



**FACULTAD DE DERECHO**

**LA COMPETENCIA ARBITRAL EN ASUNTOS DE MATERIA  
ADMINISTRATIVA**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos  
para optar por el título de  
**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA**

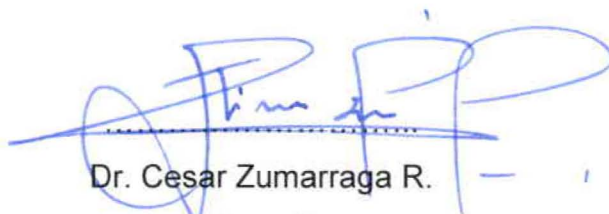
Profesor Guía  
Dr. Cesar Zumarraga R.

Autor  
Juan Carlos Domínguez

Año  
2012

### DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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




Dr. Cesar Zumarraga R.

Abogado

C.I.: 170777259-4

### 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”.

  
.....  
Juan Carlos Domínguez  
C.I.: 1711308815

### **AGRADECIMIENTO**

Agradezco al Dr. Cesar Zumarraga por su ayuda brindada para el desarrollo de este Trabajo de Titulación así como a todas las personas que contribuyeron para su elaboración.

## **DEDICATORIA**

A mis padres, soporte fundamental de mi vida, a mis hermanos, y al amor de mi vida y compañera incondicional, Sabina.

## RESUMEN

Mucho se ha discutido, y se sigue discutiendo, sobre las materias arbitrales en el ámbito del Derecho Administrativo. Si bien se ha generalizado la aceptación del arbitraje como mecanismo para solucionar las controversias en las que interviene el Estado, todavía existe un debate abierto. De acuerdo a la legislación ecuatoriana, para que una materia pueda ser sometida a arbitraje, esta tiene que ser susceptible de transacción, es decir que verse sobre derechos de los que su titular pueda disponer libremente. Es aquí donde se traza una diferencia marcada entre el Derecho Privado y el Derecho Administrativo ya que los particulares pueden disponer libremente de sus derechos en la medida en que no exista prohibición expresa para ello, mientras que los órganos administrativos no son titulares de derechos sino que ejercen competencias. El obrar de la Administración Pública está sometido al principio de legalidad, debiendo actuar en la medida en que una norma expresamente lo autorice a hacerlo.

Dicho esto, la Administración Pública actúa mediante potestades regladas o potestades discrecionales siendo éstas diferentes a los derechos subjetivos de las personas privadas. Los derechos subjetivos son renunciables y transmisibles porque satisfacen los intereses del individuo; por el contrario, las potestades legales son consideradas como irrenunciables e intransmisibles ya que están orientadas a satisfacer los intereses colectivos.

Es por esto que, la regla para someter cualquier controversia a arbitraje entre privados, es arbitrable todo lo que sea susceptible de transacción, salvo prohibiciones expresas; mientras que, en el caso de la Administración Pública la posibilidad de pactar un arbitraje está obligatoriamente ligada a la existencia de una autorización expresa de la ley.

Son justamente por estas particularidades que el debate sobre las materias arbitrales en el campo del Derecho Administrativo ha ido tomando fuerza en los

últimos años. El objetivo principal de esta tesis es determinar todas aquellas materias arbitrales dentro del Derecho Administrativo. Se empleará el método inductivo-deductivo así como el método descriptivo con el fin de poder concluir fehacientemente sobre las materias arbitrales.

## ABSTRACT

It has been and continues to be an open debate the discussion regarding what issues could be subject to arbitration in Public Law. Even though there is a general acceptance of arbitration as an alternative dispute resolution on issues involving the State, there is still an open debate regarding this subject matter.

According to Ecuadorian legislation, in order for a dispute to be subject to arbitration, it must verse on matters that can be negotiated, meaning that the dispute must resolve issues regarding rights that can be freely disposed by the parties. A thin line is drawn between Public and Private Law regarding this issue because in Private Law everything can be freely disposed unless there is an express law that prohibits it, while in Public Law the administrative bodies are not holders of rights, they simply exercise competencies vested by law. Public Administration is subject to the rule of law that is a legal maxim whereby governmental or public decisions must be made in application to known legal principles.

Taking this into consideration, Public Administration acts through powers vested in law while individuals act through subjective rights. Such rights can be waived and transmitted considering that they satisfy individual interests while public powers are aimed to satisfy collective interests, therefore such powers could not be waived or transmitted.

The general rule is that in Private Law everything can be transmitted or negotiated unless there is an express law that prohibits such action, while in Public Law the possibility to resolve a dispute in arbitration is given by an existing legal norm.

For all these considerations, the debate regarding what public matters can be subject to arbitration is still open and continues to be discussed among professionals. The objective of this dissertation is to determine what matters



within Public Law can be subject to an arbitration process. The inductive-deductive method will be applied in the preparation of this work as well as the descriptive method.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>1. CAPÍTULO I - EL ARBITRAJE .....</b>	<b>3</b>
1.1 Concepto .....	3
1.2 Historia del Arbitraje .....	5
1.3 Clases de Arbitraje .....	8
1.3.1 Arbitraje Ad-hoc o Independiente .....	8
1.3.2 Arbitraje Institucional o Administrado.....	10
1.3.3 Otras clases de Arbitraje .....	10
1.4 Naturaleza Jurídica del Arbitraje.....	15
1.4.1 Tesis Contractualita .....	16
1.4.2 Tesis Jurisdiccional.....	17
1.4.3 Teoría Mixta, intermedia o sincrética .....	18
<b>2. CAPÍTULO II - ARBITRAJE EN EL ECUADOR .....</b>	<b>19</b>
2.1 Historia.....	19
2.2 Ley de Mediación y Arbitraje en el Ecuador .....	20
2.3 El Arbitraje en el Derecho Administrativo Ecuatoriano .....	25
2.4 El Tratamiento del Arbitraje Internacional en la Nueva Constitución del Ecuador .....	28
<b>3. CAPÍTULO III - SOBRE LA MATERIA ARBITRAL .....</b>	<b>31</b>
3.1 Derecho Comparado .....	36
3.2 Materias Arbitrales en el Derecho Privado vs. Materias Arbitrales en el Derecho Público .....	41
<b>4. CAPÍTULO IV - SOBRE LA MATERIA ARBITRAL     EN EL ECUADOR.....</b>	<b>43</b>
4.1 Convenciones o Relaciones Contractuales en las que Interviene el Estado .....	48

4.2 Arbitraje en Tratados Internacionales de Inversión	
Recíproca.....	54
<b>5. CAPITULO V – CONCLUSIONES .....</b>	<b>55</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>59</b>

## INTRODUCCIÓN

*“Es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro, antes que a un juez, porque el primero no atiende sino a la justicia, mientras el juez mira solamente a la ley; el arbitraje ha sido inventado para valer la equidad”. – Aristóteles*

Los conflictos o controversias son fenómenos inevitables que nacen de todas las relaciones, sean familiares, sociales, laborales, etc., en las que interacciona el ser humano. Debido a la existencia de intereses contrapuestos mediante los cuales no se logra satisfacer las pretensiones individuales, todo grupo social enfrenta conflictos a diario. Los conflictos también se desarrollan entre la Administración Pública y sus administrados ya que a diario las actuaciones del poder administrativo pueden afectar los intereses del particular.

De forma general, existen dos formas de solución de conflictos. La primera, siendo una alternativa precaria y muy cuestionada en la actualidad que consiste en buscar soluciones a conflictos aplicando la justicia propia, de manera directa y personal. La segunda, siendo esta la de mayor aplicación, consiste en someter el conflicto a los órganos de administración de justicia. Esta última es la que ha permitido la convivencia de todos los grupos sociales. En conflictos que surgen entre la Administración y los administrados, esta segunda vía resulta la única para dirimir controversias. En las disputas o conflictos con el Estado, existen órganos especializados para dirimir estas diferencias.

Lamentablemente, la justicia ordinaria por varias razones no ha sido la forma más expedita y eficiente para resolver conflictos. Esta realidad ha motivado a los sistemas a buscar métodos idóneos fuera del sistema ordinario de justicia que permitan resolver las controversias de manera pacífica y eficaz. En este interés, se ha desarrollado los denominados Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos que ya son admitidos y aceptados dentro de nuestro ordenamiento jurídico como alternativas de solución de controversias. De igual forma, hace algunos años atrás la mayoría de legislaciones han ido aceptado

estos métodos de solución para conflictos en los que esté involucrado el Estado. Dentro de éstos se encuentra el arbitraje que ha resultado ser un método atractivo para la solución de conflictos por su confiabilidad y celeridad.

Pese a todas las bondades que ofrece este sistema, todavía existe resistencia por parte de la sociedad en reconocer este método como un sistema de resolución de conflictos. El debate se ha centrado en relación a qué materias son objeto de arbitraje dentro del campo administrativo. De manera muy general, se entiende que todo conflicto que sea transigible es materia de arbitraje. Sin embargo cuando se involucra a la Administración Pública, se abre un campo de debate en referencia a las materias arbitrales. Antes de analizar con mayor profundidad el tema relacionado con las materias arbitrales en el Derecho Administrativo, es menester empezar comprendiendo el concepto y naturaleza del arbitraje.

## CAPITULO I EL ARBITRAJE

### 1.1. Concepto

Como ya se ha mencionado, el arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos mediante el cual las partes convienen someter una controversia a la decisión de un tercero, llamado árbitro. Mucho se ha escrito en relación al arbitraje y muchos son los conceptos que se han desarrollado.

Según el tratadista Patricio Aylwin Azócar el arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones; (Salcedo et al., 2001:p. 20).

Resulta contradictorio el concepto vertido por este tratadista al mencionar que el arbitraje es aquel por mandato del legislador ya que de acuerdo al autor francés Jean Robert, el arbitraje “es la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar”(Caivano, 2000:p.49).

Alvarado Velloso define el arbitraje como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos, y al que se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente, acatar su decisión; (Salcedo et al., 2001: p. 20).

Este concepto de Velloso se asemeja al concepto según Bernardo M. Cremades “que por medio del arbitraje una o más personas dan solución a un

conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión” (Salcedo et al., 2001:p.20).

Para Jaime Gasp, el arbitraje “es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente” (Caivano et al., 2000: p. 49).

La definición de arbitraje más completa y más fácil de entender es la que desarrolla el colombiano Jorge Hernán Gill Echeverry mediante la cual define al arbitraje como un procedimiento jurisdiccional ‘sui generis’, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere 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; (Gil Echeverry et al., 1993: p.11).

Si nos acogemos al concepto de Jorge Hernán Gill Echeverry, los asuntos de materia administrativa no podrían ser objeto de arbitraje ya que su definición incluye específicamente solo aquellos conflictos de carácter privado.

Todos los conceptos antes citados consideran que el arbitraje es un procedimiento alternativo de resolución de conflictos, acordado entre las partes, mediante el cual se somete la decisión de una controversia a la decisión de un árbitro(s) y las partes acatarán esta decisión dándole la misma categoría que un fallo judicial.

Resulta interesante saber que esta figura ha estado presente en las más antiguas disposiciones del derecho y de igual forma en las voluntades de las personas quienes preferían someter sus desacuerdos al consejo de otra persona de confianza, a quien acudían para encontrar solución a sus controversias de manera obligatoria (Vintimilla y Andrade, 2003, p. 33). Es

importante revisar la historia de la figura del arbitraje para comprender su actual aplicación.

## **1.2. Historia del Arbitraje**

Ya se ha mencionado que el arbitraje ha existido desde los albores de la civilización.

Según el Dr. Ernesto Salcedo Verduga, los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia ordinaria; (Salcedo et al., 2001: p. 21).

La figura del arbitraje se comienza a ver desde las sociedades primitivas, en las que en aquellos tiempos los conflictos se solucionaban a través del régimen de la venganza privada. De acuerdo a Patricio Aylwin Azócar, luego de algún tiempo de evolución las sociedades primitivas empezaron a renunciar al derecho de decidir por su propia mano y deciden someter las disputas a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad (Salcedo et al., 2001, p. 22). Esta figura, que se asemeja mucho al arbitraje se observó en asuntos civiles como en asuntos penales.

De igual manera, el arbitraje tiene sus raíces en la antigua Grecia. El Abg. Ernesto Salcedo Verduga menciona que “la justicia arbitral surgió en Grecia hacia el año 1520 A.C.: los Consejos Anfictiónicos resolvían los conflictos entre los grupos étnicos” (Salcedo et al., 2001, p. 22). En aquel entonces, los Consejos Anfictiónicos se conformaban por doce ancianos que representaban a diferentes tribus. Es importante mencionar, para fines de esta tesis, que también existieron árbitros de carácter público que conocían causas criminales y públicas. Es decir que en la antigua Grecia también existía el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos para aquellos asuntos de carácter público.



De acuerdo al historiador Solón, Demóstenes expidió leyes sobre arbitraje en las que se daba al laudo el carácter de definitivo sin que este fallo pudiera ser apelable. De igual forma, este historiador sostiene que si los ciudadanos griegos querían elegir un árbitro para dirimir sus controversias que surjan de sus negocios particulares, “tomen el que gusten de común acuerdo y aténganse a su decisión, sin posterior recurso ante los tribunales” (Salcedo et al., 2001, p. 23)

Según la historia, esta figura que empezó siendo voluntaria entre los ciudadanos de aquel entonces se fue transformando en obligatoria y formó parte de la mecánica jurídica de la antigua Grecia.

El arbitraje también es un mecanismo que se utilizó en Roma y se dice que unos de los grandes aportes del Derecho Romano fue haber instituido la función de administrar justicia en una persona diferente al gobernante.

En Roma, el arbitraje fue un medio privilegiado de establecer el derecho. En realidad la justicia romana tiene siempre una fuerte base consensualista: el pleito es un problema que atañe fundamentalmente a las partes y que, por consiguiente, debe ser resuelto privadamente. Incluso los jueces oficiales derivan su autoridad de la sumisión que las partes le hacen de una controversia; (Salcedo et al., 2001: p. 23).

Al igual que en Grecia, los romanos sometían sus divergencias privadas a la decisión de una persona de su confianza y este fallo tenía carácter de obligatorio.

Expresa Rodolfo Sohm que la sentencia arbitral irrevocable; no es susceptible de apelación ni de ejecución forzada, puesto que no es un fallo judicial. No se puede rehusar su ejecución alegando que es inicua; esa alegación no altera en nada la obligación que se ha contraído

libremente de aceptar la decisión del árbitro, salvo el caso de haber dolo; (Sohm et al., 1928: p. 415).

Las raíces del arbitraje también se comienzan a ver en el derecho eclesiástico. En tiempos pasados, los cristianos trataban de evitar la justicia romana y sometían sus conflictos a la decisión de sus propios obispos. Esta práctica dio origen a los tribunales eclesiásticos, los mismos que fueron reconocidos en tiempos de Constantino.

La Edad Media también tuvo carácter arbitral, los burgueses, artesanos y comerciantes buscaban la justicia en sus propios gremios y corporaciones. Sometían los conflictos a la decisión de personas designadas por las partes o sometían las disputas al rey quién tenía calidad de árbitro. En esta época, la burguesía vio en el arbitraje una forma más segura y rápida para dirimir los conflictos comerciales.

Durante la Edad Moderna también aparece la figura del arbitraje, específicamente en Francia antes de la Revolución donde se imponía el arbitraje forzoso en las diferencias entre mercaderes, demandas entre parientes, y las cuentas de tutela y administración. Para estos casos se exigía que sean resueltas, sumariamente por tres o más personas, elegidas entre las partes y si las partes no las elegían, el juez elegía por ellas (Salcedo, 2001, p. 26).

El arbitraje toma un rol importante luego de algunos años de la Revolución Francesa. La Asamblea Constituyente de aquella época declara que el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos es el arbitraje y se lo eleva a principio constitucional. Este principio rezaba lo siguiente: "el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía de arbitraje, no puede sufrir restricción alguna por actos del poder legislativo" (Salcedo, 2001, p.26).

Posteriormente en Francia, se declara que los conflictos labores deben ser sometidos a conciliación y arbitraje antes de que se declaren en huelga.

Poco nos dice la historia sobre el arbitraje en asuntos de derecho administrativo. Quizás porque en épocas antiguas, el control absoluto del poder recaía sobre el gobernante y en ese tiempo no se reconocían derechos a los ciudadanos. Sobre ese particular Agustín Gordillo menciona que en un derecho ilimitado para administrar; no se reconocen derechos del individuo frente al soberano; el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con él. En aquel entonces resultaba ilógico pensar que el administrado podría someter cualquier controversia a la decisión de un tercero por el poder que ejercía el Estado. Es por esta razón que el arbitraje en asuntos de derecho público resulta nuevo y por eso el debate sobre las materias arbitrales en asuntos de derecho administrativo.

### **1.3. Clases de Arbitraje**

El arbitraje se clasifica de distintas formas sin que esto altere el concepto básico de este método de resolución de conflictos.. La doctrina clasifica al arbitraje en dos tipos considerando su funcionalidad y manejo. Esta clasificación se la hace principalmente al modo de elección de los árbitros que participarán dentro del proceso. Estos dos tipos de arbitraje son el arbitraje ad-hoc o independiente o libre y el arbitraje institucional o administrado.

#### **1.3.1. Arbitraje Ad-Hoc o Independiente**

Este tipo de arbitraje se caracteriza por la conformación del tribunal directamente por las partes involucradas en el proceso. Se conforma el tribunal para resolver una cuestión específica y una vez resuelto el asunto, este se disuelve. Según Caivano, “en el arbitraje ad hoc no existe institución que administre el sistema, ni está sometido a ningún mecanismo predeterminado” (Caivano, 2000, p. 70). En este tipo de arbitraje son las propias partes las que

acuerdan en todos los aspectos relativos al funcionamiento del tribunal y de igual forma, son las mismas partes las que acuerdan las reglas sobre las cuales se llevará a cabo el arbitraje. En este proceso, serán las partes las que entreguen a los árbitros las normas de procedimiento por las cuales se regirá el arbitraje.

Mediante esta modalidad, las partes deberán prever –por ejemplo- si los árbitros deben decidir el litigio en equidad o en derecho, pues a falta de convenio el fallo será en equidad; designar el pacto arbitral o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal; señalar el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje; darles a los árbitros las normas de procedimiento que libremente ellas mismas escojan, en fin, proveer todo lo necesario para que el arbitraje pueda desarrollarse; (Salcedo et al., 2001: p. 39-40).

Como ya se ha mencionado anteriormente, la Administración Pública está sometida al principio de legalidad, debiendo actuar obligatoriamente siempre con sujeción a una norma expresa. Sin embargo de aquello, no quiere decir que el arbitraje ad-hoc o independiente nunca podría ser tomado en cuenta para asuntos que involucren a la Administración Pública. Un arbitraje ad-hoc cabe perfectamente en procesos en los cuales el Estado esté involucrado. Eso sí, cualquier proceso de arbitraje en el cual esté involucrado cualquier órgano de la Administración Pública, deberá regirse conforme a normas específicas determinadas por la ley. Esto hace completo sentido ya que las partes podrán acordar los términos en los que se desarrolle el arbitraje pero jamás se podrán convenir cuestiones que la ley lo prohíba, como por ejemplo acordar que el arbitraje sea en equidad.

### **1.3.2. Arbitraje Institucional o Administrado**

A diferencia del arbitraje ad-hoc, en el arbitraje institucional existe como intermediario entre el árbitro y las partes, una entidad que administra y organiza el trámite del arbitraje. Esta entidad presta algunos servicios claves que ayudan a que la controversia sea resuelta con mayor eficiencia.

El arbitraje institucional o administrado es aquel que se inicia, desarrolla y finaliza con el concurso y administración de una entidad o institución especializada en la materia, la cual está regida por su propio reglamento; (Gil Echeverry et al., 1993: p. 12)

Estas instituciones o entidades de arbitraje suelen ser entidades reconocidas y de prestigio, las cuales tienen su propio reglamento al cual los litigantes se someten. Por lo general estas instituciones suelen proporcionar sedes fijas para el desarrollo de los procedimientos de arbitraje, brindando mayor facilidad a las partes para que se lleven a cabo las debidas audiencias y demás procedimientos inherentes a este sistema. Brindan apoyo antes y durante el proceso de arbitraje y juegan un rol primordial al momento de la selección de árbitros. Por lo general los árbitros son escogidos de una lista de árbitros previamente seleccionados, garantizando a las partes árbitros expertos en el tema.

### **1.3.3. Otras clases de arbitraje**

Existen otras clases de arbitraje en razón de las diversas circunstancias en que funciona el arbitraje.

Según el Abg. Ernesto Salcedo Verduga, la doctrina habla de arbitraje cameral cuando es administrado o impartido por las cámaras de comercio; de arbitraje oficial si lo administra algún organismo público...; o de arbitraje profesional, que es el que administra una entidad que tiene

como finalidad única la del promover y auxiliar el arbitraje...; (Salcedo et al., 2001: p. 42-43).

El arbitraje cameral se lo utiliza con mayor frecuencia en asunto de índole comercial y es común encontrar centros de arbitraje de las Cámaras de Comercio en casi todas las ciudades principales del mundo. Por el contrario, el arbitraje oficial será aquel que se utilice para asunto donde el Estado esté involucrado.

Otra clasificación del arbitraje es el especial o especializado que se refiere a actividades particulares o especializadas. Este tipo de arbitraje es aquel donde la controversia o conflicto verse sobre asuntos que requieren de cierto grado de especialidad. En estos los árbitros serán personas conocedoras sobre el asunto quienes ayudarán a dilucidar la controversia con mayor grado de conocimiento.

Gill Echeverry denomina a este tipo de arbitraje como técnico y lo define como aquel en el cual los árbitros pronuncian su fallo con fundamento en precisos conocimientos que deben tener sobre determinada ciencia, arte o profesión, los cuales deberán aplicar para resolver los conflictos de índole técnica cuya solución se les defiere en el pacto arbitral; (Gil Echeverry et al., 1993: p. 11).

En los últimos años ha sido habitual utilizar este tipo de arbitrajes especializados para disputas en industrias como la de la construcción, en la cual se requiere un alto grado de conocimiento técnico, así como en la industria farmacéutica, en la cual el conocimiento químico resulta esencial para dilucidar cualquier controversia.

Se denomina arbitraje gremial al que involucra personas que estén afiliadas a un determinado gremio profesional. Este tipo de arbitraje resuelve cualquier

asunto en conflicto siempre y cuando involucre a las personas pertenecientes al gremio.

La clasificación del arbitraje también puede hacerse en razón de su origen, y este podría ser voluntario o forzoso. De acuerdo a GilEcheverry, el arbitraje voluntario "tiene su origen en el pacto arbitral, suscrito libremente por las partes para resolver sus conflictos de intereses presentes o futuros" (Gil Echeverry, 1993, p.12). Por el contrario, el arbitraje forzoso u obligatorio es aquel que tiene su origen en la ley. La ley impone de forma obligatoria este tipo de arbitraje para la solución de conflictos.

Este último tipo de arbitraje resulta contrario a la naturaleza misma del arbitraje en el cuál la voluntad de las partes de someter sus controversias a este tipo de procedimiento es la característica principal. Por tal razón, el arbitraje forzoso desnaturalizaría a la institución propia del arbitraje. Sin embargo de aquello, en el Ecuador si nos encontramos con esta figura. En el Artículo 326 de la Constitución en el numeral 12 se establece que "Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje".

El arbitraje también puede clasificarse en razón del territorio en el cual se producen los efectos del arbitraje o en razón del lugar donde se lleva a cabo el procedimiento de arbitraje. Se denomina arbitraje doméstico o nacional a aquel que se desarrolla dentro del país con sujeción a las leyes locales para resolver conflictos sobre derechos y obligaciones que producen efectos jurídicos dentro del mismo país. Si los efectos jurídicos se producirían fuera del ámbito nacional, entonces nos referimos al arbitraje internacional. Este tipo de arbitraje se rige de conformidad con el derecho internacional. De igual forma, se considera como arbitraje internacional a aquel procedimiento en el cuál las partes tienen domicilios distintos o en los arbitrajes en los cuáles las partes acuerdan una sede internacional para confirmar el panel arbitral.

El Art. 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación define al arbitraje internacional como aquel cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

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

También se clasifica al arbitraje desde el punto de vista de las reglas aplicables al mismo. En este sentido el arbitraje puede ser formal o ritual, o informal o *irritual*. El arbitraje formal o ritual se refiere a aquel que está sometido a reglas específicas de procedimiento. En este tipo de arbitraje, las partes no pueden escoger sus propias reglas procesales y más bien, deben sujetarse a las reglas procesales consagradas por la ley. El arbitraje informal por el contrario, es aquel que no está sometido a ningún procedimiento en particular y las partes tienen la libertad de escoger las reglas procesales del arbitraje. Estas reglas procesales se las fijará en el pacto arbitral que suscriban las partes. Todo arbitraje que verse sobre materias de derecho administrativo, deberá ser formal y ritual sujetándose a las reglas procesales consagradas en la ley.

La clasificación más común y quizás la más importante es la que se refiere al modo de actuación de los árbitros y a la naturaleza de la decisión que se debe emitir con el fin de resolver la controversia. De acuerdo a este criterio, el arbitraje puede ser en derecho o en equidad.



Según Gil Echeverry, el arbitraje en derecho “es aquel en el cual los árbitros deben fundamentar su laudo teniendo en cuenta las normas sustantivas vigentes y la tarifa legal probatoria” (Gil Echeverry et al., 1993: p. 11).

El mismo autor define al arbitraje en equidad como aquel en el cual los árbitros profieren su fallo sin sujeción a la tarifa legal probatoria. En este arbitraje, los árbitros deciden según su leal saber y entender, aplicando los principios de la equidad y la verdad sabida y buena fe guardada, pudiendo conciliar las pretensiones opuestas; (Gil Echeverry et al., 1993: p. 11).

En el arbitraje en derecho, los árbitros deben actuar con sujeción a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. La particularidad de este tipo de arbitraje es que los árbitros necesariamente tienen que ser abogados y el laudo lo resolverán del mismo modo que lo haría un juez en la justicia ordinaria.

Por el contrario, en el arbitraje en equidad o conciencia los árbitros tienen mayor libertad para actuar y eventualmente pueden excluir la aplicación estricta de los preceptos jurídicos.

Esta clase de árbitros, también denominados amigables componedores o arbitradores fallan en equidad, es decir, según su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica, estando dispensados – por voluntad de las partes y por mandato de la misma ley- de sujetarse estrictamente a las reglas sustantivas y de procedimiento previstas por el ordenamiento jurídico para la resolución del caso; (Salcedo et al., 2001: p. 45).

Es importante señalar lo que menciona Salcedo Verduga al decir que “fallar en equidad o en conciencia no significa resolver un litigio de manera arbitraria irrespetando toda regla de procedimiento, pues sus principios son de orden

público y de obligatorio cumplimiento” (Salcedo et al., 2001: p. 46). Esta cita, nos hace advertir una contradicción pues por un lado Salcedo menciona que en el arbitraje en equidad los árbitros están dispensados de atender normas sustantivas y procesales, lo que no resulta ser tan cierto ya que en este tipo de arbitraje, los árbitros al momento de emitir un laudo pueden alejarse de normas legales sustantivas, pero durante el curso del procedimiento las normas de tipo procesal deben ser respetadas pues, como bien menciona este autor, son normas de índole públicas y por ende obligatorias.

Cabe indicar que todo arbitraje en el cual se involucre al Estado será en derecho. Es decir, si alguna materia dentro del derecho administrativo es arbitrable, ésta deberá resolverse a través de un arbitraje en derecho.

#### **1.4. Naturaleza Jurídica del Arbitraje**

De acuerdo a Salcedo Verduga, “el arbitraje es considerado como una institución compleja, que ha dado lugar -dentro de la doctrina- al surgimiento de una gran polémica respecto a su naturaleza jurídica”(Salcedo et al., 2001: p. 53). Esta complejidad se debe a que el arbitraje no es un procedimiento común para resolver asuntos en conflicto, sin embargo adquiere características y efectos casi idénticos a los de la justicia ordinaria. Es por esta razón que vale la pena analizar la naturaleza jurídica de esta institución para determinar si ésta forma parte de las instituciones conocidas dentro del derecho o si constituye una categoría diferente.

Es también importante revisar la naturaleza jurídica del arbitraje por el tema que nos atañen esta tesis. Mucho se ha debatido y muchas posiciones existen en relación a que si el arbitraje es una disciplina que pertenece al Derecho Público o al Derecho Privado. Sobre este debate, existen dos tesis que tratan de definir la naturaleza jurídica del arbitraje, “la tesis contractualista que representa la concepción privatística del arbitraje; y la tesis jurisdiccionalista

que pone énfasis en los aspectos publicistas del sistema”(Salcedo et al., 2001: p. 53-54).

#### **1.4.1. Tesis *contractualista***

La teoría *contractualista*, también conocida como teoría privatista sostiene que el arbitraje es similar “a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas” (Ramos, 1990, p. 1269). De igual manera, Patricio Aylwin Azócar argumenta que “en el arbitraje cabe a la voluntad de las partes para constituirlo y designar árbitros el elemento determinante de su naturaleza jurídica, lo asimila a un contrato y afirma su carácter privado” (Aylwin Azócar, 2005, p. 32).

Esta teoría pone énfasis en el carácter privado del arbitraje. Según Caivano, los árbitros no son jueces, sino particulares que no revisten por lo tanto la calidad de funcionarios públicos, y que no administran justicia en nombre del Estado sino por voluntades de las partes; (Caivano et al., 2000: p. 94).

Es por esta razón que, de acuerdo a esta tesis, los árbitros obtienen sus facultades por las voluntades de las partes y no por la ley. En tal consideración, los árbitros no son funcionarios públicos sino simples individuos privados que actúan como mandatarios de las partes.

La posición de Caivano y de esta tesis en general, no resulta tan cierta al contar en la actualidad con centros de arbitraje estatales donde los árbitros son funcionarios públicos, los mismos que administran justicia en nombre del Estado. Adicionalmente, los árbitros ejercen jurisdicción durante el desarrollo del proceso y tienen potestad de juzgamiento por definición constitucional y legal, en tal sentido los árbitros son funcionarios de justicia.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano establece en el Art. 5 que “la jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución de la República y sus leyes propias: las juezas y jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas.”

Los jurisconsultos que sostienen esta tesis consideran que la decisión arbitral no es lo mismo que una sentencia judicial, sino la simple ejecución del mandato otorgado por las partes para dirimir un conflicto.

En base a todos estos argumentos expuestos, quienes sostienen esta tesis comparten que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional.

#### **1.4.2. Tesis jurisdiccional**

A diferencia de la tesis *contractualista*, esta tesis pone énfasis en el elemento jurisdiccional o procesal del arbitraje. Esta tesis considera al laudo arbitral equivalente a la sentencia judicial y en tal consideración sostiene que los árbitros son jueces.

Feldstein de Cárdenas y Leonardi de Herbón expresan que la esencia del arbitraje se encuentra en la identidad de fondo de la función jurisdiccional otorgada a los tribunales, instituida por la ley de modo excepcional y temporario a los jueces privados que son los árbitros. De ellos resulta destacable que el arbitraje es un verdadero juicio, que el laudo tiene autoridad de cosa juzgada, con independencia de la fuerza ejecutoria que le confieren las normas del exequator; (Feldstein et al., 1998: p. 29).

El Estado ecuatoriano adopta esta tesis jurisdiccional a través de su Constitución y leyes ya que reconoce al arbitraje como un método alternativo

de justicia, sostiene que los árbitros son jueces y considera a los laudos arbitrajes como sentencias juzgadas.

Quienes apoyan esta tesis, fundan su argumento en el precepto que la administración de justicia es de carácter público. Siendo la Administración Pública una garantía provista por el Estado, los árbitros necesariamente deberán ser funcionarios públicos que administren justicia.

Si el propio Estado, a través de sus leyes, reconoce la posibilidad de los particulares de ejercer tales funciones mediante el mecanismo de arbitraje, la naturaleza de la actividad de los árbitros no puede ser otra que la de la función que están llamados a desempeñar; (Caivano et al., 2000: p. 96).

En conclusión, la tesis jurisdiccional sostiene que a pesar que las partes tengan la facultad de elegir a los árbitros, estos árbitros serán jueces dentro del proceso arbitral

y su laudo tendrá el mismo carácter que una sentencia emitida por el poder judicial. La diferencia recae sobre la ejecución del mismo laudo. Mientras los jueces pueden ejecutar sus propias sentencias, los árbitros no pueden ejecutar sus resoluciones. Estas tienen que ser ejecutadas a través de jueces ordinarios.

#### **1.4.2. Teoría mixta, intermedia o sincrética**

También existen algunos jurisconsultos que no terminan definiéndose por ninguna de las tesis anteriores, y más bien desarrollan la tesis mixta. De acuerdo con Margueritte Landrau y Louis Cremieu, la investidura de los árbitros tiene carácter privado ya que éstos no están encargados de juzgar un litigio por el Estado sino por los privados quienes los nombraron; pero una vez investidos de su calidad de árbitros, sus atribuciones son las de jueces y el ejercicio de sus funciones termina siendo un acto público de jurisdicción (Aylwin Azócar, 2005, p. 35).

## CAPITULO II EL ARBITRAJE EN EL ECUADOR

### 2.1. Historia

Los métodos alternativos de solución de conflictos no resultan ser mecanismos modernos ya que métodos similares fueron utilizados en tres etapas históricas del Ecuador.

En la etapa prehispánica del Ecuador los conflictos de diversos pueblos indios fueron resueltos por los llamados curacas o caciques. Estos actuaban como mediadores ayudando a encontrar soluciones y también actuaban como árbitros al imponer sanciones a ciertos actos que a su criterio, atentaban con la paz social. De igual forma en esta época histórica, también existían los ancianos quienes eran las personas indicadas para actuar en problemas de índole familiar, (Vintimilla Saldaña et al., 2002: p. 12).

En la época colonial, la corona española implementó algunos mecanismos para manejar y dilucidar conflictos que surgieren entre la población indígena. Algunos de estos mecanismos fueron las encomiendas el defensor de naturales, el cabildo de indios, entre otros; pero estos no llegaron a implementarse como se tenía previsto. En esta época se resalta el papel de los clérigos quienes actuaban como mediadores en los conflictos entre indios, criollos y blancos. Durante la época colonial también aparece la figura del arbitraje ya que en las Partidas de Alfonso X ya se regulaba al arbitraje para asuntos privados y a los árbitros se los denominaba amigables componedores; (Vintimilla Saldaña et al., 2002: p. 13-14).

En la época de la República, cuando en 1830 se logra la independencia se adopta la Ley de Procedimientos Civiles y en ésta aparecen los juicios de conciliación y arbitraje.

Tal como se puede observar, la figura de los métodos alternativos de solución de conflictos, y la institución del arbitraje en particular, fueron figuras que se han venido implementado en algunas etapas históricas. Con el pasar de los tiempos, se han ido institucionalizando estas figuras hasta llegar a la actualidad donde existe normativa específica que regula este procedimiento.

## **2.2. Ley de Mediación y Arbitraje en el Ecuador**

Debido a la creciente tendencia de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en el contexto de los negocios nacionales e internacionales, el 4 de Septiembre de 1997, fue promulgada en el Ecuador la Ley de Mediación y Arbitraje. Esta Ley reemplazó a la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y promulgada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963.

Muchos cambios se introdujeron en esta nueva Ley de Mediación y Arbitraje, siendo el más importante quizás la difusión y aplicación de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en la sociedad civil. Se eliminó la restricción referente a controversias que sean únicamente de carácter comercial, para el caso del arbitraje, y se amplió su aplicación a todos los conflictos referentes a derechos susceptibles de transacción.

En un inicio, muchos sectores se mostraron recelos sobre la utilización de estos nuevos métodos alternativos de justicia, pero con el tiempo la utilización de los mismos cada vez se ha vuelto más común. Esto, debido al ineficiente sistema de nuestra justicia ordinaria que se ha caracterizado por su lentitud y su alto grado de corrupción. Todos estos factores han llevado a nuestro ordenamiento jurídico a reconocer al arbitraje como un método alternativo de justicia para resolver controversias.

El 28 de septiembre de 2008 mediante referéndum, los ecuatorianos por una amplia mayoría aprobaron la nueva Constitución Política, la misma que fue

redactada por la Asamblea Nacional Constituyente por mandato constitucional luego de que los ecuatorianos se pronunciaran favorablemente en un proceso de consulta popular. La Constitución vigente reconoce al arbitraje como un método alternativo de solución de controversias, dándole una perspectiva distinta a la que se le daba en la Constitución de 1998. El Art. 190 contenido en la Sección Octava del Capítulo IV del Título IV de la Constitución vigente, dispone 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; (Constitución del Ecuador, 2008).

La Constitución Política del Ecuador de 1998 reconocía de igual manera al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de controversias. El Art. 191 rezaba que:

“Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley” (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).

Tal como se puede observar, en la nueva Constitución se agregan dos disposiciones que no constaban en el texto constitucional de 1998 y que resultan interesantes para el desarrollo de este trabajo de investigación. Se agrega en primer orden la determinación de que los métodos alternativos de solución de conflictos “se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” y en segundo orden se agrega la necesidad de contar para todos los casos en los cuales el Estado se debe



someter a arbitraje con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado (Marchán, abril, 2009).

El primer agregado, según Marchán, “no registra mayor novedad en vista de que la determinación de que el arbitraje se aplicará únicamente a las materias en las que se pueda transigir constaba ya en la Ley de Arbitraje y Mediación” (Marchán, abril, 2009).

La Ley de Arbitraje y Mediación que fue expedida en el año de 1997, y cuyo cuerpo normativo contiene sesenta y cuatro artículos divididos en tres títulos, en su Art. 1 establece:

“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” (Ley de Arbitraje y Mediación).

Se puede apreciar que el Art. 1 antes citado guarda estrecha relación y concordancia con el Art. 190 de la Constitución. Se reconoce al arbitraje como un método alternativo de solución de controversias sobre aquellas materias que sean susceptibles de transacción. Nuevamente, la Ley de Arbitraje y Mediación no llega a ser explícita y precisa en relación a qué materias son susceptibles de transacción. Este concepto de que se puede considerar como transigible consta en el Código Civil al referirse al contrato de transacción. Este tema se desarrollará ampliamente en el siguiente capítulo.

La segunda disposición que habla sobre la necesidad de contar para todos los casos en los cuales el Estado se debe someter a arbitraje con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, resulta desafortunada para el Ecuador según Marchán, “ya que se restringe la posibilidad del Estado de someterse a arbitraje mientras no cuente con la

autorización de un funcionario notablemente político, como lo es el Procurador General del Estado que es, a su vez, designado por el Presidente de la República”(Marchán, abril, 2009). Más adelante se analizará este tema que involucra al Estado en un proceso de arbitraje.

El Art. 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación reconoce dos clases de arbitraje, el arbitraje administrado y el arbitraje independiente. El arbitraje administrado como ya hemos visto, es aquel que se desarrolla con sujeción a la ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje reconocido dentro del territorio nacional. En el Ecuador existen algunos centros de arbitraje reconocidos, entre los más importantes se destacan los siguientes:

- Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio (Quito, Guayaquil, Cuenca)
- Centro de Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana

La segunda clase de arbitraje reconocido y contemplado en el Art. 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación es el arbitraje independiente. Este por el contrario, es aquel que se realiza conforme a lo que las partes pacten, siempre con arreglo a esta Ley. En este tipo de arbitraje, las partes tienen la posibilidad de establecer con precisión el marco de regulaciones procesales dentro del cual someterán sus controversias y las facultades que tendrá el o los árbitros que decidirán en última instancia.

Es evidente que durante los primeros años de vigencia de la Ley en el Ecuador, se ha demostrado que más fiabilidad presenta el arbitraje administrado por centros autorizados y reconocidos para el efecto, ya que la falta de conocimiento del proceso arbitral, incluso por abogados tradicionalmente conocidos como litigantes, representa un riesgo para asegurar el éxito de un arbitraje independiente.

El Art. 3 establece las clases de arbitraje en cuanto a la decisión del arbitraje. Nos referimos a si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho.

Específicamente, el Art. 3 establece lo siguiente: "Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

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

Dependiendo del tipo de controversia, las partes podrán elegir si el laudo arbitral deberá ser en equidad o en derecho. La diferencia entre estos dos tipos de arbitraje es que en el de equidad la decisión de los árbitros no debe responder estrictamente al acatamiento de una norma jurídica, sino a principios de equidad o justicia; aún cuando el procedimiento sí debe regirse a las normas procesales vigentes ya que son de orden público.

Por todas estas razones, la Ley faculta a las partes a decidir si el arbitraje será en derecho o en equidad y esta decisión debe ser tomada en cuenta en torno al conflicto que se va a resolver. En aquellos casos en los que los preceptos jurídicos sean fundamentales para la decisión arbitral, entonces se deberá elegir el arbitraje en derecho pero si las partes prefieren que prime la equidad basada en la sana crítica de los árbitros, entonces el arbitraje debería ser en equidad.

A falta de pacto, se entenderá que el arbitraje es en equidad.

### **2.3. El Arbitraje en el Derecho Administrativo Ecuatoriano**

Hay que admitir que en el Ecuador y en varios países Latinoamericanos ha existido cierta resistencia a la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos, para aquellas relaciones jurídicas en las cuales participa el Estado. Muchos tratadistas han tratado de marcar una diferencia entre las relaciones entre privados y aquellas en las que interviene algún ente estatal.

Dromi, por ejemplo, manifiesta que “En los contratos administrativos cabe el arbitraje como excepción y con carácter restrictivo, en los casos en que las cuestiones a dilucidar no afecten ni al orden público, ni al orden constitucional, ni agravien a la autoridad del Estado o a su soberanía” (Dromi, 1995, p. 374). Concluye este autor “Puede el Estado recurrir para dilucidar conflictos técnicos, cuestiones de hecho o de orden financiero - patrimonial. En el supuesto de que las cuestiones debatidas fueran sometidas a árbitros iuris, éstos podrán pronunciarse sobre cuestiones jurídicas dentro de los límites señalados. Sin embargo, los árbitros iuris no pueden tomar decisiones que impliquen ejercicio de prerrogativas de la Administración Pública o de funciones esenciales del Estado”(Dromi et al., 1995, p. 374).

En la actualidad, esta visión clásica ha cambiado y hoy día la aplicación del arbitraje como método alternativo de solución de controversias en las que está involucrado el Estado es muy normal. Esto quizás se deba al rol importante que la Administración Pública tiene en la actividad económica de los países y de igual forma responde al problema de la ineficiencia de nuestra justicia ordinaria que ya hemos venido mencionado.

Tanto la Constitución del Ecuador como la Ley de Arbitraje y Mediación reconocen al arbitraje como un método válido y legítimo para dilucidar ciertas controversias en las que interviene la Administración Pública.

El Art. 190 de la Constitución en su párrafo segundo establece que “En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

Tal como se desprende del artículo antes citado, y como ya se ha mencionado anteriormente, el Estado puede resolver ciertas controversias por la vía del arbitraje siempre y cuando se cumplan con ciertas exigencias. La primera será que se cuente con la autorización del Procurador General del Estado, la segunda que obligatoriamente el arbitraje sea en derecho y la tercera siempre y cuando el proceso arbitral se desarrolle conforme las condiciones establecidas en la ley. A todas estas exigencias expresas, habrá que sumar el factor importante objeto de este trabajo de investigación, que será si las materias dentro del derecho administrativo son objeto de arbitraje.

El Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, referente a la capacidad para acudir al arbitraje establece que “Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

Esta nueva disposición sobre la necesidad de contar para todos los casos en los cuales el Estado se debe someter a arbitraje con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, de acuerdo a Marchán "no entrañaba en la práctica problemática alguna, ya que en más del 90% de los casos en los cuales el Estado se sometía a arbitraje era a través de la celebración de cláusulas arbitrales contenidas en los diversos contratos, sin necesidad de contar con la autorización del Procurador" (Marchán, abril, 2009).

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en su Art. 11 dispone que "Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional

requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado”.

Este artículo, en concordancia con la Ley de Arbitraje y Mediación, establecen que las entidades públicas podrán someterse a arbitraje sin necesidad de un pronunciamiento favorable del Procurador, salvo en dos casos. El primero cuando la controversia haya surgido con posterioridad a la firma del contrato, y la segunda cuando el Estado decida someterse a un arbitraje internacional.

De los artículos antes citados, se define entonces que la ley ecuatoriana faculta a la Administración Pública a acudir a la instancia del arbitraje para resolver ciertas controversias. Se deben seguir y cumplir ciertas formalidades, pero en términos generales, en el Ecuador cabe el arbitraje para ciertas controversias en las que interviene un ente público. Sobre las materias arbitrales en el campo del derecho administrativo, que es el objetivo de este trabajo de investigación, se analizará a profundidad en el siguiente capítulo.

#### **2.4. El Tratamiento del Arbitraje Internacional en la Nueva Constitución del Ecuador**

El clima que reinó durante la redacción de la nueva Constitución, en torno al arbitraje internacional, resulta interesante analizar para efectos de este trabajo. Previo a la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, en el Ecuador y en varios países Latinoamericanos reinaba un ambiente de rechazo y hostilidad hacia los arbitrajes internacionales. Esto se debió en parte a una campaña promovida por el Presidente de la República en la cual denunció a estos centros de arbitraje internacional de defender y deberse a intereses de grandes conglomerados privados afectando los intereses del Estado. Esto llevó a la Asamblea Nacional Constituyente a redactar un artículo un tanto sesgado que con el tiempo se tornaría polémico por su ambigüedad y falta de claridad. El referido artículo es el 422 que establece lo siguiente:

“Art. 422.- No se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales a su nacionalidad sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional” (Constitución del Ecuador, 2008).

Tal como se desprende del artículo antes referido, se prohíbe expresamente la celebración por parte del Estado ecuatoriano de tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materias contractuales o comerciales. En un inicio, este artículo causó polémica ya que muchos interpretaron como que se prohibía al Estado ecuatoriano celebrar cualquier contrato en el que se cediera jurisdicción soberana sometiéndose a arbitrajes internacionales. Lo que se prohíbe es la celebración de tratados o instrumentos internacionales, siempre y cuando éstos se someten a arbitraje internacional, mas no se prohíbe la celebración de contratos o cualquier otro tipo de instrumento legal.

De acuerdo a Marchán en su artículo “El Tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana”, el artículo aprobado por la Asamblea Nacional parte de tres premisas incorrectas. La primera es que los legisladores asumen que la celebración de tratados internacionales es la única fuente por la cual un Estado



puede someterse a un arbitraje internacional. La segunda, de acuerdo al autor, es que se asumen que los únicos tratados que permiten la posibilidad de someterse a arbitraje internacional son aquellos que tratan sobre materias contractuales o comerciales. Y finalmente la tercera premisa errónea es que se asume que las únicas materias que se discuten en los arbitrajes internacionales son de carácter contractual o comercial (Marchán, abril, 2009).

Partiendo de la primera premisa, es claro que la norma Constitucional no prohíbe al Estado ecuatoriano a celebrar contratos con personas extranjeras, únicamente se prohíbe la celebración de tratados o instrumentos internacionales mediante los cuales se sometan las controversias a arbitrajes internacionales. Bastará entonces la sola aprobación del Procurador General del Estado, para que el Estado ecuatoriano pueda suscribir un contrato mediante el cual se someta a arbitraje internacional. Es tan claro este ejemplo, que desde la aprobación de la nueva Constitución, el Ecuador ha celebrado un sinnúmero de contratos comerciales por los cuales se ha fijado el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias.

La segunda premisa del autor no deja de ser menos cierta ya que efectivamente no solamente los tratados que versen sobre asuntos comerciales o contractuales son los únicos que pueden someterse a arbitrajes internacionales. Tratados o instrumentos internacionales que se celebren entre estados por los cuales se pretenda regular materias limítrofes, podrían someterse a arbitrajes internacionales sin que estas materias sean necesariamente de índole comercial o contractual.

Esta ambigüedad al momento de redactar esta norma Constitucional causó mucha polémica y debate entre muchos conocedores de la materia, pero queda claro que la única prohibición es que el Ecuador celebre tratados o instrumentos internacionales en los cuales se establezca arbitraje internacional como mecanismos de resolución de controversias sobre disputas de índole contractual o comercial.

### CAPITULO III SOBRE LA MATERIA ARBITRAL

Una vez entendido el arbitraje como un mecanismo legalmente admitido por la legislación ecuatoriana, como un procedimiento alternativo para la solución de controversias que surjan entre privados, así como en las relaciones en las que interviene el Estado, es menester entender qué materias pueden ser objeto de arbitraje. Esto ha sido materia de debate por muchos años, ya que la legislación ecuatoriana prevé un concepto muy general y subjetivo en cuanto a las materias arbitrales.

En torno a las materias arbitrales, nuestro ordenamiento jurídico prevé que el arbitraje se podrá llevar a cabo "en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir". Tal como se desprende de la cita anterior, las materias que se puedan transigir abarcan un amplísimo espectro que resulta difícil de discernir. Adicionalmente, en ninguna parte de nuestra legislación se encuentra definido lo que debe considerarse como "transigible". Ante la falta de definición sobre qué se debería considerar como materia transigible, necesariamente se debe acudir a los conceptos de derechos vinculados con los derechos susceptibles de transacción.

El Art. 87 de la Ley Orgánica de la Función Judicial del Ecuador que fue derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial, se disponía que podía decidirse por árbitros sólo las controversias sobre bienes o derechos que, siendo renunciables, pueden transmitirse por acto entre vivos.

Esta disposición guarda concordancia con el Art. 11 del Código Civil que establece que, "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia" (Larreategui, 1982, p. 84).

Según Juan Pablo Aguilar, "Para que una materia pueda ser sometida a arbitraje, es necesario que sea transigible, esto es que verse sobre derechos que su titular los pueda disponer libremente" (Aguilar, 2009, p. 20). Este criterio coincide con lo que dice el art. 2349 del Código Civil que dice: "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".

De las citas anteriores se pueden rescatar ciertas ideas importantes en relación a las materias arbitrales. La *transigibilidad* va acompañada de la disponibilidad, de acuerdo a Aguilar, y la disponibilidad dependerá de la libre negociabilidad de las cosas. A su vez, la disponibilidad guarda estrecha relación con aquellos derechos o bienes que pueden ser libremente dispuestos por sus titulares. Otro concepto importante que podemos rescatar de las anteriores citas es la de la "renunciabilidad". De acuerdo a la normativa vigente, solo pueden ser materia de arbitraje aquellos bienes o derechos que pueden ser renunciables.

La Constitución de la República dispone expresamente, que la renuncia de aquellos derechos considerados como fundamentales será nula. De igual forma, establece que el Estado garantizará la intangibilidad de esos derechos. Existen algunos derechos que son considerados como irrenunciables, como por ejemplo el derecho a la vida, a la libertad, al trabajo, entre otros. Estos son derechos inherentes a todo ser humano que bajo ninguna circunstancia podrían negociarse y peor aún transarse en procedimientos de arbitraje. Sería tan absurdo como resolver un asunto sobre el derecho de la vida de las personas para que sea resuelto por árbitros.

Estos derechos identificados como irrenunciables o fundamentales limitan la autonomía de la voluntad y por este motivo bajo ninguna circunstancia podría someterse a arbitraje.

De igual forma, los derechos de los trabajadores, los mismos que son irrenunciables de acuerdo a la Constitución no serían susceptibles de someterse a arbitraje. Asimismo, y según Carlos Larreategui Mendieta, "Las Materias de orden penal no son arbitrales, pero si lo es la indemnización civil derivada del delito" (Larreategui et al., 1982, p. 85).

Nuevamente vemos como el derecho limita la posibilidad de arbitrar sobre aquellos derechos que son considerados como irrenunciables. En el caso de conflictos laborales, existen centros especializados para resolver estas causas pero árbitros no podrán ser competentes para resolver cuestiones de índole laboral. De igual manera, las cuestiones penales por su naturaleza no pueden ser resueltas mediante arbitraje. Todas estas materias estrictamente deben ser resueltas por jueces competentes para resolver asuntos penales.

Autores como Ramos Ortello comparten esta visión de no admitir el arbitraje en el ámbito del Derecho Penal, ya que "La doctrina informa que la posibilidad del arbitraje se encuentra limitada a las materias de derecho privado, sobre las cuales las partes tengan la facultad de disposición".

Vemos como se introduce nuevamente el concepto de la disponibilidad. En asuntos penales, no existen cuestiones disponibles. Es una materia especializada que está sujeta a un código en el cuál se incluyen aquellas conductas o actos sancionados, y de acuerdo a este código se aplicarán las respectivas sanciones, multas y demás penas.

Larreategui también menciona que, "Los árbitros tampoco pueden conocer ni decidir asuntos que la ley no permite que sean sometidos al arbitraje como las cuestiones relativas al estado civil y condición de las personas, los litigios relativos a derechos políticos, etc., porque estas materias son de orden público y por ello determinan la incompetencia de los árbitros que puede ser alegada en cualquier momento por las partes y aún declararse de oficio" (Larreategui et al., 1982, p. 106).

De igual manera, la ley limita la posibilidad de someter a arbitraje aquellas cuestiones específicas como el estado civil de las personas o cuestiones que versen sobre derechos políticos, pero la ley no termina siendo suficientemente amplia y clara para delimitar todos aquellos asuntos que no son considerados como transigibles. Larreategui, sin embargo, introduce un concepto muy interesante que resulta fundamental para efectos de este trabajo de investigación. El autor señala que aquellas materias de orden público no pueden ser conocidas o resueltas por árbitros. Este concepto de "orden público" será determinante analizar cuando nos enfoquemos en el ámbito del derecho administrativo.

Sobre la discusión de derechos irrenunciables, queda claro entonces que estos no se podrán someter a arbitraje según la legislación ecuatoriana. En este sentido, no se podría someter a arbitraje los siguientes asuntos:

- Delitos de orden público
- Asuntos sobre el estado civil de las personas
- Derechos de la personalidad como el derecho a la vida, a la libertad, al honor, al nombre, etc.
- Asuntos sobre la validez del matrimonio
- Sobre la filiación
- Sobre la sucesión futura o sobre la herencia
- Sobre derecho de alimentos
- Sobre asuntos que están decididos judicialmente por sentencia irrevocable

Quedan entonces, enunciados taxativamente aquellos derechos que de acuerdo a nuestra normativa, no pueden ser objeto de arbitraje. Esto desde la perspectiva de aquellos derechos que versan sobre intereses particulares que son considerados como irrenunciables. Esta distinción entre derecho renunciables no resulta tan sencilla cuando nos referimos a aquellos derechos que versan sobre intereses colectivos. La normativa ecuatoriana no es clara al

definir cuáles son aquellos derechos de interés colectivo o público que no son renunciables, y es aquí donde se traza una línea subjetiva que se presta para muchas interpretaciones y criterios. Más adelante se analizarán aquellos derechos que versan sobre intereses colectivos y se determinará si estos podrían eventualmente someterse a procedimientos de arbitraje.

Según Larrea Holguín, “No todos los derechos pueden ser objeto de transacción, sino solo aquellos que tengan un carácter privado, pues, como dice De Buen, la transacción no debe servir nunca para eludir el cumplimiento de las leyes ni para la renuncia de derechos irrenunciables. En consecuencia: a) Si bien se puede transigir sobre la acción civil procedente del delito, no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena correspondiente. b) No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros. c) Una transacción que cede en perjuicio de los herederos forzosos y se refiere a la partición de los bienes, es nula”. (...) Aubry y Rau señalan que no se puede transigir sobre derechos que están fuera del comercio, como los relativos a la patria potestad, la autoridad paterna o maternal, ni sobre el estado civil. Tampoco se admite, sobre materias de orden público ni sobre derechos que no admiten ninguna convención” (Larrea Holguín, 2005, p. 246).

El Art. 87 de la ya derogada Ley Orgánica de la Función Judicial del Ecuador, en su parte final se establecía que podía decidirse por árbitros las controversias sobre bienes o derechos que pueden transmitirse por acto entre vivos. Este concepto guarda estrecha relación con lo que establece el Art. 2349 del Código Civil que establece que “No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”.

Queda claro entonces que solo podrán someterse a arbitraje aquellos asuntos que versen sobre bienes o derechos que se transmitan por acto entre vivos.

Como se indicó anteriormente, quedan excluidos entonces todos aquellos asuntos sobre sucesión o sobre herencia.

Continuando, el Art. 2349 del Código Civil resalta un concepto interesante para analizar. Este concepto es el de la disponibilidad.

Se podrán someter a arbitraje aquellos asuntos o controversias que versen sobre bienes o derechos sobre los cuales sus titulares puedan disponer de ellos. De acuerdo a nuestra legislación, existe un sinnúmero de objetos que son considerados como no disponibles. A manera de ejemplo se podrían citar los bienes públicos que no pueden ser dispuestos por ninguna persona. Esto nos lleva al asunto sobre los objetos que están comprendidos en la transacción. Como primer punto se requiere que los objetos o derechos materia del arbitraje sean disponibles y como segundo punto, es necesario que aquellos objetos o derechos estén comprendidos dentro de la transacción. Si el titular de los bienes o derechos objeto de alguna controversia es titular de los mismos y puede disponer de estos libremente, estando estos comprendidos dentro del comercio; podrán ser entonces objeto de arbitraje.

Para comprender de mejor forma todos estos conceptos relacionados sobre las materias arbitrales, es menester hacer un análisis con jurisdicciones de otros países sobre materia arbitral.

### **3.1. Derecho Comparado**

La Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica establece en sus artículos 2 y 18 lo que se considera como materia arbitral. El 18 de este cuerpo normativo establece lo siguiente:

“...Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena

disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes...” (Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, 2002).

Tal como se desprende, la ley costarricense tampoco establece una lista de materias no arbitrales, y termina definiendo de forma muy general lo que debe considerarse como materias arbitrales. Se agrega un concepto interesante y diferente a lo que establece la legislación ecuatoriana, este es el de “controversias de orden patrimonial”.

De acuerdo al artículo inédito titulado “Materia Arbitrable y Cláusula Arbitral”, un asunto patrimonial se refiere a aquellos que versen sobre bienes o intereses que puedan ser valorados económicamente. Asimismo el Diccionario de la Real Academia define la palabra “patrimonio” como “...Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de valoración económica...” (Diccionario de la Real Academia Española, 1992, p.1550).

La legislación costarricense incorpora un nuevo concepto que la legislación ecuatoriana no lo incluye. De acuerdo a esta legislación solo podrán someterse a arbitraje aquellos asuntos que puedan ser valorados económicamente. Resulta un concepto interesante ya que limita la subjetividad sobre la materia arbitral. Disputas sobre derechos o bienes que no tengan un valor patrimonial no podrían ser objeto de arbitraje según esta legislación. Si bien el concepto es nuevo, guarda estrecha relación con el análisis desarrollado sobre derechos irrenunciables. Estos derechos no son susceptibles de valoración económica por lo que, disputas relacionadas con derechos irrenunciables no podrían ser sometidas a procedimientos arbitrales.

Al igual que la legislación ecuatoriana, la normativa costarricense admite que solo podrán someterse a arbitraje las “cuestiones donde las partes tengan



plena disposición". Sobre este asunto, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte de Costa Rica ha reiterado que únicamente se puede acudir a la vía del arbitraje cuando se trate de materias patrimoniales disponibles; es decir, cuando se trate de conflicto de intereses de carácter patrimonial en los cuales las partes tengan plena disposición sobre los derechos discutidos ("Materia Arbitrable y Clausula Arbitral"). En tal consideración y como ya lo hemos manifestado, se debe entender que una materia disponible es aquella que se encuentra dentro del comercio de los hombres, cuando éstos tienen poder de disposición sobre ellas.

Sobre el asunto de la disponibilidad cabe revisar lo que sostiene Artavia Barrantes, cuando menciona que "la indisponibilidad tiene dos maneras de manifestarse; a nivel normativo cuando el legislador enumera las exclusiones, y en el plano práctico, referido a la imposibilidad del sujeto de ejercer ciertos derechos" (Artavia Barrantes, 2003, p. 25).

Serán entonces indisponibles aquellas cuestiones que el legislador enumera expresamente y aquellas cuestiones en las cuales al titular de derechos o bienes le resulte imposible ejercer las mismas. Volvemos al caso por ejemplo, de bienes públicos o derechos irrenunciables que el legislador expresamente ha considerado como no disponibles.

En la legislación argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece de forma expresa que no podrán someterse a arbitraje, bajo pena de nulidad, aquellas cuestiones que no pueden ser objeto de transacción (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Esta legislación se asemeja mucho a la ecuatoriana en el sentido que también considera como materia arbitral a todos aquellos asuntos que versen sobre objetos transables. Se incorpora la figura de la nulidad que resulta obvia ya que si se somete alguna cuestión a un procedimiento de arbitraje, siendo esta cuestión no arbitrable, entonces el proceso de arbitraje será nulo.

En España por el contrario, se regulan las materias arbitrales sobre la base del criterio de la libre disposición. La ley número 60 del 23 de diciembre del 2003 regula el arbitraje en este país y sostiene en principio que, son cuestiones arbitrales las cuestiones disponibles. Como ya hemos mencionado, la disponibilidad está sujeta a las limitaciones que el legislador establezca expresamente o a aquellos derechos sobre los cuales le resulta imposible al titular disponer de los mismos.

La Ley General de Arbitraje del Perú en su artículo 1 establece lo siguiente:

"Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen la facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a material ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versen sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a los bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versen sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público".

La legislación peruana se acoge al concepto de la libre disposición que ya hemos analizado e incorpora cuestiones relativas a materias ambientales. A diferencia de las otras legislaciones aquí señaladas, la legislación peruana expresamente establece aquellas cuestiones que no pueden ser sometidas a arbitraje. Se provee un listado de excepciones sobre las materias arbitrales que en su mayoría concuerdan con lo que hemos señalado anteriormente. Podríamos concluir que esta legislación es la menos subjetiva ya que ofrece un listado taxativo de materias que no pueden someterse a arbitraje. Las otras legislaciones, incluyendo la ecuatoriana, prevén conceptos generales y muchas veces subjetivos lo que muchas veces dificulta su interpretación.

Tal como se ha desprendido de este análisis comparado sobre algunas legislaciones internacionales, podemos ver que muchas comparten algunos conceptos y en definitiva terminan siendo muy similares. Se introducen conceptos como el de la transigibilidad, que va acompañado del concepto de la disponibilidad. Para que un bien o derecho se pueda transigir, el titular de estos debe tener poder de disposición. Quizás este concepto ha sido el que más se ha repetido entre las legislaciones analizadas y he hemos podido ver como la disponibilidad va de la mano de la negociabilidad. Para que un bien o derecho sea disponible, este debe estar comprendido dentro del comercio. Es justamente por esta razón que los derechos irrenunciables, los mismos que no pueden ser valorados ni comercializados, no podrían someterse a un proceso arbitral.

Todos estos conceptos resultan más fáciles de comprender sobre aquellos derechos que tienen como fin el interés individual de las personas, pero esta distinción no resulta tan sencilla cuando se trata de derechos colectivos que están enfocados a satisfacer el bien público. Es menester hacer un análisis sobre esta diferencia para entender de mejor forma las materias arbitrales dentro del derecho público.

### **3.2. Materias arbitrales en el Derecho Privado vs. Materias arbitrales en el Derecho Público**

Para entender de mejor manera cuáles son consideradas como materias arbitrales, se debe hacer un análisis teniendo en consideración las particularidades del derecho privado en comparación con las características del derecho público. Esta diferencia resultará trascendental ya que estas dos ramas del derecho se ocupan de diferentes intereses. En el caso del derecho privado se superponen los intereses particulares, mientras que en el derecho público los intereses colectivos pesan sobre los intereses individuales.

En tal sentido, todas las definiciones y conceptos descritos anteriormente no ofrecen ningún inconveniente en el ámbito del derecho privado puesto que todo resulta ser transigible, y por ende arbitrable. La única limitación dentro del derecho privado para transigir son aquellas prohibiciones expresas de la ley. Es por eso que en el campo privado, absolutamente todos aquellos derechos o bienes considerados como renunciables o negociables son objeto de arbitraje.

Por esta razón, el debate sobre las materias arbitrales no se ha enfrascado en ninguno de los aspectos del derecho privado. Parecería ser que entre autores, juristas y expertos no existe discusión sobre las materias que pueden ser objeto de arbitraje en el derecho privado. La regla simplificada para resolver asuntos controvertidos en derecho privado, es que todos aquellos asuntos o controversias que versen sobre bienes o derechos renunciables o de libre disposición, podrán ser sometidos a arbitraje salvo aquellos expresamente prohibidos por la ley.

La regla general es la autonomía de la voluntad contractual, así como la disponibilidad en el comercio de todos los bienes jurídicos, excepto de aquellos que (i) han sido exceptuados por el legislador o (ii) no admiten libre disposición en atención a los elementos que hacen a su esencia. En contratación pública, el legislador suele incluir limitaciones a esta regla general, por razones de

orientación política antes que por improcedencia jurídica, y en consecuencia tales limitaciones deben interpretarse restrictivamente, como excepción a la regla que son.

Sobre este particular, Ignacio Granado Hijelmo manifiesta que “En el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, el arbitraje se acepta en Derecho Privado como expresión de la autonomía de la voluntad, es decir, como fruto de un contrato de compromiso o de la cláusula compromisoria ínsita en un contrato distinto, pero siempre que verse sobre materias transigibles y no se impida un recurso ulterior a la jurisdicción ordinaria pues ésta es, según nuestro Tribunal Constitucional, la forma de resolver la aparente contradicción entre los principios constitucionales de libertad civil y contractual y de tutela jurisdiccional efectiva”.

En definitiva, en el derecho privado todos los asuntos podrán someterse a un proceso de arbitraje, siempre y cuando éstos versen sobre materias transigibles y de libre disposición. Todo esto se ampara dentro de la autonomía de la voluntad de las partes quienes son libres de acogerse a un procedimiento de arbitraje. Las únicas excepciones serán aquellas materias expresamente prohibidas por el legislador y como ya hemos dicho, aquellas materias sobre las cuales no se pueda transigir.

Esto resulta muy diferente en el derecho público por varias consideraciones que serán analizadas posteriormente. Al ser una rama del derecho que se ocupa de los intereses colectivos, existen muchas áreas que se podrían considerar como no negociables y que resulta difícil definir con claridad conceptos como el de la transigibilidad o el de la disponibilidad, por lo que muchos asuntos dentro de este campo son considerados por muchos autores como no arbitrales.

## CAPITULO IV

### **SOBRE LA MATERIA ARBITRAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Como ya se ha señalado, la legislación ecuatoriana no termina siendo lo suficientemente clara al definir qué materias son transigibles por su naturaleza. Muchos conceptos como el de la disponibilidad complementan esta subjetividad y nos permiten tener una idea más clara y concisa sobre las materias arbitrales.

Hemos mencionado que dentro del ámbito privado, este concepto abarca un espectro más amplio ya que esta rama del derecho se enfoca en intereses particulares, pero esta definición no resulta tan sencilla de dilucidar cuando nos ocupamos de asuntos dentro del derecho administrativo o público.

Por esta misma razón, Juan Pablo Aguilar Andrade en su artículo “Sobre las Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo” manifiesta lo siguiente:

“En materia de arbitraje, si bien se ha generalizado su aceptación como instrumento para solucionar controversias en las que interviene la administración, muchos administrativistas no entienden sus particularidades y lo siguen viendo con recelo y, desde el campo de los civilistas, se pretende aplicar a la administración el mismo aparato doctrinal que se utiliza en el arbitraje privado” (Aguilar, 2009, p. 20).

Tal como lo sostiene Aguilar, las materias arbitrales en el derecho administrativo todavía son debatidas entre juristas por las particularidades intrínsecas del derecho público, por lo que trataremos de definir cuáles son consideradas como materias arbitrales dentro de esta rama del derecho.

Exista una gran diferencia entre el obrar en el derecho privado y el obrar en la Administración Pública. La administración no obra libremente ya que está sometida al principio de legalidad. En el derecho administrativo, solo se puede actuar mientras la ley lo permita o lo faculte. La actividad administrativa no es ejercicio de libertad, sino “de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido” (García de Enterría y Ramón Fernández, 2001, p. 441).

Enrique Silva Cimma agrega sobre este sentido que, “Vinculada directamente sobre el principio de legalidad así reconocido, está una directa consecuencia de aquel. Nos referimos a la norma esencial del Derecho Público relativa con la consagración de la competencia, es decir, de la aptitud o potestad de obrar de cada órgano del Estado. Este principio de la competencia prescrito en la ley, y por lo tanto de origen legislativo, significa que todo órgano del Estado debe someter su acción a la ley y que nadie, por lo tanto, puede dejar de ajustar su actividad a ella ya en lo concerniente primero a la legalidad de su investidura, es decir, a la legitimidad del órgano; enseguida a que él actúe en los términos que la ley que regula su competencia le prescribe; y, finalmente, respetando la forma que esa ley estatuye” (Silva Cimma, 1996, p. 22).

De las citas anteriores se desprende la primera gran diferencia entre el derecho privado y el derecho administrativo. Mientras que en el derecho privado, todo está permitido salvo que esté prohibido expresamente por la ley; en el derecho público no es un poder libre sino un poder sometido a la norma expresa. Esto nos lleva al primer análisis que es, en el derecho privado actuando en ejercicio de la autonomía propiamente dicha, se pueden disponer libremente los derechos o bienes en medida que no exista prohibición expresa. Esto en torno a que en el derecho privado priman los intereses individuales.

La Administración Pública ejerce sus funciones a través de potestades de las que están investidos sus funcionarios. Esto va estrictamente de la mano del principio que rige la Administración Pública que es el principio de la legalidad. Juan Pablo Aguilar en su artículo, Sobre las Materias Arbitrales en el Derecho Administrativo, señala que la administración ejerce sus ejercicios a través de potestades. Continúa identificando dos tipos de potestades, las potestades regladas y las potestades discrecionales.

Se señalan como potestades regladas aquellas que la administración está en obligación de ejercer. Estas siempre estarán destinadas a satisfacer el interés común y existe un consenso general en admitir que estas jamás pueden ser objeto de arbitraje ya que la administración no hace otra cosa que cumplir con un expreso mandato legal.

Fernando Martos Navarro, en su obra *Gestión de la Función Administrativa* define a las potestades regladas “como aquellas en las que el margen de decisión entre opciones posibles, admitidas jurídicamente, es inexistente, de forma que el órgano competente ha de aplicar la única opción aceptable en Derecho, previa interpretación, en su caso, de la norma de cobertura del ejercicio de la potestad, aun cuando ésta contenga concepción jurídicos indeterminados – por ejemplo, el interés público, la diligencia del buen padre de familia-. Precisamente es característica del ejercicio de las potestades regladas la exigencia de tales conceptos que, por su propia esencia, no pueden contener un mayor grado de precisión, dejando así un margen de apreciación al intérprete” (Martos Navarro, 2006, p. 48).

Tal como lo señala Martos Navarro, cuando nos referimos a las potestades regladas existe cero margen de decisión entre múltiples opciones, son simplemente aquellas potestades específicamente determinadas por la ley que la Administración Pública debe cumplir.



A diferencia de las potestades regladas, están las potestades discrecionales. Estas no deben confundirse con libertades que tiene la Administración Pública de hacer lo que crea conveniente.

Como en efecto señala Aguilar, “la ley, cuando asigna potestades discrecionales, no da manos libres a la administración sino que le permite optar por el camino que considere más adecuado para satisfacer los intereses colectivos”.

Martos Navarro agrega en este sentido que las potestades discrecionales como “aquellas potestades que permiten al órgano competente la elección entre diversas opciones, todas administrables en lo jurídico, siempre que no se incurra en arbitrariedad y en el bien entendido de que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa ha de ir dirigido al cumplimiento del fin perseguido en la norma en que aquella se fundamente”(Martos Navarro, 2006, p. 48).

La diferencia entre estas dos potestades es que en aquellas potestades discrecionales, existe un margen de apreciación que le permite a la administración disponer o tomar decisiones a favor de intereses colectivos, siempre que estas decisiones estén plenamente justificadas. Martos Navarro hace un análisis que resulta interesante al manifestar que para que las potestades discrecionales tengan validez, las mismas que permiten al órgano administrativo elegir entre diversas opciones, deben cumplir con el fin para el que fue redactada la norma.

Sobre este particular Aguilar manifiesta lo siguiente:

“La discrecionalidad, entonces, no implica capacidad para disponer libremente sobre el ejercicio de la potestad, sino la existencia de “cierto margen de apreciación” que permite analizar opciones pero que, en definitiva, debe concretarse en una decisión que se justifique como

necesaria para el interés colectivo. Ese interés colectivo no es transable; en consecuencia, la decisión se justifica en función de fines de orden público y negociarla sería tanto como negociar esos fines” (Aguilar, 2009).

Juan Pablo Aguilar hace un análisis muy interesante entre los derechos subjetivos y las potestades que según él, están investidas en la Administración Pública. De acuerdo a este autor, los derechos subjetivos se descomponen en facultades y como su nombre lo indica, son de ejercicio voluntario o facultativo. Sobre este particular, el autor señala que los derechos subjetivos son recurrentes en el ámbito del derecho privado ya que los particulares persiguen intereses individuales. La diferencia se marca ya que los órganos administrativos no tienen intereses individuales, sino que actúan en consideración al interés común.

Aguilar menciona que “A diferencia de los derechos subjetivos que son renunciables y transmisibles porque satisfacen intereses de su titular, las potestades son intransmisibles e irrenunciables porque están orientadas a satisfacer el interés ajeno” (Aguilar, 2009).

El autor se refiere a un asunto que resulta determinante al momento de definir que asuntos son materia de arbitraje en el derecho público. Como ya mencionamos anteriormente, en el derecho privado todo es transigible, salvo prohibición expresa. Esto se debe a que en el derecho privado los particulares son titulares de derechos subjetivos los mismos que son renunciables y transmisibles. Cuando nos referimos al derecho administrativo, ocurre lo contrario ya que la posibilidad de transigir o pactar un arbitraje estará sujeta a la existencia de una norma expresa que lo autorice.

En este sentido, Aguilar indica que “En consecuencia, cuando se trata de la administración, lo arbitrable no tiene que ver con aquello de lo cual se pueda disponer libremente, con la transigibilidad, sino con la

existencia de una potestad expresamente conferida por la ley” (Aguilar, 2009).

En todo caso, lo que es claro es que cuando hablamos de potestades públicas regladas hay consenso en sostener que no es materia transigible y por tanto no es arbitrable.

Según Juan Pablo Aguilar, esta conclusión resulta lógica pues: “si se toma en cuenta que en ese caso la administración no hace otra cosa que cumplir un expreso mandato legal y admitir que la pretensión de transar sería tanto como dar a las leyes el carácter de negociables” (Aguilar, 2009).

Igual criterio tiene Juan Manuel Trayter cuando dice: “...no podrá versar nunca el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre potestades discrecionales... en sus aspectos también reglados. Como ya hemos señalado una de las cuestiones esenciales del arbitraje es que las cuestiones litigiosas por él resueltas debe ser materia de ‘libre disposición’ circunstancia que no ocurre en los supuestos señalados” (Trayter, 1997, p. 95).

Debemos concluir entonces que las potestades públicas del Estado, ya sean estas regladas o discrecionales, no son materia transigible y por ende no podrían ser sometidas a arbitraje.

#### **4.1. Convenciones o Relaciones Contractuales en las que interviene el Estado**

Los órganos públicos no solo actúan a través de potestades, también pueden actuar mediante acuerdos suscritos ya sea con otros órganos administrativos o con personas de derecho privado. Estos acuerdos se perfeccionan utilizando

convenios o figuras contractuales en las cuales las partes convienen ciertas condiciones que regularán la relación.

Algunos autores sostienen que la Administración Pública solamente puede actuar por medio de actos unilaterales. Otto Mayer sostiene que “el Estado solo puede actuar unilateralmente, por medio de actos administrativos y... los actos de sumisión de los particulares, con su consentimiento, si bien se denominan contratos, por su estructura jurídica no son tales, usándose la designación de contratos de derecho público, solo para distinguirlos de los contratos civiles, con los cuales guardan cierta similitud aparente” (Aguilar, 2009, p. 25).

Esta aseveración no resulta tan cierta en consideración que en la actualidad la idea de que la administración pueda utilizar figuras del derecho privado es generalmente aceptada. El Estado a diario celebra contratos y esto bajo ningún concepto significa que se están afectando las potestades del Derecho Público.

Aguilar señala que “Cuando la Administración expresa su voluntad por medio de convenciones, utiliza un instrumento propio del Derecho Privado y, sobre todo, no se impone unilateralmente sino que fija de común acuerdo las condiciones de la relación” (Aguilar, 2009, p. 25). Es cierto que los contratos celebrados por la Administración Pública son considerados como contratos de adhesión, pero esto no impide que los términos de la relación contractual se definan, no solo por las normas contempladas en el sector de la contratación pública, sino también de acuerdo a las condiciones que sean planteadas por el contratista.

Por esta misma razón, los conflictos que pudieren surgir de la relación contractual establecida entre los órganos de Administración Pública y cualquier persona del derecho privado, podrían solucionarse a través del arbitraje. Por eso se puede decir que en los contratos administrativos el arbitraje cabe perfectamente.

Cuando contrata la administración renuncia a la imposición unilateral de su voluntad y consigue sus objetivos en acuerdo con los particulares y al hacerlo genera relaciones de contenido patrimonial. La combinación del contenido patrimonial, la intervención de los particulares y la utilización de “la figura par excellence del Derecho Privado”, el contrato, es lo que convierte al arbitraje en una posibilidad para solucionar controversias relacionadas con ese contenido patrimonial; (Aguilar, 2009: p. 26).

Como se puede apreciar, cuando la Administración Pública celebra contratos con contenido patrimonial para conseguir un fin determinado, que como ya hemos resuelto debe responder a intereses colectivos, no se ve afectada la potestad pública del órgano administrativo. Por el contrario se utiliza una figura del derecho privado y permite que las disputas que surjan de esta relación sean resueltas en un proceso de arbitraje.

El campo de los contratos públicos se convierte así, para usar las palabras de Trayter en el “hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje” (Trayter, 1997, p. 95), precisamente porque se abre un espacio de negociación que permite a la Administración usando instrumentos del Derecho Privado, convenir con los particulares las condiciones más adecuadas para el cumplimiento de los fines públicos.

Ahora bien, que las potestades públicas del Estado no sean materia transigible y por tanto no susceptible de arbitraje, no quiere decir que los efectos de medidas estatales abusivas e ilegales en ejercicio de esas potestades provoquen perjuicios al particular y violenten sus derechos contractuales.

“Por ello las exclusiones al arbitraje, mecanismo válido, así reconocido de modo general para la resolución de disputas que involucran al Estado, deben interpretarse restrictivamente. En este sentido, las discrepancias relativas a la aplicación de normas tributarias, si bien

excluidas del arbitraje internacional, pueden tener efectos violatorios de los derechos del inversionista, ya sea que éstos se originen en un tratado internacional, en un contrato o en la ley interna, y los tribunales arbitrales sí tienen jurisdicción para examinarlas en cuanto a tales efectos y a las medidas indemnizatorias correspondientes, ya que efectivamente la jurisdicción arbitral no tendría efecto extintivo directo sobre las decisiones del estado anfitrión en tales materias” (Tobar, 2010, p. 16).

Para comprender de mejor forma y a manera ilustrativa, el Estado tiene la potestad de declarar la caducidad, por ejemplo el de una concesión minera, si esta decisión se la toma precautelando los intereses colectivos. La declaratoria de caducidad no podría ser sometida a un proceso de arbitraje, ya que esta decisión es ejercida en base a las potestades de las cuales está investida la Administración Pública. Estas potestades no son negociables ni transables, por lo tanto no podría ser sometida a un proceso de arbitraje.

Lo que si resulta transigible, y por ende arbitrable es cuando la declaratoria de caducidad de una concesión minera es producto de una medida abusiva o desproporcionada o que de otro modo afecte los derechos del particular desarrollados o contemplados en el contrato administrativo. Para esto, es necesario que confluayan determinadas condiciones: i) que no exista exclusión expresa en la cláusula de controversias para aquellas surgidas con ocasión de la caducidad; y, ii) que exista texto contractual suficiente para contraponer el eventual ejercicio de las potestades públicas con derechos de particulares contemplados en el contrato, y en consecuencia vincular las controversias derivadas de las medidas estatales dictadas en uso de potestades públicas a materia contractual.

Como hemos señalado, los actos administrativos ejercidos en base a potestades públicas no pueden ser resueltos en arbitraje por su carácter de no transigibles. La posibilidad de someter una disputa a arbitraje, en aquellos

casos en los que interviene el Estado, se limitan a todo lo que tenga que ver con el ejercicio de potestades públicas que puedan afectar la ejecución contractual. Estas potestades al ser consideradas como extracontractuales, por no haber sido acordados en el contrato, no son arbitrables.

La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha expresado lo siguiente sobre este asunto:

...si bien es factible que las partes de un contrato –en donde una de ellas sea una entidad del Estado-, pueden convenir en someter a la decisión de árbitros las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes; (Aguilar et al., 2009, p. 29).

Por el contrario, y lo que si podría ser sometido a arbitraje son aquellas consecuencias o afectaciones de carácter patrimonial que se deriven del ejercicio de potestades públicas.

...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; (Aguilar et al., 2009, p. 29-30).

Si bien el autor antes citado expresa que si las causas son consecuencia directa del ejercicio de potestades públicas, éstas no podrían ser sometidas a arbitraje; cabe la duda. El acto administrativo no podría ser sometido a arbitraje por ser un acto no transigible, pero las consecuencias del acto administrativo si podrían ser resueltas en un proceso de arbitraje. Mas si estas causas o efectos son de carácter patrimonial ya que estas consideraciones dan origen a la celebración de contratos por tal motivo estas disputas estarían amparadas por los principios del derecho privado. Como ya hemos mencionado, las consideraciones patrimoniales en un contrato celebrado por un órgano administrativo son la base de la relación, que en este caso no corresponden a órdenes unilaterales de autoridad sino a convenios y acuerdos entre las partes.

En este caso y volviendo a nuestro ejemplo de la declaratoria de caducidad de una concesión minera, el acto administrativo o la mera declaratoria de caducidad no podría ser sometida a arbitraje en virtud que esta decisión responde al ejercicio de las potestades públicas que tienen como último fin la satisfacción del interés colectivo. Si esta decisión estaría justificada, entonces no sería transigible y por ende no arbitrable.

Por el contrario, los efectos patrimoniales causados a consecuencia del acto administrativo si son materia arbitrable ya que estas consideraciones fueron acordadas entre las partes en el contrato, y por ende las partes se sometieron a las instituciones del derecho privado, como es el arbitraje. En este caso, la controversia nace de una relación contractual y sobre este particular el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, deberán cumplir con los requisitos que establece la ley cuando la relación jurídica a la cual se refiere el convenio sea de carácter contractual.



#### **4.2. Arbitraje en Tratados Internacionales de Inversión Recíproca**

Si bien este tema se aleja del enfoque central de este trabajo, resulta interesante hacer un breve análisis sobre los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones que es un tema en boga en la actualidad. Los Tratados Bilaterales de Protección de Inversión son aquellos de carácter comercial firmados entre Estados. Estos tienen por objeto brindar cierta protección al capital extranjero cuando se realizan inversiones en otros Estados.

Estos tratados contienen cláusulas compromisorias para la resolución de cualquier controversia que podría surgir con el afán de proteger cualquier acción abusiva que podría afectar al inversionista. Al ser tratados suscritos entre estados, nos encontramos con la particularidad que en estos casos un panel arbitral si podría resolver sobre asuntos que nazcan de potestades del Estado. Tomando el ejemplo anterior sobre la declaratoria de caducidad de un contrato de concesión, hemos señalado que el afectado en este caso no podría someter a arbitraje el acto administrativo por el cual se declaró la caducidad del contrato; sin embargo los Tratados Bilaterales de Protección de Inversionistas podrían amparar situaciones como está con el objeto de proteger al inversionista ante una medida abusiva.

## CAPITULO V

### CONCLUSIONES

- El arbitraje es un procedimiento jurisdiccional particular, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se somete la solución de conflictos de carácter transigibles, a la decisión de árbitros, los mismos que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para emitir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial.
- El arbitraje se clasifica en diferentes tipos, existiendo docén consideración de su funcionalidad y manejo, que se la hace principalmente al modo de elección de los árbitros que participarán dentro del proceso. Estos dos tipos de arbitraje son el ad-hoc o independiente o libre, y el institucional o administrado. Teniendo en cuenta las particularidades del derecho administrativo, el arbitraje ad-hoc o independiente nunca podría ser tomado en cuenta para asuntos que involucren a la Administración Pública. Cualquier proceso de arbitraje en el cual esté involucrado un órgano administrativo, deberá regirse conforme a normas específicas determinadas por la ley.
- El arbitraje también se divide en relación al modo de actuar de los árbitros y a la naturaleza de la decisión que estos emitan. En el arbitraje en derecho, los árbitros deben actuar con sujeción a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. La particularidad de este tipo de arbitraje es que los árbitros necesariamente tienen que ser abogados y el laudo lo resolverán del mismo modo que lo haría un juez en la justicia ordinaria. Todo arbitraje en el cual se involucre al Estado será en derecho.

- La legislación ecuatoriana tanto en la Constitución como en la Ley de Arbitraje y Mediación expedida en 1997, reconocen al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos. La Constitución dispone que los métodos alternativos de solución de conflictos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir y será necesario contar para todos los casos en los cuales el Estado se deba someter a arbitraje con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.
- Tanto la Constitución del Ecuador como la Ley de Arbitraje y Mediación reconocen al arbitraje como un método válido y legítimo para resolver controversias en las que interviene la Administración Pública. El Art. 190 de la Constitución en su párrafo segundo establece que “En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”. De igual forma, el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que “Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, deberán cumplir con ciertos requisitos contemplados en la Ley. Se define entonces que la ley ecuatoriana faculta a la Administración Pública a acudir a la instancia del arbitraje para resolver ciertas controversias. Se deben seguir y cumplir ciertas formalidades, pero en términos generales, en el Ecuador cabe el arbitraje para ciertas controversias en las que interviene la Administración Pública.
- En torno a las materias arbitrales, la legislación ecuatoriana prevé que el arbitraje se podrá llevar a cabo solo en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Para que un bien o derecho se pueda transigir, el titular de estos debe tener poder de disposición. Para que un bien o derecho sea disponible, este debe estar comprendido dentro del comercio y debe versar derechos irrenunciables.

- Aquellos asuntos que no podrán ser sometidos a arbitraje los siguientes asuntos:
  - Delitos de orden público
  - Asuntos sobre el estado civil de las personas
  - Derechos de la personalidad como el derecho a la vida, a la libertad, al honor, al nombre, etc.
  - Asuntos sobre la validez del matrimonio
  - Sobre la filiación
  - Sobre la sucesión futura o sobre la herencia
  - Sobre derecho de alimentos
  - Sobre asuntos que están decididos judicialmente por sentencia irrevocable
  
- En el derecho privado todos los asuntos podrán someterse a un proceso de arbitraje, siempre y cuando estos versen sobre materias transigibles y de libre disposición. Todo esto se ampara dentro de la autonomía de la voluntad de las partes quienes son libres de acogerse a un procedimiento de arbitraje. Las únicas excepciones serán aquellas materias expresamente prohibidas por el legislador y aquellas materias o asuntos sobre las cuales no se pueda transigir.
  
- La Administración Pública ejerce sus funciones a través de potestades regladas y potestades discrecionales. Las potestades regladas son aquellas que la administración está en obligación de ejercer de acuerdo a normas expresas. Las potestades discrecionales son las que existiendo un margen de apreciación, le permite a la administración disponer o tomar decisiones a favor de intereses colectivos. Ambas potestades públicas estarán destinadas a satisfacer el interés común y existe un consenso general en admitir que estas jamás podrán ser objeto de arbitraje. Las potestades públicas del Estado, ya sean estas

regladas o discrecionales, no son materia transigible y por ende no podrían ser sometidas a arbitraje.

- Cuando la Administración Pública expresa su voluntad por medio de la celebración de contratos o convenios, utiliza un instrumento propio del Derecho Privado y, sobre todo, no se impone unilateralmente sino que fija de común acuerdo las condiciones de la relación. Cuando contrata la administración renuncia a la imposición unilateral de su voluntad y consigue sus objetivos en acuerdo con los particulares y al hacerlo genera relaciones de contenido patrimonial. Esta combinación convierte al arbitraje en una posibilidad para solucionar controversias relacionadas con ese contenido patrimonial, más no el acto administrativo ejercido en función de la potestad que la autoridad está investida.
- Los Tratados Bilaterales de Inversión son tratados internacionales suscritos entre diferentes estados con el fin de proteger inversiones extranjeras. En estos se incluyen cláusulas de arbitraje para dirimir controversias que se deriven de dichos acuerdos. Acciones abusivas de ciertos gobiernos que atenten contra inversionistas de países suscriptores de estos acuerdos podrían ventilarse en procesos de arbitraje.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, Juan Pablo (2009): Sobre las Materias Arbitrables en Derecho Administrativo en Revista Ecuatoriana de Arbitraje.

Artavia Barrantes, Serio (2003): Comentarios a la Ley de Arbitraje y Jurisprudencia Arbitral. San José Editorial Dupas. San José, Costa Rica.

Aylwin Azócar, Patricio (2005): El Juicio Arbitral, 5ta ed. Editorial Juridica de Chile. Santiago, Chile.

Caivano, Roque J. (2000): Arbitraje. 2da Edición. Villela Editor. Buenos Aires, Argentina.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Libro Sexto. Artículo 2689. Buenos Aires, Argentina.

Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Diccionario de la Real Academia Española Tomo II (1992): Editorial Espasa Calpe S.A., vigésima primera edición. Madrid, España.

Dromi, Roberto (1995): Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina.

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2001): Curso de Derecho Administrativo. Madrid, España.

Gil Echeverry, Jorge Hernan (1993): Curso Practico de Arbitraje. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia.

Larrea Holguín, Juan, (2005): Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, Tomo VIII Voces del Derecho Civil, Fundación Latinoamericana Andrés Bello. Ecuador.

Larreátegui Mendieta, Carlos (1982): Contribución al Estudio del Arbitraje Privado. Publicación de la Cámara de Comercio de Quito. Quito, Ecuador.

Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 145, 1997, Quito, Ecuador.

Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (2002): Editec Editores. San José, Costa Rica.

Martos Navarro, Fernando (2006): Gestión de la Función Administrativa del Servicio Gallego de Salud. Editorial Mad, S.L. Madrid, España.

Marchán, Juan Manuel: El Tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana.

<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=tratamiento%20en%20la%20nueva%20constituci%C3%B3n%20ecuatoriana&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.usfq.edu.ec%2FTributarium%2FDocuments%2Fiuris%2520dictio%252012%2FEL-TRATAMIENTO-DEL-ARBITRAJE-EN-LA-NUEVA-CONSTITUCION-ECUATORIANA.pdf&ei=RiOPT43eAo-u8ATd38GODg&usg=AFQjCNF3N0K569HVT-HL48rFuuf39xrBuA&cad=rja>

Ramos Méndez, F. (1990): Derecho Procesal, T. II, 4ta ed. Barcelona, España.

Salcedo Verduga, Ernesto (2001): El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Editorial Jurídica Míguez Mosquera. Guayaquil, Ecuador.

Silva Cimma, Enrique (1996): Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Volumen 6. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

Tobar, Bernardo (2010): Protección de Inversiones ante el Fortalecimiento de los Poderes Soberanos. Río de Janeiro, Brasil.

Trayter, Juan Manuel (1997): El Arbitraje de Derecho Administrativo en Revista de Administración Pública. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Vintimilla Saldana, Jaime; Andrade Ubidia, Santiago (2003): Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria en el Ecuador. Quito, Ecuador.