



FACULTAD DE DERECHO

“LA MATERIA ARBITRABLE EN EL SECTOR PÚBLICO Y EL ROL DE LA  
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía

Alberto Peña Moscoso

Autora

María Sol Rodríguez Unda

2014

### DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

.....  
Alberto Peña Moscoso  
Abogado y Doctor en Jurisprudencia  
C.I. 1708463748

### DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

.....  
María Sol Rodríguez Unda  
C.I. 1104094733

## AGRADECIMIENTOS

A Dios, por ser mi pilar y bendecirme día a día, agradezco a cada uno de mis profesores por haber sido generosos con sus conocimientos y en especial a mi tutor Dr. Alberto Peña por sus enseñanzas, colaboración y su tiempo

## DEDICATORIA

Quiero dedicar éste trabajo a mi abuela, por ser ejemplo de vida, de amor y de fortaleza; a mis papás, mis hermanos; y a mi esposo.

## RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como uno de sus objetivos principales el determinar que se considera materia transigible, a que materia podemos darle esa cualidad de ser arbitrable para que un tribunal arbitral se declare competente de conocer dicha controversia cuando una de las partes es el sector público.

El enfoque de este trabajo es de alguna manera delimitar y establecer que materia es susceptible de someterse al sistema arbitral, para que así se le pueda dar el mayor uso a este método alternativo de solución de conflictos que es tan efectivo, resulta necesario implementar una mayor cultura de arbitraje sobre todo cuando en las controversias se encuentra inmersa como una de las partes el sector público, ya que adicional a la materia sobre la cual versará el conflicto se tienen que cumplir ciertos requisitos que el arbitraje en el sector público determina.

## **ABSTRACT**

This work degree, as one of its main objectives is considered to determine what is the transigible matter, to which we can give that quality of being arbitrable arbitral in order to a tribunal to declare itself competent to know such controversy when one of the parties is the public sector.

The focus of this work is to somehow identify and delimitate the matter that is susceptible to submit to arbitration system , so in that way this method can give its maximum since it is such an effective way to solve the controversies, it is necessary to implement a bigger arbitration culture especially when in the dispute one of the parties belongs to the public sector, since when that happens it is mandatory to accomplish certain additional requirements that are determined.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
I. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	3
1.1 Historia y evolución del arbitraje en el Ecuador .....	3
1.2 Clasificación .....	8
1.2.1 El convenio arbitral.....	10
1.2.2 Cláusula compromisoria.....	12
1.2.3 Cláusulas patológicas.....	14
1.3 Métodos no adversariales.. .....	19
1.3.1 Negociación.....	20
1.3.1.1 Mediación.....	21
II. REQUISITOS DE VALIDEZ CUANDO EL ESTADO ES PARTE DE UN PROCESO ARBITRAL .....	23
2.1 Legislación comparada .....	26
2.1.1 Perú .....	26
2.1.2 Colombia .....	28
III. LA MATERIA ARBITRABLE .....	31
3.1 Arbitraje.....	31
3.1.1 Tipos de arbitraje.....	33

3.1.2 Naturaleza jurídica .....	35
<b>3.2. Principios rectores .....</b>	<b>37</b>
3.2.1 Principio Autonomía de la voluntad .....	37
3.2.2 Principio kompetenz-komepetenz .....	38
3.2.3 Principio pro arbitri.....	40
3.2.4 Principio de separabilidad.....	41
<b>3.3. Materia transigible.....</b>	<b>41</b>
3.3.1 El sector público en el ámbito del arbitraje.....	56
<b>IV. ROL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO .....</b>	<b>61</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>66</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>70</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>75</b>

## INTRODUCCIÓN

El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador expedida en el año 2008, reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Así mismo, la Ley de Arbitraje y Mediación le da a los métodos alternativos de solución de conflictos la fuerza y reconocimiento que requiere para alcanzar cada vez una participación más activa.

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos por medio del cual las partes le otorgan a un tribunal arbitral, la responsabilidad de dilucidar la controversia suscitada entre ellas. El acceso a éste método puede ser tanto de particulares como del Estado o cualquiera de sus entidades, en éste último caso los requisitos para que proceda la el arbitraje son específicos cuyo incumplimiento puede acarrear la nulidad del convenio mediante el cual se pactó el sometimiento a éste método.

Entre los requisitos para el sometimiento a arbitraje está el de que la materia objeto del mismo sea transigible.

Lo que este trabajo de titulación busca es tratar de responder de alguna forma cuál es la materia susceptible de transacción en el sector público, particular que de una u otra manera afecta el desarrollo de éste método alternativo de solución de conflictos a partir de que las entidades estatales participan activamente en el mundo arbitral.

Se comenzará analizando la evolución que ha tenido el arbitraje y los métodos alternativos de solución de conflictos en el Ecuador, luego se abordará de manera breve los métodos alternativos de solución de controversias y su clasificación, se realizará un breve estudio del convenio arbitral y las cláusulas patológicas.

En el segundo capítulo se revisarán los requisitos de validez procesal cuando el Estado es parte de un proceso arbitral, dando un vistazo a jurisdicción comparada como es la de Colombia y Perú. En el tercer capítulo y sobre la

base de una de las exigencias para que un convenio arbitral sea válido, se intentará establecer que comprende la materia transigible en general y de manera particular desde el punto de vista del sector público, para lo cual ahondaremos sobre lo que implica el arbitraje, su naturaleza jurídica, principios rectores hasta llegar a la materia transigible, concluyendo el capítulo identificando y estableciendo el papel del sector público en el ámbito del arbitraje.

Finalmente se alcanzara el rol de la Procuraduría General del Estado como asesor, patrocinador y supervisor de los actos y contratos del Estado.

## **CAPÍTULO I.**

### **1. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

#### **1.1.- Historia y evolución del arbitraje en el Ecuador**

En el Ecuador ha habido una constante evolución de la normativa que regula el arbitraje y consecuentemente con esto la participación del Estado en este mundo, sin dejar de lado la participación de los particulares en el mismo.

La Constitución del Ecuador de 1929, en su artículo 151 numeral 24 reconocía al arbitraje en los siguientes términos “para la solución de los conflictos del capital y del trabajo, se constituirán tribunales de conciliación y arbitraje”. Resulta interesante denotar que desde ese entonces existía una necesidad de métodos alternativos a la justicia ordinaria.

La codificación del Código de Procedimiento Civil de febrero de 1953 incorporó una sección específica bajo el epígrafe “juicio por arbitraje” y previó que los representantes de las personas jurídicas de derecho público estaban autorizados para comprometer la controversia en árbitros, así como para nombrarlos. (Neira, E. (2010). *El estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana*. Recuperado el 22 de marzo de 2013 de <http://latinarbitrationlaw.com/el-estado-y-el-juicio-de-arbitraje-seg-n-la-legislacion-ecuadoriana/>).

Las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil de 1953 fueron las encargadas de regular el arbitraje en los años sesenta, éste contenía una sección entera referente al juicio por arbitraje, en el cual se estipulaba que se podía acudir a esta jurisdicción por medio de una cláusula compromisoria, se refería a controversias ya surgidas, ya que junto al compromiso arbitral se tenía que adjuntar la demanda, la contestación de la demanda, la reconvencción y en caso de que hubiere contestación. De no cumplirse todos estos requisitos el arbitraje no surtía efecto alguno, ya que una simple enunciación de que pudieren someter a arbitraje las controversias que surgieren no surtiría efectos de no haber cumplido con las exigencias. Adicional a esto el compromiso

arbitral debía constar en escritura pública o en documento privado reconocido por las partes.

En la codificación de 1960 se mantuvo esta normativa, sin embargo en la práctica la repercusión fue mínima. La normativa que regulaba el “juicio por arbitraje” desalentaba el optar por esta alternativa, ya que dejaba de lado la agilidad que el proceso arbitral pretendía alcanzar.

Mediante Decreto Supremo se expidió la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963, ésta ley se enfocaba en regular los arbitrajes comerciales administrados y en flexibilizar de alguna manera el proceso arbitral, no obstante, en el arbitraje en el que una de las partes era una entidad estatal no existían normas claras, se enfocaba la ley en las controversias mercantiles que se suscitaban entre los particulares.

En materia de hidrocarburos también se incorporó la posibilidad de que las controversias que deriven podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y arbitraje en su propia ley denominada Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978 en su artículo 10, estableciendo que:

“Los actos jurídicos de las instituciones del sector podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad con el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En sede judicial, se tramitará ante los tribunales distritales de lo Contencioso – Administrativo.

Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta Ley podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y arbitraje de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral correspondiente.”

En 1993 se expidió la Ley de Modernización del Estado, la misma que se publicó en el Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993, uno de los

fines de esta ley era el poder regular de alguna manera la prestación de servicios públicos, las actividades económicas, exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, entre otros temas. Ésta Ley estableció que si el Estado iba a suscribir los contratos denominados de delegación tenía que de manera obligatoria incluir una cláusula de arbitraje. El inciso segundo del artículo 46 de la Ley de Modernización establecía:

“Todo contrato de delegación incluirá, necesariamente, una cláusula de arbitraje para la solución de controversias”. (R.O. No. 349 de 31 de diciembre de 1993, art. 46).

Este último inciso creó muchos comentarios, no solo por el tema de la obligatoriedad de la cláusula arbitral en los contratos, o la atribución de competencias del contencioso a particulares denominados árbitros para que resuelvan sobre éstas controversias, sino por considerarlo contrario a la constitución de este entonces.

Finalmente el segundo inciso del artículo 46 de la Ley de Modernización del Estado (R.O. No. 349 de 31 de diciembre de 1993). Fue declarado inconstitucional por Resolución del Tribunal Constitucional No. 193, publicada en el Registro Oficial Suplemento 234 de 29 de Diciembre del 2000.

Si bien la expedición de la Ley de Arbitraje Comercial en Octubre de 1963 enmendó la rigidez del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, no fue sino hasta septiembre de 1997, que se dio el gran impulso al proceso arbitral como método alternativo de solución de controversias con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación (R.O.145 de 04 de septiembre de 1997).

El procedimiento que se establecía en el Código de Procedimiento Civil dependía en gran magnitud de la justicia ordinaria, ya que se podía proponer recurso de apelación de la sentencia emitida por los árbitros, en consecuencia el laudo arbitral se encontraba a discreción de los jueces, dejando de lado los principales enunciados del arbitraje tal como el de administrar justicia de una manera más ágil en el que no hace falta acudir a la justicia ordinaria para

solucionar una controversia, teniendo presente la congestión que desde ese entonces tenían los juzgados.

Fue en 1997 que finalmente se expidió la Ley de Arbitraje y Mediación en el Registro Oficial No. 145 del 04 de septiembre de ese año. En ésta Ley se implementaron las modalidades de arbitraje administrado y de arbitraje independiente, incorporando en ésta Ley la normativa respectiva de ambas.

Con la expedición de ésta Ley, el arbitraje en el que una de las partes pudiere ser una entidad estatal adquirió total relevancia, a raíz de ésta se establecieron regulaciones muy favorables con respecto al arbitraje con el Estado y en relación a las entidades que conforman el sector público y la contratación pública, otorgándoles la potestad de someter sus controversias de carácter contractual a la decisión de un tercero independiente denominado árbitro, para lo cual paralelamente se establecieron ciertos requisitos que se debieron cumplir con la finalidad de que el arbitraje sea válido.

Salcedo Verduga (2001, p. ii) realiza un análisis con respecto a la aprobación social de ésta Ley -Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 del 04 de septiembre de 1997- y afirma que el legislador ecuatoriano y quienes se relacionaban con él, no consideraban que el arbitraje podía ser un método realmente eficaz para solucionar disputas. Por el contrario, “el arbitraje era visto como un procedimiento que abría la posibilidad de quebrantar el monopolio jurisdiccional del Estado, el cual, a pesar de que cometía ciertos errores, tenía un fuerte apoyo y credibilidad.” (Coronel, C. (2010). *Arbitraje y Procedimiento*. Recuperado el 15 de mayo de 2013 de <http://latinarbitrationlaw.com/arbitraje-y-procedimiento-en-ecuador/>).

Y es que es a raíz de la Ley de Arbitraje y Mediación del año 1997 y la expedición de la Constitución Política de 1998 es que la participación de las entidades públicas en procesos arbitrales tomo forma y adquirió protagonismo constitucional. El artículo 191 de la Constitución de la República (Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998) establecía que: “[...] se reconocerán

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

En el año 2008 se incorporó en la legislación ecuatoriana la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) la misma que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto del 2008, en la cual el objetivo era consolidar todo lo referente a la materia de contratación pública y regularlo en un mismo cuerpo normativo, se agruparon los contratos para adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios en los que se incluye consultorías. Estableciéndose que será viable en los contratos públicos el someterse a arbitraje como método alternativo de solución de controversias.

“De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.”  
(R.O. 395 de 4 de agosto de 2008, Art. 104)

El 20 de octubre del año 2008 se publicó en el Registro Oficial No. 449 el texto de la nueva Constitución de la República del Ecuador, dentro de la cual se hace mención a los métodos alternativos de solución de conflictos, entre ellos al arbitraje, tema que abordaremos y desarrollaremos en este trabajo de titulación. El artículo 190 de la Constitución establece que:

“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la Ley, en materias 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”.

La evolución de la sociedad ha ido determinando nuevos mecanismos para la solución de las controversias suscitadas entre las personas, métodos no contrarios al clásico, en el que se somete la disputa ante un Juez revestido de autoridad para dictar una sentencia y dirimir la controversia, denominados métodos alternativos para la solución de conflictos.

“Se los conoce con diferentes acepciones como por ejemplo Resolución Alternativa de Conflictos RAC, Resolución Alternativa de Disputas RAD; Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos MASC, que son al final una sola y persiguen como fin la descongestión de procesos a los tribunales de justicia, reducir el costo, abreviar el tiempo en la solución de los conflictos, retomar la confianza de los usuarios de la justicia ordinaria en el sistema de administrar justicia a través de los métodos alternativos, eliminar la cultura de la agresión por medio de la cultura del respeto por medio del diálogo y la cooperación amistosa para solucionar los conflictos.”(Andrade, 2006)

Los nuevos prototipos en resolución de conflictos se basan en la comunicación y en las prácticas reflexivas y simbólicas que promueven diálogos encaminados a una justicia restaurativa en la que se transforma el conflicto en un acuerdo de voluntades que buscan la paz. Fried Schnitman en su libro “Nuevos Paradigmas en la Resolución del Conflicto” considera que el conflicto es también una oportunidad de crecimiento y desarrollo y que “los métodos alternativos de solución de conflictos expanden el conflicto desde los intereses a las formas de intercambio a partir de las cuales pueden emerger acciones significativas” (2000, p.25).

## **1.2.- Clasificación**

Elena Highton y Gladys Alvarez (1995, p. 28) en su texto “Mediación para Resolver Conflictos” realizan una clasificación a los procedimientos para la solución de conflictos en adversariales y no adversariales.

En los métodos adversariales:

- a) Las partes están enfrentadas y son contendientes;
- b) Un tercero suple 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 el precedente, por lo que necesariamente se resuelve el problema satisfaciendo el interés de las partes.

Éste método por su naturaleza se denomina adversarial o heterocompositivo; su característica principal es que gracias a la intervención de un tercero neutral se logra dirimir el conflicto. Éste tercero que interviene tiene la capacidad de decidir sobre la controversia suscitada, para lo cual deberá tener presente y basarse en las consideraciones que las partes han realizado durante el proceso.

Es importante tener en cuenta que el hecho que las partes intervengan en el conflicto con pruebas, argumentos entre otros, no le quita la potestad al árbitro de ser él quien decida sobre el conflicto, potestad debidamente otorgada por la Ley. El arbitraje y el proceso judicial son claros ejemplos de métodos heterocompositivos.

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

Respecto del arbitraje en el capítulo III se desarrollará a profundidad dicho método alternativo de solución de controversias. Sin embargo me permitiré previamente precisar lo que se entiende por convenio arbitral, cláusula compromisoria, cláusulas patológicas.

### 1.2.1.- El convenio arbitral

La Ley de Arbitraje y Mediación (Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006) en su artículo 5 define al convenio arbitral:

“[...] Como un 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.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje”.

La legislación Mexicana coincide con la definición antes dada, en su Código de Comercio, artículo 1416 define al acuerdo arbitral como aquel:

“[...] por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.

El artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, lo denomina como acuerdo de arbitraje y lo define de la siguiente manera:

“Un acuerdo por el que 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. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una

cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.

Nuestra Ley establece otras formas por medio de las cuales las partes también podrían someterse a arbitraje, a saber: i) por medio de un intercambio de cartas, ii) cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes para someterse a arbitraje.

Una vez que las partes hayan convenido de mutuo acuerdo el someter sus controversias a arbitraje, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier reclamo o demanda que involucre las relaciones jurídicas que originaron el arbitraje. El convenio arbitral impide a las partes someter el caso a la justicia ordinaria, obligando a los involucrados a acatar el laudo que se expidiere producto del arbitraje.

Caivano, R. en su obra “La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada” define al compromiso arbitral como “[...] un acuerdo de voluntades a través del cual, luego de verificado el conflicto de intereses, las partes convienen el sometimiento a arbitraje o los aspectos concretos de su funcionamiento.” (2011, p.26) Agregando que aunque no existiere una cláusula compromisoria anterior, las partes bien pueden pactar de manera directa el sometimiento a arbitraje en el que se establecerán la manera en la que se llevará a cabo el arbitraje, la designación de árbitros, entre otros particulares.

Éste acuerdo de voluntades, en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (Código Civil, Registro Oficial Suplemento No, 46, artículo 1454) configura plenamente un contrato.

Por lo tanto, de lo mencionado se puede resaltar que el convenio arbitral es un contrato autónomo, independiente del contrato principal; en el que es fundamental el acuerdo libre y voluntario de las partes de someter sus controversias al sistema arbitral y por ende renunciar a la justicia ordinaria; el convenio se lo pacta respecto de una relación jurídica determinada; su objetivo es someter a este método controversias presentes o futuras.

Nuestra legislación no realiza una diferenciación de lo que comprende la cláusula compromisoria o el convenio arbitral, lo cual se puede constatar en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación ya que el mismo no hace distinción respecto del momento de la controversia, ya que unifica dentro del concepto de convenio arbitral a “todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

Siendo que el convenio arbitral viene a constituirse como un contrato, debe cumplir con los presupuestos de existencia y validez estipulados para los contratos, debe surgir de una expresión de voluntad que emane libremente de una persona que tenga capacidad legal para obligarse, y referirse a controversias que puedan ser objeto de arbitraje. (Caivano, R. 2001, p.28)

### **1.2.2.- Cláusula compromisoria**

A pesar de haber señalado que nuestra legislación no hace diferencia entre convenio arbitral y cláusula compromisoria, hemos considerado pertinente hacer referencia a ésta última desde el punto de vista doctrinario.

La condición compromisoria es una cláusula en virtud de la cual las partes, encontrándose en común acuerdo deciden someter las eventuales diferencias que pudieren suscitarse entre ellas a la decisión que resultare de un proceso arbitral. En otras palabras, por medio de la cláusula compromisoria se somete al conocimiento de árbitros, conflictos eventuales que aún no existen o bien podrían nunca existir.

De esta manera los involucrados renuncian a la posibilidad de someter sus diferencias ante la justicia ordinaria, esto, ya que las partes de manera libre y voluntaria tomaron la decisión de someter sus diferencias ante terceros, quienes habiendo sido habilitados por ellas, son aptos para conocer y solucionar el problema en cuestión, éstos se denominan árbitros.

El Autor Marco Gerardo Monroy Cabra define a la cláusula compromisoria de la siguiente manera “la cláusula compromisoria no es una simple cláusula accesoria a un contrato como anteriormente se ha observado, sino que por su misma naturaleza es un verdadero contrato cuya única exigencia es que debe ser por escrito” (1998, p. 94).

Para Julio Benetti Salgar, la definición de cláusula compromisoria se encuentra bastante ligada a la anteriormente detallada, y la plasma en su obra El arbitraje en el Derecho Colombiano:

“La cláusula compromisoria es aquella estipulación por virtud de la cual las partes en un contrato resuelven que todas o algunas de las diferencias que se puedan presentar entre ellas con motivo del desarrollo o liquidación de dicho contrato se sometan a decisión arbitral. Es una cláusula adicional a un contrato que generalmente es de ejecución periódica o de tracto sucesivo, aunque nada se opone a que la cláusula compromisoria se pacte también en contratos de otra índole” (1994, p. 17).

“La cláusula compromisoria es aquella estipulación incluida en un contrato, ya sea como cláusula del mismo o en escrito separado, mediante la cual las partes deciden que todas o algunas de las controversias que de tal convenio puedan resultar en un futuro sean sometidas a juicio arbitral” (Gómez, Carlos., 2008, p.15).

La cláusula compromisoria tiene una naturaleza jurídica contractual, ya que tal como lo afirma Miguel Marienhoff

“la sumisión de una discusión jurídica a la decisión arbitral por convenio de las partes, es sin duda, una expresión de la autonomía de la voluntad, y una prueba que ella impone, pero la libertad para contratar la solución arbitral en caso de diferencias tiene, sin embargo, un límite, y es el que no le pueden ser sometidas las cuestiones que afecten el orden público o social como son las que se refieren, por ejemplo, al estado civil de las personas” (1983, p. 603-604).

Su carácter es bilateral, ya que las partes son las encargadas de expresar su voluntad para someter sus diferencias al conocimiento de un tribunal arbitral, generando obligaciones recíprocas para cada una; entendiendo cada una que una vez que exista de por medio el pacto arbitral dicha diferencia ya no puede ser sometida a la justicia ordinaria. Lo cual deberá constar por escrito ya sea dentro del contrato o en un documento independiente

Los efectos de la cláusula compromisoria son básicamente dos, uno positivo y uno negativo. Si lo enfocamos desde el punto de vista positivo, obliga a las partes a someter la controversia que surja otorgándole jurisdicción a los árbitros; y, por el otro lado, si nos centramos en el punto de vista negativo, la misma, impide que los tribunales comunes o justicia ordinaria conozcan el caso. Dicho esto, en el caso de darse el conflicto, la contraparte podría proponer una excepción basada en la existencia de éste compromiso y por ende incompetencia ante el juez ordinario.

### **1.2.3.- Cláusulas patológicas**

Se entienden como cláusulas patológicas dentro del proceso de arbitraje, a aquellas cláusulas arbitrales que no permiten llevar a conocimiento de árbitros el conflicto suscitado entre las partes.

Las cláusulas tienen que cumplir ciertas funciones fundamentales tales como:

- “Producir efectos obligatorios para las partes.
- Impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido.
- Dar al o los árbitros el poder para resolver el litigio.
- Permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo ejecutable”. (Eiseman, F. 1974, p.120)

Las cláusulas patológicas son también denominadas cláusulas arbitrales insuficientes ya que debido a su deficiencia no permite que éstas lleguen a producir efectos jurídicos. Los defectos de estas cláusulas son capaces de generar inconvenientes en desarrollo normal de un proceso arbitral.

Existen ciertos defectos de redacción que vuelven insuficientes a las cláusulas, los principales son: realizar un acuerdo de arbitraje optativo, en el cual no se excluye la jurisdicción de la justicia ordinaria, ya que otorga a las partes la opción de someter sus controversias indistintamente al arbitraje o a la justicia ordinaria; otro error común es que el acuerdo carezca de certeza en el sentido que sus términos sean vagos e imprecisos; y el último es cuando los acuerdos de arbitraje son inoperantes o inejecutables, el acuerdo se tornará inoperante cuando hubiere expirado algún término para iniciar o concluir el proceso arbitral, mientras que podríamos hablar de un acuerdo inoperante cuando por los términos utilizados en el acuerdo, su ejecución se torne imposible.

Una cláusula arbitral no necesariamente tiene que ser larga y complicada para ser válida, por el contrario mientras en su redacción prime la sencillez y los elementos que se incluyen se detallan de manera precisa, existe menor riesgo de que la cláusula sea sometida a impugnaciones.

La eficacia de la cláusula que se convierte en la generadora de obligaciones para las partes podría verse afectada si concurriera una falta de determinación de la voluntad de las partes, de que institución será la encargada del arbitraje, o si faltare la renuncia de acceso a la justicia ordinaria como se expuso anteriormente.

Sobre estos enunciados el árbitro cumplirá un rol fundamental al emplear la interpretación de éstas cláusulas insuficientes, en la doctrina se habla de un “efecto útil” de la cláusula arbitral. Por ésta razón el juez deberá distinguir con mucha precisión entre una cláusula oscura, en la que no existe un impedimento para la realización del arbitraje, de otras que si lo impidan.

Se entiende que al haber incluido una cláusula compromisoria en el contrato, la intención era la de hacer del arbitraje su mecanismo de solución de conflictos,

aun cuando la cláusula adoleciera de ciertas patologías. Para éste particular, el juez deberá tener muy clara la voluntad real de las partes de someterse al arbitraje. Deberán concurrir circunstancias de carácter objetivo para que el árbitro llegue a una solución contraria.

“La presencia de errores en la redacción del convenio arbitral impone la necesidad de comprobar el carácter formal o sustancial de los mismos, en orden determinar su eficacia invalidante de la voluntad de las partes, para verificar así la eficacia positiva y negativa del convenio” (Chillón Medina; Merino Merchán 1991, p. 689).

Para ejemplificar lo antes dicho, el idioma por ejemplo, no viene a constituir un elemento sustancial en la aceptación o no del convenio arbitral, ya que independientemente de cual fuere el idioma de sustanciación, o la ley aplicable, la voluntad de la parte vendría a ser la misma, su deseo de resolver su controversia en el sistema arbitral no se vería afectado de ninguna manera.

Es importante recalcar que el concepto de cláusula arbitral patológica no implica necesariamente que ésta sea inválida, ya que cualquier defecto bien podría ser solventado si es que las partes reafirmaran por escrito su voluntad inequívoca de someterse al arbitraje. Todo dependería del grado de la deficiencia y en del caso concretamente.

A continuación incluiré un modelo de la cláusula los mismos que han sido tomados de modelos elaborados por el Instituto Nacional de Contratación Pública (tomado de la resolución No. 010-08). En el cual se cometen varias imprecisiones.

#### Cláusula Décimo Cuarta: CONTROVERSIAS Y ARBITRAJE

14.01 Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, las partes tratarán de llegar a un acuerdo que solucione el problema. De no mediar acuerdo alguno, las partes someterán el asunto controvertido, a los procedimientos de mediación y arbitraje, de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, (y en cumplimiento de lo establecido por el artículo 190, inciso segundo de la

Constitución de la República del Ecuador y artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, aplica solo para entidades públicas).

14.02 Convenio Arbitral: En el caso de que las partes acuerden someter la controversia a arbitraje y mediación, se conviene en lo siguiente:

Las partes pactan someterse a un procedimiento arbitral de Derecho.

Las partes expresamente se someten al Centro de Arbitraje de ..... (detallar centro). Serán aplicables las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, y las del reglamento del (centro elegido).

Las partes acuerdan la conformación de un Tribunal Arbitral integrado por tres miembros, (o de considerarlo pertinente someterse a un solo arbitro). La forma de selección de los árbitros será de acuerdo al Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje elegido. (Detallar centro de Arbitraje y Mediación)

Los árbitros serán profesionales o expertos relacionados con el tema que motiva la controversia, de reconocida moral y técnica, que garanticen la imparcialidad y objetividad de sus resoluciones.

El término para expedir el laudo arbitral será de \_\_\_\_\_ (máximo \_\_ días), desde el momento de su posesión.

Los honorarios de los árbitros serán pagados en la siguiente forma: cincuenta por ciento (50%) por la entidad contratante; y cincuenta por ciento (50%) por el consultor / firma consultora.

Los asuntos resueltos mediante el laudo arbitral tendrán el mismo valor de las sentencias de última instancia dictadas por la justicia ordinaria.

14.03 Si respecto de la divergencia o divergencias existentes, las partes deciden no someterlas a los procedimientos de arbitraje según el convenio arbitral constante en este instrumento, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 105 de la LOSNCP, el procedimiento aplicable será el establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en este caso, será competente para conocer la controversia el Tribunal Distrital de lo Contencioso

Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad. (Aplica solo para entidades Públicas)

14.04 La legislación aplicable a este Contrato es la ecuatoriana. En consecuencia, el Contratista renuncia a utilizar la vía diplomática para todo reclamo relacionado con este Contrato. Si el Contratista incumpliere este compromiso, la Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato y hacer efectivas las garantías.

#### Cláusula Décima Quinta: CLAUSULA COMPROMISORIA

15.01 Las partes acuerdan someter las controversias al procedimiento de mediación, en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado; o, en su defecto o de no solventarse dichas diferencias, se someterán al arbitraje en derecho, en el Centro de Arbitraje de ..... (nombre del centro).

#### Cláusula Décimo Sexta: CONOCIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN

16.01 EL Contratista declara conocer y expresa su sometimiento a la LOSNCP y su Reglamento General, y de las resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública y más disposiciones vigentes en el Ecuador, así como a los aspectos jurídicos posteriores que de cualquier forma se deriven de la ejecución de la provisión de los bienes objeto del presente contrato.

#### Cláusula Décimo Séptima: DOMICILIO, JURISDICCIÓN Y PROCEDIMIENTO

17.01 Para todos los efectos de este Contrato, las partes convienen en señalar su domicilio en la ciudad de (nombre ciudad) renunciando el Contratista a cualquier fuero especial, que en razón del domicilio pueda tener.

17.02 Las controversias deben tramitarse de conformidad con la cláusula décimo quinta.

#### Cláusula Décimo Octava: ACEPTACIÓN DE LAS PARTES

18.01 Libre y voluntariamente, previo el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos por las leyes de la materia, las partes declaran expresamente su aceptación a todo lo convenido en el presente contrato, a cuyas estipulaciones se someten y suscriben cinco copias de igual contenido y valor.

Respecto del modelo anterior: En el numeral 14.01 no existe precisión respecto de la vía que se tomará para resolver los conflictos, se puede ver que es un acuerdo optativo, ya que no excluye a la jurisdicción ordinaria, no establece de manera clara la sujeción a la vía arbitral, contiene términos totalmente imprecisos. El artículo 190 de la Constitución no tiene sustento al estar ahí pues de conformidad con dicho artículo la autorización del Procurador General del Estado debe ser anterior o previa a la suscripción del contrato.

Respecto del Convenio arbitral, si bien consta por escrito, al inicio del mismo establecen “en el caso de que las partes” no existiendo la voluntad inequívoca de someterse al arbitraje.

En el numeral 14.03 existe una disposición expresa respecto de no excluir a la justicia ordinaria, es más se encuentra estipulada como una alternativa “si respecto de la divergencia las partes deciden no someterlas a los procedimientos de arbitraje [...] el procedimiento aplicable será el establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. Lo cual refleja lo optativo de la cláusula.

En la cláusula que habla sobre la jurisdicción y procedimiento 17.01 no existe la renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria.

El modelo de convenio anteriormente citado contiene varios elementos que la hacen insuficiente. El acuerdo arbitral es optativo en todo su desarrollo, otorga a las partes la opción de someterse a la justicia ordinaria o a la vía arbitral, por tanto no impide en ningún sentido la intervención de los tribunales ordinarios, consecuentemente no otorga al árbitro aquel poder para resolver la controversia.

### **1.3 Métodos no adversariales**

Por otro lado, en los métodos no adversariales:

- a) Las partes actúan juntas y cooperativamente;

- b) Mantienen el control del procedimiento; y,
- c) acuerdan la propia decisión, que resuelve el problema, sin importar la solución jurídica o los precedentes judiciales.

Los métodos no adversariales son también los denominados métodos de autocomposición, esto significa que para superar el conflicto suscitado no se requiere la intervención de un tercero ajeno a la contienda, las partes serán las responsables de accionar y generar una solución.

Los métodos autocompositivos se definen como el género mediante el cual ante la existencia de un conflicto, las partes son quienes llegaran a un acuerdo si así lo estimaren conveniente, no existirá la intervención de un tercero para que decida por ellos. Los contendientes pueden sujetarse a alguno de los mecanismos que la ley les faculta, o para alcanzar la solución de la controversia. Ejemplos del método autocompositivo son la mediación y la negociación.

### **1.3.1.- Negociación**

Éste método alternativo de resolución de controversias ha dado origen a una especialidad en la que existen técnicas y formas de evaluarlo. En la negociación las mismas partes o representantes de éstas buscan, y logran llegar a un acuerdo. “La negociación, por su naturaleza, es un método alternativo de resolución de controversias, eminentemente voluntario, de carácter autocompositivo y desprovisto de fuerza vinculativa. (Rodríguez Márquez, J. 2000, p. 323-324)

La negociación se caracteriza por ser un proceso voluntario, no adversarial, en el que las partes se comunican de forma directa sin la intervención de un tercero, por ésta razón resulta conveniente el que los interesados quieran encontrar una solución que los beneficie, para lo cual deberán trabajar conjuntamente y de esa forma satisfacer sus necesidades.

Las partes buscan persuadir la una a la otra sobre sus intereses, más no sobre sus posiciones. Se centran en satisfacer el interés colectivo más allá del personal, no existe un enfrentamiento ya que se crean opciones que las logren beneficiar. Al inicio de éste párrafo nos referimos al término persuadir, el mismo que cumplirá no ejercer presión sobre la otra parte, sino de manera inteligente lograr un acuerdo conveniente para los involucrados.

La negociación involucra un diálogo directo de las partes, para lo cual éstas deberán tener una participación totalmente activa, ningún tercero podrá interferir.

El jurista Ernesto Salcedo Verduga en su obra titulada La Justicia Alternativa (2001, p.9) define a la negociación como: “[...] un proceso voluntario, usualmente informal, no estructurado, al que las partes recurren para lograr un acuerdo mutuamente aceptable. No interviene un tercero neutral. Los litigantes pueden o no designar abogados; puede realizarse sin que estén presentes las partes”.

Éste proceso se caracteriza por buscar la participación activa de las partes, la solución no dependerá de ningún tercero, sino del acuerdo que en la mesa de negociación éstas alcancen; es un método no adversarial ya que busca ante todo cooperatividad de las partes. Aquellas deben concentrarse en los intereses perseguidos, y dejar de lado cualquier posición, ya que esto sólo entorpecerá el proceso.

### **1.3.2.- Mediación**

La mediación es un método alternativo de solución de conflictos que se cumple por las partes de buena fe y de manera voluntaria. La finalidad es llegar a un acuerdo alcanzado en base a las propuestas de las personas involucradas.

El proceso de mediación se caracteriza por ser corto y confidencial, ésta última le da una ventaja frente a los demás métodos de solución de conflictos. Es un método autocompositivo aunque existe la intervención de un tercero neutral,

que actúa como facilitador dentro del proceso de negociación, más no actúa como juez ni puede imponer un acuerdo.

Al someterse al proceso de mediación las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo, más aún si éstas consideran que ninguna de las alternativas planteadas conviene a sus intereses, así mismo tienen la opción de llegar a una solución parcial en el cual se suscribirá el compromiso con los puntos aceptados por los involucrados.

La Ley de Arbitraje y Mediación (Ley de Arbitraje y Mediación, 2009) la define en su artículo No. 43 como:

“[...] 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 pongan fin al conflicto.”

Para conceptualizar de mejor manera el papel que cumplen las partes y la labor del mediador dentro del proceso cito la definición de mediación de Álvarez (1994, p. 107)

“La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren un punto de armonías en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan al nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva de ambas”.

## **CAPÍTULO II**

### **REQUISITOS DE VALIDEZ PROCESAL CUANDO EL ESTADO ES PARTE DE UN PROCESO ARBITRAL.**

En las controversias en las que el Estado Ecuatoriano es parte, el Tribunal de arbitraje constituido, para que pueda conocer de la misma, deberá verificar que se cumplan los requisitos establecidos en la Constitución de la República, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Existen autores como Edgar Neira Orellana, quien en su texto “El Estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana” (2010, p. 423) clasifica en dos categorías a los requisitos de validez procesal: los requisitos de carácter material y los de orden formal.

Refiriéndose los de carácter material al objeto de la controversia y al fundamento de la decisión de los árbitros, tales como la transigibilidad del derecho discutido en el proceso arbitral, la naturaleza contractual de la controversia, y la resolución fundada en derecho; mientras que al hablar de los de orden formal se refiere a la cláusula compromisoria como tal, a los que determinan que la cláusula del compromiso arbitral sea anterior a la controversia, deberá contener la forma en la que se designarán los árbitros y necesariamente deberá encontrarse suscrita por la persona autorizada para contratar a nombre de la entidad pública.

Sin perjuicio de lo cual, si bien dichos requisitos tienen total cordura con el proceso a mi manera de pensar faltan ciertos requisitos tales como: la autorización del Procurador General del Estado una vez surgida la controversia, la autorización del Procurador General del Estado en materia de contratación pública, la exigencia de constar en documento escrito.

El tribunal, al momento de resolver sobre su competencia, está obligado a examinar que exista el convenio arbitral, como así también que hayan

concurrido los requisitos de validez establecidos en la ley. En el supuesto que faltare uno de estos requisitos, el convenio arbitral sería nulo.

La exigencia de un documento escrito se refiere de manera específica a que deberá existir constancia por escrito de la existencia del acuerdo, el acuerdo verbal o el consentimiento tácito no tienen validez.

Con relación a la transigibilidad en el primer artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación menciona que se someterán al sistema arbitral las controversias susceptibles de transacción, sin embargo la norma no precisa una definición de lo que se entiende por materia transigible.

Otro requisito hace referencia a que el laudo deberá estar fundamentado en derecho; cuando el Estado es parte de un proceso arbitral, el pronunciamiento de los árbitros deberá fundamentarse necesariamente en normas y principios de derecho, no en criterios de equidad. El contenido y fundamento de la decisión final que se tomará deberá ser en derecho. Si bien es cierto, la Ley de Arbitraje y Mediación no prevé este particular, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado lo hace en su artículo 11, en el que detalla que los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho.

Respecto de que los árbitros deberán pronunciarse en derecho y no en criterios de equidad, la Corte Constitucional realizó una interpretación del artículo 422, sobre el cual abordaremos en el capítulo III de éste trabajo.

El pactar una cláusula compromisoria anterior a la controversia es el cuarto requisito cuando el Estado es parte de un proceso arbitral. El artículo cuarto de la Ley de Arbitraje y Mediación establece en su literal a) que se deberá pactar un convenio arbitral con anterioridad al surgimiento de la controversia; y en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, y éste dictamen será de obligatorio cumplimiento.

Es importante denotar que en éste particular se regula el supuesto en el que luego de surgida la controversia, las partes decidieren someterse al juicio arbitral, ya que en este caso será necesario, sin importar cual fuere la entidad pública de que se trate, realizar la respectiva consulta al Procurador General del Estado para que de éste modo él emita un dictamen con carácter vinculante.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado también regula este particular en su inciso segundo: “Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes”.

Por otro lado está lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República el mismo que señala que:

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

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

Es decir, se requiere autorización previa de la Procuraduría General del Estado cuando una de las partes pertenezca al sector público y quiera someterse al sistema arbitral en contratación pública.

La falta de cumplimiento de este requisito ha llevado a los árbitros a que en más de una ocasión se declaren incompetentes de conocer el conflicto, en un proceso arbitral que se llevó a cabo en un Centro de Mediación y Arbitraje en Quito el tribunal sustento su incompetencia en el siguiente argumento “para que la cláusula tenga eficacia y produzca los efectos legales de un convenio arbitral entre las partes, es decir, otorgar competencia a los jueces convencionales e inhibir de la misma a los jueces ordinarios, en el presente

caso era requisito “sine qua non” que exista un pronunciamiento previo y favorable del Procurador General del Estado [...] por lo que, este Tribunal al no existir dicho requisito constitucional, considera que la cláusula que el Actor alude en el libelo de su demanda como contentiva del convenio arbitral, es ineficaz; por lo que se declara no competente para conocer el conflicto arbitral planteado”.

El señalamiento de la forma en que se designarán los árbitros; se trata de una exigencia que necesariamente deberá satisfacer el texto del convenio arbitral en el que se tenga como parte al Estado. El incumplimiento de este requisito acarrearía la nulidad del laudo.

Otro de los requisitos es la renuncia de la jurisdicción ordinaria y firma del representante de la entidad de Derecho Público. El último literal del artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación incluye otra requisito para cuando el Estado es parte del juicio de arbitraje, literal d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución, lo cual ratifica también que el convenio arbitral necesariamente debe ser por escrito.

## **2.1 Legislación comparada**

### **2.1.1.- Perú**

La Constitución Política de Perú establece que “El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la Ley”. Sin embargo, ésta referencia nos lleva a la Ley de Arbitraje, que consta en el Decreto Legislativo N° 1071, en su artículo 4º, inciso segundo, en el que establece que “las controversias derivadas de los contratos o convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional”.

En la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, en su artículo 41, estableció que la cláusula de solución de controversias sería una cláusula obligatoria en los contratos de adquisiciones y contrataciones, estableciendo que “cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes”.

Es evidente que estas disposiciones transformaron la administración del justicia del Perú, ya que se introdujeron la conciliación y el arbitraje como métodos de solución de conflictos en todas las controversias que el Estado celebra con particulares. Su análisis partía que el Estado no podía ser quien necesariamente resuelva sus propios conflictos, sino que se necesitaba alguien indicado e imparcial para hacerlo, por lo cual se asumió que la vía arbitral era la más adecuada. Incluso más adecuada que la justicia ordinaria, ya sea por cuestiones de tiempo, costo, entre otros factores.

La figura tradicional que enmarca al arbitraje implica que la voluntad es parte primordial del convenio, constituye su esencia y el fundamento del sistema arbitral.

En el caso de contrataciones públicas en el Perú, el arbitraje viene como fruto de una imposición de la ley, y se deberá de manera obligatoria incluirlo en todos los contratos que celebre el Estado, ya sea para provisión de bienes y servicios, obras entre otras. El arbitraje bien puede sustituir la vía ordinaria, la administrativa y judicial, de la misma manera no hay que agotar la instancia judicial para poder recurrir al arbitraje.

Existen muchos tratadistas que exponen que, el que necesariamente haya que someterse a arbitraje en caso de controversia con el sector público es una imposición que viola los derechos fundamentales, sin embargo, los particulares que quieran contratar con el Estado, conocerán de manera oportuna las condiciones y reglas de oferta que él tiene, y respecto de las cuales deberán decidir si se someten a las mismas o no.

Otro de los requisitos que exige la legislación Peruana para contratar con el Estado es que el arbitraje se tiene que dar en derecho, éste es el previsto para la solución de conflictos en el país, con el ánimo de evitar cualquier tipo de subjetividad o arbitrariedad al momento de dictar una resolución. En la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en su artículo 53 se establecía: “(..) Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje (...) El arbitraje será de derecho.

Como conclusión de lo anterior, al tratarse de los intereses del Estado, es imposible dejar al criterio subjetivo de los árbitros la resolución de la controversia, es fundamental apegarse a derecho y consecuentemente que la resolución se encuentre fundamentada en la ley.

### **2.1.2 Colombia**

En el derecho colombiano, se ha permitido de manera histórica utilizar el método arbitral para dar solución a las controversias suscitadas entre entidades del Estado, inclusive antes de que la ley estableciera de manera expresa la posibilidad de utilizar este mecanismo, existía jurisprudencia de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia colombiana que fue la que permitió que las personas jurídicas públicas puedan acudir al sistema arbitral y emplearlo como método alternativo de solución de conflictos derivados de los contratos públicos. De manera posterior, la Sala Constitucional de la misma Corte Suprema de Justicia consintió que la Administración Pública pudiera incluir pactos arbitrales en sus contratos y, consecuentemente acudir a la figura de los tribunales arbitrales.

En el año de 1964, con la expedición de la ley 4ª se autorizó al pueblo y a las entidades descentralizadas para que pudieran someter las controversias derivadas de los contratos de obra pública a la decisión de un tribunal de arbitramento, como se les denomina. Como respuesta a esto, la jurisprudencia

colombiana estableció ciertos límites y reglas, tales como que el arbitraje debería siempre ser en derecho.

En el decreto ley 150 en el año de 1976 se procedió a incluir al pacto arbitral ya no solo en los contratos de obra, sino en todos los contratos administrativos, añadiéndose además la figura del “arbitraje técnico”. Finalmente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública colombiano el cual se encuentra contenido en las leyes 80 de 1993 y la ley 1150 del 2007, se admitió de manera amplia la utilización del arbitraje en los contratos públicos, en la Ley 80, en su artículo 25 inciso quinto se estableció que “En virtud del principio de economía [...] Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten”.

Mientras que en los artículos 70 y 71 de la misma Ley 80 se tipificaron los requisitos que la cláusula compromisoria deberá contener, así como la forma del arbitraje, el número de árbitros, la forma de designación del tribunal entre otros requisitos y formalidades.

De lo anteriormente expuesto se desprende que es innegable la aceptación que a lo largo del derecho el arbitraje ha tenido en Colombia, y su desarrollo. Como en cualquier país, al tratarse de los intereses estatales se establecen requisitos, tales como que el arbitraje sea en derecho.

Sin embargo de esto, cuando el conflicto que es puesto a consideración de los tribunales arbitrales proviene de la celebración de un contrato con el Estado, surgen ciertas limitaciones a las posibilidades de entablar un sistema arbitral. Los límites se refieren al tipo o a la clase de arbitraje a los que pueden someterse las entidades estatales.

En la legislación colombiana el artículo 13.3 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, modificado por el artículo 6ª de la ley 1285 de 2009, se prohibió la posibilidad de que el Estado pudiese pactar reglas relativas al procedimiento que se ha de seguir. A partir de dicha ley quedo establecido que

el arbitraje en los contratos públicos siempre será legal. Para lo cual también existe una interpretación de la Corte Constitucional Colombiana lo corrobora.

## CAPÍTULO III

### LA MATERIA ARBITRABLE

#### 3.1.- Arbitraje

Éste método alternativo de solución de conflictos, se lo puede entender como un mecanismo heterocompositivo, en el cual se le otorga a un tercero denominado árbitro, la capacidad de dirimir un conflicto y como consecuencia dictar un laudo que será de obligatorio cumplimiento por las partes. Dichas partes renuncian a su fuero común, decidiendo de libre acuerdo someterse a la justicia arbitral y dejar de lado la justicia ordinaria, lo cual se encontrará plasmado en un convenio arbitral.

Para el profesor colombiano Jorge Hernán Gil Echeverri (1993) el arbitraje es:

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

Los Juristas españoles Alfonso Calvo y Luis Fernández de la Gándara (1989) definen al arbitraje como un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria –el laudo arbitral- que ponga fin a la diferencia entre ellas.

Para el español, Julio González Soria (1988) el arbitraje es aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen por medio de una declaración de voluntad que reúne determinadas condiciones que una cierta controversia específicamente determinada existente entre ellas, sea resuelta conforme a un procedimiento establecido por un tercero o terceros al que o a los que instituyen juez o jueces de sus contiendas y a cuya decisión (laudo

arbitral) se someten expresamente, ya sea dictada conforme a derecho o conforme equidad.

“Se refiere al proceso de solución de conflictos –distinto a la jurisdicción estatal mediante el cual se dirimen controversias entre intereses particulares y surge de sus voluntades, las que se expresan en un compromiso por medio del cual prefieren concordar sus entredichos con base en el consejo o avenencia de otra persona de su confianza (física o colectiva) a la que regularmente se le llama “árbitro”, “avenidor” o “arbitrador”, en cuyas manos las partes eligen colocar voluntariamente la respuesta al problema que las enfrenta, buscando lograr así el esclarecimiento del conflicto con una decisión práctica y sustancialmente diversa de la jurisdicción, que proviene de la autodeterminación de las sociedad que deciden entregar al Estado la potestad pública de tutelar los conflictos intersubjetivos en juicios”. (Gonzalez de Cossio, F. 2004, p.11).

De lo anterior se desprende que para que pueda llevarse a cabo un proceso arbitral al menos deben estar presentes las siguientes circunstancias: i) la materia sobre la cual versará la controversia deberá ser de carácter transigible; ii) las partes deberán expresar su voluntad inequívoca de someterse a este proceso, renunciando en consecuencia a la justicia ordinaria; y, iii) los árbitros quedan investidos de manera transitoria de jurisdicción, la cual les faculta para que dicten un laudo arbitral, el cual tendrá efecto de sentencia ejecutoriada.

El arbitraje se encuentra debidamente reconocido y garantizado por la Constitución de la República del Ecuador y en la Ley de Arbitraje y Mediación. Puede tener el carácter de confidencial; la mencionada ley establece que las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir la confidencialidad del proceso arbitral, particular que se encuentra plasmado en su art. 34; se caracteriza por su celeridad, flexibilidad y eficacia, su costo puede resultar relativamente menor a llevar un proceso en la justicia ordinaria, ya que por el corto tiempo en que se resuelven las disputas los costes incurridos resultan menores, la Ley de Arbitraje y Mediación establece que una

vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, el mismo tendrá el término de ciento cincuenta días para expedir el laudo (Art. 25) pudiendo prorrogarse en caso de que fuere estrictamente necesario hasta por un período igual de tiempo, teniendo los árbitros un máximo para resolver de 300 días; el laudo tiene fuerza de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecuta de la misma manera que las sentencias de última instancia.

### **3.1.1.- Tipos de arbitraje**

Existen varias clases de arbitraje: independiente, administrado, arbitraje en equidad, en derecho y arbitraje nacional e internacional.

Conforme a nuestra legislación el arbitraje es administrado cuando se lo desarrolla con sujeción a la Ley de Arbitraje y Mediación y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, las partes tienen la libertad total de elegir el centro en el cual llevarán a cabo el proceso, cada centro tiene un reglamento de funcionamiento el cual deberá encontrarse en concordancia con la Ley de Arbitraje y Mediación. El arbitraje independiente por otro lado es aquel que se lo realiza de acuerdo a lo que las partes pacten, por lo cual lo llevan directamente sin ningún centro especializado, sin embargo deberá siempre encontrarse con arreglo a la Ley.

La principal característica del arbitraje en derecho es que el árbitro deberá de manera estricta “atenerse a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art. 3), quien actúe como árbitro deberá ser abogado. Mientras que en el arbitraje en equidad, el árbitro emite su laudo basado en su sana crítica y criterio, fundado en la equidad, la ley le concede un margen de discrecionalidad para la solución del conflicto que beneficie a ambas partes, pudiendo el árbitro tener una profesión distinta a la abogacía.

Para el caso de las instituciones públicas que deseen pactar arbitraje para resolver sus controversias éste siempre será en Derecho.

Sin embargo, en el año 2009 (Registro Oficial Suplemento No. 549 de 16 de marzo de 2009) la Corte Constitucional del Ecuador realizó una interpretación respecto del artículo 422 de la Constitución de la República, éste en su inciso final dispone que para los casos 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.

En su interpretación la Corte Constitucional decidió que “en los casos relacionados con la deuda externa, se aplicará específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales el último inciso del artículo 422 de la Constitución de la República, por lo tanto, en ese caso no es aplicable el artículo 190 de la Constitución de la República. En los contratos de empréstito internacional cuando se estipulen cláusulas que incorporen la expresión “fallo en conciencia”, deberá interpretarse como sinónimo de “fallo en equidad”.

Por otro lado en lo que tiene que ver con el arbitraje internacional la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 41 dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes lo hubieren pactado así, siempre y cuando se cumpla 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.

Así mismo, en su artículo siguiente (Art. 42 LAM) establece requisitos adicionales que se deberán cumplir en el momento en que una institución del sector público quisiera pactar arbitraje. A saber: i) la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución a la que representa; y, ii) el informe previo favorable del Procurador General del Estado.

### 3.1.2.- Naturaleza jurídica

Doctrinariamente se han llevado a cabo un sinnúmero de discusiones en las que se busca definir el origen de arbitraje, son varias las teorías que han surgido alrededor de la naturaleza jurídica del arbitraje. Resulta difícil tornarse a una de ellas, ya que a mi parecer se complementan entre ellas.

Por un lado hay quienes sostienen que la naturaleza jurídica del arbitraje es contractual, dado que son las partes, de manera voluntaria, quienes por medio de una cláusula compromisoria dan vida al proceso. Este consenso de voluntades justifica la capacidad de las partes para modificar el proceso según lo acuerden, al respecto Salcedo Verduga en su obra El arbitraje la justicia alternativa establece al respecto que “los árbitros no serán jueces que administran justicia en nombre del Estado, **sino por las partes ya que sus facultades provienen del contrato de estas últimas**, y no del Estado toda vez que su atribución para administrar es indelegable” (2001, p.55), y es que en el arbitraje la declaración de voluntad es lo que somete a la tutela arbitral de las partes, no el poder coactivo del Estado. (Énfasis del autor)

Existe un pacto por medio del cual las partes manifiestan su voluntad inequívoca de solucionar por medio del sistema arbitral cualquier tipo de controversia que pudiere suscitarse entre ellas, dejando de lado la justicia ordinaria.

Por otro lado, la teoría jurisdiccional se enfoca en que el arbitraje se da gracias a que el Estado así lo permite, equiparando de cierta forma las actuaciones del

juez a las del árbitro. Su fundamento es que el arbitraje se lleva a cabo gracias a un mandato del Estado que lo permite y no a la voluntad de las partes.

“Según los defensores de esta teoría, los árbitros son jueces y el laudo se pronuncia siguiendo un procedimiento, razón por la cual adquiere la calidad de sentencia. El punto sustancial en el proceso no es el convenio inicial sino la actuación por intermedio de árbitros, cumpliendo las etapas procesales.

Los árbitros no son mandatarios de las partes, sino jueces independientes que resuelven un conflicto de intereses con efecto de cosa juzgada” (Gil Echeverri, 2004, p.78).

Finalmente está la teoría mixta o ecléctica, dentro de la cual se combina a las dos anteriores y viene a colocarse en un punto intermedio entre los contractualistas y los procesalistas y de ésta manera adoptar una posición ecléctica.

En ésta teoría se recogen los aspectos elementales de la institución afirmando que el arbitraje se constituye como una institución compleja en la que su origen es contractual, y sus efectos jurisdiccionales; una visión aislada de estos elementos no permitiría que se comprenda del todo al sistema arbitral. La naturaleza contractual se manifiesta al inicio, cuando las partes se someten de manera voluntaria al arbitraje, así como en el acuerdo arbitral, la selección de árbitros y la regulación del proceso, por el otro lado la teoría jurisdiccional se manifiesta determinando que asuntos son susceptibles de transacción y cuales no lo son, así como en el desarrollo en sí del proceso.

Resulta complicado intentar encasillar al sistema arbitral de lleno en una teoría, no se la puede enmarcar plenamente en la contractual ni plenamente en la jurisdiccional, ya que las dos se complementan. Si bien, efectivamente el arbitraje nace de aquel convenio entre las partes, no se puede negar o ignorar que es el Estado quien otorga dicha potestad jurisdiccional a los árbitros. Leonardo Pietro Castro, defensor de ésta teoría, en su obra “Una nueva regulación del arbitraje” afirma al respecto que “a nuestro modo de ver, el

arbitraje es, en su origen, un negocio de derecho privado, como creación de la voluntad de los particulares, pero procesal por las sujeciones y limitaciones a que esta voluntad es sometida (justamente para que produzca efectos procesales) y por las actividades de orden también procesal que hacen surgir, en particular el conocimiento del asunto por otras personas que termina en el efecto declarativo-vinculante y más tarde (si preciso) ejecutivo del laudo de los árbitros” (1964, p.450).

### **3.2.- Principios rectores**

#### **3.2.1.- Principio de Autonomía de la Voluntad**

El principio de autonomía de la voluntad es uno de principios rectores en el método alternativo de solución de conflictos denominado arbitraje, éste concepto no se limita a lo jurídico. Se deriva de la autonomía de las personas, o también entendida como libertad de las personas. Es esencial en las relaciones socioculturales, en las relaciones sociales, en las que la libertad de cada ser humano de tomar sus propias decisiones es el bien máspreciado. La autonomía de la voluntad se ha constituido como un elemento fundamental de la democracia.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio Nro. 130-2003 se pronuncia respecto de la autonomía de la voluntad de la siguiente manera:

“[...] El principio de autonomía de la voluntad se traduce en la libertad jurídica que gozan los individuos para negociar y arreglar sus intereses particulares como mejor les convenga. Así, podrán elegir en celebrar o no un contrato, y si eligen lo primero, será su autonomía privada la que le permitirá determinar la forma y contenido del contrato y estipular las cláusulas”.

En el arbitraje, a mi modo de ver, la autonomía de la voluntad se manifiesta en un aspecto principal, la suscripción del convenio arbitral. Dos o más sujetos manifiestan su voluntad inequívoca de someter sus diferencias derivadas de determinadas relaciones jurídicas a un tribunal, con lo cual renuncian a que dichas controversias sean conocidas por los órganos jurisdiccionales ordinarios, los cuales quedan excluidos en virtud de éste acuerdo. El arbitraje es una jurisdicción que **la voluntad de las partes** o la ley da a simples particulares para pronunciarse sobre una o más controversias siempre que no sean de aquellas que por su naturaleza no pueden someterse a compromiso (Mongalvy, 1952, p.1).

### **3.2.2.- Principio de Kompetenz – Kompetenz**

Uno de los pilares fundamentales del proceso arbitral es el principio Kompetenz – Kompetenz o principio de competencia de la competencia-traducido al español-, el cual faculta al árbitro para que resuelva sobre su propia competencia. En la legislación ecuatoriana esta facultad de los árbitros se encuentra establecida en el inciso primero del Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación:

“Art. 22.- Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia.”

Este principio ha sido reconocido por la justicia ecuatoriana. En efecto, en el juicio No. 2005-0100 dictado por la primera sala de la Corte Superior de Justicia, ésta estableció que “el principio de kompetenz-kompetenz se resume en la capacidad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia” estableciendo también que “la competencia del tribunal es exclusiva y única de tal tribunal, en la audiencia de sustanciación [...] y tal resolución que toma el tribunal tiene efectos irrevocables y por lo mismo no puede ser discutida ni

analizada posteriormente” dejando claro que para nuestro ordenamiento jurídico este principio es de carácter absoluto.

Para el jurista Carlos Alberto Matheus:

“el principio de la competencia de la competencia permite evitar que una parte, limitándose a invocar la incompetencia del órgano arbitral, pueda retrasar o interrumpir el desarrollo del arbitraje, al otorgar a los árbitros el poder de decidir –primero- sobre su propia competencia, si bien su decisión será aún pasible de ser sometida al control de los jueces estatales”.

El principio de Kompetenz – Kompetenz es de carácter procesal, el cual viene a constituirse un poder inherente de los tribunales arbitrales al investirlos de potestad para que resuelvan sobre la competencia, con respecto a esto Canturias (2007, p. 121) asevera que:

“el principal efecto de ésta disposición es que salvo, supuestos excepcionales, serán los árbitros competentes para conocer y fallar acerca de cualquier vicio del convenio arbitral, así como acerca de sí la materia controvertida sometida a su conocimiento es legal y contractualmente arbitrable.”

Finalmente, de éste principio derivan dos efectos, uno positivo y otro negativo. El primero admite que los propios árbitros sean quienes resuelvan sobre su competencia, mientras que el negativo descarta la posibilidad de concurrir a los juzgados ordinarios para que conozca un determinado caso. Salcedo Verduga, en su obra la Justicia Alternativa (2001, p. 151) señala que cualquier corte que este conociendo sobre la competencia de un árbitro, deberá abstenerse de hacerlo.

### **3.2.3.- Principio Pro-arbitri**

El principio pro-arbitri se ha constituido como uno de los principios rectores del arbitraje, se ha constituido como una pauta para orientar la aplicación de las normas con el ánimo de precautelar el derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos, en el sentido de que salvaguarda la vigencia del convenio arbitral ante injerencias de la justicia estatal.

La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 7 establece que:

“El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje (...).”

Este principio tiende a constituirse como un escudo del arbitraje ante la intervención de la justicia ordinaria, ya que en caso de duda entre la justicia ordinaria o la arbitral prevalecerá ésta última.

### **3.2.4.- Principio de separabilidad**

El principio de separabilidad se encuentra ligado a la disgregación del convenio arbitral de lo que resta del contrato. Existe la posibilidad de separar la cláusula arbitral del contrato que lo contiene.

La invalidez del contrato no conlleva de manera necesaria a que el convenio arbitral sea inválido. Si el convenio arbitral cumple con los requisitos y formalidades establecidos en la ley, las dificultades del contrato principal no afectan al convenio arbitral.

Fernández Rozas en su obra “El Convenio Arbitral: Entre la Estabilidad y el Desatino (2006, p.72) aporta al respecto de la separabilidad que:

“El tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad, favorece de este modo el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución cualquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto; por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

La Ley Modelo de la CNUDMI ha sido la encargada difundir y explicar la aplicación de éste principio de separabilidad, el principio es aceptado y recogido en varias legislaciones internacionales, y plasmado en los diferentes reglamentos de los centros de arbitraje. En nuestra legislación se lo encuentra en el inciso tercero del artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual establece que la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral, quedando claro que la vida jurídica del convenio supera a la del contrato que la contiene, permitiendo de ésta manera que aunque el contrato sea nulo, el convenio persista por sí mismo.

### **3.3.- Materia Transigible**

La Constitución de la República en su artículo 190, así como el primer artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación establecen que el sistema arbitral deberá aplicarse a aquellas controversias susceptibles de transacción, en otras palabras, que verse sobre los derechos que su titular puede responder de manera libre. “Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en las materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.

Guillermo Cabanellas, en su diccionario jurídico (p.170) establece el concepto de transigir como “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”. Benjamín Herrera en su obra “Contratos Públicos” (2004) la define como una forma de solución de las controversias en que cada parte renuncia parcialmente a sus derechos. Cuando se trate de los derechos del Estado esta renuncia solo cabe hacerla cuando los mismos no sean ciertos o indiscutibles.

El código civil ecuatoriano en su artículo 2348 define a la transacción como un contrato en el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

Se han establecido ciertos conceptos respecto de la transacción, sin embargo resulta imperante para este trabajo de titulación preguntarnos ¿Qué se entiende por materia transigible? ; y, ¿Qué materias son susceptibles de transacción en el sector público?

Para dar respuesta a la primera interrogante podemos citar al jurista Aylwin A. quien establece:

“En gran número de litigios está comprometido, más o menos directamente, el interés social; se hace necesario, en consecuencia, sujetarlos a solemnidades especiales que sean una garantía de que no se resolverá ni hará nada lesivo para las superiores convivencias de la sociedad o los legítimos derechos de terceros. La investidura privada de los jueces árbitros los obliga a respetar solo los términos del compromiso, vale decir, la voluntad de los interesados, al margen de un eficaz control que vele por aquellos intereses; la facultad que tienen las partes de concederles poderes de arbitradores, les permite fallar con prescindencia de los mandatos imperativos de la ley. Esto bien puede ocurrir, sin daño alguno, en los asuntos en que entran en juego únicamente los intereses privados de los litigantes, pero ni cuando

pueden verse afectados al orden público, las buenas costumbres o los derechos de terceros ajenos al juicio.

Por estas razones está negado a las partes el derecho de someter a compromiso los litigios que no sean de su interés puramente particular. Tal prohibición es consecuencia lógica de la naturaleza misma del juicio arbitral” (2005, p.119).

El autor entiende que las partes únicamente pueden someter a un proceso arbitral materias que sean de su interés particular. De alguna forma se relaciona éste interés con la materia transigible en la medida que ésta se encuentra enmarcada en todo aquello sobre lo cual las partes pueden disponer libremente.

Sin embargo, Salcedo Verduga en su obra “El Arbitraje La Justicia Alternativa” establece cuestiones que no son materia transigible, ya que la Ley así lo dispone, respecto de las cuales realiza un listado en concordancia con nuestro Código Civil, por ende no se podrá celebrar un convenio arbitral que incluya cuestiones:

i) Relacionadas al estado civil de las personas (Art. 2352 Código Civil), “por ser cuestiones de carácter extrapatrimonial cuya protección involucra una situación que atañe al orden público” (Salcedo Verduga, 2001, p.76). Sin embargo el Código Civil autoriza que se celebre un convenio arbitral –por ser susceptibles de transacción- sobre los derechos y deberes patrimoniales que se derivan del estado civil de las personas, como por ejemplo los derechos hereditarios que tiene un hijo frente a la sucesión por causa de muerte del padre, los cuales de acuerdo al artículo 1850 del Código Civil se podrán negociar a través del contrato de cesión de derechos hereditarios.

ii) Relativas al derecho a alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley. (Art. 2353 Código Civil) “El derecho a pedir alimentos es un derecho personal que no puede transmitirse por causa de muerte, enajenarse a título alguno, ni renunciarse.” (Salcedo Verduga, 2001, p.76). No podrá ser materia

de transigibilidad ese derecho a percibir los alimentos, sin embargo se puede alcanzar arbitraje respecto del valor adeudado que las pensiones alimenticias tengan a favor del alimentario, por ende se podrá celebrar un convenio arbitral al respecto.

iii) Derechos ajenos o inexistentes (Art. 2354 Código Civil) Se entiende que el elemento esencial de la transacción consiste en las concesiones recíprocas que las partes hacen para llegar a ella, consecuencia de lo cual se renunciaría a todos o parte de sus derechos sobre los derechos en discusión. “El objeto constituido por derechos ajenos existe, pero no es disponible por las partes de la transacción, y por faltarle ese requisito que la ley supone esencial, es ilícito y vicia de nulidad absoluta la transacción, que lo tiene como elemento de su estructura” (Vodanovic, A, 1993, p.104.)

Respecto de los derechos inexistentes se refiere a los que el ordenamiento jurídico no los considera como tales, por lo tanto no podrán ser considerados objeto de arbitraje.

iv) Sobre la acción penal que nace de un delito (Art. 2351 Código Civil) La transacción podrá recaer sobre la acción civil que nace del delito (reparación de daños y perjuicios), sin perjuicio de la acción penal. La acción penal que tiene por objeto la investigación y la sanción de actos y conductas punibles, es de interés público (Salcedo Verduga, 2001, p.77) excluyéndolo de ésta manera de ser materia transigible, ya que no se puede disponer libremente de ella.

En lo referente a la acción penal es importante incluir que el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 348-a. lo referente a la mediación penal. La misma que se encuentra encaminada al “intercambio de opiniones entre la víctima y el adolescente, durante el proceso, para que confronten sus puntos de vista y logren solucionar el conflicto que mantienen. Podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios”. De lo que se desprende de manera clara que la mediación penal aplica solamente para los casos de adolescentes infractores.

La misma que su efecto será que una vez cumplido el acuerdo se declarará extinguida la acción penal.

v) Referentes a litigios ya terminados (Art. 2357 Código Civil) El concepto de transacción que brinda el Código Civil es claro respecto del estado en el que deberá estar el litigio para considerarse transacción la “transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente [...]” (Art. 2348) por tanto no cabrá arbitraje sobre una conflicto que al tiempo de celebrarse el convenio el mismo estuviere terminado por “sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”.

vi) Relativas a “Los derechos de contenido personal”. “Los llamados derechos personales sobre una cosa, esto es, aquellos derechos otorgados a una persona en consideración a sus calidades personales o para su uso o disfrute personal, como son por ejemplo, los derechos de usufructo, y de uso y habitación”. (Salcedo Verduga, 2001, p.78). Respecto de lo cual es importante precisar que cabe la transacción en lo que respecta a frutos obtenidos en ejercicio de un derecho personal.

De la misma manera se encuentran excluidos de ser materia arbitral los derechos individuales consagrados en el Código del Trabajo, ya que son irrenunciables, el código en mención establece de manera precisa en su artículo 188 inciso octavo que las indemnizaciones por despido no podrán ser conocidas por los tribunales de conciliación y arbitraje, define que podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, más no por tribunales arbitrales.

Así mismo en lo que respecta a casos de violencia intrafamiliar el Código Orgánico de la Función Judicial establece que por su naturaleza no se aplicará la mediación ni el arbitraje, particular que es igual respecto de los asuntos tributarios.

Sin embargo, para efectos de esta investigación, es fundamental realizar una diferenciación de la materia transigible en el sector privado con respecto a la materia susceptible de transacción en el sector público.

Cuando el proceso arbitral se da entre entes privados, la posibilidad de configurar el alcance del arbitraje se expresa mediante la autonomía de la voluntad, confiriéndole al árbitro el poder para que pueda resolver cuantos asuntos fueren de interés de los litigantes. Resulta claro que las limitaciones de ese poder van de la mano de las limitaciones que la autonomía de la voluntad posee por sí sola, por lo tanto no podrá ejecutarse sobre cuestiones que han sido descartadas del ámbito en que ella opera.

Pactar arbitraje entre particulares no tiene mayor formalidad, hasta cierto punto resulta sencillo ya que es un acuerdo de voluntades en el que todo aquello que sea transigible puede ser objeto de arbitraje, siempre que el convenio arbitral cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

Por otro lado, cuando una de las partes pertenece al sector público hay que tener claro que toda institución de dicho sector ejerce competencias y facultades atribuidas en la Constitución y en la Ley.

Mientras los particulares, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tienen la capacidad de disponer libremente de sus derechos, en tanto en cuanto no exista prohibición expresa para ello, y no afecte a un tercero, la administración ejerce “solamente las competencias y facultades [...] atribuidas en la Constitución y en la Ley”.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 225 (2008) establece que comprende el sector público.

“Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios

públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

Por su parte, el artículo 226 define que:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

Está claro entonces que las entidades del sector público deben regirse por una disposición legal en la que se determinará su ámbito de actuación, en donde se velará y prevalecerá el interés colectivo por encima del interés particular.

Aguilar, en su artículo publicado en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje (2008, p.21) establece con respecto a las potestades y límites de la administración pública que: “los órganos administrativos no son titulares de derechos, ejercen competencias”, lo cual concuerda plenamente con lo establecido, ya que las instituciones del sector público deberán limitar y adecuar su accionar a lo que establecen las leyes, éstos órganos dependen de las competencias atribuidas, y de la misma manera de las limitaciones plasmadas. Los órganos administrativos no se encuentran en capacidad de obrar todo cuanto no se encuentre prohibido, por el contrario, éstos se encuentran en la obligación de realizar solo lo que estuviere permitido y previamente establecido.

Así mismo Zavala Egas se refiere a la potestad pública como “una atribución que nace directamente del ordenamiento jurídico, y, por ello, debe existir una normativa previa, que la haga surgir y la atribuya a determinado órgano o sujeto. De esto se desprende que de manera clara las potestades tienen que

estar atribuidas, y más importante aún, necesariamente deben estar plasmadas en el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, es importante tener claro que no todas las materias ni asuntos en lo público son susceptibles de transacción.

Las potestades estatales, se expresan también por medio de actos administrativos, por lo tanto nos centraremos en analizar si los actos administrativos son susceptibles de transacción considerando además que muchos de los arbitrajes con el Estado tienen por objeto la terminación unilateral del contrato, la misma que se expresa justamente por medio de dichos actos. El concepto que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la función ejecutiva determina es que el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

Es fuerte la tendencia respecto de que “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”(Posse Velázquez, D., 2007, p.107).

Es importante realizar una distinción respecto de los actos administrativos y sus efectos patrimoniales, ya que ésta podría ser una directriz al momento de determinar qué materia resulta transigible y cual no. César Zumárraga al respecto determina que “se parte para ello de la idea de que la imposibilidad de cuestionar la validez de los actos administrativos en sede arbitral, no implica que no sean arbitrables “los efectos dañosos” que estos actos producen a los particulares” (2012, p.35).

En la actualidad existen dos corrientes respecto de si es posible someter a arbitraje actos administrativos.

La primera sustenta su teoría en que por principio general los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se los dicta (legitimidad y ejecutoriedad), la administración dicta esos actos en función de sus propias potestades, las mismas que como dejamos señalado son otorgadas por la ley. Esta corriente concluye entonces que esas potestades propias de la administración pública expresadas a través de actos administrativos no pueden ser objeto de arbitraje, esto no significa que no pueden ser impugnados. En efecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que “Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo: a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad”. (Art. 10).

Edgar Neira explica de manera clara algunas de las razones por las cuales se limita la competencia de los árbitros en las controversias en las que una de las partes es la administración pública:

“Cuando el objeto de la litis de una acción arbitral se encuentra entretejidos aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de legalidad de las actuaciones del Estado... los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual... pero no aceptar lo que quede fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de actos normativos” (2007,p.57).

En el juicio de nulidad de laudo arbitral número 17100-2013-0042, que corresponde a la compañía Cotecna Inspection Sociedad Anónima en contra

de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, CAE, el árbitro José Cornejo Mignone en el acápite quinto de su voto salvado respecto del laudo arbitral objeto de la nulidad estableció lo siguiente:

“QUINTO.- La ilegalidad de un acto administrativo como es la Resolución 0223, no puede ser objeto de transacción y al no poder serlo no puede ser sometida a arbitraje. El Artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que “el sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”. Las partes no pueden transar en que un acto ilegal, como sería que el Gerente de la CAE juzgue delitos aduaneros o se abroge funciones del Juez Fiscal, y que por tanto está viciado de nulidad, sea legal y válido. La voluntad de las partes no pueden convertir, por transacción, un acto ilegal en legal y viceversa o dejar de lado y no tomar en consideración, por efecto de la transacción, la ilegalidad del acto, menos aún cuando se trata de un acto administrativo emitido por una autoridad pública en ejercicio de una potestad administrativa, que persigue, como lo afirma el tratadista mexicano Gabino Fraga en su tratado de Derecho Administrativo, un fin de interés general. Como lo enseña el autor francés Gastón Jéze, en su tratado Los Principios Generales del Derecho Administrativo, “el interés general exige la ineficacia del acto irregular, porque el cumplimiento de los requisitos que la ley establece es una garantía de orden social”. **Son susceptibles de transacción únicamente los derechos y las relaciones jurídicas sobre las cuales las partes tienen libre disposición porque competen exclusivamente a su interés particular y la ilegalidad de un acto administrativo, como se dejó expresado, apoyado en el criterio de connotados tratadistas, compete el interés general.** (Énfasis del autor)

En definitiva esta posición se fundamenta en que el control de legalidad de los actos administrativos no compete a los Tribunales Arbitrales, sino a las Salas

de lo Contencioso Administrativo de manera privativa. Al respecto de lo cual existen varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional que recogen dicho precepto.

Resolución de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema, publicada en el Registro Oficial No. 715 de 29-XI-2002.

“TERCERO.- La finalidad de la jurisdicción contencioso administrativa es el control de la legalidad de los actos administrativos, siendo así que solo tangencialmente puede conceder beneficios subjetivos a los actores de las acciones en ésta vía; por lo que en consecuencia, no es obligación de la sentencia, siempre que se declara la ilegalidad, disponer la reparación de los daños causados, a no ser que la ley franquee tal posibilidad. Cuando ocurre aquello, tienen derecho los afectados de exigir tal reparación por cuerda separada.”

Corte Constitucional Resolución 002/2008. Registro Oficial No. 26(s) 15-XI-2009.

“Que tampoco efectúen una real determinación de derechos constitucionales que le hayan sido desconocidos, por lo que el accionante equivocó la vía de reclamación, pues de conformidad con el Art. 196 de la Constitución Política del Estado (1998) para demandar sobre los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos de efecto general e individual es la judicial, según los artículos 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que corresponde conocer al Tribunal Contencioso Administrativo en un recurso objetivo, pero no al Tribunal Constitucional.

Por otro lado está la corriente que los Actos Administrativos pueden ser objeto de arbitraje.

Sus argumentos son los siguientes:

(Laudo de mayoría en el juicio de nulidad de laudo arbitral número 17100-2013-0042, que sigue la compañía Cotecna Inspection Sociedad Anónima en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, CAE)

- i) Que los actos administrativos están íntimamente vinculados a la relación jurídica contractual la cual incide de modo decisivo;
- ii) Que la voluntad de someterse al sistema arbitral se enmarca dentro de una facultad y que nace con el contrato por lo tanto deberá seguir su suerte hasta que éste termine o desaparezca (las partes convinieron expresamente que en caso de una discrepancia como la que es objeto del arbitraje se la debe resolver mediante el procedimiento arbitral convenido en el contrato);
- iii) Que existía un convenio arbitral el cual facultaba a los árbitros a examinar la forma en que las partes cumplieran sus obligaciones contractuales;
- iv) Que la Constitución y la ley prevén, permiten y facultan que las controversias derivadas de los contratos que celebra la administración pública se ventilen en arbitraje, por lo tanto no sería lógico ni jurídicamente admisible que ésta controversia la cual nació del cumplimiento (o incumplimiento) del contrato (que vincula a las partes) pretenda impedir que sea conocida y resuelta por árbitros;
- v) Que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevé que los jueces de esa rama de la administración ordinaria de justicia carecen de competencia en las cuestiones que “sean de competencia de otras jurisdicciones”;
- vi) Que el tribunal arbitral se encontraba plenamente autorizado por el ordenamiento jurídico para determinar si un acto administrativo ligado a la relación contractual es conforme o disconforme con el derecho;

- vii) Que dicha decisión, si bien era administrativa, por referirse a la potestad discrecional de la administración es susceptible de ser resuelta directamente por las partes vía transacción;
- viii) Que es materia arbitrable, fundamentándose en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, ya que no se trata de una resolución *erga omnes* en las que el ente administrativo dicta en ejercicio de la potestad pública, y de manera única con fundamento en las disposiciones legales que le asignan la facultad para hacerlo, y no con sustento en un contrato del que por prescripción legal surge tal facultad sancionatoria, y;
- ix) Que se trata de una facultad prevista contractualmente incluso por mandato legal –cláusula exorbitante- y de la que puede o no hacer uso la Administración.

Luego de revisadas las posiciones, resulta complejo determinar si los actos administrativos son o no susceptibles de transacción, partiendo en primer lugar de que en el campo del sector público los entes deben actuar acorde a lo estipulado en las leyes pertinentes. Si bien en el arbitraje entre particulares se define la materia transigible en función de la posibilidad de disposición, cuando se trata de arbitraje en el que una de las partes pertenece al sector estatal lo transigible deberá estar definido y delimitado por la ley.

No obstante, a mi modo de ver las cosas, bien se podría arbitrar sobre un incumplimiento contractual por parte del Estado, aun cuando de forma indirecta en éste caso el tribunal llegaría a conocer el acto administrativo de terminación unilateral del contrato. El tribunal arbitral resolvería al respecto de una resolución administrativa que si bien fue dictada en ejercicio de su potestad pública, tiene su sustento en la relación contractual que existía entre las partes, resolvería respecto de las obligaciones de dicho contratista, el alcance que tienen, los efectos surgidos a raíz de aquella relación contractual.

Lo anterior podría interpretarse de manera que yo estoy de acuerdo con someter a un control de legalidad por parte del arbitraje actos administrativos dictados en función de potestades estatales, lo cual no es así, es importante aclarar que mi posición se sustenta en que si bien los efectos patrimoniales de los actos administrativos pueden ser objeto de arbitraje, no podemos pretender que al transigir sobre dichos efectos, la decisión no afecte de algún modo a aquel acto administrativo por medio del cual se suscitó ésta controversia. Serán las peculiaridades de los contratos celebrados por la administración las que determinen el carácter de transigible o no transigible de un tema relativo a los efectos de los mismos.

La transigibilidad en el sector público se la calcula en la medida en que la ley lo disponga, acorde a las competencias que le otorgue. Si bien en el ejemplo anterior existía un contrato entre las partes, es importante resaltar que dicho contrato fue suscrito en concordancia con las leyes vigentes que autorizaron dicha acción.

El acto administrativo se caracteriza por ser una declaración unilateral de la voluntad, contrario a las relaciones particulares que en su generalidad son bilaterales. Los árbitros bien podrían declararse competentes de conocer las controversias suscitadas de relaciones contractuales, independiente de que de forma indirecta e involuntaria lleguen a conocer sobre el acto administrativo, ya que bien podrían resolver el conflicto sin necesariamente pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, sino encaminando su argumento hacia los efectos patrimoniales por ejemplo que éste hubiere producido.

Cuando la voluntad de la entidad estatal se encuentra encaminada a someterse una controversia al sistema arbitral, mal haría la justicia ordinaria al querer intervenir, el representante de la entidad estatal para convenir en pactar una cláusula arbitral, lo hizo en mandato de sus potestades y facultades conferidas

por ley en el caso del ente público y en ejercicio de la autonomía de la voluntad en el caso del ente privado.

### **3.3.1. El sector público en el ámbito del arbitraje**

El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador en su sección octava, denominada “métodos alternativos de solución de conflictos” reconoce el arbitraje y otros procedimientos para la solución de conflictos, lo cual se deberá aplicar con sujeción a la ley, en las materias en las que por su naturaleza se pueda transigir, así mismo, la Ley de Arbitraje y Mediación establece los requisitos y formalidades que deberán concurrir para someterse a éste sistema de solución de controversias.

El art. 4 de la mencionada Ley establece que podrán someterse a arbitraje las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, estableciendo en el mismo artículo requisitos adicionales para que las entidades que conforman al sector público puedan someterse al arbitraje: a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. Acarreando el incumplimiento de los requisitos señalados la nulidad del convenio arbitral.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sostiene en el Título V “De las reclamaciones y Controversias”, capítulo II “De la solución de controversias” las opciones que tienen las partes contratantes para buscar una alternativa dentro de los instrumentos jurídicos reconocidos y así solucionar las controversias suscitadas dentro de los procesos, dentro de las cuales se

encuentran consagrados los “procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”. (Art. 104)

Efectivamente, la norma anteriormente citada ratifica dicha facultad emanada de la Constitución de la República para someter las controversias no solventadas dentro del proceso de ejecución de un contrato a los métodos alternativos de solución de conflictos, teniendo presente que se lo hará acorde a la cláusula compromisoria respectiva. Es importante recalcar que la norma establece dos métodos por medio de los cuales se podrán ventilar los conflictos, uno autocompositivo (mediación) y otro heterocompositivo (arbitraje). El reglamento del mencionado cuerpo normativo y amplía las opciones a utilizar para la solución de controversias estableciendo que las entidades contratantes y los contratistas en aras de buscar una solución ágil, rápida y directa a las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual permite acudir a la conciliación, amigable composición y transacción”. (Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública).

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..”.

Por su parte el Código Orgánico de la Función Judicial (Registro Oficial Suplemento Nro. 544 de 09 de marzo de 2009) ratifica el carácter jurisdiccional del arbitraje pues establece que “el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público” y que “los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”. (Art. 7)

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones COPCI (Registro Oficial Suplemento No. 351 de 29 de diciembre de 2010) permite al Estado que someta al sistema arbitral las controversias que se susciten con los

inversionistas en aplicación de ésta Ley, a efecto de lo cual establece que las controversias entre un inversionista extranjero y el Estado Ecuatoriano, que hubieren agotado la vía administrativa, deberán intentar solucionar su controversia de manera amistosa, en la que emplearan diálogos directos en un término de 60 días, si luego de esto no se llegase a una solución directa, las partes deberán pasar por una instancia obligatoria de mediación que tendrá lugar dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inicio de las negociaciones. Si transcurrida esta instancia el conflicto siguiere, se lo podrá someter a arbitraje nacional o internacional.

Para lo cual el tribunal que conozca la controversia deberá hacerlo en derecho, aplicando la legislación ecuatoriana. Dejando claro que los asuntos tributarios derivados de éstas relaciones no podrán ser sometidos a arbitraje.

“Art. 27.- Resolución de conflictos.- En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas. Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días. Si no se llegase a una solución directa éntrelas partes deberá existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas. Si luego de esta instancia de mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los que Ecuador forma parte. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes. Si luego del término de 6 meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se

someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios.”

Por su parte la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (Registro Oficial Suplemento No. 43 de 10 de Octubre de 1996) dispone que 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 servidores públicos de transmisión y distribución de electricidad podrá ser sometida al procedimiento de arbitraje de conformidad con la Ley” (Art. 21). A lo anterior añade que en los contratos de concesión, las partes podrán acordar que sus controversias sean resueltas de manera definitiva por medio del mecanismo arbitral, ya sea nacional o internacional. Quitándole jurisdicción a los tribunales ordinarios de conocer del tema.

En éste artículo se utiliza el genérico “toda controversia”, nada dice respecto de que temas no podrían someterse a estos métodos, dejando a las partes la posibilidad de definir en ámbito de la controversia.

La Ley de Minería (Registro Oficial suplemento No. 517, 29 de enero del 2009) en su artículo 41 referente al contrato de explotación minera, que es aquel contrato en el cual 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, se refiere de manera principal a los términos, condiciones y plazos para la construcción, montaje, extracción, transporte y comercialización de los minerales obtenidos dentro de la concesión, al respecto de lo cual la norma señala que para las discrepancias que pudieren surgir de aquello, las resolverán los jueces comunes y por instancias arbitrales en Latinoamérica. Excluyendo al arbitraje en sede nacional.

“[...] La resolución de diferencias y/o controversias que sea materia de estos contratos sólo podrá someterse a los jueces de la Función Judicial del Ecuador o de una instancia de arbitraje en Latinoamérica.”

La Ley de Propiedad Intelectual nos conduce a interpretar que no solo los conflictos que devengan de relaciones contractuales son susceptibles de

arbitraje, sino cualquier conflicto, ya que en su artículo 374 autoriza a que toda controversia en materia de propiedad intelectual se pueda someter a arbitraje o mediación, para lo cual el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual se encuentra autorizado a suscribir dicho convenio arbitral sin necesidad de consultar al Procurador General del Estado para cada convenio, siendo el IEPI un organismo de derecho público se encuentra claramente dentro de las excepciones al no requerir el dictamen y el informe previo favorable del Procurador.

“Art. 374.- Toda controversia en materia de propiedad intelectual, podrá someterse a arbitraje o mediación, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación [...]

Para tal efecto el IEPI está autorizado a suscribir el respectivo convenio arbitral sin necesidad de consultar al Procurador General del Estado, salvo los casos previstos en la ley.”

Resulta complicado agotar el tema con ésta revisión normativa, dado que son varias leyes adicionales las cuales contemplan este método alternativo de solución de conflictos como idóneo para alcanzar soluciones a sus controversias. Encontrando disposiciones similares en la Ley de Hidrocarburos en su artículo 10 “[...] Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta ley podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y arbitraje de conformidad con lo establecido en la ley y en el convenio arbitral correspondiente”; el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa al consumidor; Artículo 47 de la Ley de Turismo “En caso de no resolverse los conflictos mediante la acción directa del Centro de Protección al Turista, el interesado podrá acceder a los centros de Mediación y Arbitraje [...] ; el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores en su artículo 124 inciso segundo “[...] Para la solución de los conflictos y pretensiones entre el constituyente, los constituyentes adherentes, el fiduciario y el beneficiario, derivados de los contratos de fideicomiso mercantil, las partes podrán acogerse a los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en le Ley de Arbitraje y Mediación”, entre otros.

En tal sentido, resulta notorio el reconocimiento que el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene para el arbitraje.

Ésta revisión deja así mismo claro que el sector público se encuentra totalmente facultado a participar en el mundo arbitral, son numerosas las leyes que consagran al sistema arbitral como alternativa para solucionar los conflictos que se suscitaren entre un ente público y el particular.

## **CAPÍTULO IV**

### **4. ROL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO**

La Procuraduría General del Estado (PGE) es un organismo público, autónomo que tiene como principales funciones la representación y defensa judicial y extrajudicial del Estado, el asesoramiento legal, la absolución de consultas jurídicas con criterio vinculante, como también ejercer el control de la legalidad de los actos y contratos suscritos por los organismos y entidades del sector público en beneficio de los objetivos nacionales. Todo esto se encuentra plasmado en la Constitución de la República, en su artículo 237.

Su labor está encaminada a ser una institución reconocida por la ciudadanía ecuatoriana como la entidad defensora de los intereses nacionales.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (R.O. 312 de 13 de abril de 2004) en su primer artículo establece:

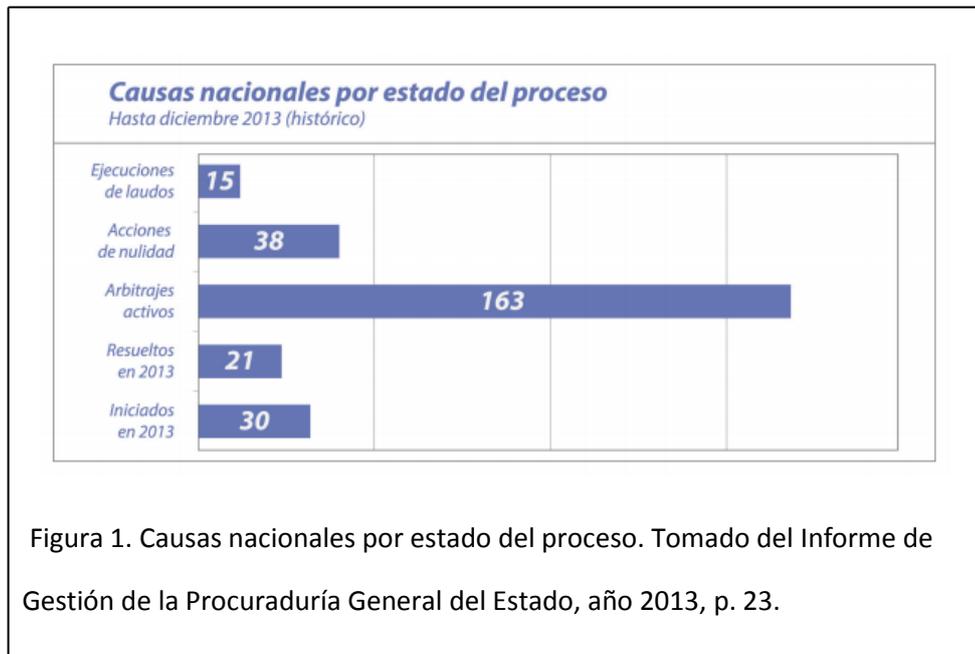
“La Procuraduría General del Estado es un organismo público de control, con personería jurídica, patrimonio y fondos propios, autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado legalmente por el Procurador General del Estado. Tendrá su sede en la Capital de la República y podrá establecer delegaciones distritales o provinciales, de acuerdo a sus necesidades administrativas”.

Entre las funciones del Procurador General del Estado se encuentran fundamentalmente las definidas en los artículos tres y cinco de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, entre las cuales están: i) Ejercer el patrocinio del Estado y sus instituciones; ii) Representar al Estado, a los organismos y a las entidades del sector público que carezcan de personería en defensa del patrimonio nacional y del interés público; iii) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público, sin perjuicio de promoverlos o intervenir como parte en ellos; iv) absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, convirtiéndose dicho pronunciamiento en obligatorio para la Administración Pública.

Como se señaló en el Ecuador ha existido una constante evolución de la normativa que regula el arbitraje y consecuentemente con esto la participación del Estado en aquel, lo cual indudablemente ha obligado a fortalecer la actuación de la Procuraduría General del Estado como abogado del Estado, en el ejercicio de ésta clase de procesos, siempre dentro del marco de las funciones asignadas por la Constitución de la República y la Ley orgánica de la Procuraduría General del Estado.

En efecto, el ejercicio del patrocinio estatal se encuentra determinado en la ley y se da de diferentes maneras: a) proponer acciones legales en defensa del patrimonio nacional e interés público, contestar demandas e intervenir en las controversias que se sometan a la resolución de los órganos de la Función Judicial, **de tribunales arbitrales** y de tribunales o instancias con jurisdicción y competencia en los procedimientos administrativos de impugnación o reclamos, sea como actor, demandado o tercerista, sin limitaciones, en los procesos o procedimientos que interesen al Estado y a las entidades u organismos del sector público, en la forma establecida en la ley; b) intervenir como parte procesal en los juicios penales, controversias y procedimientos administrativos de impugnación; c) supervisar el desenvolvimiento de los procesos judiciales y de los procedimientos arbitrales y administrativos de impugnación o reclamo; d) asesorar de oficio o a petición de los organismos y entidades del sector público en demanda o defensa de los intereses de las instituciones del Estado; e) autorizar a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público para desistir o transigir de un pleito, entre otras. (Énfasis del autor)

La Procuraduría General del Estado en cumplimiento de sus atribuciones participa de manera activa en todos los arbitrajes en los que el Estado es parte. Las estadísticas del año 2013 de la Procuraduría General del Estado despliegan que se existen 163 arbitrajes activos, que participó en 15 ejecuciones de laudos, 38 acciones de nulidad. Es pertinente recalcar, de manera adicional que durante el año 2013 se resolvieron 21 casos y se iniciaron 30.

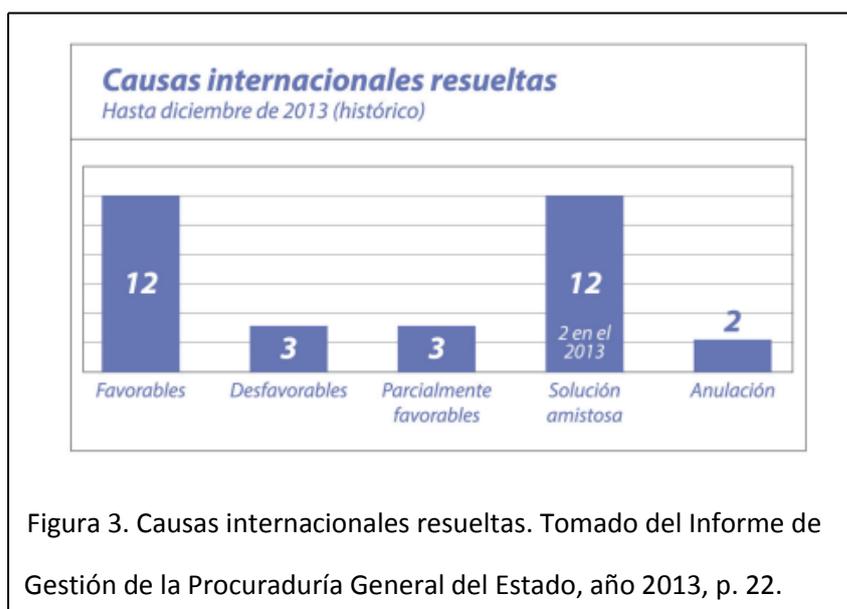


Los servidores públicos, en particular los que pertenecen a la Procuraduría General del Estado se han capacitado de tal manera que cuentan con un grupo de profesionales expertos en todo lo que respecta al sistema arbitral, su procedimiento, ejecución, entre otros.

Siendo que el rol de la Procuraduría General del Estado no es solo nacional, sino que también lo es a escala internacional cumple un papel fundamental, creo adecuado mencionar que en lo que respecta al patrocinio internacional del Estado, durante el 2013, ésta institución atendió: 10 arbitrajes de inversión activos, 4 arbitrajes comerciales activos -2 iniciados en el año 2013-, 11 juicios activos -4 iniciados en el año 2013- alcanzó 2 soluciones amistosas, y notificó 5 causas, conforme consta de la siguiente figura:

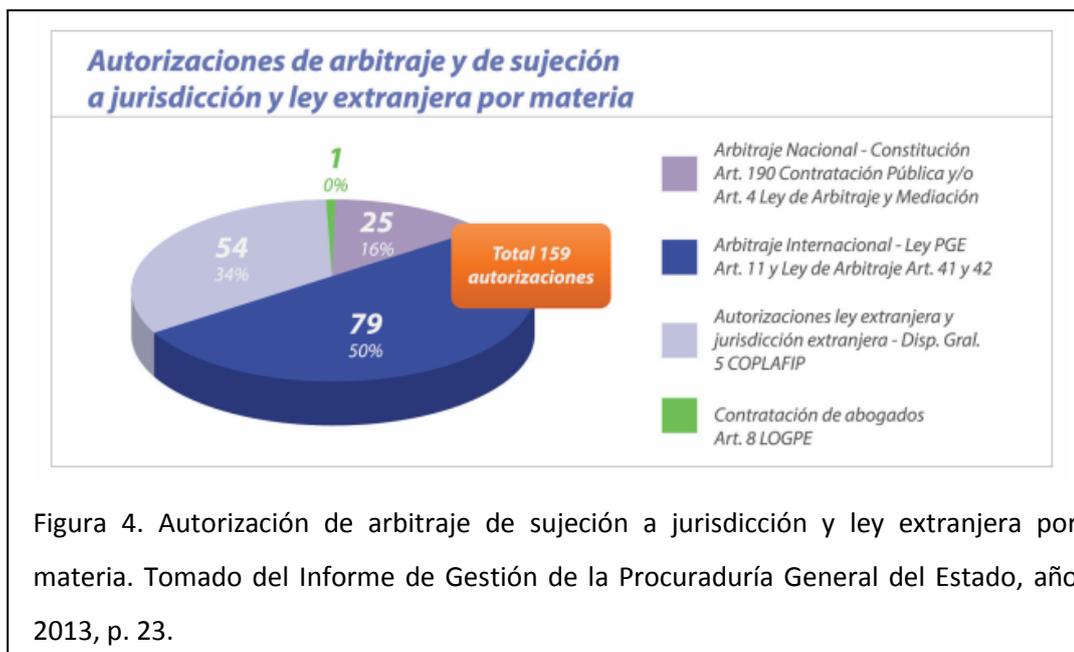


En el año 2013 en la escala internacional se resolvieron 12 causas de manera favorable para el Estado Ecuatoriano, 3 causas parcialmente favorables, lográndose 12 soluciones amistosas y tan solo 3 causas desfavorables.



Así mismo, dentro de las funciones de la Procuraduría General del Estado se encuentra el autorizar el sometimiento a arbitraje a las entidades estatales.

Respecto de lo cual los indicadores señalan:



No cabe duda que el rol de la Procuraduría General del Estado se encuentra cada vez más fortalecida, y es que está por demás decirlo pero dicho rol de abogado del estado es protagónico en todo lo que respecta a la defensa del patrimonio nacional y del interés público. Los esfuerzos de dicha gestión son eje fundamental de la transformación de la justicia.

## CAPÍTULO V

### 5.1 CONCLUSIONES

- En el Ecuador ha existido un evidente desarrollo normativo en lo que respecta al sistema arbitral. Si bien la ley de 1997 de Arbitraje y Mediación le dio un gran impulso a éste método, ha ido con el tiempo evolucionando de tal manera que en la actualidad inclusive ha sido elevado a rango Constitucional tal como se desprende del artículo 190 de la Constitución del Ecuador

- El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos en el cual existe la intervención de un tercero ajeno a la controversia, el cual dirimirá el conflicto suscitado, configurando un método heterocompositivo de solución de controversias.

- El convenio arbitral es un acuerdo por el cual las partes deciden someter al sistema arbitral todas o algunas de las controversias que hubieren surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, el cual deberá constar por escrito, la materia de la controversia deberá ser de carácter transigible, las partes deberán tener capacidad para suscribir el convenio y manifestar su voluntad inequívoca de someterse a arbitraje.

- En lo que respecta al sometimiento de una entidad estatal al sistema arbitral, además de los requisitos anteriormente señalados se deberá: i) 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, ii) el convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución, iii) la controversia deberá ser de carácter contractual, iv) el arbitraje se deberá llevar a cabo en derecho, v) se deberá cumplir el requisito previo de la autorización del Procurador General del Estado (Art. 190 Constitución de la República) Teniendo presente que el incumplimiento de los requisitos acarreará la nulidad del convenio arbitral.

- Se entienden por cláusulas patológicas aquellas que por sus falencias no permiten que el conflicto llegue a conocimiento de árbitros. Las cuales se denominan también cláusulas arbitrales insuficientes, ya que debido a sus deficiencias no producen efectos jurídicos.
- Es importante conocer que no solamente existe éste método alternativo de solución de conflictos, adicionalmente están la mediación y la negociación, que si bien no se asemejan en su estructura y desarrollo al arbitraje son métodos alternos a la justicia ordinaria para resolver los controversias.
- La jurisdicción de los árbitros nace del acuerdo de las partes que renuncian a su fuero común para investir (con sujeción a la ley) a un particular de la capacidad para juzgar.
- Para determinar que comprende materia transigible es muy importante partir de que lo transigible es aquello sobre lo cual se puede disponer libremente, sin embargo cuando una de las partes en el proceso arbitral es una entidad del sector público se debe considerar que esta ejerce competencias y facultades otorgadas por la ley.
- En la actualidad no existe un cuerpo legal en el Ecuador que establezca de manera clara que comprende la materia transigible en el sector público. Situación que se presta para distintas interpretaciones.
- Como consecuencia de la evolución del sistema arbitral en el país, en la actualidad existen dos corrientes respecto de si se puede o no transigir sobre un acto administrativo, la primera sustenta su teoría en que la ilegalidad de un acto administrativo no puede ser objeto de transacción y por lo tanto no se la puede someter al sistema arbitral (teniendo esa competencia los tribunales de lo contencioso administrativo), mientras que quienes afirman que si se puede establecen que los actos administrativos están íntimamente vinculados a la relación jurídica contractual, y que la voluntad de someterse al sistema arbitral se encuentra enmarcada dentro de una facultad que nace con el contrato.

- La Procuraduría General del Estado es un organismo público, autónomo que tiene como principales funciones la representación y defensa judicial y extrajudicial del Estado, el asesoramiento legal, la absolución de consultas jurídicas con criterio vinculante, como así también ejercer el control de la legalidad de los actos y contratos suscritos por los organismos y entidades del sector público en beneficio de los objetivos nacionales.
- El rol principal de la Procuraduría General del Estado se ve reflejado en el patrocinio de las causas ya sean en el ámbito nacional o internacional.

## 5.2 Recomendaciones

- Una vez culminado el presente trabajo, es importante recomendar que se agregue a la Ley de Arbitraje y Mediación una sección en la que se especifique y establezca todo lo referente al arbitraje en materia de contratación pública, en el que se establezca de manera clara el alcance de la competencia de los árbitros en ésta materia.
- Resulta imprescindible el que los legisladores alcancen una definición clara, precisa y completa respecto de que comprende la materia transigible en el sector público, que define cual es la materia arbitrable, susceptible de transacción.
- Es importante fortalecer la difusión del arbitraje y los demás métodos alternativos de solución de conflictos con el fin de agilizar la justicia y obtener resultados óptimos para las partes.
- Capacitar formalmente a los funcionarios públicos, para así crear una mayor cultura del arbitraje en el Ecuador.
- Para alcanzar esta transformación integral que está viviendo la justicia y el país, es fundamental que a nivel universitario se implemente esta conciencia de litigio por medio del sistema arbitral.
- Difundir la necesidad de que exista la autorización previa del Procurador General del Estado para someterse al sistema arbitral, lo cual daría fuerza al sistema arbitral, y de ésta manera se podrían solventar cada vez más controversias por medio de éste método.

## REFERENCIAS

- Aguilar, J.P. (2008). *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito, Ecuador: Instituto Superior de Arbitraje.
- Ábaladejo Garcia, M. (2002). *Manual de Derecho de obligaciones*. Barcelona, España: Bosch.
- Alessandri Rodríguez, A. (2004). *De los contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Andrade Gagliardo, M. (2006). *El arbitraje solución efectiva de conflictos*. Quito, Ecuador: Editorial Pedro Jorge Vera de la Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Andrade Cadena, X. (2009). *Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana*. Sao Paulo, Brasil: Revista Arbitragem e Mediação.
- Aylwin Azócar, P. (2005). *El juicio arbitral*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Aragoneses, P. (1963). *Doctrina Procesal Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo*. Madrid, España: Editorial Guerra- Aguilar S.A. Ediciones.
- Azocar, A. (1958). *El juicio arbitral. Colección de Estudios Jurídicos y Sociales*. Santiago: Editorial Jurídica Chile.
- Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los contratos Administrativos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial de Palma.
- Briseño Sierra, H. (1999). *El Arbitraje Comercial- Doctrina y Legislación*. México, D.F.: Editorial Limusa S.A.
- Benetti Salgar, J. (1994). *El arbitraje en el Derecho Colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial Termis.
- Bok, Derek C. (1983). *A Flawed System of Law Practice and Training*. Journal of Legal Education.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Carmigniani, E. (2006). *Kompetenz-Kompetenz*. Tomado del Diario Expreso 29 de septiembre.

- Caivano, R. (2011). *La cláusula arbitral*. Quito, Ecuador: Editorial Workhouse.
- Calvo Caravaca, A y Fernández de la Gándara, L. (1989) *El arbitraje comercial internacional*. Madrid, España: Tecnos S.A.
- Chillón Medina, J. (1991). *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Código Civil, Registro Oficial Suplemento No. 133 del 7 de febrero de 1953, Derogado.
- Código Civil, Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio del 2005. Última modificación: 3 de diciembre del 2012.
- Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de julio del 2005. Última modificación: 24 de noviembre del 2011.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No.449 del 20 de octubre de 2008.
- Coronel Jones, C. (2010). *Arbitraje y procedimiento*. Recuperado el 15 de mayo del 2013 de <http://arbitrationlaw.com/arbitraje-y-procedimiento-en-ecuador>.
- Contarino, S. (2000). *Contratos civiles y comerciales. Ámbito contractual y teoría general*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones de Palma.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo No.2428, Registro Oficial No.536 del 18 del 2002. Última modificación: 24 de agosto del 2012.
- Feldstein de Cárdenas, S; Leonardi de Herbón, H. (1998) *El Arbitraje*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo- Perrot.
- Fried Schnitman, D. (2000). *Resolución de Conflictos*. Buenos Aires, Argentina :Ediciones Granica S.A.
- Fouchard, P. (1999) *Fouchard, Gaillard, Goldman on International commercial Arbitration*. The Hague; Boston: Kluwer Law International.
- García Feraud, G. (2000) *Lo jurisdiccional en el arbitraje. Congreso Nacional de Arbitraje*. Guayaquil.
- Gil Echeverry, J. (2004). *Nuevo régimen de arbitramiento: manual práctico*. Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá.

- González de Cossio, F. (2001) *Arbitraje*. México: Porrúa.
- González Soria, J. (1988). *La intervención judicial en el arbitraje*. Madrid, España: Cámara de Comercio e industria de Madrid.
- Highton, Elena I; Álvarez, Gladis S. (1996). *Mediación para Resolver Conflictos*. Buenos Aires, Aire: Editorial AD-HOC.
- Jiménez Carbo, J. (1994). *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No.532 del 25 de febrero del 2005, codificada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre del 2006.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial No. 312 del 13 de abril de 2004.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Decreto Ejecutivo No. 1700, Registro Oficial Suplemento No. 588 del 12 de mayo de 2009. Última modificación: 15 de agosto de 2011.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial No. 338 del 18 de marzo de 1968. Última modificación: 28 del diciembre de 2001.
- Ley de Modernización del Estado. Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993. Última modificación: 27 de febrero del 2009.
- Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial No. 711 del 15 noviembre de 1978. Última modificación: 24 de noviembre de 2011.
- López Santa María, J. (1986). *Los contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Marienhoff, M. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Publicado Abeledo-Periot.
- Martínez de Aguirre, C. (1994). *Las nuevas coordenadas del derecho la contratación. Actualidad Civil*. Madrid, España: Editorial Reus S.A.
- Matthies, F. (1994). *Arbitrariedad y arbitraje*. Caracas, Venezuela: Oscar Todtman Editores.
- Matheus, C. (2006). *Introducción al derecho de arbitraje*. Lima, Perú: Editorial Semper Veritas.
- Monroy Cabra, M. (1998). *Arbitraje comercial, nacional e internacional*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis

- Montesinos García, A. (2007). *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*. Navarra, España: Editorial Aranzadi S.A.
- Neira, E. (2010). *El estado y el juicio de arbitraje*. Recuperado el 06 de junio de 2013 de <http://www.latinarbitrationlaw.com/el-estado-y-el-juicio-de-arbitraje-seg-n-la-legislaci-n-ecuatoriana/>.
- Neira Édgar, (2011). *La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación*. Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos.
- Pallares Bosa, J. (2003). *Arbitraje Conciliación y Resolución de Conflictos Teoría Técnicas y Legislación*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Ponce Martínez, A. (1991). *Derecho Procesal Orgánico*. Quito, Ecuador: Editorial Mendieta.
- Pozo Illingworth, T. (2000). *Resolución alternativa de Conflictos*. Cuenca, Ecuador: Editorial Universidad del Azuay, Fundación Chico Peñaherrera.
- Quiroga, G. (2011). *Métodos alternativos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de justicia*. Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.
- Salcedo Verduga, E. (2007). *El Arbitraje, La Justicia Alternativa*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Distrilib.
- Secaira, P. (2004). *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.
- Tocqueville, A. (1835). *Democracy in America*. Estados Unidos: Editorial American Studies at the University of Virginia.
- Tribe, L. (1980). *Too Much Law, Too Little Justice*. Boston, United States of America: Editorial The best of business.
- Zavala Egas, J. (2011). *Lecciones de derecho Administrativo*. Quito, Ecuador: Edilex S.A. editorial.
- Zumárraga César, (2012) *Arbitraje sobre potestades públicas en el Derecho minero ecuatoriano*. Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos.

## **ANEXOS**

## Anexo 1

Resultados de la encuesta realizada a funcionarios y usuarios en la Corte Nacional de Justicia, ubicada en la calle Amazonas y Unión Nacional de Periodistas.

El número de personas al que se aplicó la encuesta es de 100.

El período de tiempo durante el cual se llevaron a cabo las encuestas fueron las dos primeras semanas del mes de diciembre del 2013.

La tabulación será cuantitativa.

1.- ¿Conoce usted algún método alternativo a la justicia ordinaria para la resolución de conflictos?

Pregunta No. 1		
Si	No	Total encuestas
90	10	100

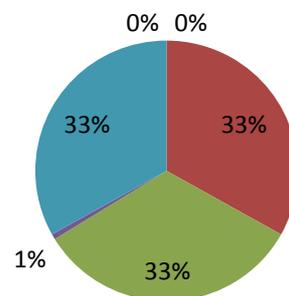


2. Señale cuales de los siguientes cree que son métodos alternativos de solución de conflictos.

Pregunta No. 2			
	Si	No	Total encuestas
Juicio ejecutivo	0	100	100
Mediación	100	0	100
Negociación	100	0	100
Verbal Sumario	2	98	100
Arbitraje	100	0	100
Juicio Ordinario	0	100	100

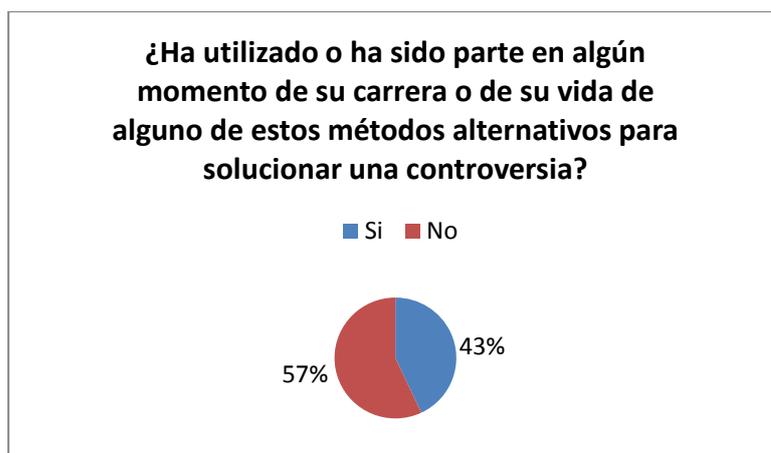
**Señale cuales de los siguientes cree que son métodos alternativos de solución de conflictos.**

■ Juicio ejecutivo    ■ Mediación    ■ Negociación  
■ Verbal Sumario    ■ Arbitraje    ■ Juicio Ordinario



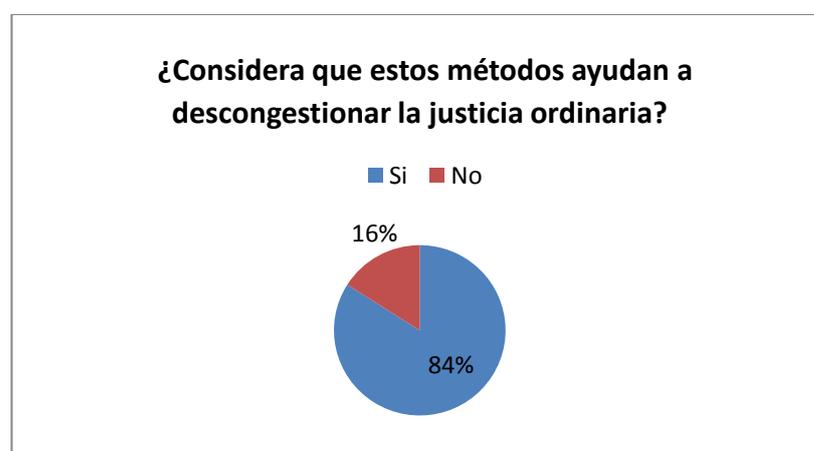
3. ¿Ha utilizado o ha sido parte en algún momento de su carrera o de su vida de alguno de estos métodos alternativos para solucionar una controversia?

Pregunta No. 3		
Si	No	Total encuestas
43	57	100



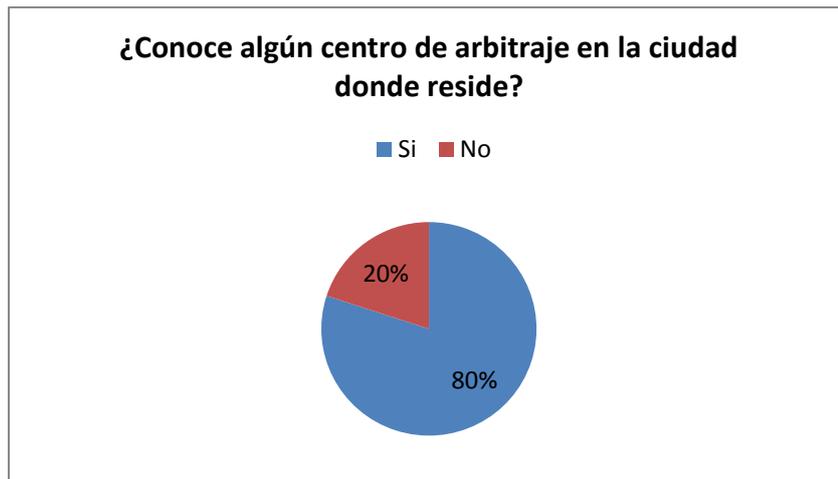
4. ¿Considera que estos métodos ayudan a descongestionar la justicia ordinaria?

Pregunta No. 4		
Si	No	Total encuestas
84	16	100



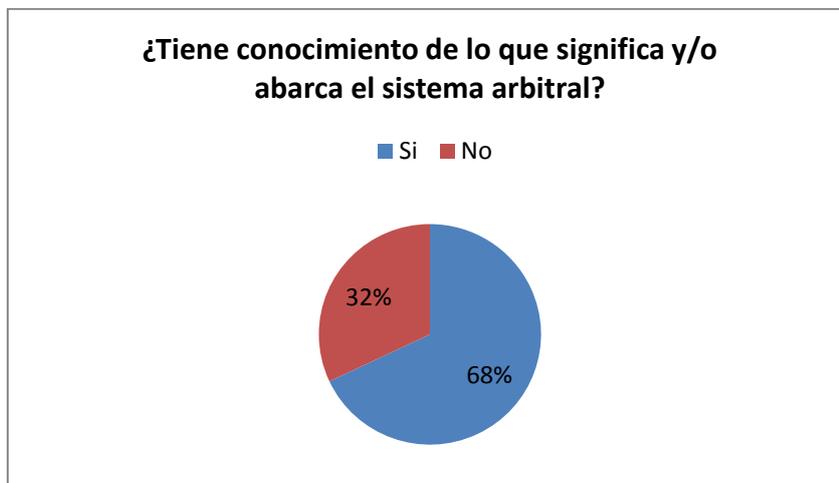
5. ¿Conoce algún centro de arbitraje en la ciudad donde reside?

Pregunta No. 5		
Si	No	Total encuestas
80	20	100



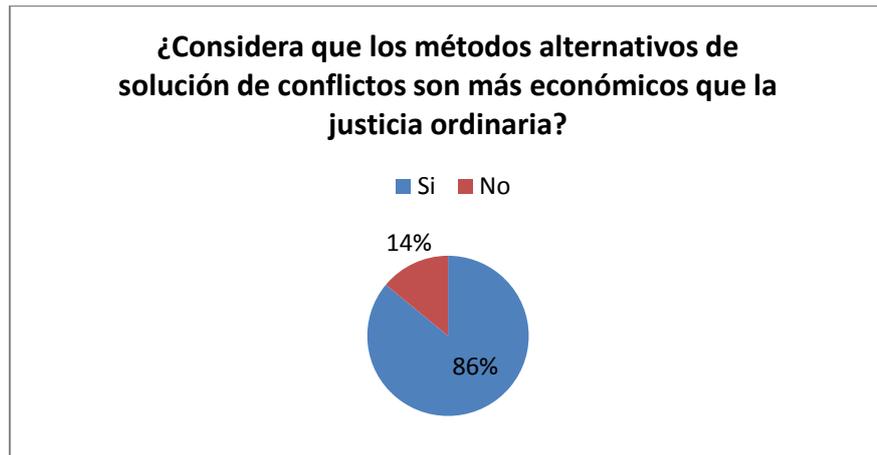
6. ¿Tiene conocimiento de lo que significa y/o abarca el sistema arbitral?

Pregunta No. 6		
Si	No	Total encuestas
68	32	100



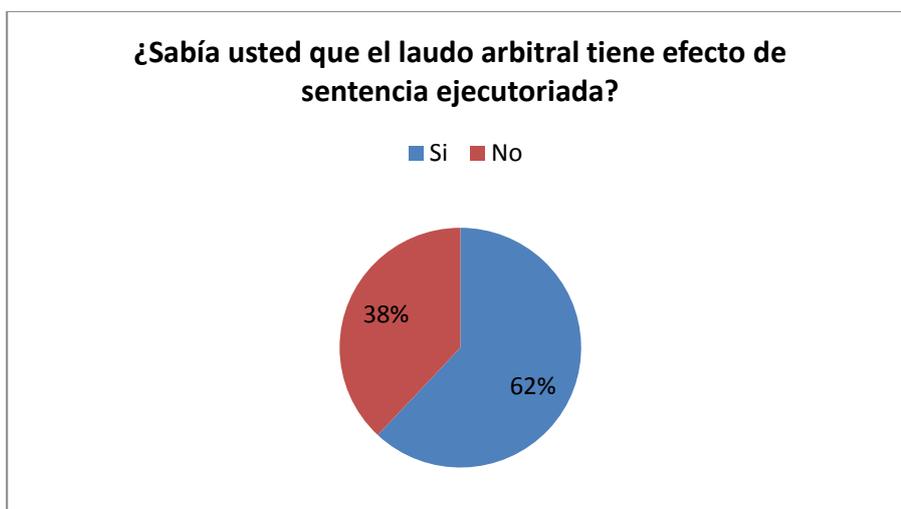
7. ¿considera que los métodos alternativos de solución de conflictos son más económicos que la justicia ordinaria?

Pregunta No. 7		
Si	No	Total encuestas
86	14	100



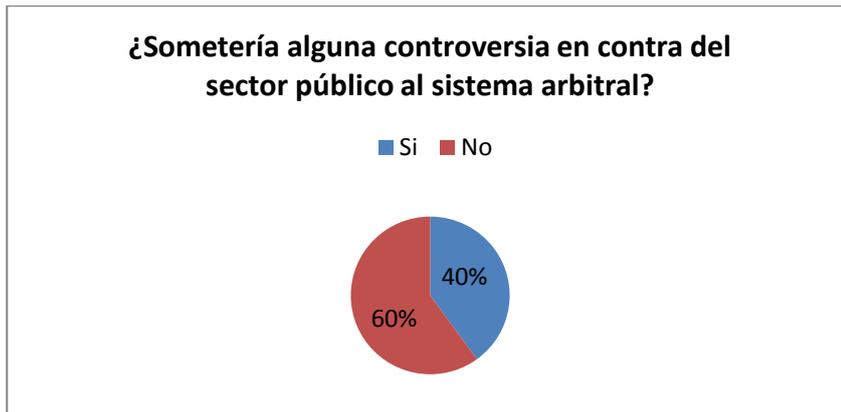
8. ¿Sabía usted que el laudo arbitral tiene efecto de sentencia ejecutoriada?

Pregunta No. 8		
Si	No	Total encuestas
62	38	100



9. ¿Sometería alguna controversia en contra del sector público al sistema arbitral?

Pregunta No. 9		
Si	No	Total encuestas
40	60	100



10. En los últimos 5 años ¿cree que el arbitraje ha tenido mayor difusión?

Pregunta No. 10		
Si	No	Total encuestas
83	17	100

