



FACULTAD DE DERECHO

“EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
SURGIDAS DE LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRAS, SUJETOS A LA LEY
ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.”

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

Profesor Guía:
Dr. César Zumárraga R.

Autor:
Andrés Machuca Moreno

Año:
2013

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 Zumárraga 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”.

.....
Andrés Machuca Moreno

C.I.: 0602912271

AGRADECIMIENTOS

Mi más afectuoso agradecimiento al Dr. César Zumárraga, por su ayuda y colaboración brindada para el desarrollo del presente Trabajo de Titulación, así como a todas las demás personas que contribuyeron para su elaboración.

DEDICATORIA

Dedicado a Dios y especialmente a mis amados padres, por toda su determinación, sabiduría y soporte fundamental en mi vida, así como a mis hermanos que con su alegría y cariño me han forjado como persona.

RESUMEN

Históricamente nuestro país ha sido cuestionado por mantener un régimen jurídico inestable e inconsistente y la falta de un buen sistema de administración de justicia en el Ecuador, ha causado que las controversias en todas las materias, en especial los conflictos derivados de los Contratos Administrativos, degeneren en procedimientos sumamente lentos y en algunos casos hasta controvertidos.

De ahí, la necesidad fundamental que de incurrir a los diversos métodos alternativos de solución de conflictos, como es el Arbitraje, para que desahoguen esa gran afluencia de procesos estancados en la justicia ordinaria, a la cual lógicamente no están marginadas las pugnas relativas a todo conflicto administrativo, haciendo especial mención a los Contratos de Ejecución de Obra, materia sobre la cual versa la investigación propuesta.

A raíz de la aprobación de la Constitución Ecuatoriana y de la reciente reestructura del Poder Judicial, surge una serie de incógnitas que cuestionan la aplicación efectiva de los hechos en relación con las normas, en la solución de conflictos administrativos, es por esta razón que resulta indispensable el Arbitraje, que no es más que un procedimiento por el cual se somete una controversia por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal que dictan un laudo sobre la materia cuestionada, el mismo que es obligatorio para las partes, los interesados optan por un procedimiento privado de solución de conflictos en lugar de acudir a la justicia ordinaria, generando rapidez y sobre todo una disputa legal diáfana.

La gran discusión surge pues, ante la inminente limitación constitucional para con el Arbitraje en el Ecuador, al ser un medio alternativo cuestionado por parte de poder estatal, para solucionar controversias derivadas de Contratos Administrativos, como lo es el de Ejecución de Obra.

En tal sentido el objetivo principal de ésta Tesis, es el de demostrar la seguridad, viabilidad y rapidez que tiene la aplicación del Arbitraje, en temas relacionados con la controversias surgidas de los Contratos de Ejecución de Obra, así como también señalar la grave crisis en la que se halla expuesto hoy por hoy el Arbitraje en la legislación ecuatoriana.

Se empleará el método Analítico, Sintético e Histórico Comparado, así como el método Descriptivo y Exegético, con el fin de concluir fehacientemente la presente investigación.

ABSTRACT

It is clear that historically, our country has been questioned about keeping an unstable and inconsistent legal structure, and also the lack of a good justice administration system.

The result of those practices in Ecuador have caused controversies related to legal matters specially on Administrative Contract disputes, that end up generating really slow processes and controversial situations.

Therefore is fundamental to incur in different disputes resolution methods as Arbitration to release the big number of processes stacked in the ordinary justice. This crisis also affects cases of disputes over administration contracts in especial Execution of Works Contract, which is the main reason of this study.

As a result of the approbation of the Ecuadorian Constitution and restructuration of the Judicial Power, the effective administrative dispute resolution it is questioned, leading to an obvious need of Arbitration.

This is a procedure on which a controversy is treated by an arbitrator or an arbitrator tribunal with the agreement of both parts resulting in a mandatory resolution. This is a private procedure of controversy resolution that works as an alternative to normal trials and will generate quicker resolution and is more equitable.

There is a discussion that arises after the constitutional limitation against Arbitration in Ecuador as an alternative to solve disputes derived from administrative contracts like Execution of Works Contract.

In conclusion the main goal of this study is to show the reliability, viability and quickness of arbitration applied to disputes that originate from Execution of

Works Contract. In addition to point at the serious crisis that the arbitration is expose in the Ecuadorian legislation.

The method used is analytical, synthetic and comparative historical and descriptive and Exegetical method, to reliably conclude this investigation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	3
DESENVOLVIMIENTO HISTÓRICO, TEÓRICO Y PRÁCTICO DEL ARBITRAJE, EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	3
1.1 Naturaleza Jurídica	3
1.2 Historia del Arbitraje	5
1.3 Concepto	11
1.4 Clases de Arbitraje	14
1.5 El Arbitraje en la Legislación Ecuatoriana	17
1.5.1 El Arbitraje en la Constitución de la República del Ecuador	17
1.5.2. El Arbitraje en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la Ley de Arbitraje y Mediación.	18
1.5.2.1. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	19
1.5.2.2 Ley de Arbitraje y Mediación	21
1.5.2.2.1. Arbitraje Ad-Hoc o Independiente	22
1.5.2.2.2. Arbitraje Institucional o Administrado	22
CAPITULO II	24
NOCIONES GENERALES, HISTORIA Y DEFINICION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	24
2.1 Antecedentes Históricos	24
2.1.2 Importancia Práctica en el Ecuador	26
2.2 Concepto de Derecho Administrativo	28
2.2.1 El Derecho Administrativo en relación con el Derecho Constitucional	31
2.2.2 El Derecho Administrativo en relación con el Derecho Civil	31

2.2.3	El Derecho Administrativo desde su enfoque Legal	33
2.3	Antecedentes Históricos de la Contratación Pública en el Ecuador	34
2.3.1	La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	35
2.3.2	Principales Procedimientos de Contratación	36
2.4	Antecedentes Históricos	40
CAPITULO III		44
ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRA		44
3.1	Contrato de Ejecución de Obra	44
3.1.1	Concepto	47
3.2	Principios básicos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	48
3.3	Arbitraje en los Contratos Públicos Ecuatorianos	53
3.3.1	Régimen Anterior a la Constitución del Ecuador del 2008	53
3.3.2.1	El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito	57
3.3.2	Régimen posterior a la Constitución del 2008	60
3.4	Derecho Comparado	68
CAPITULO IV		73
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		73
4.1	Conclusiones provenientes de la Investigación	73
4.2	Recomendaciones provenientes de la Investigación	75
REFERENCIA		77

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 que el juez mira solamente a la ley; el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad”

ARISTÓTELES.

Las sociedades desde sus inicios han mostrado episodios de convivencia, interacción y respeto mutuo en cada una de las actividades históricas desarrolladas, lo que ha originado la evolución del ser humano e indudablemente el progreso de la sociedad.

Sin embargo resulta poco probable aseverar que la convivencia entre seres humanos sea perfecta, evidentemente siempre existió, existe y existirán desacuerdos debido a la presencia de intereses contrapuestos que no logran satisfacer los intereses individuales.

Para resolver estos desacuerdos, el ser humano sabiamente creó mecanismos que conforme a la razón y a la justicia, minimizaban significativamente las arcaicas prácticas de iustitia, es así que se instauró una normativa jurídica positiva que desde sus comienzos rigió el desenvolvimiento humano.

Como es de conocimiento de todos, la Administración Pública y sus administrados, diariamente conviven con una serie de pugnas por las actuaciones estatales frente a los intereses individuales.

Por tal razón, este tipo de controversias han sido llevadas ante los órganos de administración de justicia, por ser la vía propicia para dirimir los mismos, desgraciadamente la justicia ordinaria por diversas razones no ha sido la forma más determinante y eficiente para resolver éste tipo de conflictos.

Esta realidad ha causado que las diferentes legislaciones contemporáneas,

creen e incorporen a su normativa jurídica, métodos alternativos e idóneos fuera del sistema ordinario de justicia, que permitan resolver las controversias de manera ágil y eficaz.

El Arbitraje pues, nace frente a esta necesidad humana que requiere de agilidad y actuaciones óptimas al momento de dirimir conflictos llevados a su jurisdicción. Por tal razón, todas aquellas controversias derivadas o surgidas de los contratos administrativos, como lo es el contrato de Ejecución de Obra, son susceptibles de ostentar convenios arbitrales, que garanticen un proceso con las cualidades señaladas.

Quienes hemos estado familiarizados con la contratación pública, estamos conscientes que no es desconocido las múltiples divergencias que emanan de las relaciones que nacen en los contratos públicos, tampoco es desconocido las efímeras opciones que tienen las entidades públicas en la justicia ordinaria y claramente no es desconocido el gran problema que tienen los particulares cuando acuden a los jueces ordinarios, en busca de una solución a sus controversias.

Es así que, consideramos que el tema a desarrollar puede aportar en la promoción de los métodos alternativos de solución de controversias en los contratos públicos, no solo con fines de descongestión de la justicia ordinaria sino con el propósito de garantizar jurídicamente las relaciones entabladas a causa del contrato.

Si bien es cierto que el Arbitraje esta claramente amparado, definido y garantizado en la Constitución del Ecuador y en las diversas leyes que emanan de la legislación ecuatoriana, actualmente existe un gran recelo por parte del poder estatal, para que las controversias surgidas de los contratos administrativos sean procesados en sede arbitral, lo que ha originado que exista además, una grave crisis entorno al Arbitraje en nuestro país.

CAPITULO I

DESENVOLVIMIENTO HISTÓRICO, TEÓRICO Y PRÁCTICO DEL ARBITRAJE, EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

1.1. Naturaleza Jurídica

Jurídicamente el Arbitraje es una forma reconocida por la Ley para solucionar conflictos. Del mismo modo, es un método por el que, pueden optar las partes en conflicto, para someter su controversia a un Tribunal de Arbitraje en un plano distinto al de la competencia judicial o de la justicia ordinaria.

Ahora bien, el sometimiento de la solución de una controversia a árbitros es la expresión de la voluntad de las partes para resolver sus diferencias. La voluntad tiene un papel preponderante en este mecanismo alternativo, puede constar dentro del contrato como cláusula compromisoria o en un pacto arbitral independiente.

En la contratación pública, uno de los sujetos está en ejercicio de la función administrativa, del mismo modo existe una autorización expresa que permite a través de la voluntad estatal, que el Estado pueda someterse al Arbitraje bajo determinadas condiciones.

Es necesario traer a colación la concepción de voluntad, conforme lo establece el tratadista Luis Parraguez (1986, p. 34), quien menciona lo siguiente:

“Es elemento de la esencia de todo acto jurídico, si está ausente acarrea la inexistencia del acto o contrato y cuando se expresa con vicios, conduce a su ineficacia. Además se admite que, esa voluntad pueda determinar ciertas condiciones y consecuencias del acto jurídico”.

Evidentemente la voluntad asume un papel predominante para el ejercicio del Arbitraje y del mismo modo da origen para que cada una de las actividades realizadas en un procedimiento arbitral se den conforme a la lógica, a la razón y al derecho.

Eguiguren (2001, p. 147) trae a consideración, lo manifestado por la doctora Tania Arias Manzano quien sostiene que:

“En el proceso de arbitraje, un tercero neutral asume el papel de juez, por lo que, las partes en disputa, llegan a un acuerdo sobre el o los árbitros, quienes escuchan las pruebas de las partes involucradas, hacen preguntas y emiten una decisión, generalmente definitiva”.

Así mismo señala que cuando se habla de naturaleza jurídica del Arbitraje, se encuentran tres tesis: una denominada contractual, otra jurisdiccional y una última llamada mixta.

“La doctrina contractual asume que el Arbitraje tiene un carácter contractual, por cuanto en su aplicación, constitución o elección, predomina la voluntad de la partes, por lo que el árbitro o los árbitros elegidos por las partes, serían sus mandatarios y su decisión una consecuencia del mandato, en cuya ejecución se han comprometido los compromisarios” (Eguiguren, 2001, p. 149).

“La doctrina jurisdiccional considera que, por tener el arbitraje el carácter de proceso, posee naturaleza jurisdiccional, en el que el árbitro es propiamente un juez, en tanto su papel será emitir una sentencia sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, con prevalencia de la justicia, sea que la dicte con preeminencia del derecho ‘arbitraje en derecho’ o de la equidad ‘en equidad’” (Eguiguren, 2001, p. 149).

Entonces los árbitros son jueces y sus resoluciones son sentencias a las que se someten las partes una vez dictadas, tal como acontece en un proceso judicial ordinario.

“La doctrina mixta considera el origen del arbitraje, en la voluntad soberana de las partes, como una especie de mandato y también reconoce las características jurisdiccionales del procedimiento arbitral y más aún la consistencia de la solución de una controversia, por la resolución del árbitro, que no es otra cosa que una sentencia” (Eguiguren, 2001, p. 149).

Naturalmente que cada una de las doctrinas antes relatadas incentivan una corriente propia para con la concepción del Arbitraje, sin embargo de poseer una forma totalmente distinta, el fondo o contenido es el mismo, esto es la capacidad de recurrir las partes en conflicto, ante un tercero imparcial, quien en uso de sus facultades propias emanadas por la ley, administrará justicia por medio de una laudo arbitral.

1.2. Historia del Arbitraje

La figura del Arbitraje se comienza a ver desde las sociedades primitivas. En aquellos tiempos los conflictos se solucionaban a través del régimen de la venganza privada.

De acuerdo con 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, 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 abogado Ernesto Salcedo Verduga (2001, p. 22) menciona que “la justicia arbitral surgió en Grecia hacia el año 1520 a.c., los Consejos Anfictiónicos resolvían los conflictos entre los grupos étnicos”.

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, “debían tomar el que gusten de común acuerdo y aténganse a su decisión, sin posterior recurso ante los tribunales” (Salcedo, 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 y 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, 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.

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 que fueron reconocidos en tiempos de Constantino.

En la Edad Media también hubo práctica arbitral, en este sentido los burgueses, artesanos y comerciantes buscaban la justicia en sus propios gremios y las 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.

Salcedo (2001, p. 26) manifiesta que:

“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”.

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 evidentemente determinó que “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 laborales deben ser sometidos a Conciliación y Arbitraje antes de que los trabajadores se declaren en huelga.

Con el aporte de todos los autores citados, el panorama del Arbitraje queda claro, sin embargo resulta específico además señalar, el enfoque histórico que nos ofrece el Doctor Rodrigo Borja Cevallos (1997, p. 41), quien cita en una de sus obras lo siguiente:

“Su origen se remonta al derecho romano. Árbitro era la persona elegida y nombrada por las partes para decidir sobre sus respectivas pretensiones en caso de conflicto. Su nombramiento se hacía de un compromiso arbitral, en cuya virtud las partes litigantes acordaban someter sus diferencias al fallo de una tercera persona imparcial, investida de la autoridad que ellas habían convenido otorgarle. Existían dos especies de árbitros en la legislación civil romana: Los árbitros de derecho y los árbitros de hecho. Los primeros estaban obligados a fallar con arreglo a la leyes, lo mismo que los jueces ordinarios, mientras que los segundos podían proceder de acuerdo con su leal saber y entender, sin sujetarse a las formas legales. Con antecedentes remotos en la antigua Grecia, en que se aplicó el método arbitral para solucionar ciertas disputas entre las ciudades, y también en los reinos italianos y los cantones suizos durante la Edad Media, la institución del arbitraje pasó del derecho civil al derecho internacional público a fines del siglo XVIII, a

partir del Tratado de Jay, concluido el 19 de noviembre de 1794 entre Gran Bretaña y los recién independizados Estados Unidos de América para someter a comisiones de arbitraje las cuestiones originadas en la guerra de la independencia norteamericana, especialmente en materia de comercio y navegación. Durante el siglo XIX el arbitraje cumplió un papel muy importante en la solución amistosa de las controversias internacionales y demostró que podía ser una alternativa válida para evitar la guerra”.

Hubo un hecho trascendental para la consolidación del Arbitraje a nivel mundial y este ocurrió en 1882 con el nombrado caso de Alabama, que a través de la sentencia dictada por un tribunal arbitral el 14 de septiembre del mismo año, se discutió la inobservancia de los deberes de neutralidad por Inglaterra en la Guerra de Secesión de los Estados Unidos.

“En la primera conferencia de la Paz de La Haya de 1899, pese a que se desechó la propuesta rusa de establecer el arbitraje obligatorio, se creó el Tribunal Permanente de Arbitraje que, aunque no fue propiamente un Tribunal sino una lista de personas de reconocida competencia en el campo del derecho internacional designadas de antemano, cuatro por cada estado suscriptor de la convención, podía ser escogidas por los Estados signatarios y, propugnó la convivencia de la solución de las diferencias planteadas entre los Estados, por medio de jueces de su libre elección y sobre la base del respeto del derecho, y el compromiso de los Estados de someterse lealmente al fallo, bajo la regla de la buena fe” (Borja, 1997, p. 41).

Durante los comienzos del siglo XX, se suscribieron varios tratados en relación con el Arbitraje, uno de ellos fue el que se celebró entre la Gran Bretaña y Francia en 1903, en el que sometieron varias de sus controversias en Arbitraje.

Posterior a este suceso, se celebró en Estados Unidos de América la Segunda Convención Americana de Arbitraje Internacional, en la que se discutieron los planteamientos propicios para una efectiva ejecución del Arbitraje a nivel internacional.

“En 1907 se realiza la segunda Conferencia de Paz de La Haya, que reafirmó el Arbitraje como el medio más propicio, eficaz y equitativo de solucionar los problemas entre los Estados y dio una definición muy precisa del él, ‘el arbitraje internacional, según el artículo 37 de la convención de la Haya del 18 de Octubre del 1907, tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto al Derecho. El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral’” (Borja, 1997, p. 43).

Como hemos observado, el Arbitraje ha poseído una consonancia relativa a lo largo de los años, pero 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 un gobernante.

Sobre ese particular Agustín Gordillo (2003, p. 67) señala 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”. De ahí que, hablar de Arbitraje en relación con la Administración en épocas de antaño, era un gran problema.

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 novedoso y da origen a diversos cuestionamientos sobre la aplicación del mismo, cuestionamientos que en los siguientes capítulos lo desarrollaremos.

1.3. Concepto

Para Guillermo Cabanellas (1979, p. 15) el Arbitraje “es la acción o la facultad de arbitrar. Es toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o asunto”.

Acorde lo mencionado por el tratadista Jorge Hernán Gil Echeverry (1993, p. 11) el Arbitraje es:

“Un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere de 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”.

Así mismo, Patricio Aylwin Azócar define al Arbitraje como:

“Aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante los 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, 2001, p. 20).

El Arbitraje, según lo expone Jean Robert a través de uno de los textos de Caviano (2000, p. 49), es “la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar”.

Abelardo Velloso, define al Arbitraje:

“Como un modo de hetercomposición 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 arbitro y, eventualmente, acatar su disposición” (Salcedo, 2001, p. 21).

Partiendo de los conceptos ya descritos, es importante señalar que el sometimiento de controversias al Arbitraje, consecuencia de futuras discrepancias que se llegaren a suscitar, necesariamente conllevará la voluntad de las partes para resolver sus diferencias a través de este mecanismo, por lo que esta expresión de voluntad, al constar en el contrato a través de la cláusula arbitral, se convertirá en una declaración bilateral o de voluntad común, la que produce efectos jurídicos en forma directa, una vez producida la controversia.

Me es imposible dejar de mencionar al gran juriconsulto y ex presidente ecuatoriano Rodrigo Borja Cevallos (1997, p. 41), quien en una de sus obras define al Arbitraje como “uno de los medios para la solución de las controversias entre las personas y entre los Estados. Puede estar referido a la legislación interna o a la legislación internacional”.

Bernardo Cremades, manifiesta que el Arbitraje es “el hecho por el cual, una o más personas dan solución a un conflicto planeado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión” (Salcedo, 2001, p. 20).

Para Jaime Gasp, el Arbitraje es “la solución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente”. (Caviano, 2000, p. 21).

Definiciones más generales hablan de que el Arbitraje es un procedimiento para resolver pacíficamente los conflictos que pueden surgir entre naciones, sociedades, personas o grupos, así pues el Arbitraje es una medida conciliadora a la que recurre para evitar actos o soluciones de violencia, en el Arbitraje, las partes en conflicto convienen en someter sus divergencias al juicio de personas imparciales llamadas árbitros cuyo laudo o decisión anuncian que están dispuestas a acatar.

Sin embargo de lo anterior, cabe destacar la correcta apreciación de Arbitraje al que concluye el tratadista Marco Monroy Cabra (1998, p. 23), quien manifiesta lo siguiente:

“El Arbitraje es un método de resolver extrajudicialmente las controversias que pueda ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas ‘árbitro o árbitros’, los cuales derivan de sus poderes del acuerdo de las partes, así como del reconocimiento que de la ley hace su función”.

Después de recurrir a un gran expendio de conceptos efectuados por diversos tratadistas, es necesario referirnos al artículo primero de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (2008, p. 1), la que considera al Arbitraje como:

“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”.

Finalmente consideramos que el Arbitraje es un procedimiento y mecanismo alternativo a la justicia ordinaria, al que voluntariamente las partes se someten, para que un tercero solucione sus controversias.

Con base en todos los conceptos antes mencionados, se colige que el Arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, al cual pueden optar las partes inmersas en controversia, ya sean particulares o el Estado, para dirimir sus pugnas en un plano distinto al de la competencia judicial u ordinaria.

1.4. Clases de Arbitraje

A continuación describiremos, varias clases de Arbitraje, elaboradas según diversas clasificaciones:

- a) Según los principios que fundamenten los árbitros: en derecho, en equidad o conciencia, o técnico;
- b) Por su origen: es voluntario o forzoso;
- c) Por la forma del funcionamiento del Tribunal: es independiente o institucional o administrado;
- d) Por el ámbito territorial: es nacional o internacional;
- e) Por las reglas procesales: es formal o informal.

En relación con la clasificación anterior, definiremos varios tipos de Arbitraje:

- Administrado.- Cuando se desarrolla con sujeción a la Ley de Arbitraje y Mediación y a los procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, en este caso la presencia o intervención de un Centro es indispensable.

- Independiente.- En este caso, se realiza conforme a lo pactado entre las partes, con arreglo a la Ley de la materia. Prevalece la voluntad de las partes, para definir el procedimiento y la selección de árbitros.
- Civil.- Denominado, en varias legislaciones, como juicio por Arbitraje. Se perfecciona a través de un contrato por el cual las partes someten al indicado juicio, sus diferencias suscitadas con motivo de algún acto o contrato civil.
- Comercial.- Procedimiento de solución de disputas de orden comercial.
- Industrial.- El que se produce, para resolver conflictos entre patronos y obreros. Es decir, aquel que soluciona conflictos no resueltos por otros medios de conciliación en materia laboral.
- Internacional Público.- Procedimiento para resolver pacíficamente conflictos internacionales, sometiéndolos al fallo de una tercera potencia, de una persona individual o de una comisión o tribunal y comprometiéndose a considerar, el laudo que recaiga como solución definitiva de la cuestión controvertida. Éste tipo de Arbitraje, está contemplado en un sinnúmero de tratados bilaterales y multilaterales.
- Internacional Privado.- Supone litigios comerciales, entablados entre personas sometidas a la jurisdicción de diferentes estados, o que se refieran a relaciones de derecho que se realicen en el territorio de diferentes estados.
- Interno.- En contraposición al Arbitraje Internacional o a la proyección internacional del Arbitraje, el interno es el que se regula por el ordenamiento sustantivo y adjetivo del respectivo Estado.

- 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, 1993, p. 11).

En este sentido, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Los árbitros deberán ser abogados.

- En conciencia o equidad.-

“Es aquel en el cual, los árbitros profieren su fallo, sin sujeción a la tarifa legal probatoria. En éste arbitraje, lo árbitros deciden según su leal saber y entender, aplicando los principios de la equidad, sana crítica, la verdad sabida y buena fe guardada, pudiendo conciliar las pretensiones opuestas” (Gil, 1993, p. 11). Los árbitros no deberán ser necesariamente abogados.

- Técnico.- Los árbitros pronuncia 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 técnico, cuya solución se les defiere en el pacto arbitral.
- Ocasional Voluntario.- Las partes acuerdan libremente someter, una controversia ya existente entre ellas.
- Permanente u Obligatorio.- Las partes se comprometen a resolver mediante los conflictos futuros que entre ellas se presenten.

1.5. El Arbitraje en la Legislación Ecuatoriana.

Existen históricamente varias fuentes que han dado sustento y cabida a la aplicabilidad del Arbitraje en el Ecuador. Teniendo así, su base primordial en la Constitución y en la misma Ley.

Tal como lo analizaremos, existen vestigios y rasgos importantes de la introducción del Arbitraje a la legislación ecuatoriana, mismos que fueron significativos para el desarrollo de una normativa explícita en relación a este mecanismo.

1.5.1. El Arbitraje en la Constitución de la República del Ecuador.

El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador (2009, p. 133), publicada en el Registro Oficial con fecha 20 de Octubre del 2008, en relación a los medios alternativos de solución de conflictos, establece que:

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

Pero ésta, no es la primera vez que un texto constitucional, reconoce al Arbitraje como un medio alternativo.

La Carta Magna de 1979 -con las reformas introducidas el 16 de Enero de 1996 en base al texto aprobado en el referéndum de 1995- por primera vez introdujo al Arbitraje como un medio idóneo para la solución de conflictos ampliándolo su ámbito de acción, mas allá del mercantil. Materia que en base a

la derogada Ley de Arbitraje Comercial, era la única que contaba con éste mecanismo para resolver sus divergencias.

El Artículo 191, inciso tercero, de la Constitución Política de la República de 1998 (2005, p. 98), que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998 -y que sería derogada por la actual Constitución de la República del Ecuador el 20 de Octubre del 2008- establecía que “se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley”.

Sin embargo de lo anterior, es necesario considerar que la palpitante concepción de Arbitraje que promueve la actual Constitución de la República del Ecuador, pone ya una limitante en el ejercicio efectivo del Arbitraje en relación con los contratos públicos, al solicitar un pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado.

Requisito que la Constitución de 1998 no lo contemplaba, ésta limitante tiene cierto apego a aquella que, en resolución emitida por la antigua Corte Suprema de Justicia, condicionó el ejercicio del Arbitraje, sentencia que en un posterior capítulo la pondré en consideración

1.5.2. El Arbitraje en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Consideramos pertinente y útil realizar un resumen cronológico de la evolución del marco legal del Arbitraje en el Ecuador:

- El Código de Procedimiento Civil, sección 30, título II, libro II; establecía una especie de Arbitraje independiente, al que las partes accedían, solamente si existía un compromiso, una vez que el conflicto ya estaba presente, éste exigía ciertas solemnidades, como el ser otorgada por escritura pública por ambas partes.

- El 28 de Octubre de 1963, se promulga la Ley de Arbitraje Comercial, expedida mediante Decreto Supremo 753, del 23 de Octubre de 1963.
- El 16 de Enero de 1996, se realiza la codificación de la Constitución Política de 1979, y se incorpora por primera vez en el texto constitucional, al Arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos.
- El 4 de Septiembre de 1997, entra en vigencia la Ley de Arbitraje y Mediación, que deroga la Ley de Arbitraje Comercial y la sección XXX, de título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial.
- El 10 de Agosto de 1998, entra en vigencia la Constitución Política de la República del Ecuador, que reconoce al Arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos.
- Finalmente, la actual Carta Magna del Ecuador, en el Artículo 190, reconoce al Arbitraje como un procedimiento alternativo de solución de conflictos.

1.5.2.1. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Es de suma importancia recordar que la ya derogada Ley de Contratación Pública, establecía que las controversias derivadas de los contratos de ejecución de obra, adquisición de bienes y prestación de servicios, que no estaban reguladas por la abolida Ley de Consultoría, se determinarían conforme las disposiciones de la misma Ley de Contratación Pública.

Es así que en casos de conflicto, éste cuerpo legal, daba oportunidad de acudir a dos instancias, la primera instancia, por una de las salas de la ex Corte Superior del distrito correspondiente al domicilio que las partes hayan determinado para este efecto y la segunda instancia, se ventilaría ante una de las salas de la ex Corte Suprema de Justicia.

Por lo que, en resumida cuenta no existe en ésta Ley, mención alguna sobre el Arbitraje, como un mecanismo alternativo para solucionar controversias.

Sin embargo, la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009, p. 38), que entró en vigencia el 4 de Agosto del 2008, en su Artículo 104, claramente reconoce al Arbitraje y establece que:

“De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”

Además de estar referido el Arbitraje en la mencionada Ley, su Reglamento, el mismo (2011, p. 43) que fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 588, el 12 de Mayo del 2009, también hace mención al Arbitraje, es así que en su artículo 161 establece que:

“En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables. Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje”.

Así mismo, el artículo 162 del Reglamento (2011, p. 43) señala que:

“Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un

compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado. En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo”.

Siguiendo la estructura y disposición de la actual carta magna, este Reglamento también señala que para la suscripción de un compromiso arbitral ante un Tribunal de Arbitraje, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado, siempre y cuando en el convenio arbitral no se haya pactado cláusula compromisoria. Lo que se colige que, si en el caso de existir cláusula compromisoria al momento de celebración del contrato, no es necesario el informe previo por parte del Procurador.

1.5.2.2. Ley de Arbitraje y Mediación

Fue publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997, como consecuencia de la inexorable tendencia hacia los Procedimientos Alternativos de Solución de Conflictos, en el contexto de todo tipo de contrato nacional o internacional.

Un sinnúmero de cambios se implantaron con la promulgación de la nueva Ley de Arbitraje y Mediación, uno de los mas importantes fue, la difusión y aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos, en la sociedad ecuatoriana.

Automáticamente se eliminó la restricción referente a controversias que sean únicamente de carácter comercial para el Arbitraje y se amplió su aplicación, a todos los conflictos referentes a derechos susceptibles de transacción.

El artículo 1 de dicha ley, justifica la validez del sistema arbitral citando que:

“El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2008, p.1).

Del mismo modo, dos son los tipos de arbitraje que prevé la ley: el independiente y el administrado, que a su vez pueden ser en equidad o en derecho.

1.5.2.2.1. Arbitraje Ad-Hoc o Independiente

Este tipo de Arbitraje se caracteriza, por la distribución 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, éste se disuelve.

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.

Salcedo al desarrollar el presente tipo de Arbitraje comenta que:

“mediante ésta 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 laudo se dará 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 escojan, en fin proveer

todo lo necesario para que el Arbitraje pueda desarrollarse” (Salcedo, 2001, p. 40).

Principios como el de Legalidad, forman parte sine qua non de la Administración Pública, lo que implica, la obligación de actuar conforme a lo que dicte norma expresa, en este sentido solo cabe Arbitraje administrado y en derecho para procesos en los que interviene el Estado, claramente lo expresa la misma Ley de Arbitraje y Mediación, por lo que el Arbitraje Ad-Hoc o Independiente, no tiene posibilidad de ser ejecutado cuando interviene el Estado, según la legislación ecuatoriana.

Así mismo, el Arbitraje jamás se lo podría realizar en equidad.

1.5.2.2. Arbitraje Institucional o Administrado

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.

Para Gil Echeverry, 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, 1993, p. 12).

Estas entidades suelen ser reconocidas por su prestigio y aporte social, las mismas que tienen su propio reglamento, al cual las partes se someten. Del mismo modo, estas Instituciones proporcionan sedes fijas, para el desarrollo de procedimientos arbitrales, brindando asesoría antes y durante el desenvolvimiento del arbitraje, cumpliendo un rol importantísimo en la elección de árbitros, los mismos que están dentro de un listado que proporciona cada Establecimiento.

CAPITULO II

NOCIONES GENERALES, HISTORIA Y DEFINICION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

2.1. Antecedentes Históricos

Las diferentes comunidades humanas, autoras y destinatarias del derecho positivo, han evolucionado con el devenir del tiempo y al ritmo de esta evolución, han cambiado también las normas jurídicas, su contenido y su ordenamiento.

En tal sentido, Nicolás Granja Galindo (2006, p. 25), manifiesta en uno de sus trabajos que:

“en la legislación de Roma se encuentran disposiciones relativas a ciertos derechos, referentes a impuestos, a vías públicas, a municipios, a prestaciones personales, a aprovechamiento de aguas, etc., que son reveladoras de particulares y esporádicas manifestaciones del Derecho Administrativo”.

Así mismo el historiador Rodolfo Sohm (1928, p. 204) declara que:

“conforme la historia, en las constituciones de Diocleciano se han observado normas sobre todo tipo de organización administrativa, es así que en el Corpus Iuris figuran títulos como: de iure fisci, de aquis, de publicanis de vía pública y otros. Tan grande fue la incursión de organizaciones administrativas que, en la edad media, aún con la limitante que supuso el feudalismo, se mantuvieron Estatutos Municipales con abundantes reglas relativas a los administradores públicos”.

La Revolución Francesa de 1789 provocó un acontecimiento universal que produjo en todas las sociedades de Europa, así como en sus ordenamientos jurídicos, un cambio extraordinario y profundo. Dicha Revolución para limitar el poder de los monarcas, instauró nuevos principios de instituciones que dieron como resultado la aparición de normas jurídicas de naturaleza desconocida hasta entonces. Instituciones y normas jurídicas que, debidamente interpretadas y sistematizadas, dieron origen a una nueva disciplina jurídica: el Derecho Administrativo moderno.

Consiguientemente, esta rama del Derecho Público nace, pues, a la vida, una vez que se afirma el Estado moderno y cuando los principios filosóficos, principalmente los de Montesquieu y de Rousseau, inspiran las normas reguladoras de las sociedades políticas y de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos.

Para Nicolás Granja (2006, p. 26), “este hecho transcendental dio margen a la diferenciación entre las diversas funciones del Poder público y, luego, acabó definitivamente con el absolutismo de las monarquías europeas”.

En otras palabras, como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789 nació una nueva clase de poder público que pronto empezó a denominarse Poder Administrativo, y sus manifestaciones se denominaron actividad administrativa o simplemente administración.

Indudablemente, como resultado de la Revolución Francesa, la sociedad comenzó a percibir distintos cambios y uno de ellos, sin duda fue la integración del Derecho Administrativo, en este sentido para el tratadista Granja Galindo:

“la época posterior a la revolución, el Derecho Administrativo estuvo volcado más hacia la organización administrativa, antes que a la práctica jurídica. El Derecho Administrativo, como disciplina científica, se formó a lo largo del siglo XIX y fue encontrado ante sí diferentes principios y

distintas realidades sociales, que dieron paso al nacimiento de diversos conjuntos normativos que la determinaron a esta asignatura como una rama jurídica, distinta del derecho privado” (Granja, 2006, p. 27).

Ahora bien, en el Ecuador, al igual que en los demás países, el origen y la evolución del Derecho Administrativo, esto es, del ordenamiento jurídico-administrativo, se ha fundamentado también en la evolución de los principios constitucionales.

2.1.2. Importancia Práctica en el Ecuador

En nuestro país, desde sus inicios, el Derecho Administrativo ha implantado en su sistema a la ciencia de la Administración, la que ha tenido durante largos años, mayor tradición, al amparo de las corrientes europeas.

Nicolás Granja Galindo (2005, p. 56), manifiesta que “esta fisonomía hubo de experimentarse por largo tiempo en las enseñanzas del Derecho Administrativo en las facultades de Jurisprudencia en nuestras universidades”.

Incluso, este mismo tratadista, contribuyó insistentemente en el estudio del Derecho Administrativo, realmente emancipado de la Ciencia de la Administración, aunque lógicamente armonizado con ella en la práctica.

Al mismo tiempo, se debe destacar la implementación en el país de la ‘Jurisdicción Contencioso-Administrativo’ en 1967, a través de la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El Derecho Administrativo viene evolucionando notablemente coadyuvando con la abundante legislación administrativa y no menos abundante con la jurisprudencia contenciosos-administrativa.

Retomemos la historia y vendrá a conocimiento que en el Ecuador como en otros países de Europa y de Latinoamérica, el estudio del Derecho

Administrativo ha gozado de poco favor en los primeros años del siglo XX. Este fenómeno se hizo tangible tanto por el desconocimiento de su carácter científico, cuanto por la escasa importancia que se le atribuyó en la práctica profesional.

Efectivamente, en el Ecuador, lo mismo que en otros países, los agricultores, los comerciantes, los industriales, los servidores públicos, los profesionales, los ciudadanos, en general, necesitan conocer no solamente la legislación tributaria, sino todas aquellas disposiciones legales administrativas que se relacionan con el ejercicio de sus propias actividades.

En este sentido, Granja Galindo (2006, p. 29), detalla que:

“cada uno de los distintos actos de la actividad administrativa del Estado y de todas sus instituciones de la actividad administrativa del Estado y de todas sus instituciones son resueltos por las leyes administrativas pertinentes; que los derechos de los servidores públicos y de los ciudadanos frente a los órganos administrativos competentes, son también canalizados a través de sus correspondientes leyes especiales; que la instalación de una industria, el expendio de sus productos están regulados por las respectivas disposiciones administrativas que los ciudadanos deben conocerlas y cumplirlas”.

Es innegable, que hoy en día nuestro país, no existe ninguna actividad que en su ejercicio, no esté regulado por las disposiciones administrativas, por lo que es de suma importancia su estudio, porque de su intervención nos envuelven a todos en un estrecho lazo, relacionándonos con sus diversos órganos y sus servicios públicos.

2.2. Concepto de Derecho Administrativo

Partimos conceptualizando el Derecho Administrativo, desde la óptica del tratadista Roberto Dromi (2009, p. 253), quien establece que:

“el Derecho Administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello, podemos decir que el derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrado”.

Ahora bien, definir el derecho administrativo es como tratar de encontrar su verdadero contenido. Pero, antes de ello, precisa que partamos de ciertos conceptos que se han vertido en torno a esta disciplina.

Así mismo, es importante traer a colación, diversos conceptos fundamentales que se han propuesto para sistematizar el Derecho Administrativo, entre los cuales, se destacan tres perspectivas: la subjetiva, la funcional y la mixta, que oportunamente desarrolla Nicolás Granja Galindo (2006, p. 36) de la siguiente forma:

a) Concepciones Subjetivas

Estas se originan en base de la estimulación de que dentro del Estado existen sujetos “administrativos” o personas que son “administraciones públicas”. Pues, la regulación de ellas está a cargo de un Derecho específico llamado el “Derecho Administrativo”.

b) Concepciones Funcionales

Según estas, el Derecho Administrativo surge en razón de una actividad administrativa compleja, distinta de cualquier otra actividad, con características propias, de naturaleza teleológica y jurídico-formal.

c) Concepciones Mixtas

De acuerdo a estas, aparece como raras las concepciones puras de lo administrativo. Por lo que es menester la combinación de los criterios subjetivos y funcionales para delimitar el contenido del Derecho Administrativo.

Obviamente que partiendo de estas tres concepciones, la Mixta sin lugar a duda responde al fiel concepto de Derecho Administrativo, ya que toma en consideración la regulación de los sujetos administrativos en relación a una actividad con características propias de la administración.

Muchas son las explicaciones que se han dado para definir el Derecho Administrativo. Algunas lo relacionan solamente con la actividad del Poder Ejecutivo, como si fuera éste el único que pudiera administrar. Otras lo relacionan con el Estado y los ciudadanos, prescindiendo de las relaciones que existen entre las diversas entidades públicas, quizá este esfuerzo corresponde más a los tratadistas alemanes e italianos. Unas cuantas, en fin, lo relacionan solamente con los servicios públicos.

El famoso editor y tratadista español Guillermo Cabanellas Torres (2009, p. 106), trae a colación en su diccionario jurídico, diversos conceptos de grandes autores que definen al Derecho Administrativo:

“Parte de Meucci, quien manifiesta que es el conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del Poder Ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad; así mismo, menciona a Santamaría, quien dice que es la rama del Derecho referente a la organización, funciones y procedimientos del Poder Ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida”.

Cabanellas en otra de sus obras (1979, p. 16), define al Derecho Administrativo como “parte del ordenamiento jurídico, que regula la Administración Pública, su organización y sus servicios, así como sus relaciones con los ciudadanos”.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA, en relación al Derecho Administrativo lo precisa como “el conjunto de normas doctrinales y de disposiciones positivas concernientes a los órganos e institutos de la Administración pública, a la ordenación de los servicios que legalmente le están encomendados y a sus relaciones con las colectividades o los individuos a quienes tales servicios atañen” (1986, p. 76)

Del mismo modo, la Enciclopedia de la Política de Rodrigo Borja(1997, p. 227) define al derecho administrativo como:

“Aquel que regula las relaciones en la que interviene el Estado como ente político soberano, dotado de ius imperii sobre la sociedad. Pero si el Estado se presenta con su personalidad jurídica privada, entonces es el derecho privado el que rige esos actos. En el ámbito del derecho público prevalece el principio de que los órganos de poder no pueden hacer nada para lo que no estén expresamente autorizados por la ley, mientras que en el derecho privado rige el principio contrario”.

Por último consideramos apropiado manifestar, que en muchas leyes se desarrollan los principios y normas atinentes al Derecho Administrativo, como las de la propiedad intelectual, minera, las de las obras públicas, enseñanza, las de salud pública, así como las reguladoras de la situación de los funcionarios públicos.

2.2.1. El Derecho Administrativo en relación con el Derecho Constitucional

Desde ésta perspectiva, el Derecho Administrativo al ser una rama del Derecho Público, se relaciona íntimamente con el Derecho Constitucional, es así que, el Derecho Constitucional señala el plan de conjunto sobre el funcionamiento de los poderes públicos; en cambio, el Derecho Administrativo por su parte fija el plan en detalle de tal funcionamiento por medio de sus diferentes órganos.

Del mismo modo el Derecho Constitucional, señala los principios jurídicos supremos sobre los que se asienta la vida del Estado y a través de los cuales se garantiza a los ciudadanos; en cambio, el Derecho Administrativo fija las normas jurídicas de aplicación de tales principios.

2.2.2. El Derecho Administrativo en relación con el Derecho Civil

No existe otra rama del Derecho que evolucione tanto como el Derecho Administrativo. A diferencia de otras ramas del Derecho, en las que sus principios parecen casi inmutables, el Derecho Administrativo tiene que adaptarse a las decisiones políticas que una sociedad adopta en su organización estatal.

Si miramos, por ejemplo, lo qué sucede con instituciones jurídicas del Derecho Civil como la sociedad conyugal, la herencia, etc., advertiremos que se han mantenido intactas desde sus orígenes en el Derecho Romano; mientras que cuando hablamos de procesos de desconcentración o descentralización, contratos de concesión, etcétera, propias del Derecho Administrativo, concluiremos que son instituciones jurídicas nuevas y en constante cambio y evolución.

Más importante, el Derecho Administrativo está en la cúspide del debate público. Los temas que trata son de relevancia de toda la comunidad, desde

los conflictos entre el Gobierno y los grandes inversionistas, hasta las últimas medidas municipales sobre horarios o permisos de funcionamiento de locales comerciales. El Derecho Administrativo despierta el interés colectivo de la opinión pública.

En este sentido, el connotado escritor y jurista español, Eduardo García de Enterría (1961, p. 166), manifiesta que:

“Todo el mundo del Derecho privado continúa como imantado, como seducido, por el hallazgo de los juristas romanos de hace más de dos mil años parecen haber hecho de una vez para siempre. Cuan distinto es el caso de la Administración. No tenemos aquí paradigmas atemporales a cuya acogedora sombra recogernos; ni podemos pensar naturalmente, como sin embargo llegar a hacerlo los juristas medievales de la recepción respecto a los textos del Derecho Romano, que una suerte de soplo divino hayan podido revelar a los hombres fórmulas institucionales definitivas y seguras. La historia de la Administración es, por ello, la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales, proceso que llega a formar parte así de la esencia misma del concepto”.

Es evidente que cada una de las instituciones del Derecho Civil sirven para el perfeccionamiento y desarrollo de ciertos actos administrativos, y del mismo modo garantizan aquellos derechos fundamentales de la sociedad, como la propiedad y la familia.

Es así que en el Derecho Civil, las personas pueden realizar todos los actos que estimen convenientes, a excepción de aquellos que no sean contrarios a la ley, a diferencia del Derecho Administrativo, en donde las autoridades solamente pueden realizar aquello que les está expresamente autorizado por la ley.

Del mismo modo, en el derecho Civil descansa el concepto de la coordinación de los individuos entre sí, a diferencia del Derecho Administrativo, que posee una subordinación de ellos a la Administración Pública.

Nicolás Granja Galindo (2006, p. 47), desde su perspectiva plantea que:

“En el Derecho Civil, los particulares pueden renunciar sus derechos, siempre que con ello se mire a sus propios intereses y no esté prohibida su renuncia; en cambio, en el Derecho Administrativo, son irrenunciables los derechos que la ley señala a las instituciones o autoridades públicas”.

Del presente planteamiento consideramos que, si bien los particulares pueden renunciar sus derechos, esta apreciación en el Derecho Administrativo resulta incompatible, puesto que la Administración no posee derechos, sino facultades legales que le adjudican una competencia.

2.2.3. El Derecho Administrativo desde su enfoque Legal

En efecto, constituye la Ley, una fuente del Derecho Administrativo, tomada en su sentido más amplio y generalizado, por lo que, al referirnos a la ley, como fuente del Derecho Administrativo, se pretende estudiar desde el punto de vista de su extensión, tanto de las leyes administrativas, como de las leyes comunes, porque algunas de éstas contienen también preceptos de carácter administrativo, como por ejemplo, las que detalla el Código Civil, al mencionar disposiciones sobre los bienes de uso público y los bienes fiscales, etc.

Inclusive posee desde esta perspectiva, un carácter filosófico que se fundamenta en diversos criterios, ya que para algunos filósofos existe un criterio legalista, en el que manifiestan que, la Ley constituye el concepto jurídico singular, jamás puede servir de fuente esencial del Derecho que, por sí, ya es un valor universal, por ende, más vasto y más dilatado.

2.3. Antecedentes Históricos de la Contratación Pública en el Ecuador

Eduardo Pérez (2003, p. 59), en su libro *Norma Jurídica y Doctrina Comparada*, realiza un trabajo minucioso en relación con los antecedentes históricos de la Contratación Pública en el Ecuador y al respecto cita lo siguiente:

“La Ley Orgánica de Hacienda en 1863 que, con varias reformas estuvo vigente hasta 1927 en el Ecuador, disponía en su penúltimo artículo que el poder Ejecutivo, antes de la celebración de cualquier contrato, debería publicarlo por el periódico oficial o en una hoja suelta. Además sancionaba el hecho de que al no existir publicación, tal contrato recaería en nulidad. La Ley Orgánica de Hacienda expedida en 1927, crea la Dirección de Suministros en el Ministerio de Hacienda para encargarse de “adquirir y suministrar a los departamentos y oficinas los materiales que se necesiten para el uso del gobierno” y exigía al Poder Ejecutivo el requisito de licitación para todo contrato que exceda de cierta cuantía. En 1958 se dispone “la intervención propia del Contralor para la celebración de los contratos que entrañen egresos de fondos públicos y así mismo en materia de licitación. A la Ley Orgánica de Hacienda de 1863 le suceden otras en 1927 y en 1928. La codificación de esta Ley en 1960, contempla el requerimiento, existente hasta la actualidad, de contar con una partida presupuestaria y disponibilidad de fondos, previo a la celebración de un contrato que exija egresos de fondos públicos. En ésta ley se exige la licitación para la celebración de todo contrato que exceda los doscientos mil sucres y la aprobación de las bases por la Junta de Licitaciones en el Registro Oficial o en los periódicos del lugar, también establece ciertas autorizaciones a cargo del Consejo de Estado”.

Tratando de simplificar los hechos históricos, debemos resaltar también la introducción de una ley de Licitaciones que se expide en 1964 y otra al año siguiente, pero después de sucesivas reformas la Ley de Licitaciones y

Concurso de Ofertas en 1974 que sufrió algunas modificaciones hasta la expedición de la Ley de Contratación Pública en 1990, ésta fue reformada en múltiples ocasiones y se sustituyó con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del 2008.

2.3.1. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El objetivo conforme uno de los considerandos de la Ley, es la de crear un sistema de contratación pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos ya que la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas que deriva en la discrecionalidad, genera desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado.

La instauración de la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, implica ahorro de recursos y facilita las labores de control tanto de las entidades contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.

En efecto, todos y cada uno de los contratos en los que intervenga la Administración Pública, en nombre del Estado ecuatoriano, forma parte sine qua non de la Contratación Administrativa, la misma que esta regulada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, publicadas en el Registro Oficial N. 395 del 4 de Agosto del 2008 y en el Registro Oficial N. 588 del 12 de Mayo del 2009 respectivamente, estableciendo principios, como los que detalla el artículo 4 de la Ley, de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnología, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, y participación nacional; del mismo modo, normaliza y estructura los procedimientos, mecanismos y relaciones

organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes.

2.3.2. Principales Procedimientos de Contratación

Para encarar el presente tema, es necesario anotar que, la Asamblea Nacional avaló el Presupuesto General del Estado, para el año 2012, en la cantidad de USD 26.109'270,275.91.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009, p. 17) y su respectivo Reglamento, detallan cuatro tipos de procedimientos en contratación, que obedecen al bien o servicio a contratar:

1. Procedimientos Dinámicos

- a) **Compras por Catálogo:** Radica en la adquisición de bienes y servicios normalizados, los mismos que fueron estandarizados por la entidad contratante y que observarán los procedimientos señalados por el INCOP. Para que esta contratación sea viable, es importante que, los bienes y servicios normalizados, estén dentro de un convenio macro.

- b) **Subasta Inversa:** Consiste en un mecanismo, efectuado a través de una subasta electrónica, que se realiza en el portal de compras públicas, donde los oferentes pujan hacia la baja del precio, mecanismo que se efectúa, siempre y cuando, los bienes y servicios normalizados, no consten en el Catálogo Electrónico.

Es importante mencionar que, los bienes y servicios normalizados, son el objeto de la contratación, cuyas características y especificaciones técnicas, se hallan homologadas y catalogadas.

2. Procedimientos Especiales

- a) Contratación Integral por precio fijo: Este procedimiento se realiza cuando el objeto de la contratación es LA EJECUCION DE OBRA. En el presente caso, la máxima autoridad acuerda, mediante una resolución motivada, contratar la ejecución de obra, por precio fijo y no por precio unitario.
- b) Contratación en situaciones de emergencia: En el presente caso, es potestad del Estado, la ejecución directa de cualquier tipo de contratación de bienes y servicios, sin necesidad de solicitar a las entidades contratantes, que recurran a los normales procedimientos de contratación. La misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009, p. 5), en su artículo 6, numeral 31, establece en relación a la situaciones de emergencia, que:

“son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”.

- c) Adquisición de bienes inmuebles: En relación al presente procedimiento, el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009, p. 22), menciona que:

“cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley”.

En el momento que se perfeccione la declaratoria, con el previo acuerdo de las partes, se fijará el precio y consecuentemente se realizará la transferencia de dominio, no sin antes, el pago de los respectivos impuestos.

- d) Arrendamiento de bienes inmuebles: El artículo 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública hace alusión al arrendamiento, sin embargo el Reglamento a dicha Ley (2011, p. 19), en su artículo 64, lo desarrolla en los siguientes términos:

“Para el arrendamiento de bienes inmuebles, las entidades contratantes publicarán en el portal de Compras Públicas, los pliegos en los que constarán las condiciones mínimas del inmueble requerido, con la referencia del sector y lugar de ubicación del mismo”.

3. Procedimientos por la cuantía del contrato

- e) Licitación: Para Julio Comadira (2007, p. 34) la Licitación es:

“Un modo de selección de los contratistas de entes públicos, en ejercicio de la función administrativa, por medio del cual éstos invitan a una cantidad indeterminada de posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la mas conveniente, desde el punto de vista económico, al interés público”.

El artículo 48 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, detalla los casos en los cuales, se utilizará el proceso de Licitación.

- f) Cotización: “Este procedimiento es aplicable cuando, el objeto de la contratación se refiere a bienes y servicios normalizados, y ejecución de obras, y solo si fuera imposible aplicar el procedimiento dinámico

de compras por catálogos y subasta electrónica” (Comadira, 2007, p. 48).

El artículo 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, particulariza los casos en los cuales, se utilizará el procedimiento de Cotización.

- a) Menor Cuantía: Para la ejecución del presente procedimiento, se debe invitar a cinco proveedores escogidos por un sorteo público, utilizando cualquiera de los tres casos, que la página web del INCOP pone a disposición, la misma que establece montos, para determinado tipo de contrato. Es así que: 1.- Para la ejecución de obras, el presupuesto referencial debe oscilar los USD 167,651,75., 2.- Cuando se han aplicados los procedimientos dinámicos y estos han sido desiertos, siempre que los presupuestos referenciales estén en USD 47,900,50., y 3.- Para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, el presupuesto debe oscilar los USD 47,900.50.

- b) Ínfima Cuantía.- Los bienes y servicios normalizados o no normalizados, cuyo presupuesto inicial sea igual o menor a la cantidad de USD 4,790.05, podrán contratar de manera directa los bienes y servicios requeridos.

4. Procedimiento por la naturaleza de la contratación:

- a) Consultoría.- En el presente procedimiento, la entidad contratante, determinará la naturaleza de cada uno de los participantes. Obviamente la presentación deberá ser entre consultores de igual naturaleza. La prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende,

además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.

- b) Régimen Especial.- El presente procedimiento, se crea con la finalidad de agilizar y establecer normas especiales para los procesos de adquisición de obras o servicios, determinando las pautas y requisitos para contratar, aplicando criterios de selectividad que dicte el Presidente de la República, estableciendo para determinadas contrataciones.

2.4. Terminación Unilateral del Contrato

En principio, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009, p. 34) en su artículo 94, menciona en relación a la terminación unilateral del contrato, que la Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;

6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado.

El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Es importante subrayar, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, así mismo, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

El artículo 146 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2011, p. 41), en referencia a la notificación unilateral de los contratos, señala que ésta se realizará, dentro del término legal de 10 días, de conformidad con el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública, a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; para cuyo efecto, junto con la notificación, se remitirán copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

La declaración de terminación unilateral del contrato se realizará mediante resolución motivada emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la que se comunicará por escrito al INCOP, al contratista; y, al garante en el caso de los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La resolución de terminación unilateral del contrato será publicada en el portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página web de la entidad contratante e inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP.

En la resolución de terminación unilateral del contrato se establecerá el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato; requiriéndose que dentro del término de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de terminación unilateral, el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados hasta la fecha de terminación del contrato conforme a la liquidación practicada y en la que se incluya, si fuera del caso, el valor del anticipo no devengado debidamente reajustado.

En el caso de que el contratista no pague el valor requerido dentro del término indicado en el inciso anterior, la entidad contratante pedirá por escrito al garante que dentro del término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la entidad contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el

Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

CAPITULO III

ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRA

3.1. Contrato de Ejecución de Obra

Para emprender el presente capítulo, es indispensable señalar que, en el derecho romano, ya se regulaban los contratos administrativos de obras públicas y de prestación de servicios, en el apartado del contrato de arrendamiento o locativo, de ahí su ascendencia.

Así por ejemplo, al contrato de obras se lo denominaba “locatio operis”, al contrato de prestación de servicios y del trabajo común “locatio operum” y al contrato de transporte como “locatio conductio”. (Eguiguren, 2001, p. 58).

Ahora bien, el contrato de obras surge inicialmente bajo la figura jurídica del arrendamiento de obra, por un precio fijo y determinado, en el cual se mira no solamente la actividad sino su efecto y resultado, pues el contratista debía entregar el objeto contratado plenamente terminado.

El Código Civil ecuatoriano (2009, p. 297), al emprender el capítulo del Contrato de Arrendamiento, menciona ya en su redacción la Ejecución de Obra y es precisamente su artículo 1856 que prescribe los siguiente:

“Arrendamiento es un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales”.

Inclusive, adentrándonos aún más en el apartado pertinente del Código Civil (2009, p. 309) el artículo 1930 del presente cuerpo legal invoca que:

“Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta, pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no.

Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento. En el caso contrario, de venta. El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen”.

De lo anterior, es importante colegir que el Código Civil históricamente ha reglado también el desenvolvimiento del Contrato de Ejecución de Obra, siendo éste como hemos observado, parte del apartado del Contrato de Arrendamiento, presencia que resulta algo controversial, una vez que se integra a un cuerpo legal privado como el Código Civil, afligiendo en cierto modo, la naturaleza pública de los Contratos de Obra Pública, sin embargo consideramos que la presente manifestación, le otorga al Contrato de Obra Pública o de Ejecución de Obra, una resonancia aún mayor que otro tipo de contrato, dada su gran relevancia frente a la estructura social.

En un principio, el contrato de obras públicas, se concibió en algunas legislaciones como un contrato que conllevaba para el contratista un riesgo y ventura, ya que no podía solicitar la alteración del precio pactado o su indemnización por motivo de la variación de los precios, ocurridos en el mercado por diferentes circunstancias.

Dadas estas circunstancias, ha existido un pronunciado recelo del contratista, al momento de realizar Contratos con la Administración, ya que históricamente

no ha existido una igualdad de condiciones jurídicas, que garanticen el desenvolvimiento de la relación contractual.

Es así que, una de las modalidades que garantizan el equilibrio, entre la administración y el contratista, según Boris Barrera Espín es:

“El de eliminar, el criterio de riesgo y ventura, para el contratista, y en contrapartida ofrecerle mantener el equilibrio financiero del contrato, dándole la posibilidad que se revisen los precios, para adecuarlos a los nuevos valores del mercado, pagarle intereses por mora en la entrega de las sumas adeudadas o acordadas como anticipo, compensarlo cuando la administración varíe el contrato en el ejercicio del ius varandi, o cuando por razón de la ejecución de medidas administrativas generales, ellas repercutan en las finanzas contractuales como la imposición o aumento de impuestos o tarifas, o por acontecimientos imprevistos e imprevisibles al momento de contratar, sobrevengan situaciones que puedan generar la ruina del contratista, en aplicación de la teoría de imprevisión, reconocerle los mayores valores por los trabajos que sin pactarse deben realizarse para lograr el objeto del contrato”. (Eguiguren, 2001, p. 57).

Aún así, para lograr la ejecución de la denominada obra pública, el Estado y en particular la administración pública, no actúa solamente a través de imposiciones a los ciudadanos, merced a su capacidad de imperium, también puede actuar por sí misma o en unión con otras personas, mediante convenios, por lo que se obliga de la misma forma que los particulares, es decir con plena capacidad de contratar y contraer obligaciones y derechos.

Por la vía de la función administrativa, se realizan una serie de contratos como los de obra o suministro, que son típicamente administrativos, ahora bien, la contratación no es la única forma que tiene el Estado para cumplir con sus obligaciones, ya que existen otras figuras jurídicas, como la concesión y

legación, que le permiten realizar a cabalidad, la incalculable actividad administrativa.

Se debe enfatizar efectivamente que el derecho público, está mas allá de la voluntad de los particulares y regula aspectos e intereses que superan o trascienden el interés individual de los contratantes, ya que tienen por fin, el interés de la colectividad.

3.1.1. Concepto

Genaro Eguiguren, en una de sus obras manifiesta que, los contratos de obra pública “son los convenios celebrados por la administración pública, como persona jurídica, con los particulares, para satisfacer una necesidad pública”. (Eguiguren, 2001, p. 59).

Para Boris Barrera Espín, el contrato de obra pública conforme al derecho público es:

“un contrato que satisface un interés público y que a la vez es formal, porque para su perfeccionamiento se requiere de lleno, de los requisitos señalados en la Ley, y sin los cuales el convenio no produce efectos deseados. Para que exista contrato es necesario la presencia de cinco elementos que son, la capacidad, el consentimiento, causa, objeto y solemnidades o formalidades”. (Eguiguren, 2001, p. 58).

Roberto Dromi (1987, p. 440) define a la obra pública como, “un bien ‘cosa mueble o inmueble y objetos inmateriales’ que pertenecen a la entidad pública, estatal o no estatal, y tienen por finalidad satisfacer un interés colectivo o general”.

De las tres apreciaciones anteriores, los tratadistas coinciden en que es un contrato que promueve un interés colectivo o general, de este modo podemos

decir que, el contrato de ejecución de obra, es aquel mediante el cual, el contratista se obliga a ejecutar una obra de determinadas características y entregarla en un plazo determinado, para que el contratante (el Estado) por su parte, se obligue a pagar un precio por ella, con el fin último de satisfacer el interés público.

3.2. Principios básicos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Resulta trascendental analizar el presente punto, una vez que de aquí se generan las directrices propias de la LOSCP (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), y en nuestra tema más aún, ya que el Arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución de controversias, adquiere y conserva un efecto importante en el contenido de la ley, mismo mecanismo que debe sujetarse a los principios que se harán mención.

Es indudable citar que el nuevo marco legal de La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública atribuye trascendental importancia a la aplicación de principios rectores en el ejercicio de la contratación pública, verbigracia en la ejecución de los contratos, como es el de Ejecución de Obra.

Si bien hay tendencias que consideran que los principios no requieren manifestación expresa, la legislación latinoamericana ha visto la necesidad de positivizarlos.

Así sucede con nuestro ordenamiento jurídico, en la que su redacción no es de carácter taxativo, los principios no se establecen de acuerdo a su importancia o categoría, su aplicación es transversal y deben observarse tanto en los procedimiento de contratación como en la ejecución de los contratos.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, posee una serie de principios que rigen su desenvolvimiento, por lo tanto, detallaremos algunos de ellos:

- Legalidad.- Para Guillermo Cabanellas (2009, p. 412), es “el régimen fundamental del Estado; especialmente, el establecido por su Constitución, la fidelidad a la ley o a la depuración jurídica de la actuación, ofrecen modalidades muy diferentes en distintas ramas jurídicas, que imponen su tratamiento independiente”.

El Artículo 226 de la Constitución del Ecuador (2009, p. 188), publicada en el Registro Oficial No. 449 el 20 de Octubre del 2008, establece que:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la Ley”.

Evidentemente se determina que todas las actuaciones del Estado estarán sujetas al ordenamiento jurídico y no a la voluntad de la autoridad, tomando a su actividad reglada y limitada. De este principio se deriva, que en el ámbito del Derecho Público únicamente puede hacerse lo que expresamente está permitido por la ley.

Es así que, siendo los Contratos de Ejecución de Obra, parte fundamental del Derecho Público, todas las actuaciones dentro de su ámbito estarán siempre apegadas a la normativa vigente, así tanto entidades contratantes como oferentes, deberán cumplir estrictamente los preceptos jurídicos determinados para cada procedimiento.

- Igualdad.- Cabanellas (2009, p. 335) manifiesta que

“la propia generalidad de la ley, lleva a equiparar a todos los ciudadanos, e incluso a todos los habitantes de un país, siempre que concorra identidad de circunstancias, porque caso contrario, los propios sujetos o los hechos imponen diferente trato”.

La misma Constitución del Ecuador (2009, p. 63), en el numeral 4, artículo 66, determina que “se reconocerá y garantizará a las personas derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

En este sentido, el principio de igualdad debe reflejarse, desde el principio de todo procedimiento de contratación y estará presente tanto en la fase precontractual como en la formalización del contrato, así como en las distintas formas previstas por el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Esto es, contratos que por mandato de la ley deban formalizarse mediante escritura pública, se lo hará dentro del término de 15 días después de la respectiva notificación de adjudicación. Así también, contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base de la licitación, se realizará por medio de Notario Público.

Existen además otras formas como, compras por catálogo, que se formalizarán con la orden de compra y acta de entrega. También con la sola presentación de la factura, se instrumentará los contratos de menor cuantía.

La ley también menciona que, en los demás contratos no será necesario el levantamiento a escritura pública, tan solo se otorgará documento suscrito por las partes.

- Transparencia.- El Artículo 52 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2011, p. 16), incorpora una normativa que recoge la utilidad y exige la aplicación del principio de transparencia en procedimientos de licitación, al citar que “el acto de apertura de sobres, se hará a través del Portal; o, en el lugar señalado en la

convocatoria, si las ofertas han sido entregadas de manera física en los casos permitidos”.

Así, se prohíbe a la Entidad Contratante mantener cualquier tipo de contacto con los proveedores, salvo ciertos casos, incluso existe una resolución emitida por el INCOP, signada con el No. 022-09, publicada el 12 de Mayo del 2009, que reza:

“la entidad contratante no podrá tener contactos con los proveedores, salvo el mecanismo de las aclaraciones que se realizarán a través del portal o las visitas a terreno establecidos en los pliegos, cuando la naturaleza de la contratación así lo exija” (Resolución del INCOP).

Si bien ha quedado claro el Principio de Transparencia que promulga la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en los apartados anteriores y al seguir el presente trabajo investigativo, una tesis inclinada a la promoción de acudir y priorizar los procesos Arbitrales en controversias surgidas de los Contratos de Ejecución de Obra, resulta trascendental manifestar que, la Ley de Arbitraje y Mediación, limita la Transparencia en dichos procesos, al conceder información solo a las partes interesadas, el artículo 34 (2008, p. 10) de la Ley y Arbitraje y Mediación señala lo siguiente:

“las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido”.

Ahora bien, esto no significa que los procesos Arbitrales sean lúgubres o sombríos, es más, resulta todo lo contrario, pero el carácter de confidencialidad que atribuye la Ley de Arbitraje y Mediación, limita la Transparencia a la que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública hace referencia y

el contenido solo sería conocido, cuando una de las partes presente alguna acción, es un tema complejo, pero consideramos que en procesos en los que intervenga el Estado, el carácter de Confidencialidad sea desertado.

Sin duda los Contratos de Ejecución de Obra, influyen profundamente en la actualidad, tanto en aspectos económicos como sociales, ya que promueven esa interacción y confluencia entre el sector público y el privado, de ahí la promulgación de principios, que del mismo modo articulan y garantizan los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Como ya lo vimos anteriormente, la presente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como su reglamento, orientan hacia una procedente aplicación del Arbitraje, coincidiendo en algunos casos con los principios que ya lo analizamos, así mismo con los que alinean la Ley de Arbitraje y Mediación, y con los de la actual Constitución.

Sin embargo, aparte de existir la promulgación que garantiza la posibilidad de acudir al Arbitraje, ésta resulta vulnerada, ya que por primera vez se limita su acceso al requerir una aceptación previa de la Procuraduría General del Estado, requisito que se encuentra suscrito en la Constitución del Ecuador y que sin duda estanca, desde nuestro punto de vista, el procedimiento Arbitral.

Primero por las grandes discusiones que trae consigo la interpretación del informe previo y favorable que otorga la Procuraduría General del Estado. Por una parte se encuentran aquellos que sostienen que cuando el Estado es parte contractual, necesariamente exige contar con el informe favorable del Procurador. Y por otra parte, aquellos que sostienen que el informe favorable no es un requisito de validez para la celebración de un convenio arbitral, salvo los casos en los que exige la ley. Como por ejemplo, el hecho de que se quiera firmar un convenio arbitral, una vez surgida la controversia, necesitará evidentemente y por mandato de la ley, informe previo por parte de la Procuraduría.

Segundo, por comunicados estatales que prohíben a sus entidades la celebración de convenios arbitrales, tal como en el desarrollo del presente capítulo, se dejará constancia.

3.3. Arbitraje en los Contratos Públicos Ecuatorianos

Una vez analizado lo que comprende el Arbitraje, explicado en el Capítulo I, así como lo manifestado en el Capítulo II, en relación a los Contratos Administrativos y con la explicación a detalle de los Contratos de Ejecución de Obra, hemos llegado al punto de examinar, la problemática jurídico-política que comprende hoy por hoy, la aplicación del Arbitraje en relación con los Contratos Administrativos y en especial con el Contrato de Ejecución de Obra.

La experiencia tanto estudiantil como laboral, coinciden en el hecho de que los procedimientos arbitrales, resultan mas efectivos y prácticos, al momento de dirimir conflictos en los Contratos Administrativos y en los de Ejecución de Obra, sin que esto produzca un quebrantamiento en la aplicabilidad de la justicia ordinaria

El Arbitraje en los Contratos de Ejecución de Obra y en todos los Contratos Administrativos, es necesario analizarlo desde dos acontecimientos, en un primer escenario, con el régimen anterior al del 2008 y en segundo escenario, con el régimen posterior al del 2008.

3.3.1. Régimen Anterior a la Constitución del Ecuador del 2008.

En este régimen anterior a la aprobación de la Constitución del Ecuador, vigente desde el 20 de Octubre del 2008, existieron dos fuentes, la Ley de Arbitraje y Mediación del año 1997 y la Constitución Política Ecuatoriana de 1998.

Es preciso hacer mención a lo señalado previamente, pues por primera vez y en un hecho sin precedente, se codificó y normalizó el uso del Arbitraje, como un procedimiento alternativo para resolver conflictos.

Sin embargo cabe señalar, que históricamente nuestra legislación ecuatoriana adoptó rasgos legales en el tema arbitral, así por ejemplo en la Constitución Política del año 1967 (1967, p. 11), al Arbitraje solo se lo constituía para dirimir conflictos colectivos de trabajo, claramente así lo disponía el artículo 64, numeral 13, la mencionada norma suprema:

“Para la solución de los conflictos colectivos de trabajo en todas sus instancias, se constituirán Tribunales de Conciliación y Arbitraje integrados por representantes de empleadores y trabajadores, bajo la presidencia de un funcionario público”.

El artículo 87 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que fue derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial, supuso que podía decidirse por Árbitros solo las controversias sobre bienes o derechos que siendo renunciables, puede trasmitirse por pactos entre vivos.

Esta disposición evidentemente concuerda con el artículo 11 del Código Civil Ecuatoriano (2009, p. 4), 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”.

Ahora bien, la Constitución Política de 1998, garantizó por primera vez, como ya se ha relatado, el uso de procedimientos alternativos para dirimir conflictos, pero la gran vitrina para la explotación del Arbitraje en el Ecuador, se lo dio un año antes de la promulgación de dicha Constitución, cuando entró en vigencia la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, la misma que otorgó la capacidad de acudir a antedicho procedimiento alternativo, a las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir.

Juan Pablo Aguilar en este sentido manifiesta que “para que una materia pueda ser sometida al Arbitraje, es necesario que sea transigible, esto es que verse sobre derechos que su titular los pueda disponer libremente” (Aguilar, 2009, p. 20).

El mismo criterio lo adopta el artículo 2349 del Código Civil (2009, p. 369) al mencionar “No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”.

Pero lo más innovador en la prominente Ley de Arbitraje y Mediación (2008, p. 3), fue la cabida que la ley concedió para que entidades del sector público puedan someterse al Arbitraje, cumpliendo como es lógico ciertos requisitos, así el artículo 4, inciso segundo de la Ley de Arbitraje y Mediación lo puntualiza:

“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) La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; b) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y c) 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”.

Con el preludio y vigencia de ésta Ley, automáticamente se derogaron un sinnúmero de disposiciones que altercaban y privaban el real ejercicio del Arbitraje en el Ecuador, de esta manera se suprimió la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963, también se abolió la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de

Procedimiento Civil y la Sección XV del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Pero en especial referencia, se derogó la interpretación realizada al artículo 1505 del Código Civil en el Decreto Supremo No. 797-B (1976, p. 4), publicado en el Registro Oficial No. 193 del 15 de octubre de 1976, la cual decía:

“Interprétese el Art. 1505 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 153 de la Constitución Política, en el sentido de que el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña, procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional”.

Como podemos observar, se dilucidaba el sentido de que el convenio, de sujetarse a una jurisdicción EXTRAÑA, procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional.

Es decir, al Arbitraje se lo tomó como jurisdicción extraña, mas no alterna a la jurisdicción ordinaria y provocaba lógicamente objeto ilícito contractual, creando la inviabilidad del Arbitraje en nuestro país.

Sin embargo de la derogatoria de los enunciados ya manifestados, el legislador agregó una última disposición al artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (2008, p. 5) , que establece:

“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”.

Con todo éste equipamiento jurídico, se generó una gran ECLOSION de Arbitrajes nacionales ante los Centros de Arbitraje del país, siendo un elemento central para la solución de conflictos, en la vida comercial, en la vida industrial y en las relaciones de las personas naturales, así como de las personas jurídicas.

Evidentemente cada día florecen relaciones conflictivas que producen pugnas entre los interesados, pero es importante para quienes participan de esa turbia relación, tener mecanismos confiables para resolver las mismas, pues esto es, en último término la esencia del Estado de Derecho, en tal sentido, el 3 de Marzo de 1998, en consideración a la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, el directorio de la Cámara de Comercio de Quito, aprobó el reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, adscrito a dicho organismo

3.3.1.1. El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

Como se recalcó, el 3 de Marzo de 1998, en consideración de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, entra en funcionamiento el Centro de Arbitraje y Mediación, suscitando algunos objetivos y funciones en las que destacan los de:

“a) Promover y tramitar mediaciones que, como mecanismos extra proceso, se sometan a su conocimiento y que de acuerdo con la Ley pueden ser resueltas mediante este mecanismo; b) Tramitar las demandas arbitrales que sean sometidas al centro; c) Administrar los procesos de arbitraje que se sometan al centro; d) Recomendar al directorio de la Cámara de Comercio de Quito, los candidatos a integrar

las listas oficiales de mediadores, árbitros, secretarios y peritos de los tribunales arbitrales; e) Designar árbitros y mediadores para casos específicos, cuando a ello hubiere lugar, de conformidad con la ley". (Reglamento Cámara de Comercio de Quito).

Todas estas funciones, sumadas las carácter de confidencialidad de las actividades del Centro, que son de obligatorio cumplimiento para quienes participen en ella, fueron partícipes importantes para la gran afluencia de procesos arbitrales, entre los cuales se han dirimido controversias surgidas de los contratos administrativos.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio cuenta con un directorio, que es el máximo órgano y está integrado por:

1. El presidente de la Cámara de Comercio de Quito, o su delegado.
2. El presidente de la Comisión de Reclamos y Arbitraje de la Cámara, o su delegado.
3. El directorio jurídico de la Cámara de Comercio de Quito.
4. El presidente o coordinador del Consejo Jurídico. Este consejo será designado por el Directorio de la Cámara de Comercio de Quito y estará integrado por cinco miembros. Podrán formar parte de este consejo, árbitros de la lista calificada del Centro.

Ahora bien, resultó difícil obtener información del Centro, sobre procesos sometidos a su conocimiento, en conflictos derivados de Contratos de Ejecución de Obras o de los mismos contratos administrativos, entenderíamos que esta dado por el carácter de confidencialidad de sus procesos, sin embargo obtuvimos información de la actividad desarrollada por el Centro en procesos arbitrales, en el año 1999, en la que se observa un incremento

significativo en relación a procesos instaurados en el año inmediato anterior, en la que se evidencia que los procesos recibidos de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación, se multiplicaron en un 250%.

Empíricamente es conocido que los tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio de Quito, se encuentran en la capacidad de finalizar un proceso en un tiempo aproximado de entre tres a seis meses, lo cual es sustancialmente menor al tiempo en que se resuelven los litigios en la justicia ordinaria, que llevan años, gran incentivo para adherirse al Arbitraje.

En relación al tiempo límite para fallar luego de la conformación del Tribunal y la realización de la respectiva audiencia de sustanciación, el artículo 25 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2008, p. 8), señala lo siguiente

“Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo. El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio”.

Indistintamente que las partes se sometan o no a dirimir conflictos administrativos en sede Arbitral, ya sea en la Cámara de Comercio de Quito o en otra, el Estado se ha visto “afectado” por laudos arbitrales, lo que ha originado un gran inconveniente y antipatía para adherirse a la misma, una vez que las entidades públicas han fracasado al interponer acciones, como el de Nulidad, y esto obviamente responde al grave e ineficaz manejo de los funcionarios públicos al elaborar el contrato.

Hablar de estadísticas en el presenta tema, resulta imposible dado el grado de confidencialidad de los laudos y procesos arbitrales, pero la perspectiva negativa con la que observa el Estado a los procesos alternativos como el

Arbitraje, supone la evidente aversión que tiene para con el presente mecanismo.

3.3.2. Régimen posterior a la Constitución del 2008

En este punto, indudablemente nos referiremos a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador (2008, p. 102), publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de Octubre del 2008, y como ya se mencionó, su artículo 190 manifiesta 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”.

Ahora bien, encontramos algunas diferencias con lo que establecido en la ya derogada Constitución Política del Ecuador (2006, p. 89), publicada en el Registro Oficial 1 del 11 de Agosto del 1998, en la que se señalaba en el artículo 191, inciso tercero que “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”.

Como se observa, antes de la promulgación de la nueva Constitución del año 2008, no existía limitante alguno para pactar un Arbitraje con las diferentes entidades públicas, ni tampoco se requería de un pronunciamiento previo y favorable por parte de la Procuraduría General del Estado, salvo como hemos ya señalado, cuando se intentase suscribir convenio arbitral una vez surgida la controversia.

El artículo 11 de la Ley de la Procuraduría General del Estado (2008, p. 5), cita 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”.

En principio, esta disposición que también está adscrita en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, reconoce el Arbitraje, ahora bien lo importante a destacar según el presente artículo, es que además de los casos de Arbitraje Internacional, así como los que establezca la ley, requerirán de una autorización previa por parte de la Procuraduría General del Estado, disposición que ciertamente quedó soslayada, pues la misma Constitución del Ecuador vigente desde el 2008, ha determinado que en todo contrato público susceptible de convenio arbitral ya sea nacional o internacional, necesariamente requiere de un pronunciamiento previo por parte de la Procuraduría, otro gran problema en la aplicación del Arbitraje en los Contratos Administrativos, puesto que existen corrientes que establecen que no es requisito esencial el informe previo para la celebración de los convenios arbitrales, como ya lo hemos señalado anteriormente.

Se ha demostrado a través de la legislación histórica ecuatoriana, que procesos como el Arbitraje, han venido evolucionando desde que se tomó en consideración los procedimientos alternativos de solución de controversias, sin embargo la actual Constitución, incorporó un retroceso a la evolución de dicho

Arbitraje y especialmente este retroceso es producto de temas políticos más que jurídicos.

Es de suponer que la mayoría de las Acciones de Nulidad, recaídos sobre los laudos arbitrales y que fueron interpuestos por el Estado, han sido rechazados, razón fundamental para que broten declaraciones y sugerencias provenientes de servidores públicos, para no acogerse a mecanismos como el Arbitraje, transformándolo en un tema político.

Desde nuestra percepción, resulta lamentable apreciar que la Constitución del Ecuador, prohíba expresamente celebrar Arbitrajes Internacionales, salvo que éstos deriven de una controversia surgida por algún Tratado Internacional y que claramente sea mencionado en el mismo que para la solución de dicha controversia, se sujeten a instancias con sede Latinoamericana, excluyendo ipso facto el Arbitraje Internacional en cualquier otra sede que no sea latinoamericana. El artículo 422 de la Constitución del Ecuador (2008, p. 195), menciona lo explicado anteriormente:

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

Como se observa, es evidente la limitación que prevé la Constitución ecuatoriana para celebrar Arbitrajes Internacionales y agregando además, la autorización previa por parte del Procurador General del Estado para que se sometan las entidades públicas al Arbitraje en controversias suscitadas por los contratos administrativos, sin duda a degenerado el proceso arbitral, convirtiéndolo en mucho mas limitado, lento y sobretodo mas burocrático.

Muestra de lo burocrático y político que se a convertido la celebración de convenios arbitrales en el país y mas aún, cuando existen contratos administrativos como son los de Ejecución de Obra que están en conflicto, emergió un comunicado emitido por la Presidencia de la República del Ecuador, firmado por el Secretario Nacional Jurídico, en la que prohíben a sus Ministros y Secretarios de Estado, someter a los Tribunales Arbitrales, los diversos contratos que se llegaren a suscribir, así lo demuestra la siguiente imagen Figura 1:



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Oficio No.T.1-C.1-SNJ-12-1134

Quito, 5 de octubre de 2012

SEÑORES
MINISTROS Y SECRETARIOS DE ESTADO
AUTORIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL E INSTITUCIONAL
 Presente

De mi consideración:

Por disposición del señor Presidente Constitucional de la República, me permito comunicarles que en los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales.

Excepción hecha a los contratos de empresas extranjeras amparados por Tratados Internacionales de protección de inversiones aún vigentes.

Atentamente,

Dr. Alexis Mera Güler

SECRETARIO NACIONAL JURÍDICO

Copia: Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado

Documento No. : MCPF-ST-2012-1825-F
 Fecha : 2012-10-15 15:23:55 GM
 Recibido por : Diego Miguel Pazmiño
 Para verificar el estado de su documento ir
<http://www.gesio.ndocumental.gob.ec>
 con el usuario: "0910420975"

Palacio de Carondelet, García Moreno 1043 y Chile. Telfs. 3827000
www.presidencia.gov.ec

Figura 1: Representación gráfica del comunicado emitido por la Presidencia de la República en el Oficio No. T.1-C.1-SNJ-12-1134 en el que se prohíbe la celebración de Arbitrajes cuando intervenga cualquier Entidad Pública. Tomado de Documento No. MCPF-ST-2012-1825-F. Con fecha 2012-10-15

El presente comunicado, emitido el 5 de Octubre del 2012, obviamente no pasa de ser un acto de simple administración, pero evidencia la postura que tiene el

actual Gobierno respecto del Arbitraje y queda en claro la realidad en la que vive el Sistema Arbitral en nuestro país, cuando aquellos contratos administrativos susceptibles de conflictos, ya no podrán ser ventilados por medio del Arbitraje, situación que en efecto generará un estancamiento del presente medio alternativo de solución de controversias y lo mas probable es que exista un entumecimiento en la justicia ordinaria.

Postura que evidentemente es contraria a cada una de las inclinaciones a favor del Arbitraje que tuvieron anteriores servidores públicos y para muestra un ejemplo.

En una de las obras realizadas por el jurisconsulto Doctor César Zumárraga (2002, p. 36) se desprende que el ex Procurador General de Estado, Doctor Ramón Jiménez Carbo, se pronunció insistentemente en la necesidad de promover los Sistemas de Mediación y Arbitraje en los Contratos Públicos, y lo hizo a través de dictámenes emitidos a varias instituciones públicas.

En este sentido, el Dr. Ramón Jiménez Carbo hizo llegar un circular a todos los ministros de Estado, para que se sometían a los mecanismos alternativos de solución de conflictos (Zumárraga, 2002, p. 36):

“Como es de su conocimiento la Procuraduría General del Estado, interesada en patrocinar y fomentar el uso de la mediación, el arbitraje y otros medios alternativos para la solución de controversias, de tal manera que se agilite la administración de justicia en los asuntos contractuales que competen a los sectores público y privado.

Con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en septiembre 4 de 1997 se abrió para el Ecuador la oportunidad para llevar adelante el desarrollo de estos mecanismos alternos de solución de conflictos, que tienen también base constitucional en el Art. 191, inc. 3ro. y que con la expedición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y

lo que se establece en el Art. 18, estamos exhortados a llevar a cabo una promoción y difusión del uso racional de estos mecanismos.

Tanto el sistema de arbitraje como la mediación tienen virtudes, entre ellas podemos mencionar: la celeridad en el tratamiento de las controversias, que derivan en ahorro de tiempo y dinero; y la eliminación de las posibilidades de corrupción. La especialidad de los árbitros en materias nuevas del derecho, de la que carecen nuestros jueces, hace imprescindible su uso y aplicación para dar un mejor tratamiento a las controversias que surgen entre los particulares y el Estado.

Por lo expuesto, nos permitimos sugerir a su cartera y a las entidades adscritas a la misma que incluyan en sus contratos y que prevean en sus controversias el uso de convenios arbitrales o de mediación.

Seguros de contar con su aprobación, nos despedimos de usted no sin antes reiterarle nuestros sentimientos de consideración.

Atentamente,

DIOS, PATRIA Y LIBERTAD

Dr. Ramón Jiménez Carbo”

La referencia más directa se encuentra en la Ley de Modernización del Estado (2009, p. 17), que en su artículo 63 en el que trata la resolución de controversias dice: “Los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través del arbitraje nacional o internacional, según establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las leyes vigentes”.

En este sentido el Doctor César Zumárraga (2002, p. 40) declara que:

“Aunque la Procuraduría General del Estado no ha formulado una cláusula compromisoria modelo para los contratos públicos, si ha sugerido que se observe lo contenido en la Ley de Arbitraje y Mediación

para que tal elaboración resulte efectiva. Sin embargo, en dicha sugerencia no ha enfatizado en la necesidad de renunciar expresamente a la jurisdicción ordinaria, lo que es de suprema importancia, porque de lo contrario no se producen los efectos deseados por la cláusula compromisoria; Me explico. Con el aval Procuraduría General del Estado, muchas entidades han incluido cláusulas de controversias alternativas. De esta manera se permite a elección del actor acudir a la justicia ordinaria o a los tribunales arbitrales cuando surja un conflicto” (Zumárraga, C., p. 39).

En referencia a éstas cláusulas, existe una disputa muy intensa ya que para algunos abogados especialistas en la materia, este tipo de cláusulas alternativas son válidas, pues implican un sometimiento a la jurisdicción arbitral sujetas a la condición suspensiva de no haber precedido una demanda en los tribunales comunes.

Así pues, un Tribunal Arbitral ante este tipo de cláusulas, debería analizar si ha existido una acción anterior ante la justicia ordinaria, para decidir si es competente o no de conocer el conflicto.

Aún pues, persiste una disyuntiva, en tal sentido el Dr. César Zumárraga señala que:

“No está claro, sin embargo, si el hecho que elimina la jurisdicción arbitral es la sola presentación de la demanda ante un juez ordinario o es la citación de esa demanda al demandado. Parecería que la sola presentación de la demanda, es un hecho más que suficiente para expresar la voluntad de las partes de no acudir a la justicia arbitral” (Zumárraga, 2002, p. 40).

3.4. Derecho Comparado

El régimen costarricense ha demostrado una evolución en materia de resolución alterna de conflictos entre los particulares con el Estado o alguna de sus instituciones. Al efecto, cabe reseñar una serie de disposiciones legales que se han dirigido en ese sentido.

Enrique Rojas Franco, en relación con la Ley sobre la resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, recalca que:

“En esta Ley amplia el ámbito en que se admite la resolución alterna de conflictos en el Derecho Administrativo, esa consideración deriva del contenido de diversas de sus normas, en especial, de lo establecido en los artículos 1, 2(toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible) y 18 de mencionado cuerpo legal, así también, en lo que se refiere al arbitraje en concreto, es el artículo 18, párrafo último (todo sujeto de derecho público, incluyendo al estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y art. 27 de la ley general de administración pública), en el cual se encuentra el fundamento legal expreso, para entender habilitada a la administración pública a someter sus litigios a este método de resolución alterna de conflictos”. (2002, p. 827).

No cabe duda que estas normas transigen en su estructura, la base normativa exigida por el principio de legalidad, para que la administración pública costarricense pueda someter sus litigios al Arbitraje.

El artículo 18 de referida ley, manifiesta que:

“Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje,

tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley. 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. Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública”. (Ley Sobre la Resolución Alternativa de Conflictos, p. 5).

Es evidente que no hace distinción ni exclusión alguna de materias, pero sobre todo, a diferencia de lo señalado en nuestra legislación ecuatoriana, no existe pronunciamiento previo por parte de la Procuraduría General del Estado, para que las entidades del Estado se sometan al Arbitraje.

Así mismo, la legislación costarricense incorpora un nuevo concepto que la legislación ecuatoriana no lo adopta y es que de acuerdo con la legislación de Costa Rica, solo podrán someterse al Arbitraje aquellos asuntos que puedan ser valorados económicamente.

Si bien este concepto es relativamente nuevo y sui generis, encontramos similitud con lo explicado en relación al análisis sobre los derechos irrenunciables, ya que estos derechos no son susceptibles de valoración económica, de tal modo que controversias relacionadas con derechos irrenunciables no podrían ser sometidos al Arbitraje.

Además la legislación costarricense, al igual que la norma positiva ecuatoriana, coinciden en que solo podrán someterse al Arbitraje, las cuestiones donde las partes tengan plena disposición.

Sobre este asunto, 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.

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.

En la legislación peruana, la ponencia que versa sobre el tratamiento de la Ley de Contrataciones del Estado, ha otorgado la posibilidad de acudir al Arbitraje cuando subsista controversias relacionadas con los Contratos de Ejecución de Obra.

El artículo 63 de la Constitución Política del Perú, reconoce el Arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, así mismo el artículo 139, numeral 1 de mencionada Constitución, establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, con lo que reconoce la jurisdicción arbitral como alterna a la ejercida por el Poder Judicial.

De la misma manera, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje del Perú, dispone que “pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la Ley o los tratados o acuerdos lo autoricen” (Ley de Arbitraje del Perú).

Como la Ley hace mención a materias de libre disposición, nos referiremos a lo que establece la tratadista peruana Zita Aguilera Becerril, referente a este manifiesto, en tal sentido Aguilera (2010, p. 840) explica que:

“cuando la norma hace mención a materias de libre disposición conforme a derecho, se refiere a derechos subjetivos de carácter

patrimonial, a los que corresponde una obligación de parte del demandado, y respecto de los cuales no existe impedimento legal alguno para discutirlo en Arbitraje”.

Conforme la explicación anterior, la Ley de Arbitraje de Perú, así como la Constitución peruana, dan rienda a la aplicación del Arbitraje para dirimir conflictos provenientes de Contratos Administrativos y obviamente de Contratos de Obra en el vecino país.

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 el país ibérico y sustenta en principio que, son materia arbitral las cuestiones disponibles.

Con el fin de concluir, es propicio señalar que junto con las normas relativas al Arbitraje, las mismas que se encuentran adscritas en la actual Constitución del Ecuador, se ha generado un sinnúmero de impresiones diversas y encontradas en relación con este medio alternativo de solución de conflictos.

Sin duda que la Carta Magna, en cierto modo reitera acertadamente la validez de la utilización de los métodos alternativos de solución de conflictos en el Ecuador, y entre ellos lógicamente se encuentra el Arbitraje, desde esta perspectiva se colige que Sistema Arbitral se encuentra constitucionalmente permitido y amparado en nuestro país, lo cual es plausible.

Ahora bien, por otro lado, resulta evidente que los artículos analizados reflejan una prominente desconfianza hacia el Arbitraje y muestra de ello es la exigencia, que a nuestro parecer es injustificada, de que el Arbitraje quepa en las Contrataciones Públicas sólo con el beneplácito previo de la Procuraduría General del Estado.

Otro indicio de este innegable recelo, es la prohibición de suscribir nuevos tratados internacionales, que contengan instancias arbitrales, para la solución de controversias entre entidades públicas y privadas, salvo que se trate de foros regionales.

En tal razón y haciendo hincapié en lo manifestado en la comparativa de legislaciones, así como con lo estipulado en la Constitución de la República del Ecuador, además del pronunciamiento previo por parte de la Procuraduría General del Estado y con el comunicado ya señalado, por parte del Doctor Alexis Mera, Secretario Nacional Jurídico, queda demostrado la grave CRISIS que vive hoy por hoy el Arbitraje en el Ecuador, como aquel mecanismo alternativo para solucionar conflictos surgidos de todo Contrato Administrativo y en especial con el de Ejecución de Obra.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Para finalizar, consideramos necesario citar una frase, de uno de los textos de Caviano:

“Es mucho más conveniente para la paz social, bajar los decibeles del litigio.... El pleito judicial es el último recurso, mas no el único ni el primero que se reconoce o dispone. La instancia judicial deberá ser reservada para aquellos casos de trascendencia social, o en los que no fuese posible arribar a una conciliación, ni siquiera acuerdos mínimos que haga viable el Arbitraje. Los medios auto compositivos deberían actuar como filtros que retengan todas aquellas situaciones litigiosas, en las que pueda lograrse una solución, a partir de la voluntad de las partes. El Arbitraje podrá a su vez, retener aquellos casos en que no siendo posible un acuerdo, exista al menos un grado de entendimiento que les permita convenir el sometimiento de las diferencias a juicio de árbitros. La justicia ordinaria, quedará así como el reducto final, reservado para los conflictos que no admitiesen soluciones total o parcialmente consensuadas”. (2000, p. 205).

4.1. Conclusiones provenientes de la Investigación

1. Como conclusión principal, podemos señalar que, el Arbitraje es un procedimiento alternativo idóneo, para resolver controversias surgidas de los Contratos de Ejecución de Obra o de conflictos derivados de la Contratación Administrativa, una vez que se a demostrado que es una alternativa ágil y ligera para disipar pugnas contractuales.
2. Se confirmó, que el Arbitraje posee una gran consonancia legal y constitucional, originada por la propia legislación ecuatoriana, a través

- de la Ley de Arbitraje y Mediación, que lo reconoce como un método alternativo de solución de conflictos, el cual es se afianza, con lo dispuesto en la Constitución ecuatoriana.
3. Tanto la Ley de Arbitraje y Mediación, como la Constitución de la República del Ecuador, en sus artículos 4 y 190 respectivamente, legitiman al Arbitraje como una alternativa propia y distinta de la jurisdicción ordinaria, para resolver conflictos en los que intervenga la Administración Pública, por lo que se concluye entonces, que la ley ecuatoriana, faculta al Estado, para acudir a instancias como el Arbitraje.
 4. El Arbitraje, contribuye definitivamente a la seguridad jurídica que los particulares buscan en aquellas relaciones con el Estado, además el presente procedimiento alternativo de solución de controversias, presta mas garantías al Estado, que la misma justicia ordinaria. Un claro ejemplo está dado, en el prominente perfil de los Árbitros, frente al perfil de la mayoría de Jueces ecuatorianos.
 5. Los Contratos de Obra Pública, deben responder a los señalamientos que las diferentes entidades adopten, frente a las necesidades reales de la colectividad a la que sirven, en tal sentido, la Obra Pública, debe anticiparse a futuras exigencias de una sociedad.
 6. En relación con lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución del Ecuador, aquel informe previo y favorable por parte de la Procuraduría General del Estado, no representa un requisito sine qua non para la validez de todo convenio arbitral, sino solamente de aquellos casos previstos por la ley.

7. Resulta evidente, que el Arbitraje irá desapareciendo poco a poco, como alternativa propia para dirimir conflictos derivados de todo tipo de Contratos Administrativo, mientras sigan existiendo comunicados por parte del Ejecutivo para erradicar y prohibir la intervención de Entidades Públicas en procesos Arbitrales.

4.2. Recomendaciones provenientes de la Investigación

1. Es necesario, potenciar programas de difusión del Arbitraje, como medio idóneo para la solución de conflictos.
2. Difundir a nivel de cada una de las entidades estatales, el uso de la cláusula compromisoria o convenio arbitral.
3. Promover la creación de cátedras en la facultades de derecho del país, sobre los medios alternativos de solución de conflictos en relación con los Contratos Administrativos, así como estimular a los colegios de abogados del Ecuador, para que difundan la Ley de Arbitraje y Mediación, con el fin de que se contribuya a incentivar el uso del Arbitraje, como una opción referente, frente a la agotada justicia ordinaria.
4. Los Centros de Arbitraje y Mediación, deberán estimular la creación y promoción de un cuerpo capacitado de Árbitros, provenientes de las diversas Universidades del Ecuador, con el fin de que, partes como el Estado, no sientan esa temeridad de acudir al Arbitraje, por esa imparcialidad a la que entienden estar claudicados, cuando se someten a éste mecanismo alternativo de conflictos.
5. Es innegable que existe una percepción de que el Estado siempre pierde cuando acude al Arbitraje, afectando la imparcialidad a la que están sujetos los Árbitros, por lo que resulta necesario, que los Centros

de Arbitraje y Mediación, promociónen a la sociedad la calidad de sus laudos, ahora bien, existe el impedimento que la misma ley otorga por el carácter de confidenciales, pero cuando existen recursos de Nulidad, evidentemente éstos laudos se convierten de conocimiento público y en ese momento debería promocionarse el contenido de las resoluciones arbitrales.

REFERENCIAS:

- Aguilar, A. (1993). *La validez o nulidad de las sentencias contractuales en el derecho internacional público*. Madrid, España: Tecnos.
- Aguilera, Z. (2010). *Manual de Actualización Administrativa*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Babbitt, E. (1996). *Jimmy Carter: el poder de la persuasión moral en la mediación internacional*. Barcelona, España: Paidós.
- Benadava, S. (2005). *Derecho Internacional Público*. Santiago, Chile: LexisNexis.
- Borja Cevallos, R. (1997). *Enciclopedia de la Política*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Bowett, D. (1993). *The Canada-France Arbitration*. Madrid, España. Tecnos.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2009). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Caviano, R. (2000). *El Arbitraje segunda edición*. Buenos Aires, Argentina: Villela Editor.
- Comadira, J. (2007). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.
- Conejero, C., Hernández, A., Macchia, V., et al. (2006). *El Arbitraje Internacional en Iberoamérica*. Madrid, España: Legis.
- Dromi, R. (1987). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina. Hispana Libros.
- Eguiguren, G. (2001). *Celebración de Contratos Administrativos*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Omeba. (1987). *Enciclopedia Jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Editorial DRISKILL S.A.
- Gamboa, N. (2006). *Apuntes sobre Arbitraje Internacional*. Buenos Aires, Argentina: Centro Editorial del Rosario.

- García de Enterría, E. (1961). *La Administración Pública y el Estado Contemporáneo*. Madrid, España.
- Gil, J. (1993). *Curso Práctico de Arbitraje*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Editora del Rey y F.D.A.
- Gonzales, F. (2004). *Arbitraje*. Prorrúa.
- Granja, N. (2006). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Jiménez, J. (1994). *Arbitraje en Comercio Internacional*. Quito, Ecuador: Corporación Editorial Nacional.
- Mantilla, F. (2007). *Arbitraje Internacional*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Monroy, M. (1998). *Derecho Procesal Civil*. Bogotá, Colombia: Editorial Librería Ediciones de Profesional.
- Nieto, A. (1993). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Parraguez, L. (2004). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Penagos, G. (2008). *Derecho Administrativo Nuevas Tendencias*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Pérez, A., López, D., Aguilar, J., et al. (2007). *Manual de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, E. (2003). *Norma Jurídica y Doctrina Comparada*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rojas, E. (2002). *Métodos de Solución de Conflictos*. San José, Costa Rica.
- Sánchez, L. (1993). *Fecha crítica, contenciosos territoriales y jurisprudencia internacional*. Madrid, España: Tecnos.
- Salcedo, E. (2001). *El Arbitraje: La justicia alternativa*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Jurídica Miguez Mosquera.
- Santos, R. (2000). *Arbitraje Internacional Comercial*. Ciudad de México, México.

- Scott, D. (1999). *El conflicto Ecuador-Perú: el papel de los garantes internacionales*. Quito, Ecuador: Flacso.
- Talero, S. (2008). *Arbitraje Comercial Internacional. Instituciones Básicas y Derecho Aplicable*. Temis.
- Zumárraga, S. (2002). *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Quito, Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución Política de la República del Ecuador. (2006). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución Política del Perú. Recuperado el 10 de Diciembre del 2012 de <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>.
- Constitución Política del Ecuador año de 1967. Recuperado el 10 de Diciembre del 2012 de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CONSTITUCION_POLITICA_DEL_ANO_1967.
- Código Civil, Legislación Conexa, Concordancias. (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Procedimiento Civil, Legislación Conexa, Concordancias, Jurisprudencia. (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Interpretación del artículo 1505 del Código Civil. Recuperado el 11 de Diciembre del 2012 de <http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=F38DD2C07EEC98CA657CE155F2D963C7830495DE&type=RO>.
- Ley de Arbitraje y Mediación. (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Arbitraje de Perú. Recuperado el 15 de Enero del 2013 de http://www.cbar.org.br/PDF/Ley_Peruana_de_Arbitraje_2008.pdf.

Ley de Modernización del Estado. Recuperado el 7 de Enero del 2013 de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-LEY_DE_MODERNIZACION_DEL_ESTADO.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Recuperado el 3 de Enero del 2013 de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-LEY_ORGANICA_DE_LA_PROCURADURIA_GENERAL_DEL_ESTADO.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Recuperado el 19 de Noviembre del 2012 de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CONTRATO-LEY_ORGANICA_DEL_SISTEMA_NACIONAL_DE_CONTRATACION_PUBLICA.

Ley sobre la Resolución Alternativa de Conflictos. Recuperado el 19 de Enero del 2013 de http://www.derpublico.net/main.php/view_photo?wa_id=13.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Recuperado el 19 de Noviembre del 2012 de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CONTRATO-REGLAMENTO_A_LA_LEY_ORGANICA_SISTEMA_NACIONAL_CONTRATACION_PUBLICA.

Resolución de la INCOP. Recuperado el 18 de Enero del 2013 de http://www.compraspublicas.gob.ec/compraspublicas/index.php?option=com_sobi2&sobi2Task=sobi2Details&catid=16&sobi2Id=82&Itemid=16