia en su máxima autoridad, el plazo para responderlas en 15 días y señala que de ella no habrá ningún recurso (se entiende en esa sede), porque su naturaleza no es la de acto administrativo, pero aclara que ello sin perjuicio de la fase arbitral o judicial correspondiente, lo que significaría que en estos caso es procedente también el arbitraje, considerando que una de las partes no es propiamente una administración pública, sino una entidad de derecho privado que está sometida a la LOSNCOP, por ejemplo porque utiliza recursos públicos para sus adquisiciones o presta servicios públicos impropios.

Para terminar esta parte, resta añadir que los pliegos obligatorios del ex INCOP⁶² contienen un convenio arbitral destinado a servir como modelo para que las administraciones públicas lo empleen facultativamente en sus contratos, cuando su voluntad sea la de someter a arbitraje las controversias que surjan durante la ejecución de los mismos. Los principales elementos que recoge dicha cláusula son:

1. Arbitraje en derecho, por lo tanto los árbitros serán abogados y de preferencia con experiencia en el tema que motiva la controversia;

⁶² Mediante Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de 26 de septiembre de 2013, publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 100, de 14 de octubre de 2013, se sustituyó al Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, por el Servicio Nacional de Contratación Pública, (SERCOP), entre otras importantes reformas.

2. Sujeción al arbitraje administrado y facultad para señalar el Centro, aunque los árbitros podrán no pertenecer a la lista del Centro;
3. La ley arbitri: Ley de Arbitraje y Mediación y Reglamento del Centro elegido, que regirán también el procedimiento de selección y constitución del Tribunal;
4. Árbitro único o número impar. Supletoriamente, serán tres árbitros ante falta de acuerdo de las partes al respecto;
5. Valor del laudo igual al de las sentencias de última instancia de la justicia ordinaria;
6. La legislación ecuatoriana es aplicable al contrato y a su interpretación, ejecución y liquidación;
7. Facultad para fijar la sede del arbitraje y el idioma castellano;
8. El término sugerido para la expedición del laudo es de máximo noventa días; y,
9. Competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del domicilio de la entidad en caso de falta de acuerdo y de la justicia ordinaria en caso de las entidades de derecho privado sujetas a esta ley por las razones ya anotadas.

La última previsión es la que podría discutirse respecto del convenio arbitral propuesto por el SERCOP pues deja la definición de si someterse al arbitraje o no para el momento en que se presente el conflicto, lo que podría complicar la aplicación real y efectiva del arbitraje en este tipo de conflictos, pues faculta que, pese a la previsión de sujetarse al arbitraje, las partes “no estén de acuerdo” y decidan someterse a la justicia ordinaria, echando al traste con todas las estipulaciones que acordaron sobre el arbitraje, que, si bien es cierto es un procedimiento voluntario, una vez acordado debe ser obligatorio o no acordarlo, pero dejarlo en una indefinición constante y cuestionar su aplicación ante las controversias que puedan surgir, no es lo óptimo.

II.4 El arbitraje en otras leyes ecuatorianas

Sin el afán de ser exhaustivo, en esta parte revisaremos brevemente algunas normas del sistema jurídico ecuatoriano que prevén la posibilidad de someter a decisión de los árbitros aspectos en los que intervienen el Estado y las administraciones públicas, por ejemplo:

II.4.1 Ley de Minería⁶³

Este cuerpo de normas contiene la del artículo 41, relativa al contrato de explotación minera, que es aquel que deben suscribir el Estado y los concesionarios mineros, dentro de 6 meses contados a partir de la resolución declarativa del inicio de la etapa de explotación, que en general se refiere a los términos, condiciones y plazos para la construcción, montaje, extracción, transporte y comercialización de los minerales obtenidos dentro de la concesión. Y respecto de este contrato, la disposición citada señala que las discrepancias que pudieran surgir solo podrán ser resueltas por los jueces comunes y por instancias de arbitraje en Latinoamérica. En tal sentido, la disposición es concordante con la norma constitucional que la establece, según se la invocó en párrafos anteriores y dicha coherencia se explica también por la fecha en que fue expedida la ley, con posterioridad a la vigencia de la Constitución de la República. No obstante, resulta interesante resaltar dos características fundamentales de esta disposición: que se trata de una facultad ajustada al convenio arbitral que debe incluirse en el contrato de explotación minera; y, que solamente admite instancias de arbitraje en Latinoamérica. Respecto de estas últimas cabe preguntarse si el arbitraje nacional cae dentro de esta definición, porque nuestro país pertenece a Latinoamérica, aunque si observamos el contexto constitucional de esta norma, el artículo 422 de la Norma

⁶³ Ley 45, Registro Oficial Suplemento 517, de 29 de enero de 2009.

Fundamental se refiere a la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales, refiriéndose, por lo mismo, exclusivamente al arbitraje internacional.

El Reglamento del régimen especial de pequeña minería y minería artesanal⁶⁴ reconoce al arbitraje, a la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos respecto de estas actividades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 190 de la Constitución de la República.

II.4.2 Ley de Régimen del Sector Eléctrico

Las controversias suscitadas entre ‘generadores, el transmisor, distribuidores, consumidores, el Centro Nacional de Control de Energía, con motivo del suministro de energía eléctrica, o de los servicios públicos de transmisión y distribución de electricidad podrán ser sometidos al procedimiento de arbitraje de conformidad con la ley’, según lo dispone la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

Añade que, en los contratos de concesión las partes podrán acordar que sus controversias sean resueltas de manera definitiva por el mecanismo de arbitraje, nacional o internacional.

La primera parte de la norma que comento presenta una dificultad relativa a la naturaleza transigible de los temas que se le pueden someter, porque utiliza el genérico “toda controversia”, sin excluir ninguna de ellas a la posibilidad de resolverla por medio de la aplicación de este mecanismo. No obstante, las inquietudes que pudieran presentarse en esta materia y aún respecto de la naturaleza contractual del arbitraje quedan superadas cuando la norma se remite expresamente a la ley y dice que se lo hará de acuerdo con sus disposiciones.

⁶⁴ Decreto No. 120, Registro Oficial Suplemento 67, de 16 de noviembre de 2009

Por su parte, el artículo 18 del Reglamento a la indicada ley establece la instancia administrativa ante el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, en primera instancia en esta sede y ante su Directorio, en segunda, en el caso de que las partes no las hayan sometido al arbitraje o cuando no se haya previsto ese mecanismo alternativo de solución de divergencias en el contrato respectivo.

II.4.3. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI⁶⁵

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI, permite al Estado también someter al arbitraje las controversias que se susciten con los inversionistas por la aplicación de esta ley, a cuyo efecto establece la solución amistosa, con diálogos directos por 60 días, una vez agotada la vía administrativa. A continuación establece una instancia obligatoria de mediación a falta de solución directa, dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas. Y si persisten las diferencias, podría plantearse el caso ante el tribunal arbitral, nacional o internacional, con la limitación establecida en la Carta Suprema tantas veces referida, que resolverá en derecho, a cuyo efecto aplicará la legislación ecuatoriana. Se aclara que si hubieren transcurrido 6 meses luego de agotada la vía administrativa y las partes no hubieren solucionado directamente el desacuerdo ni lo hubieran sometido al arbitraje, serán competentes los jueces ordinarios nacionales y que en ningún caso podrán someterse a arbitraje los temas tributarios derivados de estas relaciones.

II.4.4 Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual⁶⁶

Un ejemplo interesante es el de esta ley que señala una vez más que “*toda controversia en materia de propiedad intelectual*” será susceptible de someterse a

⁶⁵ Registro Oficial Suplemento 351, de 29 de diciembre de 2010

⁶⁶ Codificación 13, Registro Oficial Suplemento 426, de 28 de diciembre de 2006

arbitraje o mediación, de acuerdo con las disposiciones de la ley de la materia y que, para tal efecto, la ley autoriza al IEPI a suscribir el convenio arbitral sin necesidad de consultar al Procurador General del Estado, salvo los casos previstos en ella.

La norma citada, del artículo 374, nos conduce a pensar que no solo los conflictos que devengan de relaciones contractuales, sino cualquiera de ellos, podrían someterse al arbitraje y que el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual está facultado para suscribir el convenio arbitral sin que medie el pronunciamiento previo y favorable del Procurador General del Estado. No obstante, en mi criterio, debe aplicarse la norma constitucional del artículo 425 que consagra la supremacía de la Constitución y la del artículo 190 en cuanto establece que, en materia de contratación pública, procede el arbitraje en derecho previo pronunciamiento favorable del Procurador.

Podrá aducirse que la materia no es precisamente contratación pública, pero:

“En todo caso, la alusión a “contrato público” en el texto constitucional, no limita estas disposiciones sólo a los contratos celebrados conforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino a todos los contratos que celebren las instituciones de Derecho Público contemplados en otras leyes.” [...] “Es extensa la normativa de Derecho Público aplicable a contratos del Estado, no limitándose estos a los contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como se ha visto, aunque estos son indudablemente los más importantes.”⁶⁷

⁶⁷ Ponencia presentada por el Dr. Efraín Pérez en Seminario Taller “EL ARBITRAJE CON EL SECTOR PÚBLICO: UNA PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA”, presentada en Guayaquil el 20 de agosto de 2009 -Cámara de Comercio de Guayaquil – Procuraduría General del Estado en www.estade.org/.../Presentacion%20Guayaquil%20Arbitraje%2020%20a... Consultada el 28 de agosto de 2013

Concuerdo con el autor citado en cuanto debe entenderse que la contratación pública mencionada en el texto constitucional no se refiere exclusivamente a los contratos celebrados al amparo de la LOSNCP, tanto por la distinta naturaleza de las normas constitucionales frente a las legales, cuya textura es distinta, pues son normas-principio y su interpretación y aplicación debe hacerse de manera integral, contextual y transversal, conforme lo dispone la norma de la propia Constitución de la República en el artículo 427 que se remite también a los “principios generales de interpretación constitucional”:

“el Neoconstitucionalismo manifiesta tensiones notorias con la noción de Constitucionalismo como Codificación del Derecho Público, pues su operación concreta a través de los principios y directrices, al mismo tiempo que abre el contenido de los preceptos de textura abierta -con condición de aplicación subdeterminada o con consecuencia jurídica ausente o difícil de identificar- petrifica el sistema jurídico al reconocer como parte de él únicamente a normas deudoras o tributarias de las normas constitucionales. El Derecho, al mismo tiempo que amplía su norma de reconocimiento o expande los parámetros de validez de la Norma Fundamental (especialmente los sustantivos), restringe el desarrollo del Derecho infraconstitucional, no sólo reemplazando el conocido principio dinámico con que Kelsen y sus herederos caracterizaban el sistema jurídico, sino que también esta Norma Fundamental repleta de principios, valores y directrices -colmada de un Derecho Dúctil, parafraseando a Zagrebelsky- se convierte en Carta Fundamental y adquiere la potencia no sólo de invalidar, sino también de desplazar en su aplicación al Derecho legislado y codificado.”⁶⁸

También en cuanto a la propia esencia de los contratos que celebran el Estado y sus administraciones, de ahí que, refiriéndose el presente trabajo a la contratación pública,

⁶⁸ J. Ignacio Núñez Leiva, Constitución, Neoconstitucionalismo y Lagunas Jurídicas (Normativas y Axiológicas, en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000200013&script=sci_arttext, consultado el 30 de agosto de 2013.

no lo hace solamente respecto de la Ley Orgánica de ese Sistema, sino con relación a otras normas que regulan lo que podríamos llamar, siguiendo la norma fundamental, “los contratos públicos en el Ecuador”.

Por ello que, frente a la alegación de que no se trata de contratación pública, debe revisarse la expresión utilizada en nuestra Carta Magna y otorgarle su verdadero y profundo alcance, en un caso, como el de la Ley de Propiedad Intelectual, que autoriza la suscripción de un convenio arbitral, lo que revela a las claras su contenido contractual y, como hemos visto, de un contrato “público” en virtud de la intervención de una administración pública y de la materia que está llamado a contemplar, que será la prevista en la Ley de Propiedad Intelectual, de una u otra manera.

Pero esta misma forma de entender las normas constitucionales, como normas abiertas, de distinta textura que las normas de las leyes, podría incorporar la procedencia del arbitraje en contratos públicos regidos por otras leyes, tales como la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, sin que sea posible extenderlo a los conflictos por nombramientos, que son actos unilaterales y no contractuales.

II.4.5. Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada⁶⁹

La Ley citada, en su artículo 63, “*Controversias*”, en cambio, restringe la materia en la cual se podrán someter los conflictos al arbitraje, cuando señala que podrán resolverse a través de arbitraje nacional o internacional los asuntos que versen sobre materia comercial exclusivamente, en un sentido más bien tradicional, porque la introducción del arbitraje empezó, históricamente, por el ámbito comercial.

⁶⁹ Ley 50, Registro Oficial 349, de 31 de diciembre de 1993

II.4.6 Código Orgánico de la Función Judicial

No podría concluir esta revisión sin referirme a la disposición del artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial⁷⁰. Es importante destacar, en dicha norma, en primer lugar la inclusión como servicio público de la administración de justicia, lo cual hace que deba compartir sus características esenciales, constitucionalmente definidas como de óptima calidad y de libre elección (artículo 52); orientados a hacer efectivo el buen vivir y regidos por el principio de solidaridad, participativos, con prevalencia del interés general sobre el particular, conciliadores de los derechos en conflicto (artículo 85); socialmente deseables y ambientalmente aceptables (artículo 285) y sujetos a los principios de “obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad” (artículo 314).

Un segundo aspecto a destacar es la ratificación del carácter jurisdiccional que he señalado para el arbitraje a lo largo de la presente exposición, cuando afirma que el arbitraje, la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos son parte del servicio de administración de justicia y los hace compartir el carácter jurisdiccional, aunque concluye limitando su aplicación para los casos de violencia intrafamiliar, debido al compromiso del Estado de evitarla y prevenirla.

Para concluir esta revisión, es preciso ratificar que la misma no pretende agotar el tema, por lo que pueden encontrarse disposiciones similares en otras normas, tales como las

⁷⁰ **Art. 17.- PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD.-** *La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades. En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.”*

de los artículos 10 de la Ley de Hidrocarburos; 302 de la Ley de Seguridad Social; 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; 47 de la Ley de Turismo; 162 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación; 173 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que consagra la facultad para que, por disposición de convenios y tratados internacionales, se pueda sustituir los recursos de apelación o reposición, en supuestos y ámbitos específicos, por procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, bajo las disposiciones de dichos instrumentos internacionales y de la Ley de Mediación y Arbitraje, entre otras.

Capítulo III Limitaciones para su aplicación

III.1 Limitaciones intrínsecas

Como queda expuesto en el marco teórico, la naturaleza jurídica del arbitraje es contractual y ello implica una de sus principales limitaciones intrínsecas, pues sin el acuerdo de las partes, no puede operar. Aún más, la presencia del contrato constituye la razón de ser del arbitraje, la elección que las partes hacen de un procedimiento distinto al de la justicia ordinaria para resolver sus controversias:

“... La actuación del juez tiene eficacia jurídica como encarnación de la soberanía del Estado, hasta el punto que la fuerza de sus decisiones radica en ser órgano del Poder Público, con o contra de la voluntad de las partes, y sus sentencias valen no por el procedimiento o aceptación de los litigantes, sino por la potestad de “imperio” que este le concede. En el arbitraje no ocurre así, pues si los árbitros pueden imponer su parecer a las partes, si el laudo es obligatorio para estas, es porque ellas quisieran previamente que las obligara. No es, pues, el árbitro un juez ni el arbitraje un fenómeno procesal [...] hay que incluir el arbitraje en el campo del Derecho Material o sustantivo en la esfera del derecho privado, y dentro de este en el campo contractual”

(Tomás Ogáyar y Ayllón, citado en José María Chillón Medina y José Fernando Merino Merchán, op. cit., p.115 y 116).

A partir de ahí que su eficacia es limitada a la esfera correspondiente. Además, hay que reconsiderar las ventajas y desventajas ya analizadas y, por último, la materia sobre la cual puede operar el arbitraje, que debe ser transigible, aspecto sobre el cual nos detendremos más adelante.

III.2 El control previo de la Procuraduría General del Estado

Al plantear el problema y desarrollar los principios constitucionales de la institución mencioné que, para la procedencia del arbitraje, en materia de contratación pública es indispensable que se cuente con el pronunciamiento previo y favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme lo ratifica el pronunciamiento publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 824, de martes 6 de noviembre de 2012, que se remite al Oficio PGE No. 09712, de 11 de septiembre de 2012, cuyo consultante es el Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias, que, en el resumen de consultas dice:

“... Para que proceda el arbitraje en contratación pública, es necesario que previo a la suscripción del convenio arbitral, se cuente con la autorización de la Procuraduría General del Estado (...) En tal virtud, al ser éste un requisito esencial para la validez del convenio arbitral en materia de contratación pública, su omisión vicia de nulidad la cláusula arbitral; y, en consecuencia, al no haberse solicitado dicha autorización en el contrato que motiva su consulta, la misma se torna improcedente, lo que hace innecesario cualquier análisis adicional al respecto.”⁷¹

Del informe citado es muy importante resaltar que, en contratación pública, es causa de nulidad la omisión de este requisito. Y que, si no se lo obtuvo a tiempo, esto es, antes de

⁷¹ Registro Oficial Suplemento No. 824, martes 6 de noviembre de 2012

la suscripción del contrato que lo contenga, es improcedente procurar convalidar su omisión una vez surgida la controversia, pues el criterio del Procurador, fundado, sin duda, en la eliminación de la diferencia entre cláusula compromisoria y convenio arbitral de la que ya me ocupé, dice que es improcedente solicitarlo una vez surgida la controversia, porque el momento de hacerlo es previo a la firma del contrato que la incluya.

Lamentablemente, en el modelo de convenio arbitral propuesto por el SERCOP en los documentos precontractuales tipo que se obtienen en el portal institucional no se incluye la referencia a esta autorización previa, lo que induce a error a los usuarios que consideran que, como el modelo proviene de fuente oficial, debe estar completo y acorde con todas las normas aplicables y ya vemos que tal supuesto se incumple en este caso.

Es interesante analizar que este requisito es propio de nuestro sistema jurídico y no lo hemos encontrado en legislaciones comparables, como la de Colombia, por ejemplo, ya que, al tratarse de un mecanismo alternativo y voluntario, cuando el representante legal de la administración pública decide someter la controversia al arbitraje, no requiere de la expresión de otra voluntad, como la que expresa el Procurador al emitir un pronunciamiento previo favorable, que más bien agrava el procedimiento previo de esta decisión. Aún más, en el vecino país del Norte, cuya cultura jurídica es más favorable al arbitraje, los órganos jurisdiccionales favorecieron su aplicación aún con anterioridad a ser reconocido mediante norma del derecho positivo de ese país:

“El arbitraje en materia de contratos públicos fue autorizado inicialmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quien en su condición de juez de los contratos de la

administración no solo admitió el arbitraje sin la existencia de una norma que lo autorizara expresamente, sino que reconoció posteriormente su constitucionalidad”⁷²

De ahí que es una innovación del sistema jurídico ecuatoriano el requisito de esta doble expresión de la voluntad administrativa para poder someter las controversias derivadas de las normas que rigen la contratación pública al arbitraje, la cual sería más loable si se la exigiera únicamente para aquellos casos de entidades o dependencias que carecen de personería jurídica propia. El autor considera que su introducción se dio, además de para evitar cláusulas patológicas, para prevenir posibles acuerdos fraudulentos derivados de cierta suspicacia en contra del arbitraje como aliado de los intereses privados, lo que atentaría contra su imparcialidad y de la necesidad de tratar el tema y controlarlo desde una visión más amplia y general, que no pudiera verse afectada por la óptica parcial que pueda adquirir el administrador de una entidad pública aislada de las demás.

No obstante, la Dra. Inés María Baldeón⁷³ sostiene que no para todos los juristas estaría entendido el texto de la norma constitucional del artículo 190 de la manera que implicaría necesariamente contar siempre y en todo los casos con el informe previo de la Procuraduría General del Estado; tanto es así que en algunos tribunales arbitrales dicha norma constitucional conllevó un análisis diferente. En efecto, el segundo inciso del artículo 190 de la Carta Fundamental manifiesta que: *“En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la*

⁷² Myriam Salcedo Castro, Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia. Estudio comparativo sobre su evolución en Francia y en Colombia, Bogotá, 2008, Editorial Universidad del Rosario, p. 26
<http://books.google.com.ec/books?id=C7xxqt1RvXYC&pg=PA14&lpg=PA14&dq=proyeccion+y+cambios+recientes+en+el+arbitraje+de+contratos+colombia&source=bl&ots=u7rnGD-ajF&sig=ijxTu8e8-zv1SMrT2TkvXVoPrQ&hl=es-419&sa=X&ei=tvdkURCGHoWC8gTnr4CQDA&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=proyeccion%20y%20cambios%20recientes%20en%20el%20arbitraje%20de%20contratos%20colombia&f=false>, consultado el 01 de octubre de 2013

⁷³ Diálogo con la Dra. Inés María Baldeón, profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, el 22 de enero de 2014, a las 18H00.

ley.” Si la norma constitucional se remite a la Ley para normar el alcance de la autorización de la Procuraduría, por tratarse de materia de arbitraje esa ley es la de Arbitraje y Mediación que, como se anotó en su oportunidad, distingue dos momentos, cuando dice: *“Art. 4.- [...] 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...”;*

Norma de la cual deduce que solamente si se desea firmar el convenio una vez presentada la controversia, será necesario contar con el informe previo favorable de la Procuraduría General del Estado y no si se lo firma con anterioridad a que se presente el conflicto. En abono de su planteamiento manifiesta que si no fuera esa la intención constitucional, debía haber omitido la frase final *“...conforme a las condiciones establecidas en la ley”*, la misma que, en el evento que no consiente de que se requiera el pronunciamiento previo y favorable de la PGE en todos los casos, bien podría haberse eliminado, dotando de mayor claridad al texto constitucional.

Expuestas las posiciones sobre este interesante tema, el autor las considera respetables y fundadas. En respaldo de la última considera la disposición del artículo 18 de la codificación del Código Civil, que, en su número 4 dispone que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía; e inclusive en la norma del artículo 1578 del mismo cuerpo de leyes que, al referirse a la interpretación de los contratos dice que: *“El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”*, que es la lógica que sigue el razonamiento de la Dra. Baldeón, cuando afirma que bien podría eliminarse la última frase, porque

no tendría aplicación práctica alguna, si no se estuviera refiriendo a la Ley de Arbitraje y Mediación.

Otro argumento digno de tener presente es que, en las actuales circunstancias, la inmensa mayoría de convenios arbitrales en contratación pública se construyen sobre la base del modelo incorporado dentro de los pliegos que el SERCOP tiene en el portal institucional, lo que, frente a la posible exigencia de obtener el informe previo favorable de la PGE, significaría, en la práctica, la revisión e informe previo sobre un convenio que solo singulariza el convenio modelo así aprobado. En ese caso, tal vez bastaría con que la PGE se pronuncie sobre dicho modelo, por una sola vez y con base en él se lo pueda suscribir; situación que, dicho sea de paso, ya se dio, por cuanto la cláusula inserta en el modelo de pliegos del SERCOP fue sujeta a la aprobación previa de la PGE.⁷⁴

En un sentido más amplio, el autor cuestiona este requisito formal porque agrava y entorpece la posibilidad de las administraciones públicas de someter sus controversias a arbitraje y sería deseable que lo afirmado por quienes sostienen esta postura prevaleciera.

Lamentablemente, hay argumentos en contra, tales como la superación en doctrina de la distinción entre cláusula compromisoria y convenio arbitral, a la que me he referido en el segundo capítulo, precisamente al analizar las principales disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, que debemos entender ha sido considerada en la norma constitucional para establecer lo que hemos venido calificando como “nuevos requisitos constitucionales”.

En efecto, la Constitución 2008 introduce, con posterioridad cronológica, el requisito previo de la obligación de contar con el criterio previo y favorable del Procurador General del Estado, sin distinguir si se lo exige para el caso en que el convenio arbitral se suscribe antes de o una vez surgida la controversia, como sí lo hace (o más propiamente, lo hacía) la Ley de Arbitraje y

⁷⁴ Nota agregada por la Dra. Inés María Baldeón, en su revisión efectuada el 06 de febrero de 2014

Mediación hasta antes de la reforma tácita que introdujo en su articulado la Constitución de la República, de ahí que nos refiramos a los “nuevos requisitos constitucionales”.

Otro elemento que debe ser considerado es el temporal. En efecto, la Ley de Arbitraje y Mediación fue dictada en el año 2006, como ya queda dicho, mientras la Constitución de la República es del año 2008, la misma que, en su primera disposición transitoria dispone, luego de ordenar la aprobación de numerosas leyes, señalando plazo para el efecto, que, *“El ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución será aprobado durante el primer mandato de la Asamblea Nacional”*. Lo que quiere decir, como es lógico, además y por así disponerlo los artículos 424, 425 y siguientes, que las leyes y demás normas secundarias deben adecuarse a las normas y principios constitucionales y no al revés.

Adicionalmente se debe considerar el criterio de autoridad que, por el momento, prevalece y es el pronunciamiento expreso de la Procuraduría General del Estado que califica de nulo al convenio arbitral suscrito al amparo de la disposición del artículo 4 de la Ley antes citada, porque no cuenta con su pronunciamiento previo y favorable, que venimos analizando.

Además se debe entender que la obligación de solicitarlo deviene de las necesidades de evitar cláusulas arbitrales patológicas y de contar con el criterio de un órgano que pueda tener una perspectiva mucho más amplia que la parcial que corresponde a cada administración pública en particular.

Finalmente, también es importante considerar la primera regla de interpretación de la ley incluida en el artículo 18 de la propia Codificación del Código Civil, que textualmente dice: *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”*. Y en el caso de la frase que la segunda de las posiciones que analizo, cuestiona, es la que dice: *“conforme a las condiciones establecidas en la ley”*. A criterio del autor, aun asumiendo lo señalado en esta opción de interpretación, lo que está disponiendo la Constitución de la República

es que en la ley se establezcan en el futuro las condiciones de aplicación, a mi juicio, del arbitraje en derecho, más que de procedencia del informe del Procurador General del Estado; pero no se refiere a los casos que presenta la Ley de Arbitraje y Mediación, anterior a la Constitución 2008; primero, porque si ese era el sentido que se pretendía darle, debía decir: “en los casos previstos en la ley” y no referirse a “las condiciones” y segundo, porque, como queda analizado, es la ley la que debe adecuarse a la normas jerárquicamente superiores y no la Constitución a las leyes.

El criterio del autor en cuanto a este punto y criterio de interpretación gramatical, tiene que ver con el sentido propio de las palabras, en efecto, consultado el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “condiciones”, tiene, entre otras acepciones, las siguientes: estado, situación especial en que se halla alguien o algo; y, situación o circunstancia indispensable para la existencia de otra; que, si bien, forzando un poco los conceptos, podría corresponder a la idea de los casos establecidos en la ley, aunque mucho más apropiado es utilizar este último concepto, el de casos, esto es, que se requerirá el informe previo y favorable del Procurador General del Estado en los casos (y no en las condiciones) establecidos en la ley, para distinguir en qué casos se lo necesitará y en qué casos no se lo requerirá.

También recalco en la idea de que la norma jerárquicamente inferior debe adecuarse a la superior y no en sentido contrario, porque la segunda de ellas puede reformar y de hecho así lo hace, a la inferior cuando no se adecua a su contenido y disposiciones, por el principio de la supremacía y prevalencia de la Constitución, consagrado en los artículos 424 y siguientes de nuestra Carta Fundamental.

Por lo expuesto, el criterio del autor concuerda con lo manifestado por la Procuraduría General del Estado que, siguiendo las modernas tendencias doctrinarias en materia arbitral, entiende que la Constitución evitó ya aludir a la diferencia entre cláusula compromisoria y convenio arbitral y exigió, sin diferenciar el momento de su suscripción, su informe previo favorable, tanto si el convenio arbitral se suscribe antes de surgida la controversia, cuanto si se lo suscribe una vez

surgida aquella. Por lo que, de no mediar enmienda o interpretación constitucional, se debe solicitar el criterio previo y favorable del Procurador General del Estado para la procedencia del convenio arbitral y evitar que, como en el pronunciamiento citado en este trabajo, la Procuraduría General del Estado declare que el convenio que no lo haya previsto, es nulo.

Reafirma el criterio expuesto, lo manifestado por Fausto Albuja Guarderas, quien, luego del análisis de varios laudos arbitrales dictados en procesos ante el Centro Nacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de la Construcción de Quito, CENAMACO, que manifestaron la incompetencia del tribunal arbitral para conocer conflictos, sin contar con el pronunciamiento previo y favorable de la PGE, concluye afirmando: “...*la autorización de la Procuraduría General del Estado, es un requisito necesario y fundamental que da validez al pacto arbitral necesario y fundamental en materia de Contratación Pública.*”⁷⁵ Y lo expuesto por el Dr. Alejandro Ponce Martínez: “*Si una de las partes en el convenio arbitral es el estado o una institución pública, el acuerdo debe necesariamente suscribirse con aprobación previa del Procurador General del Estado [...] Sin estos requisitos el acuerdo arbitral es nulo*”⁷⁶

III.3 La transigibilidad

No repetiré lo ya señalado en el segundo capítulo, “Normas constitucionales”, de este trabajo, sobre la transigibilidad, más bien agregaré que la Procuraduría General del Estado, en su presentación sobre Mediación en el Sector Público⁷⁷, distingue como no transigibles a las potestades públicas y como transigibles a ciertos aspectos en contratación

⁷⁵ Fausto Albuja Guarderas, El arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en la contratación pública, en Mecanismos de Impugnación y Solución de controversias con énfasis en contratación pública, Quito, noviembre de 2011, CEAS, Universidad de Castilla La Mancha, p. 60-61.

⁷⁶ Alejandro Ponce Martínez, Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana. Ed. Universidad del Rosario. 1ª. ed. anotada 2011 de la primera edición colombiana, “La Cláusula Arbitral, evolución histórica y comparada, Roque Caivano, p.440, citada por Fausto Albuja Guarderas, op.cit, p. 55

⁷⁷ Mediación en el sector público, Procuraduría General del Estado, Dr. Diego García Carrión, 31 de julio 2012, en www.pge.gob.ec/.../463-presentacion-mediacion-sector-publico.html. Consultado el 08 de marzo de 2013

pública. Para explicar su afirmación, señala que: *“transigir es concluir una transacción, sobre lo que se estima justo, razonable o verdadero, para conciliar discrepancias, evitar un conflicto o poner término al suscitado; pero con la imprescindible circunstancia de que haya recíprocas concesiones y renunciaciones”* (Guillermo Cabanellas, op. cit., p. 496), de donde infiere que la transacción siempre implica una suerte de renuncia parcial de sus derechos, por lo que, dice, citando a Benjamín Herrera, en su obra, “Contratos Públicos”, que: *“cuando se trate de derechos del Estado esta renuncia solo cabe hacerla cuando los mismos no son ciertos o indiscutibles”*⁷⁸.

A falta de norma que la defina, debemos acudir a la doctrina, la cual no presenta un criterio unánime al respecto, pero encamina la discusión, cuando dice, por ejemplo:

*“[...] la legalidad de los actos administrativos no es transigible y, por tanto, no puede someterse a decisión de los árbitros; pero por el contrario, las causas y los efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión del juez arbitral siempre y cuando la controversia no sea consecuencia directa de la legalidad del acto administrativo del cual se deriva y que los actos administrativos que sirvan de fundamento a la acción no hayan sido dictados en uso de los poderes excepcionales de la Administración”*⁷⁹

Continúa su exposición el órgano técnico jurídico con una cita de Rafael Bielsa en el sentido de que no hay incompatibilidad entre el arbitraje en el derecho administrativo, siempre y cuando verse sobre cuestiones puramente patrimoniales de la administración, respecto de las cuales puede darse una transacción o una renuncia, porque en arbitraje no se

⁷⁸ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Calle 13 No. 7-12, Bogotá, D.C.-Colombia 2004

⁷⁹ Juan Pablo Aguilar Andrade, Sobre las Materias Arbitrables en Derecho Administrativo, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje.

puede examinar la legitimidad de las actuaciones administrativas, sino tan solo sus consecuencias patrimoniales.

Esta exposición le permite concluir, para el caso de la mediación que lleva a una transacción, que: “[...] *es factible en la administración pública siempre que se refiera a cuestiones patrimoniales y no a la legalidad de los actos administrativos*”, criterio que encuentra plena aplicación en el caso del arbitraje, pues se refiere siempre a la misma materia, la posibilidad de transigir. Ello nos lleva a examinar brevemente lo que se entiende por potestades o el principio de autotutela de la administración pública.

III.4 Las potestades o prerrogativas de la administración.

El principio de juridicidad, columna vertebral del derecho administrativo y del ejercicio de la administración pública, es el fundamento de sus actuaciones, en tanto habilita la intervención de quien ejerce el poder público, se ocupa de la “*protección y defensa de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los administrados y su armonización con el interés público*”⁸⁰ y permite desenvolver la gestión administrativa con base en lo dispuesto en los artículos 11, # 3 y 8, 76, # 7, letra l) y 226 de la Constitución de la República, lo que significa que el ejercicio del poder público está sujeto a los mandatos de la Constitución, de la ley, al respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, a los principios, doctrinas, jurisprudencia y políticas públicas que limitan su intervención.

Pese a que lo anterior implica más restricciones al poder que privilegios derivados de su ejercicio, en ese marco general se puede hablar de una ventaja posicional de las

⁸⁰ Roberto Dromi. Derecho Administrativo. 12ª. Ed. Buenos Aires-Madrid-México. Ciudad Argentina-Hispania Libros. 2009, p. 371.

administraciones públicas frente a los particulares, pues se le reconocen determinadas prerrogativas, entre las cuales se encuentra la capacidad de autotutelarse. Esta potestad del Estado de tutelarse a sí mismo consiste en que no requiere acudir a un juez para que declare un derecho o haga efectivas sus decisiones.

“La administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad [...] de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino solo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo) sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos de ejecución forzosa”⁸¹

La administración pública, al no requerir del auxilio del juez, puede imponer sus decisiones administrativas aunque los particulares se opongan.

Ahora bien, la autotutela de la administración pública está sujeta a varias presunciones, entre las cuales están principalmente: la presunción de legitimidad de los actos administrativos (actuaciones sujetas al principio de legalidad) y la ejecutoriedad de las actuaciones administrativas, que algunos autores califican como privilegios de la administración pública:

“En el supuesto de que un particular quisiera hacer cumplir a otro una obligación que efectivamente ha contraído, [...] el particular acreedor debe acudir al Juez para probar la

⁸¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.*, p. 512

existencia del derecho del que nace la obligación que pretende hacer cumplir, probar su validez, y solo si el Juez así lo declara en la oportuna sentencia, se producirá el efecto del cumplimiento coactivo de la obligación por el particular obligado.

A diferencia de esta situación entre particulares, [...]. Una vez dictado el acto administrativo, que es una declaración unilateral de la Administración, se presume válido y es inmediatamente ejecutivo, despliega de inmediato sus efectos (cumplidos los requisitos de eficacia, como la notificación, la necesidad de aceptación, etc.) y es de obligado cumplimiento para el administrado afectado, sin que sea declarada su previa validez por los Tribunales, aún en el caso de que el administrado no reconozca esa validez... ”⁸²

La ejecutoriedad es, pues, un típico caso de prerrogativa, pues la administración posee los medios coercitivos que habilitan la realización inmediata y unilateral de sus actos.

Por otra parte, la presunción de legitimidad avala la ejecutoriedad pero también la limita, cuando solo son ejecutorios los actos que la administración puede ejecutar por sí misma, dando por sobre entendida la ejecutividad, que a su vez presupone la presunción de legitimidad de un acto “*presumiblemente válido*” que haya sido notificado y cuya ejecución sea factible física y jurídicamente. Y esto porque la ejecutoriedad se da cuando se ha cumplido su proceso de formación de acuerdo con las normas que lo rigen, dotándole, además, de la obligatoriedad de cumplimiento, de la posibilidad de una pronta realización.

No obstante, las prerrogativas no significan que los actos que emanan de la administración pública no puedan ser examinados bajo los parámetros de los controles de legalidad y de constitucionalidad, pero sí que su ejecutividad y ejecutoriedad no están

⁸² Luis Cosculluela Montaner. Manual de Derecho Administrativo. Parte General. Pamplona. España. 2010. 21ª. ed. p. 318-319

supeditados a tales revisiones previas, pues implica la acción unilateral directa e inmediata en aras de la efectividad y eficiencia de las decisiones administrativas.⁸³

El principio así definido, tiene desarrollo concreto en las normas de derecho positivo ecuatoriano, que rigen el sistema nacional de contratación pública, en la fase de ejecución de los contratos, mostrando los alcances tanto de la autotutela cuando de la ejecutoriedad de las actuaciones de la administración pública, especialmente en cuanto dice relación con la terminación unilateral de dichos contratos (artículos 92 # 4; 94, 95 y 96 de la ley de la materia), que contienen los siguientes elementos:

1. La posibilidad de la administración de declarar per se la terminación unilateral y anticipada del contrato, que, si bien la toma después de escuchar por diez días al contratista, lo hace calificando, sin que medie intervención judicial alguna, si el contratista logró remediar la mora o justificar el incumplimiento, desde su posición de parte en el contrato;
2. La facultad de hacerlo, sin requerir o solicitar, mediante demanda ni escrito alguno, a un Juez que la autorice;
3. El carácter no suspensivo de la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista⁸⁴, que demuestra la ejecutoriedad y ejecutividad de la resolución de terminación unilateral y anticipada una vez notificada por medio del portal institucional;

⁸³ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tratado de Derecho Administrativo. 1996, 2001, 2003. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, p. 36-37

⁸⁴ El autor anota una cierta desactualización respecto de la expresión: “acciones de amparo”, más oportuna al referirse a la Constitución de 1998 que calificaba así a ciertas acciones constitucionales que, en el marco de la Constitución 2008 se denominan “acciones de protección”

4. El derecho de la administración pública de establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, sin intervención ajena, una vez más; y, una vez practicada tal liquidación, de llevarla a la práctica, mediante la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, para lo cual se concede al contratista el plazo de diez (10) días para realizar el pago respectivo y el derecho a demandar daños y perjuicios, si fuere procedente.⁸⁵
5. La facultad que se consagra, desde luego a favor de la administración pública, de volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado; y,
6. El contraste con la situación en que se le coloca al contratista, que debe demandar la terminación y no puede declararla por sí solo, mostrando el desequilibrio en la relación jurídica que existe a la luz de las normas positivas ecuatorianas, ya que el Estado concurre a contratar en ejercicio de sus prerrogativas, por lo cual está amparado de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebra.

También encontramos este principio, aunque con no tanta claridad, en la disposición del artículo cinco de la propia Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, sobre la interpretación de los contratos, que tiene algún desarrollo en los modelos de pliegos obligatorios del ex Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, en el proyecto de contrato, cláusula tercera, que en definitiva consagran la prerrogativa de la administración de interpretar los contratos y la obligación del contratista de respetarla.

⁸⁵ Nota del autor: En la definición del Art. 95, la LOSNCP adolece de un claro error cuando menciona “el plazo término”, que no se ha superado, pese a la reforma de la ley. O es plazo o es término, pero no ambas simultáneamente. Es un error de la ley, que el autor prefiere considerar como plazo, considerando que, de esa manera, es mayor el número de días, lo que evitaría reclamos posteriores.

Otra interesante, pero poco desarrollada prerrogativa, durante la fase de ejecución del contrato, la encontramos solamente a nivel del proyecto de contrato que forma parte de los modelos de pliegos del ex Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, cuya aplicación es obligatoria para las entidades que integran el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre las “prórrogas de plazo” que puede conceder la entidad contratante, que consisten en las suspensiones de los trabajos o cambios de las actividades previstas en el cronograma, sin que medie acuerdo de la contratista ni orden judicial ⁸⁶, por causas y resoluciones unilaterales de la administración, algo así como “conceder prórrogas de plazo que no ha solicitado el contratista”.

Finalmente, la podemos también encontrar en la posibilidad de imponer multas por incumplimiento de manera unilateral, calificándolo por sí misma, sin necesidad de acudir a instancia judicial alguna y sin contraprestación equivalente a favor del contratista, cláusula obligatoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la ley de la materia.

Pero lo más importante que debo mencionar en este trabajo es que, de manera general, las prerrogativas no son arbitrables, porque al aplicarlas la administración solo cumple con un expreso mandato legal, lo que las torna materia intransigible.

Ya entrando en el campo específico del arbitraje en el Derecho Público interno, Dromi afirma como principio general que *“[en] los contratos administrativos cabe el arbitraje como excepción y con carácter restrictivo, en los casos en que las cuestiones a dilucidar no afecten ni al orden público, ni al orden constitucional, ni agravien a la autoridad del Estado o a su soberanía (...) los árbitros iuris no pueden tomar decisiones*

⁸⁶ www.compraspublicas.gob.ec. Modelos de pliegos. Cotización de obras. Consultado el 19 de febrero de 2013

que impliquen ejercicio de prerrogativas de la Administración Pública o de funciones esenciales del Estado” (Roberto Dromi, op. cit., p. 578).

La Procuraduría General del Estado sostiene consistentemente que el acto administrativo de la terminación unilateral del Estado no es materia arbitrable. No obstante, hay casos en los cuales el árbitro rechazó la excepción, se declaró competente y falló a favor del Estado, razonando que el trámite de terminación unilateral y anticipada del contrato estuvo apegado a la ley y al contrato.

El autor Efraín Pérez, en la obra ya citada, sostiene una posición contraria y la fundamenta en la indefinición en que deja la ley al propio concepto de lo indisponible; su argumento inicia cuando considera que son indisponibles los derechos fundamentales, las relaciones de familia, las atribuciones indelegables del Jefe de Estado previstas en la Constitución de la República y la concreta de la siguiente manera:

“Aunque sé que afirman lo contrario, yo considero que EL ACTO ADMINISTRATIVO ES DISPONIBLE, puesto que en las circunstancias determinadas por la doctrina y por el ERJAFE⁸⁷ la autoridad que las dictó (reposición) y superiores (apelación, revisión) los puede dejar sin efecto o modificarlos, no solamente por causas de legalidad sino también de oportunidad.”

Tampoco encuentra razonable la distinción entre actos administrativos “normales” y “exorbitantes”, porque en todos los actos administrativos se expresa la autoridad estatal y se ejerce la autotutela, pero aclara que ni el juez ni el árbitro podrían declarar nulo el ejercicio de la potestad estatal, por parte del órgano que lo haga, aunque cree factible que se analicen la racionalidad, proporcionalidad y correcta aplicación de las normas y del ejercicio del poder en todos estos casos. Concluye respaldando sus afirmaciones en el escaso porcentaje de éxito que este tipo de argumentos

⁸⁷ Arts. 90 y 170

en contra de la arbitrabilidad han tenido en el juzgamiento ante instancias arbitrales internacionales.

En todo caso, el autor recomienda observar que en la actualidad la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla el arbitraje expresamente para la impugnación de las multas a los contratistas⁸⁸ y para la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato⁸⁹. Estas disposiciones indudablemente autorizan el arbitraje también a dos clases de actos administrativos de gran relevancia en la ejecución de los contratos públicos como son las sanciones, en la forma de multas y la resolución que declara la terminación unilateral y anticipada del contrato, todas ellas expedidas a través de actos administrativos.

La interesante exposición en este sentido del Dr. Pérez, encuentra respuesta en la no menos inteligente reflexión de la Dra. Myriam Salcedo Castro, quien dice:

“El principio de innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas permite deducir que en un Estado de Derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado [...] Y que el “principio de la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos –corolario del principio de la no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas- es que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos

⁸⁸ Art. 71, LOSNCP.

⁸⁹ Art. 95, inciso 2, LOSNCP.

*administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad*⁹⁰.

Y en la valiosa opinión del Dr. Marco Morales Andrade, que consta de la ponencia pronunciada en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Universidad Andina Simón Bolívar, 06 2012, quien señala:

*“Personalmente no comparto esa posición y me uno a lo dicho ya por el Consejo de Estado Colombiano con respecto a ello al manifestar que “La cláusula general de competencia atribuida al juez administrativo respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito. La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (Artículo 111, Ley 446 de 1998). Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquélla solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral”*⁹¹

El autor acoge las valiosas reflexiones de los autores citados pero considera que el criterio del Procurador General del Estado sobre el tema debe ser aplicado, al menos mientras no exista disposición positiva de superior jerarquía que disponga en contrario, no

⁹⁰ Myriam Salcedo Castro, El arbitraje en los contratos concluidos por la administración: estudio de derecho comparado francés y colombiano., p.147, <http://books.google.com.ec/books?id=gm89NjxZ1sQC&pg=PA147&lpg=PA147&dq=%22las+potestades+no+son+transigibles%22&source=bl&ots=xfpRtEzj6o&sig=Zxy0oUYIfGTZN31cdwiylIS0q7w&hl=es-419&sa=X&ei=IB2uUbbYDo6c8wTvnYQGAW&ved=0CEwQ6AEwBA#v=onepage&q=%22las%20potestades%20no%20son%20transigibles%22&f=false>, consultado el 04 de junio de 2013.

⁹¹ Marco Morales Andrade, Complejidad del Arbitraje Local cuando una de las partes pertenece al sector público, Ponencia pronunciada en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Universidad Andina Simón Bolívar, junio de 2012.

solo por su naturaleza vinculante para el sector público sino en cuanto genera un valioso instrumento para fundamentar y argumentar con criterio de autoridad la posición asumida.

Por lo mismo, las prerrogativas en sí mismas no son transigibles, pero pueden serlo sus efectos patrimoniales, siempre que cumplan los demás requisitos propios de la posibilidad de transigir.

No obstante, a criterio del autor y de otros profesionales consultados ⁹²ello no aclara de manera categórica e incuestionable el panorama relativo a las condiciones de arbitrabilidad objetiva. En efecto, la aplicación del criterio así puntualizado en los diferentes casos que se someten al pronunciamiento de los tribunales arbitrales puede provocar y de hecho provoca, duda entre los árbitros que lo integran, quienes han llegado a inhibirse o abstenerse de conocer los casos sometidos a su decisión, considerando que la separación y los límites entre las prerrogativas y sus causas; y, entre las prerrogativas y sus efectos, no están claramente definidos.

Tomemos como ejemplo la declaración de terminación unilateral de un contrato decidida por la administración pública porque el monto de las multas impuestas al contratista superó el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato (cinco por ciento de su valor total). Es un caso aparentemente objetivo, en el cual priman las matemáticas, pues simplemente se debe calcular el número de días en mora, multiplicarlos por el valor de la multa diaria prefijada en el contrato y contrastar el resultado frente al monto de tal garantía. Comprobado que supera dicho valor, la entidad anuncia al contratista, con la anticipación legal debida (10 días término), su intención de declararlo terminado de manera unilateral y anticipada, si no justifica la mora o remedia el

⁹² Diálogo con la Dra. María Elena Jara, profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, el 22 de enero de 2014, a las 18H00

incumplimiento (artículo 95 LOSNCP) y remite los informes correspondientes. En su contestación, el contratista señala que el 98% del contrato está entregado, que la falta de recepción del 2% restante obedece a causas propias de la entidad contratante que no termina las adecuaciones del lugar en que se deben instalar los equipos y que, en todo caso, la multa debería ser aplicada únicamente sobre el 2% que resta, porque se ha previsto la posibilidad de realizar entregas parciales y se han recibido parcialmente los bienes comprometidos, según consta del acta correspondiente, debidamente suscrita por la comisión de recepción designada por la máxima autoridad (artículo 124 RGLOSNCP).

La entidad ha aplicado las multas y considera que no puede revisarlas por ningún concepto, ha interpretado el contrato en el sentido de que no prevé la aplicación de multas parciales y con estos fundamentos, declara la terminación unilateral y anticipada del contrato respectivo.

En ese estado del conflicto, el contratista presenta su demanda ante el tribunal arbitral, el cual debe calificar su propia competencia antes de proseguir con el trámite. Para resolver sobre este importantísimo aspecto, su reflexión se apoya en el criterio del Procurador General del Estado, pero observa que, el ejercicio de las prerrogativas en el caso se dio en varios instantes del proceso y respecto de varios atributos del mismo, tales como: la facultad de declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato, sin tener que demandarla, la de calificar el incumplimiento contractual e imponer multas, entre otros. Sus miembros se preguntan: ¿hasta dónde es el legítimo ejercicio de las potestades y dónde empiezan los efectos patrimoniales? ¿Realmente es posible separarlos y distinguirlos?

En este caso hipotético que plantea el autor se pueden apreciar en parte los complejos problemas que deben resolver los árbitros ante la falta de una mejor definición de la arbitrabilidad objetiva, de acuerdo con lo manifestado en la exposición de la PGE,

sustentada en el criterio de varios autores. De ahí que fallos contradictorios son posibles y no solo laudos, sino también conocimientos e inhibiciones, pues queda muy amplia la posibilidad de discusión entre los integrantes del tribunal arbitral respecto de si procede o no el arbitraje, de si están o no ante un aspecto transigible y por lo mismo, si tienen o no competencia para pronunciarse.

A mi juicio es prácticamente imposible dar una regla general absoluta, en las actuales condiciones, por lo que recomendaré adecuar la legislación para aclarar tan controversial punto. No obstante, bajo las actuales circunstancias considero que se debe aplicar el *in dubio pro arbitri* (artículo 7 LAM) y, de manera especial, que la demanda no se oriente a cuestionar la prerrogativa en sí misma, como si demandara que la administración pública no está facultada a imponer multas o declarar la terminación anticipada y unilateral, o si sostuviera que para hacerlo debe acudir con su demanda ante el Juez, casos en los que no habría duda alguna sobre su improcedencia, porque, como queda manifestado, el criterio del autor es que, para la admisibilidad de una demanda presentada ante el tribunal arbitral, ésta no debe contraerse a cuestionar la facultad que tiene el Estado, expresada como una prerrogativa en sí misma, porque ese análisis tiene implicaciones que exceden la competencia de tales tribunales, ya que se trata de materia indisponible, como lo venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo.

En los demás casos, siempre que no se cuestione la potestas en sí misma, considero que los tribunales arbitrales tienen competencia, en la medida en que expresas disposiciones legales (citadas en el capítulo anterior) permiten expresamente el arbitraje en casos como los analizados, de impugnación de las multas impuestas a los contratistas, demandas arbitrales contra resoluciones de terminación unilateral y anticipada de los contratos, las derivadas de la aplicación del artículo 100 de la LOSNCP, entre otras.

Lo manifestado se respalda en las afirmaciones de Fausto Albuja Guarderas (op. cit, p. 56-58), quien señala que, pese a la prevalencia del criterio expuesto por la Procuraduría General del Estado, ya mencionado en el presente trabajo, los tribunales arbitrales en Quito han conocido sobre la legalidad de los actos administrativos y cita un laudo en el que se refiere a la facultad sancionadora de la administración y concluye afirmando que: “...*obvio es considerar que el Tribunal Arbitral está plenamente autorizado por el ordenamiento jurídico para determinar si un acto administrativo ligado a la relación contractual, [...] es conforme o disconforme al Derecho [...] Los árbitros se hallan facultados para que en arbitraje pueda dejarse sin efecto la decisión administrativa que termina unilateralmente el contrato, máxime que tal decisión, si bien administrativa, es susceptible de ser resuelta directamente por las partes vía transacción y, por tanto, es materia arbitrable a la luz del artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación...*”⁹³

No obstante, y de acuerdo con lo afirmado por la Dra. María Elena Jara, en el diálogo ya citado, en otros casos, los tribunales han optado por abstenerse de conocer y fallar los conflictos en materia de contratación pública que involucran el cuestionamiento de un acto administrativo, sometidos a su resolución, por considerar que versan sobre materias intransigibles. Lo que determina la existencia de laudos contradictorios en esta materia.

De ahí que el autor cree necesario que el derecho positivo, mediante una reforma expresa a la Ley de Arbitraje y Mediación aclare este aspecto y precise la materia que se puede arbitrar, pues el concepto de transigible adquiere carácter fundamental para definirla

⁹³ Laudo arbitral dictado por los señores árbitros Dr. Armando Serrano Puig, Dr. Antonio Terán Salazar y Dr. Fabián Jaramillo Terán dentro del caso Fondo de Inversión Social de Emergencia c. Fundación Centro de Planificación y Estudios Sociales CEPLAES.

y su generalidad, aún bajo la perspectiva señalada por la Procuraduría General del Estado adolece de graves dificultades para la definición, como ya hemos visto.

III.5 Disposición presidencial

La última, pero no por ello menos importante limitación es la disposición presidencial que consta del oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134, de 5 de octubre de 2012, suscrito por el Dr. Alexis Mera Giler, Secretario Nacional Jurídico, dirigido a los Ministros y Secretarios de Estado, Autoridades de la Administración Pública Central e Institucional, de que: *“en los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha, deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales...”*⁹⁴.

A juicio del autor, la disposición no podría ser cuestionada como inconstitucional ni como ilegal, porque el arbitraje es, por esencia, voluntario y contractual, y si una de las partes en ese contrato manifiesta su criterio contrario a someterse al arbitraje, solo está ejerciendo su derecho. No obstante, es una enorme limitación a esa posibilidad, que torna absolutamente excepcional la sujeción al arbitraje en contratación pública en el Ecuador, pues aún numerosos Gobiernos Autónomos Descentralizados la estarían acatando, sin que su ámbito los alcance propiamente. Sin embargo, algunos convenios marco suscritos por el SERCOP para el procedimiento de ventas por catálogo incluyen la cláusula arbitral, aunque su fecha de suscripción es posterior a la emisión del oficio.⁹⁵

⁹⁴ Oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134, de 5 de octubre de 2012.

⁹⁵ Por ejemplo: medicamentos, de noviembre de 2012 y abril de 2013, fuente www.compraspublicas.gob.ec

IV. Conclusiones

4.1 Pese a las previsiones constitucional y legales, el arbitraje nacional en contratación pública en el Ecuador tiene carácter residual, lo que implica desaprovechar un poderoso mecanismo alternativo de descongestión de la justicia ordinaria y de creación de derecho desde otra óptica, enriquecedora. Al respecto se debe considerar que, en los actuales momentos, el arbitraje ha superado ampliamente su primera versión como alternativa frente a la crisis de la justicia ordinaria. Modernamente se lo considera como un mecanismo adecuado para alcanzar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y para garantizar la autonomía de su voluntad, permitiéndolos escoger procedimientos más expeditos, mejor adecuados a sus necesidades e inclusive elegir al juzgador más confiable.⁹⁶ Para revertir esta tendencia, es necesario intervenir desde los ámbitos privado y público:

4.1.1. Desde la perspectiva privada es necesario que la propia institución arbitral sea capaz de demostrar, con sus laudos y con las normas incluidas en los Reglamentos de los Centros especializados, como en el ejemplo citado, del Centro de Arbitraje y Conciliación de Guayaquil su imparcialidad e independencia, de modo que ningún actor de la administración pública pueda atribuir a sesgo alguno favorable a los contratistas ni a los conflictos de interés de sus operadores, las resoluciones adoptadas. Para lograrlo se requiere intervenir decididamente en la formación y en la capacitación de todos los actores del sistema arbitral, procurando formar una cultura de paz, que prevenga los conflictos y auspicie soluciones de menor impacto entre las partes; incorporar los

⁹⁶ María Elena Jara, Decisiones de la justicia Estatal Ecuatoriana sobre Arbitraje. Un Análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis, citando a Roque Caivano, Paper universitario, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013.

actuales medios tecnológicos y virtuales que pueden agilizar significativamente su trámite y todas las demás medidas que garanticen su transparencia;

4.1.2 Simultáneamente, desde la óptica pública, se deben reformar las normas que lo rigen para proscribir los conflictos de interés en el sistema arbitral, definiendo la actuación de los patrocinadores y los árbitros e impidiendo definitivamente intervenciones ajenas a la ética. Adicionalmente se debe analizar la posibilidad de incluir, entre las reformas y enmiendas constitucionales anunciadas, la modificación del artículo 190, eliminando la formalidad previa del pronunciamiento del Procurador General del Estado para la suscripción del convenio arbitral, siguiendo el ejemplo de otros países, como Colombia, que consideran que, al tratarse de un mecanismo contractual y jurisdiccional, voluntario, las administraciones públicas deben ser capaces, por sí mismas de someter sus controversias al arbitraje en derecho, sin requerir pronunciamiento previo de ningún otro órgano del poder, a cuyo efecto se reforzará la capacitación en estas materias en el nivel administrativo correspondiente y se incluirán las reformas legales derivadas. Aclaro que tal enmienda constitucional se tornaría innecesaria si el intérprete de la Constitución, la Corte Constitucional⁹⁷, interpretara la Norma Suprema en el sentido de que solo se requiere el informe previo y favorable de la Procuraduría General del Estado cuando suscribe el convenio arbitral una vez presentada la controversia;

4.1.3. Es necesario analizar, además, la posibilidad de someter los laudos arbitrales emitidos en derecho a la acción extraordinaria de protección, tanto como ella alcanza a las sentencias de los máximos tribunales e instancias. Esta medida, si bien podría

⁹⁷ Artículos 429 y 436 de la Constitución de la República

significar un posible sacrificio en contra del <favor arbitri>, se encuentra justificada en la posibilidad de efectuar un control constitucional de los laudos, pues las acciones presentadas en este sentido se encuentran en espera de las resoluciones que puedan orientar la discusión respectiva;

4.1.4. Si bien la definición de política pública de someter todos los contratos de la administración pública dependiente a la resolución de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales está ajustada a derecho, se debe revisar su oportunidad y conveniencia, considerando que, a criterio del autor, en el mediano y largo plazos, la ausencia de mecanismos eficientes que garanticen el acceso a la justicia, podrían provocar complejas reacciones sociales de crisis y hasta de quiebra de tales sistemas, que anularían los supuestos beneficios de la medida;

4.1.5. Las dificultades para aplicar las normas sobre la transigibilidad, sus límites y definición precisa, exigen que el legislador intervenga para crear el marco normativo necesario que desarrolle el concepto constitucional y amplíe los límites de la potestad arbitral no solo desde el punto de vista de la ejecución del laudo o de la aplicación de medidas cautelares, sino también en razón de la materia, delimitando si su pronunciamiento es procedente únicamente respecto de los aspectos patrimoniales del ejercicio administrativo o si alcanza también al análisis de la legalidad de tal intervención y si en éste último caso se incluye o no el ejercicio de las prerrogativas⁹⁸.

4.1.6 El autor considera que el legislador debe permitir expresamente el arbitraje aún si se trata de cuestionar la legalidad de las actuaciones administrativas, porque,

⁹⁸ Nota del autor: en este sentido ratifico lo recomendado por el Dr. Marco Morales Andrade en la ponencia varias veces citada.

como mecanismo jurisdiccional que también es, puede y debe constituir un freno a los excesos o abusos del poder que frecuentemente tientan a sus detentadores, para que se pueda ejercer control de legalidad que evite actos irregulares, vicios, al menos por causas de juridicidad, sino también de oportunidad, racionalidad, proporcionalidad y correcta aplicación. Al respecto se debe considerar que la administración impone sus decisiones en este tipo de contratos, en virtud de la autotutela, pero ello hace que tales potestas las deba ejercer con mayor rigor, dentro del marco estricto de la juridicidad y que, si no se lo hace, al particular se le garantice el acceso a las suficientes alternativas y garantías jurisdiccionales y arbitrales como las que propongo para cuestionarlas si la administración se aparta del marco jurídico; y,

4.2 Mientras esto sucede, en los modelos de pliegos del SERCOP se debe mejorar la propuesta de convenio arbitral, mediante, entre otras cosas, la inclusión de la previsión del criterio favorable del Procurador General del Estado, para evitar que se suscriban convenios patológicos e inaplicables.

V. **Bibliografía**

Alvarez, Gladys S., -Highton, Elena i.-Jassan, E. “Mediación y justicia”, en “Mediación para resolver conflictos”, Buenos Aires, 1995, Ad Hoc, p. 95-96, citado por Dr. Salcedo Verduga, Ernesto, El Arbitraje, la justicia alternativa, Guayaquil, 2007, DistriLib.

Andrade Cadena Xavier, “Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución del Ecuador”, en la Revista de Arbitragem e Mediação, Sao Paulo, 2009, en http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/breves_reflexiones_sobre_

el_arbitraje_en_la_nueva_constituci%C3%B3n_ecuatoriana.pdf, consultado el 02 de abril de 2013.

Aguilar Andrade, Juan Pablo, Sobre las Materias Arbitrables en Derecho Administrativo, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Aguilar Juan Pablo y Luis Benalcázar, Guía de la Contratación Pública, Quito, 1993, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2ª. ed. actualizada.

Albuja Guarderas, Fausto, El arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en la contratación pública, en Mecanismos de Impugnación y Solución de controversias con énfasis en contratación pública, Quito, noviembre de 2011, CEAS, Universidad de Castilla La Mancha.

Andrade Ubidia, Santiago, “Independencia Judicial y Estado de Derecho”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ediciones Legales, 2003.

Arias, David, Cortes, Cristina, El nuevo Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2011, Quito, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Ed. Jurídica Cevallos.

Aylwin Azócar Patricio, El Juicio Arbitral, Santiago, 1958, Ed. Jurídica de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales.

Balbin, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV, Buenos Aires, 2011, La Ley Fedye Fondo Editorial de Derecho y Economía.

Baldeón Inés María y Baldeón, Carlos G., Sistema Nacional de Contratación Pública. Análisis y Comentarios sobre los nuevos procedimientos de contratación vigentes, Quito, 2011, Mikarian Trabajo Creativo, 2ª.ed.

Benítez Hurtado Jorge Alonso, “Métodos alternativos de Solución de conflictos en la Constitución de la República del Ecuador (2008)”, en <http://iusfilosofico.blogspot.com/2010/07/metodos-alternativos-de-solucion-de.html>, consultado el 19 de diciembre de 2012.

Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo II (c-d) Buenos Aires, Heliastasa, 12^a. ed., 1979.

Caivano Roque J, La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada, Bogotá, 2008, Cámara de Comercio de Bogotá Ed. Universidad del Rosario.

Cantuarias Salavery Fernando, Arbitraje comercial y de las inversiones, Lima, 2007, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas., citado por Caivano, Roque J., en “La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada”, Bogotá, 2008, Ed. Universidad del Rosario.

Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo, Arbitraje: el juicio privado: la verdadera reforma de la justicia, 2007, Lima, Palestra, p. 196, en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/voll/capitulo10_el_proceso_oportunidad_temporalidad_y_favor_arbitris.pdf. Consultado el 24 de julio de 2013

Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Reglamento General del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 2010, en <http://www.centrodearbitraje.org/images/pdf/reglamento%20general%20centro%20de%20arbitraje%20y%20conciliacion2010.pdf>, consultado el 23 de enero de 2014.

Celi, Estefanía, Redactora, “Más de la mitad de causas en la Corte, despachadas”, en El Comercio, lunes 08 de julio de 2013.

Ceville, Oscar, Procurador de la Administración, en el acto de firma de Convenio entre el Ministerio de Gobierno y Justicia, la Procuraduría de la Administración y Alianza Ciudadana Pro Justicia, 24 de agosto 2006, en http://www.procuraduria-admon.gob.pa/pdf/discursos/Mediacion_Comunitaria.pdf. Consultado el 28 de junio de 2013.

Coscolluela Montaner, Luis, Manual de Derecho Administrativo. Parte General, Pamplona, España, 2010, 21ª. ed.

Chillón Medina, José Ma. y José Fd. Merino Merchán, Tratado de arbitraje privado interno e internacional, 1991, Madrid, 2ª. ed. Civitas, p. 131, citado por Dr. Salcedo Verduga, Ernesto, El arbitraje la justicia alternativa, 2007, Guayaquil, 2ª. ed. actualizada, Distilib.

Chocrón Giráldez, Ana María, Los Principios Procesales en el Arbitraje, 2000, Barcelona, José Ma. Bosch. Editor.

De Trazegnies Granda, Fernando, Conflictuando el conflicto, los conflictos de interés en el arbitraje, en http://www.limaarbitration.net/LAR1/fernando_de_trazegnies_granda.pdf, consultado el 06 de agosto de 2013.

Del Olmo Del Olmo, José Antonio, El hurto famélico y la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación, en http://www.larioja.org/upload/documents/680314_DLL_N_6426-2006.El_hurto_famelico.pdf, consultado el 05 de julio de 2013.

Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires-Madrid-México, 2009, Ciudad Argentina. Hispania Libros. 12ª. ed.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IX (divi-emoc), Buenos Aires, 1986, Driskill S.A.

García de Enterría Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 2006, Ed. Thomson Civitas, 13ª. ed.

García Montúfar, Juan, en “Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, Derecho y Sociedad”, Asociación formada por estudiante de la Federación Peruana de Estudiantes de la PUCP, <http://blog.pucp.edu.pe/item/28502/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos>, consultado el 08 de julio de 2013.

González del Cossío, Francisco, El Arbitraje y la Judicatura, 2007, México, Porrúa.

Guamán Burneo, José Javier, La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia ordinaria en cuestiones de interés público, Universidad Andina Simón Bolívar, Tesis de Maestría, tutora Dra. María Elena Jara, 2011, Quito, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2875/1/T1026-MDE-Guaman-La%20mediacion.pdf>, consultado el 10 de junio de 2013.

Hernández Enríquez, Alier Eduardo, Nulidad y Terminación de los contratos administrativos. En www.juridicas.unam.mx. Consultado el 05 de febrero de 2013

Herrera Barbosa, Benjamín, *Contratos Públicos*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda... Calle 13 No. 7-12, Bogotá, D.C.-Colombia 2004.

Jara María Elena, Decisiones de la justicia Estatal Ecuatoriana sobre Arbitraje. Un Análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis, Paper universitario, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013.

Jijón Letort, Rodrigo y Marchán, Juan Manuel, Breves reflexiones sobre el “arbitraje fast track”, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2011, Quito, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Ed. Jurídica Cevallos.

López Arévalo, William, Tratado de Contratación Pública, 2 Tomos, Quito, Ed. Jurídica del Ecuador, 2010, 1ª. ed.

López Jácome, Nelson y Ribas Ordóñez, Libia, Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública, Quito, 2008, Nina Comunicaciones.

Martínez Vásquez de Castro, Luis, La Cláusula compromisoria en el arbitraje civil, Madrid, 1991, Civitas, 2ª. ed., citado por Caivano, Roque J. en La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada, Bogotá, 2008, Ed. Universidad del Rosario.

Matheus, Carlos, Derecho de Arbitraje, catedrático de la Universidad Católica, conferencia en <http://www.youtube.com/watch?v=UWLdTEzwnn8>, consultada el 23 de julio de 2013.

Mediación en el sector público, Procuraduría General del Estado, Dr. Diego García Carrión, 31 de julio de 2012, en www.pge.gob.ec/.../463-presentacion-mediacion-sector-publico.html. Consultado el 08 de marzo de 2013

Métodos alternativos de solución de conflictos: la mediación. Directiva [2008/52/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133251_es.htm, consultado el 08 de julio de 2013.

Morales Andrade, Marco. “Complejidad del Arbitraje Local cuando una de las partes pertenece al sector público”, ponencia pronunciada en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, junio de 2012.

Motulsky, Henry, Ecris, T.II, Etudes et notes sur l'arbitrage, citado por González del Cossío, Francisco, El Arbitraje y la Judicatura, 2007, México, Porrúa.

Muller Stadt, George, Historia del derecho internacional público, traducción del alemán por Jardón Santa Eulalia, Francisco F. 1961, Madrid, ed. Aguilar, p. 22, citado por Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Notas y Estudio sobre el Proceso Civil, , 1994, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, número 155, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/894/2.pdf>, consultado el 04 de junio de 2013.

Núñez Varón, Jaividi, Revelo Trujillo, Alfredo y Zuluaga R., José Octavio, Manual Práctico de Mediación, 2008, Bogotá, Legis.

Olivet, Cecilia, Cuando la injusticia es negocio, Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones, en www.tni.org/es/briefing/cuando-la-injusticia-es-negocio, consultado el 06 de agosto de 2013.

Oppetit, Bruno, Teoría del Arbitraje, trad. por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Colombia, 2006, Legis.

Ortega Cárdenas Ramiro Fernando. “El arbitraje, naturaleza y régimen jurídico”. Tesis PUCE, D341.63/Or8a, Piso 3.

Osorio Villegas, Angélica María, Conciliación Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos por Excelencia, Tesis, Pontificia Universidad Católica Javeriana, Bogotá, 2002, en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-15.pdf>, consultado el 09 de junio de 2013.

Pérez Efraín, Manual de Derecho Administrativo. Actualizado con la Nueva Legislación de Derecho Público. 2008-2012, Quito, 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones. CEP.

Pérez, Efraín en www.estade.org/.../ consultado el 27 de febrero de 2013. Ponencia presentada en el Seminario Taller El Arbitraje con el sector público: una perspectiva contemporánea, Guayaquil, 20 de agosto 2009, Cámara de Comercio de Guayaquil – Procuraduría General del Estado.

Procuraduría General del Estado Ecuador, “Mediación en el Sector Público”, Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado, Presidente del Centro de Mediación, en: www.pge.gov.ec/.../463-presentacion-mediacion-sector-publico.html, consultado el 08 de marzo de 2013.

Ragin Charles C., La Construcción de la Investigación Social. Introducción a los métodos y su diversidad, Bogotá, 2007, Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores.

Raven y Kruglanski, 1970, p. 70, citado por: Vidal Noguera Manuel, Prácticas y técnicas de Negociación. En Prensa, consultado en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis19.pdf>, el 08 de julio de 2013.

Rubellin-Devichi, J., L’arbitrage, nature juridique, LGDJ, 1965, Jurisclasseur de procédure civile, fascicule 1005), citado por González del Cossío, Francisco, El Arbitraje y la Judicatura, 2007, México, Porrúa.

Salazar Cordero, Ramiro, en el Taller: Cómo Litigar en Arbitraje, 12 al 15 de marzo de 2013, Banco del Estado, Hotel Howard Johnson, Quito.

Salcedo Castro, Myriam, El arbitraje en los contratos concluidos por la administración: estudio de derecho comparado francés y colombiano, en <http://books.google.com.ec/books?id=gm89NJxZ1sQC&pg=PA147&lpg=PA147&dq=%22las+potestades+no+son+transigibles%22&source=bl&ots=xfpRtEzj6o&sig=ZXy0oUYIfGTZN31cdwiyliS0q7w&hl=es->

419&sa=X&ei=IB2uUbbYDo6c8wTvnYGQAw&ved=0CEwQ6AEwBA#v=onepage&q=%22las%20potestades%20no%20son%20transigibles%22&f=false, Consultado el 04 de junio de 2013.

Salcedo Castro, Myriam, Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia, Estudio comparativo sobre su evolución en Francia y en Colombia, Bogotá, 2008, Editorial Universidad del Rosario, p. 26, en <http://books.google.com.ec/books?id=C7xxqt1RvXYC&pg=PA14&lpg=PA14&dq=proyeccion+y+cambios+recientes+en+el+arbitraje+de+contratos+colombia&source=bl&ots=u7rnGD-ajF&sig=ijxTu8e8-zv1SMrT2TkxvXVoPrQ&hl=es-419&sa=X&ei=tvdKURCGHoWC8gTnr4CQDA&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=proyeccion%20y%20cambios%20recientes%20en%20el%20arbitraje%20de%20contratos%20colombia&f=false>, consultado el 01 de octubre de 2013

Salcedo Verduga Ernesto, El Arbitraje. La Justicia Alternativa, Guayaquil, 2007, 2ª.ed. actualizada, Distrilib.

Santiestevan Noriega Jorge, Arbitraje Comercial Internacional, Perú. http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp, consultado el 20 de diciembre de 2012.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, 1996, 2001, 2003, Bogotá, Universidad Externado de Colombia

Santos Belandro, Rubén B., *Seis Lecciones Sobre el Arbitraje Privado (Interno e Internacional)*, 2002, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, p. 33, citado por Ana Carolina Donoso Bustamante, El reconocimiento de la extraterritorialidad de los laudos arbitrales extranjeros y su procedimiento de ejecución, en la práctica procesal ecuatoriana, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1093/1/T709-MDP-Donoso->

[El%20reconocimiento%20de%20la%20extraterritorialidad.pdf](#), consultado el 07 de agosto de 2013.

Santos Juan Manuel, en el XVII Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Manizales, en <http://www.lafm.com.co/node/96757>, consultado el 17 de diciembre de 2012.

Solís Espinoza Alejandro, Metodología de la Investigación Jurídico Social, Lima, 2001, Editores ByB.

Trujillo Soto Luis Oswaldo, El acto administrativo en la contratación pública, Quito, 2011, Ed. Jurídica del Ecuador.

Vado Grajales, Luis Octavio, Medios alternativos de resolución de conflictos, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>, consultado el 28 de junio de 2013.

Vidal Perdomo, Jaime, Derecho Administrativo, 13^a. Ed. Legis. Bogotá, México DF, Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago.

Villalba Cuéllar Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo Andrés, Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/876/87602210.pdf>., consultado el 04 de marzo de 2013.

Weber, Max, Sociologie du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, trad. J. Grosclaude, p. 49 y 165, citado por Oppetit, Bruno, Teoría del Arbitraje, trad. por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Colombia, 2006, Legis.

www.compraspublicas.gob.ec. Modelos de pliegos, Cotización de obras, Consultado el 19 de febrero de 2013.

Zambrano Pasquel, Alfonso, Opúsculo Penal, en www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/opusculo_penal.doc, consultado el 04 de junio de 2013.