

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO.

Colegio de Jurisprudencia.

**El control de legalidad de los actos administrativos dictados en
uso de las facultades exorbitantes de la Administración por
tribunales arbitrales ecuatorianos.**

Andrés Santiago Rubio Puente.

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de abogado.

Quito, abril de 2012.

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

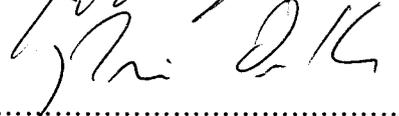
“El control de legalidad de actos administrativos dictados en uso de las facultades exorbitantes de la Administración por tribunales arbitrales ecuatorianos”

ANDRES RUBIO PUENTE

Dr. Juan Pablo Aguilar
Presidente del Tribunal e Informante

.....

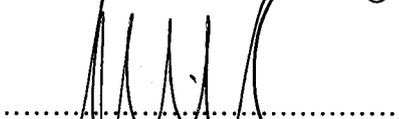

Dr. Edgar Neira
Director de Tesis

.....


Dr. Hugo García
Delegado del Decano e Informante

.....


Dr. Fabián Corral
Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....


Quito, 22 de Mayo de 2012

Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "El control de legalidad de actos administrativos dictados en uso de las facultades exorbitantes de la Administración por tribunales arbitrales ecuatorianos", presentado por el estudiante, señor Andrés Rubio Puente, previo a la obtención del título de Abogado.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Juan Pablo Aguilar, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Édgar Neira, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Hugo García, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 98.67/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 97.5/100, da la nota final de Grado de 98.03/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 22 de mayo de 2012.


Dr. Juan Pablo Aguilar
Presidente del Tribunal


Dr. Hugo García
Delegado del Decano


Dr. Édgar Neira
Director del Ensayo Jurídico

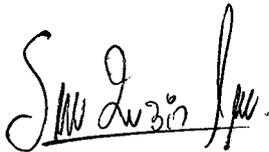

Sr. Andrés Rubio Puente

Todo el contenido del presente documento intitulado **“El control de legalidad de actos administrativos dictados en uso de las facultades exorbitantes de la Administración por tribunales arbitrales ecuatorianos”** corresponde a las opiniones y criterios personales de su autor, al igual que las ponencias vertidas en su disertación oral y defensa pública.

De ninguna manera éstas representan o reflejan el criterio institucional de la Universidad San Francisco de Quito, como tampoco de su Colegio de Jurisprudencia, del Decano, Vicedecano, planta docente y demás funcionarios. La institución no asume responsabilidad alguna sobre información, opiniones o criterios contenidos en él.

El autor se hace responsable por acción de cualquier naturaleza que pueda derivarse del presente documento.

AUTOR: ANDRES RUBIO PUENTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Andrés Rubio Puente', written in a cursive style.

FIRMA DE RESPONSABILIDAD

CI:

© **Derechos de autor.**

Andrés Santiago Rubio Puente.

2012.

A mis padres, que sabiendo poco de leyes
me enseñaron mucho de justicia.
En especial a mi madre, que cambió su tesis por la mía.

Agradezco al Dr. Edgar Neira Orellana
por su tiempo, consejo y generosidad intelectual.

RESUMEN.

Esta tesina es un estudio de la competencia de los tribunales arbitrales ecuatorianos para resolver sobre la legalidad de los actos administrativos dictados en el contexto de una relación contractual entre el Estado y los particulares.

A pesar de que la Constitución de la República ha asignado competencia a los árbitros en razón de la materia, actualmente la exigencia de la transigibilidad de los asuntos arbitrables – establecida tanto en la Constitución como en la Ley de Arbitraje y Mediación – les impide decidir sobre el fondo de las controversias contractuales en las que interviene el Estado. Así, la revisión de la jurisprudencia nos muestra que los tribunales han debido limitarse a resolver sobre los efectos patrimoniales de los actos administrativos contractuales y su eventual indemnización, mas no sobre su corrección legal.

Mediante el estudio doctrinario y legislativo de la naturaleza del arbitraje, se demuestra que el requisito de transigibilidad responde a un erróneo jurídico que no hace más que lesionar el orden público que dice defender, haciéndose necesaria su reforma.

ABSTRACT.

This dissertation is a study of the competence of the Ecuadorian arbitral tribunals to rule on the legality of the administrative acts dictated in the context of a contractual relationship between the State and individuals.

Although the Constitution of the Republic has assigned competence on the subject to the arbitrators, nowadays the requirement of the availability of the arbitrable matters – established both in the Constitution and in the Law of Arbitration and Mediation – impedes them to decide on the merits of the contractual disputes in which the State participates. Thereby, the case review shows us that the tribunals have had to solve only about the economic effects of the contractual administrative acts and their potential compensation, but not about their legal validity.

By the doctrinaire and legislative study of the nature of arbitration, it is demonstrated that the requirement of availability responds to a misconception that does no other thing than damaging the public order that claims to protect; therefore, its reform becomes necessary.

Tabla de contenido.

INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I: EL ARBITRAJE EN EL ECUADOR.	5
1.1 EL ARBITRAJE CON EL ESTADO COMO PARTE.....	5
1.2 EL ARBITRAJE COMO JURISDICCIÓN.	11
1.3 REQUISITOS DE VALIDEZ PROCESAL.	15
1.3.1 <i>Materias arbitrables.</i>	21
CAPÍTULO II: EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.	29
2.1 EL ACTO ADMINISTRATIVO.	29
2.1.1 <i>Conceptualización.</i>	29
2.1.2 <i>Clasificación.</i>	35
2.2 EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.	42
2.2.1 <i>Conceptualización.</i>	42
2.2.2 <i>Elementos esenciales del contrato administrativo.</i>	44
2.2.3 <i>Peculiaridades del régimen contractual administrativo: las facultades exorbitantes de la Administración.</i>	48
2.2.3.1 <i>Obligación de ejecutar.</i>	51
2.2.3.2 <i>El poder de interpretación unilateral del contrato.</i>	52
2.2.3.3 <i>Ius variandi.</i>	54
2.2.3.4 <i>Factum principis.</i>	55
2.2.3.5 <i>Poderes de dirección, inspección y sanción.</i>	56
2.2.3.6 <i>Las reglas exorbitantes que afectan a terceros.</i>	56
CAPÍTULO III: EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES POR TRIBUNALES ARBITRALES. ..59	
3.1 JURISPRUDENCIA ECUATORIANA.	60
3.1.1 <i>Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito en el juicio arbitral No. 010 – 06 entre Andinatel S.A. contra el Estado Ecuatoriano – Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL).</i>	60
3.2 JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.	74
3.2.1 <i>Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.</i>	74
3.2.2 <i>Otras sentencias.</i>	78

CAPÍTULO IV: CRÍTICA AL PROBLEMA.....	80
4.1 SOBRE LA EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVA.	81
4.2 SOBRE LA AMENAZA DEL ARBITRAJE AL ORDEN PÚBLICO.	84
4.2.1 Arbitraje no es transacción.....	84
4.2.2 En el arbitraje no se negocia la legalidad.....	87
4.2.3 La arbitrabilidad y el orden público.....	93
CONCLUSIONES.....	96
RECOMENDACIONES.....	104
BIBLIOGRAFÍA.....	105
1. DOCTRINA.....	105
2. LEGISLACIÓN.....	109
3. JURISPRUDENCIA.....	112

INTRODUCCIÓN.

El primer numeral del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹ establece la obligatoriedad de que los derechos fundamentales de las personas sean protegidos a través de recursos sencillos, rápidos y efectivos; derecho que conlleva la obligación estatal de organizar un sistema de administración de justicia que garantice su cumplimiento. En el mismo sentido ordena el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador cuando expresa que toda persona tiene derecho a “[...] la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad [...]”². Es en atención a estas necesidades humanas, frecuentemente desatendidas por el Estado, que nace la institución del arbitraje como un mecanismo alternativo para la solución de controversias.

La aptitud del arbitraje para cumplir con esos cometidos ha sido reconocida por los privados quienes, cada vez con mayor frecuencia, privilegian el acudir a esta vía en lugar de a las cortes tradicionales. Tal ha sido este fenómeno que el propio Estado ha aceptado que los representantes de los organismos que lo conforman suscriban convenios arbitrales para solventar sus conflictos con los administrados.

No obstante lo anterior, esta institución continúa siendo resistida por un sector de los involucrados en el funcionamiento del sistema jurisdiccional. En unos casos por impericia, en otros por desconfianza, y en tantos por temor a que este método alternativo de solución de controversias ponga en peligro al orden público, se ha obstaculizado su pleno desarrollo. A través de la legislación principalmente, se ha impedido que el arbitraje cumpla a cabalidad los objetivos para los cuales fue creado: resolver de forma eficaz y

¹ *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 25. Registro Oficial No. 801 de 06 de agosto de 1984.

² *Cfr.* Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

eficiente los conflictos que las partes libremente decidan poner a consideración de juzgadores por ellos elegidos.

Sobre este punto, el administrativista y árbitro ecuatoriano Edgar Neira Orellana nos explica cómo desde sus orígenes el arbitraje en el Ecuador fue limitado por la normativa:

[...] Las normas del Código de Procedimiento Civil que regulaban el “juicio por arbitraje” eran excesivamente reglamentarias y desalentaban la opción que ofrecía el arbitraje: se exigía que el compromiso arbitral contenga el texto completo de la demanda y la contestación, es decir que la controversia haya surgido previamente; se establecía el derecho a apelar de la sentencia arbitral ante los jueces ordinarios con lo cual la eficacia de un juicio ágil como pretende ser el arbitral, quedaba enervada por la posible iniciación de un nuevo proceso ante los jueces de lo civil³.

Un gran impulso para corregir esa situación lo dio la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997 y más aún la Carta Política de 1998 que reconoció constitucionalmente al arbitraje y a la mediación como medios alternativos válidos para solucionar controversias jurídicas⁴. Actualmente, la Constitución de Montecristi también las reconoce, declarando expresamente que el Estado puede someterse a la decisión de árbitros en controversias sobre contratación pública⁵; lo que se suma al principio pro arbitraje que rige todo nuestro ordenamiento.

Sin embargo, es precisamente en este último contexto – los arbitrajes sobre contratación pública – que resultan más evidentes las restricciones que la institución aún encuentra en nuestro sistema legal. Ése es pues el objeto de nuestro estudio.

Así, el problema con el que nos encontramos es que existen diversos argumentos restrictivos de los límites del arbitraje con el Estado, la mayoría de ellos concordando en que los árbitros no deberían nunca resolver respecto de la corrección legal de las

³ Edgar Neira Orellana. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Latin Arbitration Law*. <http://www.latinarbitrationlaw.com/el-estado-y-el-juicio-de-arbitraje-seg-n-la-legislaci-n-ecuatoriana/> (acceso: 20/ 04/ 2011).

⁴ Cfr. Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

⁵ Cfr. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

actuaciones contractuales de la Administración, debiendo limitarse a la cuantificación de los eventuales daños y perjuicios y abstenerse de zanjar realmente el problema de fondo: la violación contractual.

No es poco común que el Estado haga un abusivo uso de sus legítimas facultades exorbitantes de contratación, alterando el equilibrio económico de las convenciones y, en definitiva, vulnerando legítimos derechos de sus contrapartes, por lo que nos preguntamos: ¿tienen los tribunales arbitrales competencia para resolver sobre la legalidad de los actos administrativos dictados en uso de la facultades exorbitantes de la Administración?

Nuestro planteamiento es que sí, dado que es muy difícil que los juzgadores resuelvan sobre daños e indemnizaciones sin pronunciarse también sobre la corrección legal de los actos de las partes “[...] puesto que los aspectos económicos o técnicos relacionados con la ejecución del contrato tienen relación directa o indirecta con las obligaciones que nacen de ese contrato”⁶. Así pues, separar la contingencia de la causa atenta contra la tutela efectiva de los derechos de los administrados, máxime cuando la Constitución y las leyes han reconocido jurisdicción a la sede arbitral y competencia a los árbitros para resolver este tipo de controversias, por lo que es necesario que los árbitros puedan resolver sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales.

Para contestar esa interrogante se ha estructurado la argumentación en cuatro capítulos.

En el primer capítulo se buscará dibujar el escenario legislativo actual del arbitraje en el que el Estado ecuatoriano interviene como parte. Empezaré para ello exponiendo los antecedentes históricos de este tipo de arbitrajes para después poder entender el estado actual del asunto. Acto seguido se estudiará la naturaleza de esta institución en tanto poseedora de jurisdicción con el fin de demarcar sus alcances para, finalmente, detallar las materias susceptibles de ser resueltas a través de sus laudos y puntualizar las que no lo son.

⁶ Edgar Neira Orellana. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Óp. cit.*

En el segundo capítulo se estudiarán las figuras del acto y contrato administrativo, objeto de nuestro estudio, con el fin de caracterizarlas y conocer las particularidades que deben tener en cuenta los encargados de administrar justicia. Me referiré en particular a las cláusulas exorbitantes de los contratos y cómo, aunque legítimas y necesarias, su aplicación afecta en verdad el equilibrio económico de los contratos.

En el tercer capítulo se analizará las respuestas que la jurisprudencia ecuatoriana y colombiana – donde el problema ha tenido mayor desarrollo – ha dado al problema planteado, para tener un panorama claro del problema y tener elementos para nuestra crítica.

Finalmente, en el cuarto capítulo se expondrán las razones por las que reprochamos el tratamiento que la legislación ha dado al arbitraje al limitar su competencia en atención a una distorsionada concepción de la naturaleza de esta institución y del orden público, recomendando su reforma en miras a desarrollar un arbitraje más flexible, informal y, sobre todo, eficiente.

CAPÍTULO I: EL ARBITRAJE EN EL ECUADOR.

1.1 El arbitraje con el Estado como parte.

El arbitraje es un método alternativo de solución de controversias en el que las partes acuerdan someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un tercero con autoridad para aquello, decisión que tiene el efecto de cosa juzgada.

Esta institución ha sido reconocida constitucionalmente en nuestro país desde la Constitución de 1929, en cuyo artículo 151 numeral 24 inciso cuarto se establecía la obligación estatal de constituir tribunales de mediación y arbitraje para la solución de controversias laborales (“conflictos de capital y el trabajo”, literalmente) como parte de la protección al derecho de asociación y agremiación de los ciudadanos⁷.

Similar tratamiento tuvo el arbitramento en las Cartas Políticas sucesivas hasta llegar a la Constitución de 1998, en cuyo artículo 191 inciso tercero se le reconoció mayor amplitud en cuanto a la materia de los asuntos a ser resueltos al disponer que: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, **con sujeción a la ley**” [el énfasis es añadido]⁸.

La ley a la que se refería la norma constitucional es la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) expedida el 4 de septiembre de 1997, que contribuyó significativamente al desarrollo del arbitraje en el Ecuador, pues dio pie para que la legislación posterior considere a la mediación y al arbitraje como vías alternativas válidas para la resolución de conflictos, dado que se regulaba no sólo el arbitraje entre sujetos de derecho privado sino también con el Estado.

⁷ Cfr. Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 151. Registro Oficial No. 138 de 26 de marzo de 1929.

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Así pues, el artículo 4 LAM, respecto de la capacidad para acudir al arbitraje, dispone que para que las entidades que conforman el sector público puedan someterse a árbitros, además de cumplir con los requisitos generales, deben pactar un convenio arbitral firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución involucrada; que el convenio arbitral debe ser anterior al surgimiento de la controversia, caso contrario es menester obtener autorización del Procurador General del Estado; que el convenio debe referirse únicamente a disputas de carácter contractual y que debe incluir la forma de selección de los árbitros⁹.

Empero, es solamente a partir del año 2008 que se consagra a través de una norma con rango constitucional específicamente la intervención de la Administración como parte en procesos arbitrales, aunque limitándola a asuntos relativos a contratación pública y siempre y cuando el laudo sea dictado en Derecho. Aunque innecesaria una previsión constitucional para esta clase de materias, el artículo 190 de la Constitución vigente (en adelante ConsE) establece que: “[...] En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”¹⁰.

De cualquier modo, no nos debemos confundir, pues lo anterior hace referencia únicamente al tratamiento constitucional del arbitraje, mas ni el arbitramento entre privados ni con el Estado son en absoluto novedades en el sistema jurídico ecuatoriano, ya que diversos cuerpos legales infraconstitucionales se han referido a esta institución a lo largo de la historia¹¹. Precisamente, en el Código de Procedimiento Civil (en adelante

⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 4. Registro Oficial No. 145 de 04 de septiembre de 1997.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹¹ Verbigracia, el propio Código Civil (CC) de 1860 ya contemplaba la posibilidad de que los privados puedan resolver sus diferencias nombrando árbitros cuando, respecto a la obligación de saneamiento, estipulaba que: “Cesará la obligación de sanear en los casos siguientes: 1. Si el comprador y el que demanda la cosa como suya se someten al juicio de árbitros, sin consentimiento del vendedor, y los árbitros fallaren contra el comprador; [...]”. Esta norma se mantuvo también en las codificaciones posteriores del CC. En el campo procesal, el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1907 en su artículo 2, al establecer quiénes poseían jurisdicción, establecía que, además de los magistrados y jueces, “Ejercen también jurisdicción las personas que los interesados nombran para que, como árbitros, conozcan en algún negocio

CPC) de 1953 se menciona en una sección aparte al “juicio por arbitraje” y se lo desarrolla a través de 37 artículos, siendo particularmente importante para nuestro estudio el artículo 1020, que disponía que:

Pueden comprometer libremente la causa en árbitros, así como nombrar éstos, los que pueden comparecer en juicio por sí mismos, los mandatarios con poder especial y **los representantes legales de personas naturales o jurídicas, derecho público o privado**, a quienes la ley no lo prohíbe o no les impone, al efecto, ningún requisito. No tendrán esta facultad los curadores ad-litem [el énfasis es añadido]¹².

Destaco esta norma porque fue la primera vez que los representantes de las instituciones de Derecho Público tenían autorización legal para comprometer en árbitros una controversia, 59 años atrás. En idéntico sentido se expresa la codificación de 1978, así como el artículo 956 del Código de Procedimiento Civil de 1987¹³.

Del mismo modo, es relevante para el estudio de la Administración como parte procesal en arbitraje la Ley de Consultoría de 1989, en cuyo artículo 40 inciso segundo ordena que en todo contrato de consultoría contratada por la Administración Pública “[...] se establecerá el procedimiento de arbitraje para la solución de las controversias de carácter técnico derivadas de su elaboración”¹⁴. Asimismo, el artículo 113 reformado de la Ley de Contratación Pública de 1990¹⁵ respecto a las controversias establecía que:

De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, **podrán utilizar los procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias**, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato [la negrita es propia]¹⁶.

particular”, calificando más adelante a este tipo de jurisdicción como convencional y refiriéndose a los árbitros como “jueces árbitros” (Artículo 22).

¹² Código de Procedimiento Civil. Artículo 1020. Registro Oficial Suplemento No. 133 de 07 de febrero de 1953.

¹³ *Cfr.* Código de Procedimiento Civil. Artículo 956. Registro Oficial Suplemento No. 687 de 18 de mayo de 1987.

¹⁴ Ley de Consultoría. Artículo 40. Registro Oficial No. 136 de 24 de febrero de 1989.

¹⁵ El texto del artículo citado corresponde a la reforma hecha por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador. Artículo 81. Registro Oficial Suplemento No. 34 de 13 de marzo de 2000.

¹⁶ Ley de Contratación Pública. Artículo 113. Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990.

Mientras que en el artículo siguiente se contempla la posibilidad de acudir a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo cuando no se haya llegado al acuerdo para someterse a arbitraje; en otras palabras, en el siglo pasado se miraba ya al proceso arbitral como el medio recomendado para la solución de conflictos en materia de contratación pública, dejando a la instancia judicial como una vía secundaria. En la misma línea, en el artículo 35 inciso segundo del Reglamento a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1997 se contemplaba que:

Toda controversia que se suscite en materia eléctrica entre generadores, el transmisor, distribuidores, consumidores y el Centro Nacional de Control de Energía, serán conocidas por el Director Ejecutivo del CONELEC en primera instancia y, por el Directorio del CONELEC, previa apelación correspondiente, en segunda instancia, **única y exclusivamente cuando las partes no las hayan sometido a procedimiento de arbitraje o no se haya previsto dicho mecanismo de solución de la controversia en los contratos respectivos** [el énfasis es propio]¹⁷.

Nuevamente vemos que en este caso se privilegia a la vía arbitral por sobre la judicial. Otro caso muy decidor lo vemos en la Ley de Propiedad Intelectual de 1998, en cuyo artículo 374 se autoriza someter las controversias de la materia a procesos de mediación y arbitraje sin necesidad siquiera de la autorización del Procurador General del Estado. Así pues, se mandaba que:

Toda controversia en materia de propiedad intelectual, podrá someterse a arbitraje o mediación, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

Para el efecto **el IEPI está autorizado a suscribir el respectivo convenio arbitral sin necesidad de consultar al Procurador General del Estado** [el énfasis es propio]¹⁸.

Como se observa, la expedición de la LAM de 1997 ya comenzaba a producir sus efectos en el entramado legal. El tema aduanero no se quedó atrás, ya que en la Ley Orgánica de Aduanas de 1998 se permitía que las disputas sobre actos administrativos referentes a clasificación arancelaria, valoración, origen de las mercancías o reliquidación

¹⁷ Reglamento a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Artículo 35. Registro Oficial Suplemento No. 182 de 28 de octubre de 1997.

¹⁸ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 347. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo de 1998.

de tributos se resuelvan también mediante arbitraje en Derecho, de este modo el artículo 76 expresaba que:

Los reclamos sobre cualquier acto administrativo aduanero u otro que ocasione perjuicio directo a una persona natural o jurídica, se presentarán por el afectado, ante el Gerente del que emanó el acto administrativo, dentro del término de veinte días de realizado o notificado el acto. La reclamación reunirá los requisitos previstos en el Código Tributario.

Cuando las reclamaciones o controversias que se originen entre los importadores y las verificadoras o de éstas con el Gerente Distrital, verse sobre clasificación arancelaria, valoración, origen de las mercancías o reliquidación de tributos, **podrá acudir al arbitraje de derecho como mecanismo de solución de conflictos con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación** [el énfasis es propio]¹⁹.

En cuerpos legales más recientes tampoco se ha impedido la participación de la Administración en arbitraje, a saber, la Ley de Contratación Pública de 2001, al referirse sobre las controversias, en su artículo 108 contemplaba que:

De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, **podrán utilizar los procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato** [la negrita es propia]²⁰.

De nuevo, apenas en el artículo siguiente se estipula la posibilidad de acudir a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo una vez que no se ha llegado a un acuerdo para someterse a arbitraje. Finalmente, probablemente la norma infraconstitucional más importante en el tema, a parte de la LAM, haya sido la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado de 2001, en cuyo artículo 11 se permitía la participación de las entidades del sector público no sólo en procesos arbitrales en Derecho locales sino también en internacionales, siendo para este último caso necesaria la autorización del Procurador General del Estado, pero no así para los arbitrajes nacionales en los que se haya pactado un convenio arbitral con anterioridad a la controversia, en

¹⁹ Ley Orgánica de Aduanas. Artículo 76. Registro Oficial No. 359 de 13 de julio de 1998.

²⁰ Ley de Contratación Pública. Artículo 108. Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001.

donde basta someterse a las disposiciones de la LAM de 1997. Precisamente tal norma disponía 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 Estado²¹.

Si bien es cierto que la utilización de esta vía no ha sido habitual sea por el prestigio que gozaba la función judicial de antaño, por la idiosincrasia jurídica local o por el excesivo reglamentarismo²², tampoco puede olvidarse que, como se ha demostrado, desde hace más de medio siglo la legislación nacional permite no solamente el arbitraje entre privados sino también con la propia Administración previo el cumplimiento de ciertos requisitos. En otras palabras, el arbitraje con la Administración como parte no debe ser considerada una novedad en la legislación ecuatoriana, hecho que nos permite abordar con mayor confianza el análisis de las características, límites y alcances de esta institución en la legislación vigente, razón de ser de esta tesis.

²¹ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 11. Registro Oficial No. 372 de 19 de julio de 2001.

²² *Cfr.* Edgar Neira Orellana. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Óp. cit.*: “[...] las normas del Código de Procedimiento Civil que regulaban el "juicio por arbitraje" eran excesivamente reglamentarias y desalentaban la opción que ofrecía el arbitraje: se exigía que el compromiso arbitral contenga el texto completo de la demanda y la contestación, es decir que la controversia haya surgido previamente; se establecía el derecho a apelar de la sentencia arbitral ante los jueces ordinarios con lo cual la eficacia de un juicio ágil como pretende ser el arbitral, quedaba enervada por la posible iniciación de un nuevo proceso ante los jueces de lo civil.

La expedición de la Ley de Arbitraje Comercial en octubre de 1963 corrigió la rigidez del Código de Procedimiento Civil, pero no comprendió en su normativa a las controversias en que era parte el Estado porque el ámbito de esa ley quedaba circunscrito a las controversias de carácter mercantil entre sujetos de derecho privado (Arts. 1, 5 y 15)”.

1.2 El arbitraje como jurisdicción.

Es aún materia de discusión en un sector de la doctrina la naturaleza jurídica del arbitraje, y es que no es poco común que se mire a esta institución casi como a una intrusa, una amenaza al monopolio de la administración de justicia a cargo del Estado e, incluso, una afrenta al orden público. En el tema que nos ocupa particularmente, abundan las posiciones que buscan coartar su plena eficacia, concediéndole limitadas zonas de acción, provocando que se pase por alto el principio *pro arbitri* que rige al ordenamiento jurídico ecuatoriano²³, según el cual los operadores jurídicos deben adoptar la interpretación que más favorezca al arbitraje al analizar tanto disposiciones normativas como supuestos de hecho. No se comprende este recelo cuando, al referirse a los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, el propio Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) dispone en su artículo 7, inciso primero, que: “La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley [...]”²⁴ y, más adelante, en el cuarto inciso, señala que: “Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”²⁵. Como sabemos, la jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada (artículo 1 del Código de Procedimiento Civil vigente o CPC)²⁶ y, como se ve, los árbitros poseen esa potestad de la misma manera que los jueces ordinarios, por lo que no se entienden las forzadas diferenciaciones. Siguiendo al artículo 3 CPC, la jurisdicción que ejercen los árbitros es, pues, del tipo contenciosa, privativa y convencional²⁷.

²³ En la LAM este principio se observa en los artículos 5 inciso tercero, 6, 7 inciso segundo y 35.

²⁴ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 7. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Cfr.* Código de Procedimiento Civil. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

²⁷ *Cfr. Id.* Artículo 3: “La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, prorrogada, preventiva, privativa, legal y convencional. / Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción. / Jurisdicción contenciosa es la que se ejerce cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho. / Jurisdicción ordinaria es la que se ejerce sobre todas las personas o cosas sujetas al fuero común. / Jurisdicción preventiva es la que, dentro de la distribución de aquella, radica la competencia por la anticipación en el conocimiento de la causa. / Jurisdicción privativa es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de asuntos o al de las

Es por este último carácter de la jurisdicción, la convencionalidad, que no hay acuerdo entre los tratadistas respecto de si el arbitraje es una institución de carácter público o, por el contrario, tiene un carácter meramente privado. De aquí el origen de muchos de los problemas que giran en torno al juicio arbitral.

La doctrina distingue principalmente tres posiciones respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje: la contractual, la jurisdiccional y la mixta.

Según la doctrina contractual el arbitraje no es más que un contrato privado, pues es la voluntad de las partes la fuerza determinante para constituir el proceso y designar árbitros. Así pues, considera al árbitro como un mandatario que actúa en virtud del poder otorgado por las partes, de quienes deriva su autoridad, mas no del poder público. En el siglo XIX sostuvieron “categóricamente esta tesis los jurisconsultos franceses Melin, Fuzier Herman, Weiss y Brachet” y el español Joaquín Escriche²⁸.

Ahora bien, la tesis jurisdiccional, a la que nos adherimos, defiende que:

Si es cierto que el árbitro deriva su poder del compromiso de las partes, lo que los asimila al mandatario, no es menos efectivo que desempeña oficio de juez y como tal goza de autoridad personal e independiente, no toma en sus manos sino los intereses de la justicia, no debe cuenta sino a su conciencia y dicta **decisiones que se imponen a las partes**²⁹ [el énfasis es añadido].

En esta doctrina nos resulta ejemplar el caso chileno, en donde los árbitros son equiparados a tribunales ordinarios, aunque no creados directamente por la ley, y por ende serían considerados efectivamente parte del Poder Judicial, según el análisis realizado por el constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán.

causas de cierta clase de personas. / Jurisdicción legal es la que nace únicamente de la ley. / Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley”.

²⁸ Patricio Aylwin Azócar. *El juicio arbitral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 33.

²⁹ *Id.*, pp. 33-34.

Así pues, el autor recuerda que el primer inciso del artículo 76 de la Constitución de Chile³⁰ eleva a rango constitucional lo contenido en el artículo 1 del Código Orgánico de Tribunales³¹ de ese país respecto de quiénes serían los encargados de administrar justicia, a saber, los tribunales establecidos por ley. Ley que no es otra que el mismo Código Orgánico de Tribunales, que en su artículo 222 establece que: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”³², lo que en último término lo lleva a la certeza de que los árbitros, al derivar su nombramiento bien de la magistratura o bien de la selección de las partes, adquieren la calidad de agentes de la sociedad organizada, en cuya virtud

[...] se constituyen los árbitros en órganos del Estado, a quienes se aplican los preceptos de la Constitución contenidos en el capítulo sobre Bases de la Institucionalidad referidos a los principios de obligatoriedad de la Carta, de supremacía constitucional, de imperio de la ley y de nulidad de derecho público, a los requisitos de validez de la actuación de los órganos del Estado y a la responsabilidad y sanciones que se producen por su incumplimiento³³.

Más aún cuando el inciso primero del artículo 77 de la Constitución chilena manda que:

Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces [...]³⁴

Y, siguiendo al texto del mencionado Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil chileno, se tiene que se convierte a los árbitros en tribunales del Estado sometidos a la superintendencia correctiva, correccional y económica de la Corte

³⁰ *Cfr.* Constitución Política de Chile. Artículo 76. 08 de agosto de 1980 (última reforma: 17 de septiembre de 2005).

³¹ *Cfr.* Código Orgánico de Tribunales (Chile). Artículo 1. 15 de junio de 1943.

³² Código Orgánico de Tribunales (Chile). Artículo 222. 15 de junio de 1943.

³³ Alejandro Silva Bascuñán. “La justicia arbitral ante la Constitución”. *Estudios de Arbitraje*. Eduardo Picand Albónico (coordinador). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 105.

³⁴ Constitución Política de Chile. Artículo 77. 08 de agosto de 1980 (última reforma: 17 de septiembre de 2005).

Suprema³⁵, según lo confirmado – y he aquí un punto importantísimo – por la jurisprudencia³⁶.

Razonamiento que creemos coincide con el caso ecuatoriano y compartimos a cabalidad.

Finalmente, la tesis mixta cuenta con autores que toman posiciones de ambas posturas, algunos autores inclinándose más por una tesis y otros por la otra, incurriendo muchas veces en contradicciones. “Tal es la posición, entre otros, de Dalloz, Mongalvy, Garsonnet et César-Bru, Alfred Bernard, Jean Robert y Julián Miranda”³⁷.

Para zanjar esta discusión, es pertinente citar la clarísima opinión del maestro Patricio Aylwin cuando señala que:

La función de administrar justicia la ha reservado el Estado para sí; no la tienen los particulares. Éstos, por sí solos, no pueden otorgar a nadie el poder de juzgar un litigio, puesto que ellos mismos carecen de dicho poder. **Si los árbitros tienen esa facultad, como ocurre, no la derivan, pues, de las partes** que a ellos se someten y que los han nombrado, porque esas partes son incapaces de concedérselas; la arrancan de la ley [el énfasis es añadido].³⁸

Y, más adelante:

Si la ley no instituyera a los árbitros con el carácter de tribunales, los litigantes que quisieran resolver extrajudicialmente una controversia podrían, sin duda, someterla a la decisión de un tercero por ellos nombrado. Pero ese tercero sería un mandatario que cada uno de ellos podría revocar libremente en cualquier momento, aunque lo hubieran designado los dos juntos; tendría que sujetarse a las instrucciones que ellos le fueran dando a medida que desearan; no podría dirigir exhortos a los tribunales ni solicitar para sus actuaciones la cooperación de la justicia, y si bien estaría facultado para dictar una decisión, ésta sería, aunque no representara realmente el acuerdo de voluntades de los interesados, un contrato pasado por mandatario, que podría atacarse de la manera que los contratos por vicios de nulidad y que daría a cada parte el derecho de pedir su cumplimiento o su resolución en caso de mora de la otra parte. Como se trataría de un acto privado, para obtener su ejecución sería preciso previamente un juicio ordinario que

³⁵ *Id.* Artículo 82.

³⁶ Alejandro Silva menciona la sentencia de la Corte Suprema de Chile de 02 de diciembre de 1970, contenida en la gaceta judicial “Fallos del Mes” No. 144, p. 271.

³⁷ Patricio Aylwin Azócar. *El juicio arbitral*, *Óp. cit.*, pp. 33 - 34.

³⁸ *Id.*, p. 42.

declarara las obligaciones que de tal contrato nacen, dando así a título ejecutivo a la parte vencedora para conseguir la ejecución forzada³⁹.

Los árbitros, pues, sin duda ejercen jurisdicción de la misma manera que las cortes ordinarias, que el Tribunal de lo Contencioso – Administrativo por ejemplo, y no vemos razón por la que no estén en capacidad de declarar la legalidad de actos administrativos, como lo explicaremos a lo largo de este trabajo. No hay razón para que el orden público se vea amenazado por la intervención de los árbitros; por el contrario, el lento y mal funcionamiento de la justicia ordinaria lesiona permanentemente el orden público, lo pulveriza.

1.3 Requisitos de validez procesal.

En la actualidad las normas que regulan la participación del Estado como parte en un arbitraje son la Constitución de la República (ConsE), la LAM y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (en adelante LOPGE). De su lectura, y siguiendo la metodología usada por el administrativista y árbitro ecuatoriano Edgar Neira Orellana en su trabajo, podemos clasificar a los requisitos para acudir a esta vía en materiales y formales⁴⁰, refiriéndose los primeros al objeto de la disputa y al fundamento del laudo y los segundos a la composición del acuerdo arbitral (cláusula o convenio, dependiendo del caso); su incumplimiento conlleva a la nulidad del proceso (de ahí que se los llame requisitos de validez). Los árbitros deberán revisar la conformidad del caso ante ellos presentado con estas exigencias de la legislación nacional en el momento de decidir sobre su propia competencia, antes de iniciar el juicio, sin perjuicio de que se lo haga en cualquier otro momento procesal cuando alguna irregularidad salga a la luz.

En esa línea expositiva, el primer requisito material común para todo arbitraje es que el objeto de la controversia sea de naturaleza transigible; es decir, que quien acuda a arbitraje tenga capacidad para disponer de aquellos derechos que está disputando, como está

³⁹ *Id.*, p. 43.

⁴⁰ *Cfr.* Edgar Neira Orellana. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Óp. cit.*

ordenado en el primer inciso del artículo 190 ConsE⁴¹ y el artículo 1 LAM⁴²; sobre este punto discutiremos ampliamente más adelante. El segundo requisito es que el carácter de la controversia sea contractual, es decir, que la disputa tenga como motivo inmediato un contrato. Así pues, el segundo inciso del artículo 190 ConsE⁴³ y el artículo 4 literal b) LAM⁴⁴ limitan al arbitraje con el Estado a asuntos de contratación pública solamente. El último requisito material es que la decisión de los árbitros sea fundada en Derecho, nunca en equidad, tal y como se establece en el mismo segundo inciso del artículo 190 ConsE, el artículo 11 LOPGE⁴⁵ y el artículo 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOCP)⁴⁶. Esta exigencia resulta comprensible dado que los asuntos discutidos son de interés de toda la ciudadanía y merecen ser resueltos con criterios plenamente objetivos y claros, con el menor lugar posible para las suspicacias⁴⁷.

⁴¹ Artículo 190, primer inciso ConsE: “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”.

⁴² Artículo 1 LAM: “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”.

⁴³ Artículo 190, Segundo inciso ConsE: “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”.

⁴⁴ Artículo 4 literal b) LAM: “[...] 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: [...] b) La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;”.

⁴⁵ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 11. Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004: “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”.

⁴⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 104. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto de 2008: “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”.

⁴⁷ Si bien el arbitraje en equidad también debe regirse por los principios rectores del Derecho (a fin de cuentas aquéllos son los más adecuados para alcanzar una verdadera justicia), también es cierto que esa clase de arbitraje es más flexible y abierta a mayores discrepancias.

En el otro lado están los requisitos materiales, que nacen a partir de un hecho que se lo suele dar por sentado: la necesidad de suscribir un acuerdo arbitral (cláusula o convenio) por escrito. En nuestra legislación no hay lugar para el acuerdo arbitral verbal y así se lo expresa en la propia definición de convenio de la LAM, artículo 5 incisos primero y segundo, en donde parecería que la escritura es vista como un elemento de la esencia del acuerdo arbitral, pues no se concibe un convenio arbitral que no esté por escrito:

El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere [...] [la negrita es propia].

La importancia de este requisito general en el asunto que nos compete es que de este modo se impide alegar la existencia de acuerdos implícitos, que en Derecho Público equivaldría a silencio administrativo positivo. En este sentido, Edgar Neira señala que:

La exigencia de un “acuerdo escrito” excluye la aplicación del silencio administrativo en que por falta de respuesta de la Administración, la petición de un particular de someter un determinado conflicto al juicio de árbitros comporte un acuerdo tácito de sujeción al juicio arbitral. Esta situación contraviene los mandatos de los Arts. 4 y 5 de la LAM [...] ⁴⁸

Cabe señalar que la LAM no distingue entre cláusula compromisoria (la estipulación contenida en un contrato antes del nacimiento de la controversia) y convenio arbitral (documento suscrito por las partes una vez surgida la disputa), sino que se refiere genéricamente al “convenio”, mismo que puede nacer antes o después de la disputa ⁴⁹. En

⁴⁸ Edgar Neira Orellana. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Óp. cit.*

⁴⁹ *Ibid.*: “La Ley de Arbitraje y Mediación no distingue la cláusula compromisoria del convenio arbitral como con buena técnica lo hizo la derogada Ley de Arbitraje Comercial de 1963. Esta ley definió a la cláusula compromisoria como la estipulación en virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter sus controversias futuras a la decisión arbitral (Art. 1); mientras que el convenio arbitral fue caracterizado como el documento suscrito por las partes después de que hubiera surgido la controversia (Art. 6)”.

similar sentido trata el asunto la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) en el artículo 7 numeral 1 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional al usar genéricamente la expresión “acuerdo de arbitraje”, mismo que “[...] podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”⁵⁰. Sobre esto, señala la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI que cuando es un acuerdo sobre una controversia existente se lo denomina “*compromis*” y cuando es sobre una controversia futura adopta el nombre de “*clause compromissoire*”⁵¹. Así pues, en este trabajo nos referiremos igualmente a ellas indistintamente como “acuerdo”.

Puntualizado lo anterior, podemos ahora afirmar que los requisitos formales que se desprenden son: inclusión en el acuerdo de la forma de selección de los árbitros, la suscripción del documento por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución pública involucrada (artículo 4 literales c) y d) LAM⁵²) y autorización de la Procuraduría General del Estado previo al inicio del arbitraje cuando la controversia haya antecedido a la firma del acuerdo (artículos 190 inciso segundo ConsE y 4 literal a) LAM).

La determinación de la forma de selección de los árbitros es una exigencia contenida en el artículo 4 literal c) LAM. En realidad no se entiende la razón que tuvo el legislador para incluir este requisito toda vez que el artículo 16 LAM ya contempla todas las posibilidades al momento de constituir el tribunal, al tiempo que garantiza la igualdad procesal; no obstante, considero que es válida la remisión a las reglas de tal artículo, o a las de tratados de arbitraje internacional, en el acuerdo suscrito por la Administración pues se

⁵⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, con las enmiendas aprobadas en 2006). Artículo 7 numeral 1.

⁵¹ Cfr. Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, p. 30. (disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

⁵² Artículo 4 literales c y d) LAM: “[...] 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: [...] c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. [...]”

está fijando una manera (en este caso indirecta) de seleccionar los árbitros, aunque, valga recalcarlo, esta remisión deberá ser siempre explícita con el fin de cumplir con el requisito legal, so pena de incurrir en una causal de nulidad. De todas maneras, puede ocurrir también que las partes ya designen a los árbitros en el acuerdo pero que luego uno o varios de éstos se excusen, o que se haya establecido un método distinto de selección que no contemple las soluciones a los incidentes procesales comunes, en esos casos el artículo 16 tendrá carácter supletorio, sin que por tal motivo se pueda alegar que se incumplió con el requisito de determinar la forma de selección de los árbitros, pues en efecto se lo habrá hecho pero ante el vacío, y en cumplimiento del principio *pro arbitri*, se recurrió a una norma jurídica conocida por todos (artículo 6 CC) para darle continuidad al proceso.

El siguiente requisito es bastante claro, la suscripción del acuerdo debe ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la entidad de Derecho Público involucrada, esto es, quien tenga la representación legal de la institución, es decir, el Ministro de la cartera involucrada, sus delegados, o el propio Presidente de la República en el caso de la Administración Central; el Alcalde, el Prefecto o el Procurador respectivo en el caso de la Administración Seccional Autónoma; o los representantes legales de las entidades autónomas con personalidad jurídica, de ser el caso.

Conjuntamente con el requisito anterior, el artículo 4 literal d) LAM establece que a través de la suscripción del acuerdo arbitral se renuncia a la jurisdicción ordinaria, convirtiéndose así, por el carácter negativo de la oración, en una presunción de Derecho antes que en un requisito propiamente dicho, puesto que si las partes no mencionaren explícitamente que renuncian a la jurisdicción ordinaria, la LAM (a la que se remiten tanto la ConsE como la LOPGE) lo da por entendido, no pudiéndose alegar causal de nulidad por esta omisión. Así pues, el texto de la norma citada dice: “[...] d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado [...]”, en donde se entiende claramente que el legislador supone que, por el simple hecho de la firma del convenio, la intención de las partes ha sido renunciar a la jurisdicción ordinaria.

Finalmente tenemos el “requisito” de la autorización por parte de la Procuraduría General del Estado para someterse a arbitraje.

He entrecomillado la calificación de requisito puesto que no es verdaderamente tal en tanto no es exigible en todos los casos sino únicamente cuando la suscripción del acuerdo arbitral ocurre después de haber nacido la disputa, pero no cuando el acuerdo la antecede. Este análisis, sin embargo, resulta polémico ya que la mayoría de los abogados ecuatorianos – el Procurador General del Estado incluido – consideran a esta autorización no sólo un requisito en toda la extensión de la palabra sino uno con rango constitucional.

Así, tenemos que el inciso segundo del artículo 190 ConsE dispone que: “En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, **conforme a las condiciones establecidas en la ley**” [el énfasis es propio]⁵³. Es decir, lo único que hace la Constitución es remitirnos a la LAM para que ella y sólo ella nos informe en qué condiciones es necesario el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado. En esa línea, lo que la LAM nos responde es que:

[...] Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; **en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado**, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; [...] [el énfasis es añadido]⁵⁴

De donde resulta diáfano que la obligación de obtener la autorización de la Procuraduría General del Estado es solamente condicional y que afirmar que es un requisito *sine qua non* y, más aún, de rango constitucional es una interpretación cercenada del texto constitucional, y por ende falsa.

⁵³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190 inciso segundo. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 4. Registro Oficial No. 145 de 04 de septiembre de 1997.

A propósito de este tema, existe una discusión respecto de la definición de controversia, que surge dada su importancia para determinar las ya expuestas consecuencias jurídicas derivadas del momento en que se suscribió el acuerdo arbitral. Se discute, pues, si por nacimiento de la controversia debe entenderse la simple cuestión fáctica del desacuerdo en la interpretación del contrato o si una controversia solamente es tal una vez presentada una solicitud formal de arbitraje o mediación o, incluso, si es necesaria la proposición de una demanda judicial con su respectiva contestación negativa para considerar que en efecto ha nacido un litigio a partir del cual debe analizarse la época de suscripción del acuerdo y sus consecuencias legales.

Al respecto, Edgar Neira Orellana afirma que no es necesario hacer tales distinciones, que cualquier definición es válida pues debe entenderse por controversia: “[...] cualquier género de discrepancia formalmente planteada por una de las partes contractuales respecto de la otra que contradice, aunque no se hubiere presentado demanda”⁵⁵.

A parte de los requisitos mencionados, no está demás mencionar que, como todo negocio jurídico, se deben cumplir con las exigencias del artículo 1461 CC, a saber: capacidad legal de quien se obliga, consentimiento libre de vicios, y objeto y causa lícita.

1.3.1 Materias arbitrables.

Un requisito material con particular importancia en el tema que nos ocupa es el de la arbitrabilidad de los asuntos a ventilar ante el tribunal o, dicho de otro modo, su carácter de transigibles.

La transacción es, según el artículo 2348 del Código Civil, un contrato que tiene por objeto prevenir un litigio eventual o terminar extrajudicialmente un litigio pendiente⁵⁶. Aclara, además, que se opone a este contrato el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho no disputado (de aquí se puede colegir que renuncia no es lo mismo que

⁵⁵ Edgar Neira Orellana. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Óp. cit.*

⁵⁶ *Cfr.* Código Civil. Artículo 2348. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

transacción). Así pues, se entiende que las partes que pretenden transar deben tanto poseer un derecho (i) como poder disponer de él (ii). Es claro en este sentido el artículo 2353 del Código Civil cuando establece que no se pueden transar derechos ajenos o inexistentes⁵⁷.

En el Derecho Privado la regla general es que está permitido todo lo que no está expresamente prohibido, por lo que los particulares – en ejercicio de la autonomía de la voluntad – pueden disponer libremente de sus derechos. Son materias impedidas de arbitramento, pues, el transigir sobre el estado civil de las personas (artículo 2352 del Código Civil), el renunciar al derecho a la Seguridad Social (artículo 34 de la Constitución) y, en general, renunciar a los derechos laborales (artículo 326 numeral 2 de la Constitución). Sobre este asunto, el argentino Carlos Lagomarsino nos dice que “El objeto de la transacción debe ser alguna cosa que esté en el comercio o un hecho que no sea ilícito, imposible o contrario a las buenas costumbres o que se oponga a la libertad de las acciones o de conciencia, o que perjudique a un tercero en sus derechos”⁵⁸. Roque Caivano, por su parte, detalla la definición anterior cuando enlista las materias que no son susceptibles de arbitraje de la siguiente manera:

- Acciones penales derivadas de hechos ilícitos, entendidas aquellas que tienen por objeto acusar y pedir el castigo de los delitos. Sin embargo, aclara, sí puede pactarse respecto de la acción civil para reclamar la indemnización causada por el delito.
- Cuestiones sobre la validez o nulidad del matrimonio y, en general, sobre el estado civil y capacidad de las personas o referidas al emplazamiento de las personas en el estado de familia. Se permite, sin embargo, respecto de intereses puramente pecuniarios subordinados a ese estado, con tal que al mismo tiempo no verse sobre el mismo estado.
- Derechos eventuales a una sucesión.
- Cosas que estén fuera del comercio.

⁵⁷ Cfr. Código Civil. Artículo 2353. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵⁸ Carlos Lagomarsino. “Transacción”. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XXVI. Buenos Aires: Driskill S.A., 1986, p. 343.

- Derechos que no pueden ser materia de convención, por haberse prohibido que sean objeto de actos jurídicos, o por tratarse de hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral o a las buenas costumbres, que se opongan a la libertad de las acciones o de conciencia, o que perjudiquen los derechos de terceros.
- En general, aquellas cuestiones en las que esté interesado el orden público⁵⁹.

En la otra vereda, el Derecho Público – el que nos ocupa en el presente trabajo – manda el principio de legalidad, por lo que la prohibición es la regla general y solamente se puede transigir en los casos que la ley así expresamente lo permite. Sobre este punto, Juan Pablo Aguilar nos dice que:

En el caso de la administración ocurre exactamente lo contrario: la posibilidad de transigir o de pactar un arbitraje está supeditada necesariamente a la existencia de una expresa autorización legislativa [...] cuando se trata de la administración, lo arbitrable no tiene que ver con aquello de lo cual se pueda disponer libremente, con la transigibilidad, sino con la existencia de una potestad expresamente conferida por la ley⁶⁰.

Y es que los órganos administrativos no son titulares de derechos, sino que solamente ejercen competencias. La colectividad, representada por el Poder Legislativo, es la efectiva titular de derechos y sólo ésta, a través de actos legislativos, puede disponer de sus derechos. Ahondando en el asunto, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández nos dicen que:

El principio de legalidad de la Administración [...] se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente⁶¹.

⁵⁹ Cfr. Roque Caivano. *Arbitraje*. Ad- Hoc. Segunda edición. Buenos Aires, 2000, pp. 132 y 133.

⁶⁰ Juan Pablo Aguilar Andrade. “Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Cevallos editora jurídica, 2009, p. 22.

⁶¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 433.

La normativa ecuatoriana, sin embargo, no establece explícitamente qué materias son susceptibles de arbitraje cuando participa la Administración sino que, ampliamente, autoriza el arbitraje de las controversias relativas a los contratos públicos respecto de su *ejecución, liquidación e interpretación*⁶². Nada se dice sobre la legalidad de los actos administrativos por lo que, se entiende, esa atribución les está vetada a los tribunales arbitrales. Y es que las potestades públicas, como lo es el control de legalidad, pertenecen a la esfera de lo extracontractual. Aguilar afirma aquí que

La posibilidad de arbitraje [...] se limita según lo dicho a todo aquello que no tenga que ver con el ejercicio de potestades públicas que puedan afectar la ejecución contractual, potestades que son extracontractuales y que no tienen que ver con el acuerdo entre las partes, sino con el ejercicio del poder público⁶³.

Vemos cómo el autor distingue aspectos contractuales y extracontractuales de la relación entre privados y la Administración, no pudiéndose someter todo a resolución de árbitros bajo la excusa de que son actos que tienen en común el ocurrir a propósito de una relación contractual. Así pues, Aguilar es tajante al decir que

No cabe duda que, al contratar, el comportamiento de la Administración es similar al de los particulares; esto, sin embargo, no hace que deje de ser Administración ni impide que las prerrogativas especiales que se le reconocen modifiquen o, para usar la expresión de García de Enterría y Fernández, modulen la institución contractual⁶⁴.

Nos corresponde, entonces, identificar qué pertenece precisamente al ejercicio del poder público y está vetado de someterse a arbitraje.

⁶² *Cfr.* Modelos de pliegos de uso obligatorio para procedimiento del INCOP. Sección V. Cláusula vigésima primera. Registro Oficial Suplemento No. 65 de 12 de noviembre de 2009.

⁶³ Juan Pablo Aguilar Andrade. “Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Óp. cit.*, p. 29.

⁶⁴ *Id.*, p. 27.

1.3.1.1 Las potestades públicas.

García de Enterría y Fernández definen a las potestades públicas como “facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos”⁶⁵, que se diferencian de los derechos subjetivos por proceder directamente del ordenamiento y no de relación jurídica alguna, ni pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares. Las potestades públicas son producto del principio de legalidad, ya que éste “[...] otorga facultades de actuación [a la Administración], definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola [sic] al efecto poderes jurídicos”⁶⁶. De donde se tiene que todo acto que realice la Administración es la manifestación de alguna de las potestades que el ordenamiento positivo le ha conferido.

El administrativista uruguayo Enrique Sayagués Laso califica a las potestades públicas como “poderes jurídicos” que habilitan a la Administración para obrar de determinado modo e identifica a las potestades con las funciones jurídicas del Estado. Distingue, así, ampliamente, la potestad constituyente, la de legislación, la de administración y la jurisdiccional⁶⁷. Las dos primeras son las que permiten al Estado crear, modificar o derogar normas jurídicas de carácter general y obligatorio en el ámbito constitucional y legal, respectivamente; la potestad de administración, por su parte, es “[...] la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos – que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición – y operaciones materiales”⁶⁸; finalmente, la función o potestad jurisdiccional es la que tiene por objeto decidir con fuerza de cosa juzgada las cuestiones jurídicas puestas a su conocimiento.

⁶⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 433.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Cfr. Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, 1986, p. 35.

⁶⁸ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Octava edición. Montevideo: Fundación de Cultura Uruguaya, 2002, p. 62.

A pesar de ser una clasificación acertada, nos quedamos con la definición y clasificación de García de Enterría y Fernández por ser más específica.

Las potestades se caracterizan, pues, según los mencionados autores, por lo siguiente:

- Por tener un carácter genérico, al no consistir en pretensiones particulares sino en la *posibilidad* abstracta de producir efectos jurídicos.
- Por no tener atado un deber correlativo, sino solamente el sometimiento de otros sujetos.
- Por ser inalienables, intransmisibles e *irrenunciables*, pues son indisponibles por el sujeto por cuanto son creación del Derecho objetivo. Esta característica es uno de los más fuertes argumentos esgrimidos para negar el control de legalidad de actos administrativos en sede arbitral, pues la irrenunciabilidad equivaldría a “inarbitrabilidad”.
- Por ser imprescriptibles.
- Por no ser susceptibles de modificación por el titular: sólo la ley, en que tiene su origen, puede alterarlas o extinguirlas⁶⁹.

Ahora bien, continuando con la clasificación de los profesores García de Enterría y Fernández, las potestades públicas se clasifican, según sus funciones, en innovativas y conservativas. Son potestades públicas innovativas las que crean, modifican o extinguen situaciones o relaciones jurídicas concretas, derechos, deberes, obligaciones, normas. Aquí se encuentra la potestad reglamentaria, la potestad expropiatoria y la potestad de policía.

Son en cambio potestades públicas conservativas las que están dirigidas a tutelar o realizar situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o extinguirlas. Pertenecen a este grupo la potestad certificante y algunas manifestaciones de la potestad de policía.

Otra clasificación de las potestades es de acuerdo a quiénes somete, así pues, hay potestades de supremacía general y potestades de supremacía especial. Las primeras

⁶⁹ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 434 y 435.

sujetan a todos los ciudadanos por su condición abstracta de tales, en cuanto súbditos del poder público, sin necesidad de títulos concretos. Las segundas sólo son ejercitables sobre quienes están en una situación determinada de subordinación, derivada de un título concreto: sobre los funcionarios o los usuarios de los servicios públicos. Ésta es la potestad disciplinaria⁷⁰.

Edgar Neira, por su parte, identifica las potestades normativa, resolutive, determinadora, recaudadora, sancionadora, legislativa, judicial, y la potestad pública constitucionalmente establecida para administrar el sistema electoral. Además, establece que no son transigibles las funciones del Estado de patrocinio público, investigación de delitos, control de bienes y recursos del Estado y el cuidado de su seguridad interna y externa⁷¹.

Sobre tales poderes, las potestades y funciones de la Administración/ Estado, pues, no es posible transigir y, por ende, tampoco someter a arbitraje por estar comprometido el orden público.

No obstante aquello, autores como el propio Roque Caivano nos alertan de la expansión de los límites de la materia arbitrable. Así, el tratadista afirma que:

[S]e ha pasado de considerar que no eran arbitrables aquellas cuestiones en que estuviese “interesado” el orden público o que implicaran el examen de una norma de orden público, a juzgar que los árbitros están habilitados, al menos inicialmente, a decidir tanto sobre el incumplimiento como sobre la validez de contratos que contravengan el orden público y, en general, sobre la legalidad de la conducta de las partes⁷².

Para sustentar lo anterior cita diversos ejemplos, destacándose el caso argentino, en donde se ha permitido que los árbitros conserven su competencia frente a planteos de

⁷⁰ Cfr. *Id.*, pp. 435 y 436.

⁷¹ Cfr. Édgar Neira Orellana. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Óp. cit.*

⁷² Roque Caivano. *La Cláusula Arbitral*. Bogotá: Editorial Universidad Del Rosario, 2008, p. 352

inconstitucionalidad⁷³, permitiéndoseles incluso declarar la inconstitucionalidad de normas legales. Lo que lo lleva a concluir que

[...] hoy se consideran arbitrables una amplia gama de cuestiones que versan sobre derechos creados por normas imperativas [...] De ese modo, la posibilidad de evitar o demorar un proceso arbitral por la mera invocación de normas de orden público se ha ido reduciendo de manera considerable⁷⁴.

⁷³ Vid. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina), Sala E. *César Otondo c. Cortina Beruatto S.A.*, de 11 de junio de 2003.

⁷⁴ Roque Caivano. *La Cláusula Arbitral. Óp. cit.*, p. 357.

CAPÍTULO II: EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.

2.1 El acto administrativo.

El acto administrativo es uno de los modos fundamentales de la expresión de la voluntad del Estado y se desarrolla en íntima observancia del principio de legalidad (ambas razones alegadas para negar competencia a los tribunales arbitrales). Siendo la institución en torno a la cual gira el presente trabajo, se hace necesario establecer sus características y alcances, particularmente cuando nace en el contexto de una relación contractual con el objetivo de, posteriormente, esgrimir fundamentadas razones por las cuales creemos no debería ser vetado el control de su legalidad por tribunales arbitrales cuando es dictado en el contexto de un contrato administrativo.

2.1.1 Conceptualización.

El Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante, ERJAFE) es el único criterio positivo del ordenamiento ecuatoriano que contiene una definición de acto administrativo, conceptualizándolo como “[...] toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”⁷⁵, definición completa y bastante acertada. La doctrina por su parte ha debatido ampliamente los alcances de una definición fidedigna de acto administrativo. Así, Enrique Sayagués nos dice que “Acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos subjetivos”⁷⁶; García de Enterría y Fernández son más precisos cuando, a partir del método de la exclusión, definen al acto administrativo como “[...] la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad

⁷⁵ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 65. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

⁷⁶ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, 1986, p. 388.

administrativa distinta de la potestad reglamentaria”⁷⁷, concepto que ha sido, además, recogido por la jurisprudencia nacional⁷⁸; García Oviedo y Martínez Useros, por su parte, definen al acto administrativo como “[...] una declaración especial de voluntad de un órgano público, preferentemente de un órgano administrativo, encaminado a producir, por vía de autoridad, un efecto de derecho para la satisfacción de un interés administrativo [...]”⁷⁹; sin embargo, personalmente me quedo con la definición dada por Juan Carlos Cassagne, quien conceptualiza a esta institución como:

Toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto⁸⁰.

De cualquier manera, la legislación y doctrina son más o menos concordantes al definir al acto administrativo con los elementos que detallo a continuación:

i) Acto declarativo (de voluntad).-

Éste es un elemento de fundamental interés en el problema que nos ocupa puesto que, al ser los actos administrativos la expresión de la voluntad del Estado, se constituye en un argumento infaltable al momento de negar competencia a los tribunales arbitrales para resolver sobre la legalidad de los mismos, al constituirse en un objeto sobre el cual no se puede transar.

⁷⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. *Óp. cit.*, p. 536.

⁷⁸ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212. En sentencia de 17 de mayo de 2004, la entonces Corte Suprema de Justicia se pronunció en el sentido de que: “Se define al acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad. Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales. Esto no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal (aunque esto será lo común en la actividad administrativa como consecuencia de su procedimiento y de su expresión escrita ordinaria) o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa declaración o acto tácito [...] La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal, en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto administrativo”.

⁷⁹ Carlos García Oviedo y Enrique Martínez Useros. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Eisa, 1968, p. 14.

⁸⁰ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. Quinta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, pp. 47 y 48.

Por acto declarativo nos referimos a la manifestación de un ejercicio intelectual de la Administración, en oposición a las actuaciones materiales, es decir, a los hechos administrativos (las actuaciones físicas de los funcionarios de la Administración que transforman el mundo perceptible por los sentidos⁸¹).

Esta clasificación de hechos y actos no es exclusiva del Derecho Administrativo sino que nos viene dada desde la Teoría General del Derecho, de donde sabemos que los hechos se clasifican en materiales y jurídicos dependiendo de si sus efectos son provocados por acción de la naturaleza o de los seres humanos, respectivamente. Los hechos jurídicos, por su parte, se distinguen en torno a la voluntad, según si el agente tuvo o no el propósito de producir efectos jurídicos, clasificándose de ese modo en hechos jurídicos en sentido estricto y en actos jurídicos. Por esto es que se afirma que el *acto* administrativo es la manifestación de la voluntad de la Administración Pública *para producir efectos jurídicos*, a saber: crear, modificar o extinguir una situación administrativa⁸².

Tal ejercicio intelectual se exterioriza generalmente a través de una expresión escrita, aunque también se puede colegir de conductas no escritas que revelen una posición intelectual previa, de donde se tiene que la declaración de voluntad puede ser también tácita, como ocurre con el silencio administrativo. Julio Comadira dirá al respecto que el acto administrativo “es una expresión intelectual a través del lenguaje escrito, oral o de otro signo convencional o ideográfico”⁸³.

Esta declaración, señalan algunos tratadistas, debe ser, además, de voluntad, misma que, siguiendo a Jaime Santofimio,

[...] constituye el querer, la intención, la actitud consciente y deseada que se forma en el órgano administrativo de acuerdo con los elementos de juicio que le son aportados o

⁸¹ El Art. 78 del ERJAFE establece que: “El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo”.

⁸² Cfr. Jairo Ramos Acevedo. *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003, p. 437.

⁸³ Julio Comadira. *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 4.

que la administración recopila en el ejercicio de su función y las normas jurídicas que corresponda aplicar al caso concreto⁸⁴.

Tal calificación del acto declarativo nos parece redundante pues no se comprende qué otro tipo de declaración podría emitirse sino de voluntad, dado que el elemento volitivo está ya incluido en el concepto de declarar. García de Enterría y Fernández distinguen, por ejemplo, a las declaraciones de voluntad (entendidas las resoluciones de recursos o peticiones) de las de juicio (como los actos consultivos o informes en general), de las de deseo (como las propuestas de un órgano de la Administración) y de las de conocimiento (actos certificantes)⁸⁵, lo que es una distinción que obedece a una acepción restringida del término “voluntad”, una con sentido teleológico, en donde ésta sólo sería tal cuando produce efectos jurídicos ciertos; es decir, cuando es una manifestación con fuerza ejecutiva. En este sentido, comparto el criterio expuesto por Juan Carlos Cassagne, para quien

[...] Técnicamente constituyen declaraciones los actos que trasuntan una actividad de conocimiento y atestación, tal como acontece cuando la Administración procede a registrar hechos o actos a los que le otorga autenticidad [...] como cuando certifica hechos sobre los cuales toma conocimiento [...] o bien, en aquellos en que emite una opinión o un juicio⁸⁶.

Y es que por acto declarativo se entiende la manifestación de *todo* ejercicio intelectual. Partidario de esta postura es también el administrativista Agustín Gordillo, quien considera que calificar al acto como una simple declaración es suficiente

[...] si se toma al término en el sentido de exteriorización del pensamiento; de extrinsecación de un proceso intelectual, comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento – atestación o certificación), opinión y juicio⁸⁷.

⁸⁴ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 133.

⁸⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. *Óp. cit.*, p. 537.

⁸⁶ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. Quinta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, pp. 46 y 47.

⁸⁷ Agustín Gordillo. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, p. 60. Citado en Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 139.

ii) Efectos jurídicos directos.-

Ahora bien, una característica distinta a la anterior es la de los efectos que deben producir las declaraciones de la Administración para que se configure un verdadero acto administrativo. Y es que el tipo de acto que nos importa es solamente aquél que afecta a los administrados: a eso nos referimos por “efectos jurídicos directos”. No interesan a nuestro estudio los actos que se realizan al interior de la Administración, los llamados actos meramente administrativos o actos de la administración (los de simple trámite o sustanciación, preparatorios, de ejecución, etc.), mismos que en principio no son recurribles ni administrativa ni judicialmente⁸⁸. Sobre este punto, Cassagne dice que

Por “efectos jurídicos directos” deben entenderse aquellos que surgen del propio acto, quedando, por tanto, fuera del concepto de acto administrativo los actos carentes de efectos jurídicos (v. gr. felicitaciones) y aquellos otros que sólo repercuten indirectamente en la esfera de los administrados, los cuales constituyen meros actos internos o inter – orgánicos⁸⁹.

Esta característica tiene que ver con el carácter ejecutivo y ejecutorio del acto administrativo. El acto administrativo, pues, implica tanto interlocución como decisión.

iii) Acto realizado por la Administración o en ejercicio de la potestad administrativa.-

De la mano de lo anterior, para que la voluntad expresada tenga valor jurídico en el mundo de lo público es menester que sea prorumpida en ejercicio de una potestad de carácter administrativo y, además, en el ámbito de su competencia. Cabe puntualizar aquí que las funciones son la concreción de las potestades, mientras que las competencias son “[...] una manera de delimitar o enmarcar tales funciones, en términos de los asuntos que

⁸⁸ Decimos “en principio” porque en nuestra legislación el artículo 172 del ERJAFE, al referirse a los reclamos administrativos, sí permite la impugnación de actos de simple administración. Así, establece que: “En las reclamaciones los interesados podrán peticionar o pretender: [/] a) La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnen los actos de simple administración [...]”. En igual forma el artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa establece que las resoluciones administrativas de mero trámite causan estado del mismo modo que las resoluciones definitivas cuando aquéllas decidan el fondo del asunto, poniendo término a la vía administrativa o haciendo imposible su continuación.

⁸⁹ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 51.

se pueden conocer y resolver, con base en determinados factores, llamados de competencia [...]”⁹⁰.

El acto declarativo debe provenir de la Administración o de quien, sin ser Administración, esté investido de funciones administrativas (actividad administrativa materialmente considerada). Así pues, un acto emanado por la función judicial puede ser materia del Derecho Administrativo si éste nació en ejercicio de funciones administrativas, como al emitir un nombramiento o aplicar un presupuesto.

Observamos entonces que la voluntad de la Administración está íntimamente ligada con el principio de legalidad ya que, como se vio, el acto administrativo es el ejercicio de una potestad, misma que siempre deberá ser autorizada y regulada por una norma anterior.

Es necesario señalar que la voluntad de la Administración no se debe confundir con la voluntad del individuo en ejercicio de funciones administrativas, y es que “[s]e trata de dos conceptos de voluntad de contenido y materia diferentes. La voluntad de la administración es institucional, normativa, regulada, emana del derecho”⁹¹.

iv) Unilateral.-

Sobre este punto, el colombiano Jairo Ramos nos dice que “[l]a declaración de voluntad es unilateral, ya que por su naturaleza no requiere el acuerdo de otro sujeto [...] La expresión de la voluntad legal de la autoridad es suficiente para integrar el acto administrativo [...]”⁹². A pesar de que autores como Cassagne no consideran a la unilateralidad de las declaraciones de voluntad de la Administración como un requisito indispensable en la configuración de los actos administrativos⁹³, la mayoría de la doctrina

⁹⁰ Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 2001, p. 50.

⁹¹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo*. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 133.

⁹² Jairo Ramos Acevedo. *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003, p. 438.

⁹³ Cfr. Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. Quinta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, p. 49. El autor considera que la unilateralidad o bilateralidad del acto administrativo puede darse tanto en su formación como en los efectos. Así pues, considera que hay actos administrativos de formación bilateral, como el permiso de dominio público, ya que se requiere que intervenga en primer lugar la petición del administrado, a pesar de que los principales efectos del acto sean unilaterales.

concuerta en que si la declaración de voluntad no es de carácter unilateral se está entonces frente a un acto convencional de la Administración y no frente a un acto administrativo propiamente dicho. Al respecto, Santofimio Gamboa puntualiza que la unilateralidad no quiere decir que el administrado no tenga, a veces, participación en la formación del acto administrativo, sino que “[l]o unilateral es única y exclusivamente, la decisión final, aquella a través de la cual se resuelve de fondo la actuación; aquella que se pueda calificar como acto administrativo”⁹⁴.

v) Efectos jurídicos individuales respecto de terceros.-

Por último, un acto administrativo no puede ser considerado como tal si sus efectos jurídicos no afectan a sujetos individualizados, sino que, como los reglamentos, tienen efectos *erga omnes*. En esta línea, es necesario que los efectos del acto administrativo afecten realmente a los administrados u otros terceros, es decir, que superen el ámbito interadministrativo, como ya se analizó. Al respecto, Juan Carlos Cassagne nos dice que:

Por administrados o terceros destinatarios del acto se entienden las personas físicas, las personas jurídicas de carácter privado y las personas públicas no estatales. Asumen, asimismo, esa calidad los agentes públicos en aquellos supuestos en que se hubieran emitido actos internos que afecten los derechos emergentes de la relación de empleo o función pública⁹⁵.

2.1.2 Clasificación.

Una vez definido al acto administrativo, cabe distinguir las principales formas en que se nos presenta. Se ha tomado como referencia los criterios de división expuestos por Berrocal Guerrero⁹⁶, estudiándolos según: el contenido u objeto del acto, el número de órganos que intervienen, el grado de autonomía en su expedición, la forma de exteriorizarse, su relación con el contrato público, su inmediatez con el titular de la competencia, el papel que cumple en el procedimiento administrativo, la posición jurídica de la Administración y según la forma de su instrumentación.

⁹⁴ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 133.

⁹⁵ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 51.

⁹⁶ Cfr. Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 2001, pp. 85 - 121.

a) Según el contenido del acto administrativo (clasificación material).-

- **Actos de autorización:** Son aquéllos que autorizan a una persona a realizar determinada actividad regulada por el Estado, constituyéndose así en una expresión de la función de policía de la Administración. Ejemplo de este tipo de actos son las licencias de operación.
- **Actos de concesión:** Similares a los de autorización, se diferencian de aquéllos en que la concesión se emplea para trasladar a particulares el ejercicio de actividades sobre las cuales el Estado tiene monopolio, como la explotación petrolera, por ejemplo.
- **Actos de aprobación:** Son los actos a través de los cuales la Administración da su aquiescencia a un acto jurídico *privado* para que sea posible su aplicación. Un buen ejemplo de este tipo de actos es la aprobación requerida por el empleador para que el reglamento de trabajo propuesto sea de exigible cumplimiento para sus empleados. No es un acto de aprobación aquél que da visto bueno a actividades de entidades públicas o de privados en ejercicio de la función administrativa.
- **Permisos:** Los permisos son actos administrativos que hacen las veces de excepciones a la regla, por cuanto su efecto es eximir a ciertas personas de prohibiciones legales generales en atención a determinadas consideraciones, como es el caso del permiso para portar armas, por ejemplo.
- **Actos de admisión:** Como su nombre lo indica, son declaraciones a través de las cuales la Administración acepta a una persona como integrante de una corporación, confiriéndole el correspondiente status jurídico.
- **Actos que ordenan o prohíben:** Son la manifestación por excelencia de la función de policía de la Administración al exigir el cumplimiento de ciertas acciones, positivas o negativas, según el caso.
- **Actos de registro y constatación:** Son aquéllos en los cuales la autoridad hace constar la ocurrencia de ciertos hechos o actos, son declaraciones de ciencia. Se incluyen en este tipo las partidas de nacimiento, de matrimonio, de defunción, etc.
- **Actos sancionatorios:** Son aquéllos que imponen una pena de carácter administrativo a quienes han infringido el ordenamiento jurídico. Si el sujeto

infractor es un servidor público, la falta será disciplinaria; si es un particular, administrativa. Los actos administrativos sancionatorios de servidores públicos son la expresión de la potestad disciplinaria del Estado; los de particulares, de la potestad de policía. Las penas impuestas por este tipo de actos pueden ser laborales (cuando el sancionado es servidor del Estado) y/o pecuniarias. Ejemplo de normas que dan lugar a actos sancionatorios están contenidas en el Capítulo VII del Título II del Código Orgánico de la Función Judicial⁹⁷, que se refiere al régimen disciplinario de los servidores de la Función Judicial o, mejor, en el Capítulo 4 del Título III de la Ley Orgánica del Servicio Público⁹⁸.

- **Actos declarativos y constitutivos:** Son actos declarativos aquellos que solamente reconocen una situación fáctica preexistente, concretando de ese modo los efectos jurídicos que está llamada a producir tal situación. Por el contrario, son actos administrativos constitutivos aquéllos que crean una situación jurídica que no existía antes de la emisión de tales actos, ejemplo de actos de este tipo son los nombramientos.

b) Según el número de órganos que intervienen.-

- **Actos simples:** Dícese de los actos administrativos originados a partir de un sólo funcionario u órgano y mediante un único pronunciamiento definitivo. Es el acto administrativo típico.
- **Actos complejos:** Son los actos administrativos que se forman de la fusión de dos o más declaraciones previas (no actos jurídicos, pues tales declaraciones por sí solas no producen efectos jurídicos) que han sido promulgadas por sendos órganos. Tales declaraciones deben ocurrirse, además, en momentos distintos y de forma separada entre ellas, pues es requisito que cada declaración necesite de la otra u otras para poder adquirir existencia jurídica. Evidentemente, los diversos pronunciamientos

⁹⁷ Vid. Código Orgánico de la Función Judicial. Artículos 102 al 122. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.

⁹⁸ Vid. Ley Orgánica del Servicio Público. Artículos 41 al 49. Registro Oficial Suplemento No. 294 de 06 de octubre de 2010.

deben poseer unidad de objeto o contenido y unidad de fin para poder fusionarse y conformar un único acto administrativo final.

Por otro lado, se habla de actos administrativos complejos *impropios* o *colegiales* cuando no concurre el requisito de pluralidad de órganos, aunque sí el de pluralidad de declaraciones sucesivas. Al respecto Sayagués Laso dice que:

“La circunstancia de que el órgano colegiado se pronuncie por mayoría, es decir, por una suma de voluntades individuales, es un fenómeno exclusivamente interno del órgano en el proceso de formación de su voluntad [...]; pero esta es una sola y por lo tanto, cuando ella basta para la formulación del acto, este es simple”⁹⁹.

En un sentido parecido, se conocen como actos administrativos complejos *impropios circunstanciales* a aquéllos que nacieron como verdaderos actos administrativos pero que fueron modificados por pronunciamientos posteriores del mismo órgano de la Administración, en razón de la interposición y resolución de recursos administrativos, fusionándose con tales declaraciones posteriores para formar una unidad. Al respecto, Berrocal Guerrero dice que:

Se ha dado por sentado que los actos que confirmen o modifiquen un acto que ha sido objeto de tales recursos, se integran con éste, subsumiéndose en una unidad, en un todo, resultando así una complejidad que es eventual, circunstancial, por cuanto depende de la interposición de recursos y de la circunstancia de que la decisión de éstos sea confirmatoria o modificatoria de aquél, ya que si lo revoca, simplemente se sustituye por otro. Si hay confirmación y modificación por declaraciones dadas en la vía gubernativa en virtud de los recursos pertinentes, estas declaraciones vienen a conformar un todo con el acto objeto de tales recursos.¹⁰⁰

Esta clasificación tiene verdadera trascendencia al momento de resolver sobre la legalidad, pues se debe reconocer, por ejemplo, a qué acto atacar para remediar un procedimiento viciado.

c) Según la autonomía en su expedición.-

- **Actos discrecionales:** Son actos administrativos discrecionales aquéllos en los cuales la decisión del funcionario es motivada por razones de oportunidad y conveniencia en lugar de por un estricto mandato legal. De todos modos, es más

⁹⁹ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. *Óp. cit.*, p. 394.

¹⁰⁰ Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 2001, p. 100.

preciso hablar de actos con menores limitaciones legales, pues la decisión del funcionario no podrá ser jamás arbitraria, y es que “[...] discrecionalidad no es en modo alguno equivalente a arbitrariedad, puesto que la respectiva función debe ejercerse en atención al interés general y al bien común o mejoramiento del servicio”¹⁰¹. Como se verá más adelante en este trabajo, se debate ampliamente si los actos administrativos de este tipo pueden ser objeto de arbitraje o no, pues al respecto el artículo 6, literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que no corresponden a esa jurisdicción “Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración”¹⁰².

- **Actos reglados:** En oposición a los actos discrecionales, los actos administrativos reglados son aquéllos en los cuales el funcionario que los emite se encuentra limitado por la norma en cuanto al hecho, tiempo y modo en que cabe la actuación. Los actos administrativos reglados son, valga la redundancia, la regla en Derecho Público, pues son la plena manifestación del principio de legalidad.

d) Según la exteriorización del acto.-

- **Actos expresos:** Son los actos administrativos que son conocidos por los administrados a través de los sentidos, al contener una declaración instrumentalizada, por lo que se dice tienen “no sólo existencia formal, sino también en el mundo real, fáctico [...]”¹⁰³. La expresión de estos actos administrativos puede darse por escrito u oralmente, siendo el segundo caso la excepción por ser la forma escrita más eficaz para fines probatorios.
- **Actos tácitos:** Más conocido como silencio administrativo, los actos administrativos tácitos son una ficción legal, pues no existen materialmente sino

¹⁰¹ Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 2001, p. 104.

¹⁰² Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Artículo 6 literal a). Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.

¹⁰³ Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del Acto Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 106.

sólo formalmente. El silencio administrativo es una presunción de Derecho (*iuris et de iure*) según la cual, transcurrido determinado tiempo sin que la Administración se haya pronunciado sobre un asunto, se entiende tal omisión como una decisión en sentido negativo o positivo. El silencio administrativo negativo es la regla, ya que el silencio administrativo positivo sólo opera ante la falta de resolución expresa en los plazos señalados en la ley.

e) Según la relación con los contratos.-

- **Actos precontractuales:** Son las declaraciones que la Administración emite antes de celebrarse un contrato público, existiendo con independencia de la suscripción de éste, por lo cual se los denomina también actos separables. Son separables en razón de que normalmente no son analizados por el mismo juez o árbitro con competencia para resolver los asuntos derivados de una relación contractual ya que, al no pertenecer al contrato, están regidos exclusivamente por el Derecho Administrativo. En esta línea, en arbitraje no es posible hablar de una cláusula compromisoria extensiva a los oferentes y actos generados en la etapa precontractual, si bien hay posiciones que sustentan lo contrario.

Son ejemplos de actos precontractuales los que autorizan el contrato, los que ordenan el inicio del proceso de contratación, los que contienen el pliego de condiciones y los que adjudican los contratos.

- **Actos contractuales:** Son aquéllos que nacen mientras el contrato público está en rigor, por lo que son dependientes de éste. Sus efectos jurídicos tienen incidencia en la relación negocial. Este tipo de actos son de interés de este trabajo: los que resuelven reclamos contractuales, o imponen sanciones contractuales o declaran la terminación de un contrato.
- **Actos post contractuales:** Como su nombre lo indica, son los actos administrativos que nacen a propósito de un contrato que ya no está vigente, por lo que son independientes de éste.

f) Según la relación con el titular de la función.-

- **Actos delegados:** Son todos aquellos actos emitidos por quien no ejerce funciones administrativas directamente sino por delegación, por lo que pueden ser revocados o modificados por el titular de la competencia delegada. Está por demás mencionar que la competencia del delegatario está limitada al ámbito de la delegación.
- **Actos desconcentrados:** Son actos administrativos desconcentrados todos aquéllos emitidos por funcionarios administrativos que ejercen funciones propias de sus superiores jerárquicos o de las entidades a las cuales pertenecen. A diferencia de los actos delegados, por regla general éstos no pueden ser revocados ni modificados por el superior jerárquico.

g) Según la relación con el procedimiento administrativo.-

- **Actos preparatorios:** Son los actos que se dictan para hacer posible el nacimiento de un acto administrativo ulterior y principal. “Son de muy diversa clase y constituyen el antecedente necesario del acto principal que vendrá después, cuya validez condicionan con frecuencia”¹⁰⁴.
- **Actos principales:** Son los actos administrativos propiamente dichos, pues son los que producen los efectos jurídicos deseados.
- **Actos definitivos:** Son los actos principales que contienen la palabra final de la Administración sobre determinado punto, poniendo fin a un procedimiento (no agotando necesariamente la vía administrativa).

h) Según la posición jurídica de la Administración.-

- **Actos de imperio:** En este tipo de actos el Estado actúa haciendo ejercicio de su *imperium*, imponiéndose coactivamente a los administrados. Las técnicas de garantía del equilibrio financiero del contrato, que se verán más adelante, son ejemplos del ejercicio del *imperium*.
- **Actos de gestión:** Son actos de gestión aquellos en los cuales la relación de la Administración con los particulares se da en igualdad de condiciones, siguiendo las

¹⁰⁴ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. *Óp. cit.*, p. 391.

formas del Derecho Privado. Son los actos tradicionalmente considerados como arbitrables.

i) Según la forma de su instrumentación.-

Los actos administrativos adquieren diversas denominaciones y presentaciones en el ejercicio de la actividad; así pues, se habla de decretos, resoluciones, órdenes, acuerdos, ordenanzas, certificaciones, anotaciones, registros, oficios, circulares, actas, etc. En ocasiones los actos administrativos se presentan a través de figuras que naturalmente no deberían producir los efectos jurídicos que a la postre terminan produciendo por lo que en Derecho Público, con más fuerza que en otras ramas, cabe recalcar que las instituciones jurídicas se reconocen por sus efectos antes que por su denominación.

2.2 El acto administrativo en la contratación pública.

2.2.1 Conceptualización.

El artículo 1454 del Código Civil establece que “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”¹⁰⁵. Definición que nos viene dada desde Francia, donde Robert Pothier, hace ya dos siglos y medio, definió a esta institución como la especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso y, en cambio, a la convención como “el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo”¹⁰⁶ (como se ve, Pothier fue cuidadoso en no equiparar a convención y contrato, como sí lo hizo nuestro Código Civil).

A partir del jurista francés, poco y nada ha cambiado hasta nuestros días, no obstante lo cual me quedo con la completa definición de Néstor Pizarro, quien concreta al contrato como “un acto jurídico bilateral, formado o constituido por el acuerdo de dos o más

¹⁰⁵ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁰⁶ Robert Joseph Pothier. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993, p. 12.

voluntades sobre un objeto jurídico de interés común, con el fin de crear, modificar o extinguir derecho”¹⁰⁷.

Ahora bien, tenemos que el contrato es la figura icónica del Derecho Privado de la cual el Estado ha debido valerse para obtener sus fines, y es que, en palabras de Daniel Gómez Sanchis:

La Administración necesita obtener los bienes y servicios con las [sic] cuales procurará satisfacer sus necesidades y las de la colectividad, y para ellos recurre a los particulares, que son quienes pueden proporcionárselos, a fin de que éstos, voluntariamente, acuerden con él la ejecución de esas prestaciones que requiere¹⁰⁸.

Así pues, el contrato se ha visto obligado a adentrarse en el mundo del Derecho Público, sufriendo en este camino algunas transformaciones derivadas del insoslayable hecho de que uno de los sujetos que interviene en el negocio jurídico sea el Estado. Así, por ejemplo, el objeto del contrato cuando deviene en público deberá ser siempre uno que satisfaga los fines jurídicos propios de la Administración, lo que en último término hace que deba contener cláusulas exorbitantes del Derecho Privado¹⁰⁹, como se verá más adelante.

En el ordenamiento ecuatoriano, el ERJAFE declara que contrato administrativo es “[...] todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa [...]”¹¹⁰. Este concepto sigue la definición del autor argentino Roberto Dromi, quien mira a esta institución como toda “declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas de las cuales una está en ejercicio de la

¹⁰⁷ Néstor Pizarro. “Contrato”. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo IV. Buenos Aires: Driskill S.A., 1986, p. 123.

¹⁰⁸ Daniel Gómez Sanchis. “Contratos Administrativos: Versión Clásica. Parte II.” *Contratos Administrativos*. Ismael Farrando (dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 409.

¹⁰⁹ Cfr. José Luis Correa. “Contratos Administrativos: Versión Clásica. Parte I”. *Contratos Administrativos*. Ismael Farrando (dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 383.

¹¹⁰ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

función administrativa”¹¹¹, de donde podemos afirmar que el elemento distintivo de la figura en estudio es la presencia de la Administración Pública como sujeto negocial.

En interés de una definición más certera de esta institución, corresponde ahora estudiar sus características.

2.2.2 Elementos esenciales del contrato administrativo.

Sujetos.-

Siempre uno de los sujetos de este tipo de contratos deberá ser la Administración o quien esté ejerciendo funciones administrativas. La contraparte podrá ser otro ente administrativo (en cuyo caso se tratará de un contrato interadministrativo) o un particular, persona natural o jurídica. Las partes deberán tener, por supuesto, capacidad para contratar, que en el caso de la Administración equivale a tener competencia. Respecto de la parte privada, la regla es que toda persona es capaz de celebrar contratos, aunque en ciertos casos el ordenamiento establece ciertas exclusiones, como la prohibición para los funcionarios de un ente público para contratar con éste.

Para que se hable de un verdadero contrato administrativo, la Administración deberá estar en ejercicio de su *imperium*, de donde se tiene que esta relación contractual siempre será desigual; *contrario sensu*, si la Administración se encuentra en igualdad de condiciones que el co-contratante estaremos solamente frente a un contrato de la Administración regido por el Derecho Civil:

Los contratos civiles, dirá [Gastón] JÉZE (que es el creador más relevante de la teoría del contrato administrativo), suponen esencialmente la existencia de los contratantes en pie de igualdad (el viejo equívoco que está en la base de todos los sistemas y de todas las respuestas), mientras que en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés

¹¹¹ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 326.

general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés¹¹².

Aplican las reglas generales del Derecho Civil respecto del error, violencia y dolo como vicios de la voluntad¹¹³.

Consentimiento.-

El acuerdo de voluntades es esencial a todo contrato y en el tema de nuestro estudio la voluntad de la Administración se forma peculiarmente por cuanto se deben seguir procedimientos normados; así ocurre por ejemplo respecto de la concurrencia de otros órganos en forma previa – a modo de autorización, siendo la licitación pública el procedimiento más común de este tipo– o posterior – a modo de aprobación, cuya ausencia o irregularidad afectarán la validez del contrato. Al respecto, Sayagués Laso dice que: “El procedimiento de formación de la voluntad administrativa es de carácter interno, estando constituido por uno o más actos administrativos, o por una serie de actos y operaciones materiales”¹¹⁴.

Objeto.-

Volviendo a Pothier, tenemos que el objeto de los contratos es “[...] o *cosas* que una de las partes contratantes estipula que se le dará, y que la otra parte promete darle; o bien alguna *cosa* que una de las partes contratantes estipula que hará, o que no hará, y que la otra parte promete hacer o no hacer” [las cursivas son añadidas]¹¹⁵; es decir, el objeto de los contratos es aquello sobre lo que recaen las mutuas prestaciones. El objeto del contrato administrativo, así, no es distinto que el de los contratos civiles, con la excepción de que algunas cosas que normalmente no están en el comercio sí pueden ser aquí objeto del

¹¹² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. *Óp. cit.*, p. 678.

¹¹³ Al respecto, *vid.* Código Civil. Artículos 1467 al 1475. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹¹⁴ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. *Óp. cit.*, p. 533.

¹¹⁵ Robert Joseph Pothier. *Tratado de las obligaciones*. *Óp. cit.*, p. 12.

negocio, como calles, puentes, plazas y en general los llamados bienes nacionales¹¹⁶. Señala Gómez Sanchis al respecto, además, que en Derecho Público no pueden renunciarse determinadas atribuciones como el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, la potestad de dirección y control del contrato, entre otras¹¹⁷.

Causa.-

Siguiendo la teoría de la causa final reinante en nuestro ordenamiento¹¹⁸, tenemos que la causa de las obligaciones contractuales es “[...] el fin directo e inmediato que el deudor persigue al obligarse, que es inherente a la naturaleza de cada contrato y que, por consiguiente, siempre tiene que ser idéntica en los contratos de un mismo tipo”¹¹⁹. En palabras de Messineo, la causa es: “La finalidad típica y constante, cualquiera que sea el sujeto empírico que se valga del negocio y *cualesquiera que sean sus móviles individuales*” [las cursivas son añadidas]¹²⁰. La causa comprende, en definitiva, las mutuas prestaciones y es ajena totalmente a los motivos psicológicos que llevaron a los contratantes a celebrar el convenio, por lo que no se puede establecer una causa única de los contratos administrativos; dependerá, pues, de si se trata de una concesión, de una compraventa, de un contrato de construcción, etc.

¹¹⁶ Sobre los bienes nacionales, *vid.* Código Civil. Artículos 604 al 621. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹¹⁷ *Cfr.* Daniel Gómez Sanchis. “Contratos Administrativos: Versión Clásica. Parte II.” *Contratos Administrativos*. Ismael Farrando (dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 415.

¹¹⁸ Sobre la causa hay un extenso debate doctrinal en el que no corresponde adentrarnos en este trabajo, para ahondar sobre el asunto *vid.* Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005, pp. 256 – 284; Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo XI. Santiago de Chile: 1939, pp. 799 y ss.; y, sobre todo, por su claridad, Avelino León Hurtado. *La Causa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990.

¹¹⁹ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005, p. 274.

¹²⁰ Francesco Messineo. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II, Buenos Aires, 1954, p. 372. Citado en Avelino León Hurtado. *La Causa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 25.

Finalidad.-

A pesar de que nuestro Código Civil sigue la doctrina de la causa final, como ya se dijo, confunde la causa con los motivos individuales, por lo que cabe hacer énfasis en que distinta de la causa de los contratos es la finalidad (a la que la doctrina llama causa ocasional o impulsiva) misma que, sin embargo, ha sido considerada por la doctrina administrativista como otro elemento esencial de los contratos públicos. Aclarado eso, la finalidad de los contratos administrativos no es otra que la satisfacción del interés público. Siguiendo a Marienhoff, podemos decir que los contratos administrativos se realizan primordialmente para la satisfacción del interés público, quedando en segundo plano la satisfacción del interés privado del cocontratante¹²¹. Tal finalidad, sin embargo, deberá ser específica, dependiendo de cada contrato para fines de evaluar la competencia del órgano de la Administración que lo suscribe. Así, Pérez Hualde, sobre este tema afirma que:

La causa [finalidad, o causa impulsiva] obedecerá a una determinada situación de hecho que origina una necesidad que se pretende satisfacer. Siempre estará sustentada en una habilitación legal (la autoridad sólo tiene aquellas atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico), y el contrato deberá adaptarse y cumplir clara y concretamente con esa habilitación legal, estableciendo que se realizará la prestación concreta para la cual se cuenta con habilitación, por el monto fijado, en el lugar señalado y con el procedimiento legal correspondiente¹²².

De este elemento se desprende que si la administración celebra un contrato buscando un fin ilícito éste devendrá en inválido, como en el caso de celebrarse un pacto colusorio (fenómeno conocido como desviación de poder).

Forma.-

Al igual que los actos administrativos, los contratos administrativos son esencialmente formales, por lo que el cumplimiento tanto de la formas como de las formalidades

¹²¹ Cfr. Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III – A. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 25.

¹²² Cfr. Alejandro Pérez Hualde. “Contratos administrativos (II)”. *Manual de Derecho Administrativo*. Ismael Farrando y Patricia Martínez. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 287.

condiciona su validez. Como elementos de forma, Sayagués Laso distingue a la necesidad de que el contrato conste por escrito, si bien no es necesario que conste por escritura pública, salvo que dicho requisito se hubiera estipulado expresamente; como elementos de la formalidad establece las exigencias propias del procedimiento de cada ordenamiento¹²³: contratación directa o llamado a licitación, aprobación del contrato, intervención del Poder Legislativo, entre otros¹²⁴.

2.2.3 Peculiaridades del régimen contractual administrativo: las facultades exorbitantes de la Administración.

Como se ha visto, el contrato administrativo es una figura en donde confluye el Derecho Privado con el Público, lo que ha provocado extensos debates respecto de la autoridad competente para resolver de las controversias surgidas a partir de éste. Por tal razón, la doctrina ha buscado distinguir en forma precisa los elementos que hacen al contrato administrativo objeto de competencia distinta a la de los contratos civiles, esgrimiéndose conceptos en torno a cada uno de los elementos enlistados más arriba (la presencia del sujeto Administración, la existencia de formalidades y de procedimientos para su celebración, su vinculación material con algún servicio público, su finalidad, etc.). En esta línea, fue el Consejo de Estado francés quien desarrolló una doctrina que permitía distinguir claramente a contratos públicos de privados basada en la presencia de cláusulas exorbitantes al Derecho Civil y es que, como se mencionó al referirnos a los sujetos del contrato, la relación contractual pública ocurre siempre en una situación de desigualdad. La presencia de la Administración hace que el sujeto privado, además de estar obligado a cumplir con las prestaciones convenidas como lo haría en cualquier otro contrato, se obligue a cumplir todo lo que sea necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público del cual desea participar y, más importante, para procurar el beneficio de la sociedad toda, razón por la cual existen las cláusulas exorbitantes.

¹²³ Sobre el régimen de contratación pública en el Ecuador, *vid.* Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto de 2008.

¹²⁴ *Cfr.* Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. *Óp. cit.*, pp. 540 a 559.

Las cláusulas exorbitantes son definidas por Miguel Ángel Berçaitz como “[...] aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo a su cocontratante frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público”¹²⁵. Por su parte, Marienhoff se refiere a ellas como cláusulas inusuales, porque incluidas en un contrato de Derecho Privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual¹²⁶.

El tratadista argentino distingue asimismo dos tipos de cláusulas exorbitantes: las virtuales o implícitas, que “[...] corresponden a la Administración Pública en su carácter de órgano esencial del Estado, en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el campo del derecho público”¹²⁷; y las expresas, que son “[...] las incluidas concretamente en contratos que no son “administrativos” por su “objeto” mismo, pero que se convierten en “administrativos” a raíz de la cláusula exorbitante”¹²⁸. Ejemplo de este segundo tipo es un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado con una entidad financiera del Estado en donde, ante el préstamo impago, la entidad pública puede hacerse del inmueble sin necesidad de tener que recurrir previamente ante juez alguno.

Pertenecen, en cambio, a las cláusulas exorbitantes implícitas las siguientes:¹²⁹

- La ejecutoriedad propia de la Administración respecto de sus actos.
- El *ius variandi*, o facultad de modificar unilateralmente las obligaciones de la contraparte privada.
- La facultad de rescisión unilateral del contrato.

¹²⁵ Miguel Ángel Berçaitz. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1952, p. 209 citado en Alejandro Pérez Hualde. “Contratos administrativos: versión crítica”. *Contratos Administrativos. Óp. cit.*, p. 439.

¹²⁶ Cfr. Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 74.

¹²⁷ *Id.*, p. 80.

¹²⁸ *Id.*, p. 81.

¹²⁹ Cfr. *Ibíd.*

- La concesión a su contraparte de poderes respecto a terceros (como cuando el concesionario de un servicio público puede obtener atribuciones de carácter policial, derecho de expropiar, etc.).
- La facultad de dirección y control sobre el cumplimiento del contrato.

Son aquéllas las que interesan a nuestro estudio.

Vemos entonces *a priori* que el contrato administrativo se diferencia de tal forma del contrato privado que más que una especie dentro de éste, bien se lo podría considerar como una institución totalmente separada. Al respecto, García de Enterría y Fernández son muy ilustrativos cuando afirman que así como el contrato civil se caracteriza por ser limitado en su alcance (afecta sólo a las partes contractuales) e ilimitado en su fuerza obligatoria (el contrato es ley para las partes), el contrato administrativo es, en cambio, ilimitado en su alcance y limitado en su fuerza, por cuanto:

- a) El contrato administrativo afecta con normalidad a terceros y no a través de cláusulas excepcionales, como en la estipulación a favor de terceros del Derecho Civil, y;
- b) El contrato administrativo sólo es ley para una de las partes – el sujeto privado – mientras que el sujeto público “puede imponer su quebrantamiento legítimamente en virtud de su poder exorbitante de *ius variandi*, cuando los intereses superiores que representa así lo justifiquen”¹³⁰.

Respecto de la importancia de la presencia de las cláusulas exorbitantes como elemento *sine qua non* para que un contrato sea considerado definitivamente como administrativo, Pérez Hualde hace notar que éstas no aparecen en todos los contratos que celebra el Estado sino sólo en aquéllos donde es necesario asegurar el resultado mediante el empleo del *imperium*. Así pues, las cláusulas exorbitantes serán más comunes en los contratos de concesión de servicios públicos que en, por ejemplo, los de empréstito

¹³⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 678.

público, dado que *solamente la vinculación directa con las funciones esenciales del Estado justifican la presencia de tales cláusulas exorbitantes del Derecho Privado*¹³¹.

Nos corresponde ahora estudiar las manifestaciones de tal poder exorbitante.

2. 2.3.1 Obligación de ejecutar.

Llamado también como principio de continuidad, consiste en la facultad estatal de exigir el cumplimiento del contrato *sin interrupciones y bajo toda circunstancia*, prerrogativa que va de la mano con las características de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo. Marienhoff dice al respecto que “[...] la Administración puede exigirle a su cocontratante la continuación de la ejecución del contrato. Si el cocontratante no cumpliera con este deber, la Administración Pública tiene el medio jurídico para obligarle a ello: puede recurrir a la *ejecución por cuenta del cocontratante*”¹³², quedando como excepciones al principio solamente los casos de fuerza mayor y el *factum principis*, aunque la obligación renace inmediatamente desaparecidas estas causales.

Cassagne por su parte agrega que, en atención a la justicia y al principio de reciprocidad obligacional, esta exigencia no cabe respecto de todos los contratos administrativos sino que solamente cabe en “[...] aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio público y en lo estrictamente inherente a su continuidad [...]”¹³³; criterio con el que coincidimos, pues la excepcionalidad de los poderes de la Administración no puede ser ilimitada y en este caso es elemental que deba prevalecer el derecho constitucional a recibir servicios públicos¹³⁴ por sobre los derechos individuales contractuales.

¹³¹ Cfr. Alejandro Pérez Hualde. “Contratos administrativos: versión crítica”. *Contratos Administrativos. Óp. cit.*, p. 443.

¹³² Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 393.

¹³³ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 71.

¹³⁴ Cfr. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 52. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

La exorbitancia de esta prerrogativa estatal radica en que va mucho más allá del común derecho que tendría un contratista de exigir el cumplimiento del contrato o de incumplirlo cuando la contraparte también lo hace, la exorbitancia está en que la Administración “[...] podría exigir el cumplimiento *aun cuando no tiene razón*, es decir, aun cuando no esté en condiciones de acreditar el haber cumplido con su prestación o que su obligación es a plazo [...]”¹³⁵. Sin embargo, hay que señalar que ésta no debería ser considerada una característica del contrato en sí mismo, sino una consecuencia inevitable del objeto y la finalidad del mismo. En otras palabras, es una consecuencia que escapa a la Administración como sujeto contractual y tiene que ver con la clase de servicio que el sujeto privado ha aceptado ofrecer. Así pues, nos adherimos a las palabras de Pérez Hualde respecto de que “Es la presencia del principio [de continuidad] que impera en los servicios públicos el que **brinda el justificativo y no una característica contractual**” [el énfasis es añadido]^{136 137}.

2.2.3.2 El poder de interpretación unilateral del contrato.

Consecuencia necesaria de la obligación de ejecutar, este privilegio consiste en que la Administración, a través de actos jurídicos, puede decidir y hacer cumplir coactivamente a su cocontratante sobre la interpretación, ejecución y terminación de los acuerdos sin anteceder la decisión de juez alguno, en vista del privilegio general de autotutela del que goza.

El carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos es consecuencia directa de la unilateralidad y capacidad generadora de efectos jurídicos directos de éstos – explicada anteriormente en este capítulo –, lo que envuelve el nacimiento de la correlativa obligación para las autoridades de realizar las operaciones materiales indispensables para

¹³⁵ Alejandro Pérez Hualde. “Contratos administrativos: versión crítica”. *Contratos Administrativos. Óp. cit.*, p. 448.

¹³⁶ *Id.*, p. 449.

¹³⁷ Con tal antecedente, se discute la procedencia de la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus* en este tipo de relaciones. Sobre este debate, *vid.* Armando Héctor Martínez. “¿Continuidad o suspensión de la ejecución?”. *Contratos Administrativos. Óp. cit.*, pp. 459 a 471.

hacer eficaz lo dispuesto en tales actos administrativos. Y es que, parafraseando a Cassagne, Santofimio Gamboa nos dice que:

La decisión no puede quedar al interior de la administración. Los potenciales efectos jurídicos creados por el acto administrativo deben hacerse eficaces, para lo cual el ordenamiento le reconoce suficientes poderes de ejecución a la administración, no sólo para que los dé a conocer, sino también, y de manera principal, para que los haga efectivos y eficaces unilateralmente, a través de los procesos o procedimientos operativos coherentes con lo dispuesto en ellos.¹³⁸

Este privilegio tiene su razón de ser en que la sociedad no se puede dar el lujo de dejar de recibir servicios públicos, o recibirlos defectuosamente, mientras pende la resolución de un juez, en atención a la naturaleza de los intereses en juego.

Para especificar los asuntos sobre los que puede ejercer esta decisión autónoma, cito el detalle expuesto por García de Enterría y Fernández en su obra. Tenemos entonces que:

[...] la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza¹³⁹.

Nótese que se incluye en esta prerrogativa a la facultad para terminar unilateralmente el contrato, facultad que Marienhoff y otros han individualizado por considerar que la rescisión que ocurre en ejercicio de esta prerrogativa es de carácter sancionatoria mientras que como facultad individualizada apunta a la terminación contractual por razones de oportunidad o conveniencia. De todos modos, es una discrepancia meramente metodológica y aclaramos que nos referimos a la rescisión contractual cualquiera sea su causa.

¹³⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de Derecho Administrativo...* Óp. cit., p. 136.

¹³⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo.* Óp. cit., p. 683.

Finalmente, es importante recalcar que este carácter decisorio y ejecutorio no obsta la iniciación de recursos tanto en la vía gubernativa como jurisdiccional, pero sí es una *carga* impuesta al contratista si desea impugnar la legalidad de lo actuado. Lo único que este privilegio otorga es inmediatez, pero no firmeza, puesto que las reglas que definen el fondo del contrato, las obligaciones, permanecen incólumes. Así, si la Administración viola las estipulaciones del contrato, la contraparte tiene derecho a ser remediada, y es que esta prerrogativa es exorbitante, pero no tirana.

2.2.3.3 *Ius variandi*.

Conocido también como principio de mutabilidad, el *ius variandi* es la regla que permite a la Administración modificar unilateralmente el contenido del contrato. A través de esta prerrogativa, la Administración introduce cambios de manera unilateral en las prestaciones de su cocontratante privado en vista a satisfacer en la mejor forma las necesidades públicas. La justificación que da Marienhoff al *ius variandi* es que la Administración Pública

[...] debe poder alterar los contratos administrativos cuando, aun sin tratarse de contratos convertidos en inútiles o de estipulaciones que hoy resulten inadecuadas para satisfacer las respectivas necesidades, convenga modificarlos o alterarlos para que, desde un principio, se adapten más convenientemente a la satisfacción del interés público¹⁴⁰.

Para el argentino, además, esta prerrogativa aplica a todos los contratos administrativos y no sólo para la concesión de servicios públicos; posición que no es compartida por André De Laubadère, para quien aplica sólo a las convenciones cuya materia sea la prestación de un servicio público y cuyas modificaciones podrán dirigirse solamente al modo de la prestación pero no a las condiciones económicas¹⁴¹.

¹⁴⁰ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 397.

¹⁴¹ Cfr. André De Laubadère, Jean Claude Venezia e Yves De Gaudemet. *Traité de droit administratif*. Tomo I. Décimo cuarta edición. París: LGDJ, 1996, p. 47 citado en Alejandro Pérez Hualde. “Contratos administrativos: versión crítica”. *Contratos Administrativos*. Óp. cit., p. 448.

2.2.3.4 *Factum principis*.

Se denomina *factum principis* o hecho del príncipe al acto imputable al Estado, en su sentido más amplio, que altera la ecuación económico – financiera del contrato. Es una afectación que ocurre no por la conducta de la Administración desde el interior del contrato sino por el comportamiento extracontractual del Estado.

Por ser una denominación proveniente del absolutismo y no fiel a la realidad actual, Roberto Dromi se refiere a estos actos solamente como hechos o actos del Estado, afirmando que “[...] se manifiesta[n] a través de decisiones jurídicas o acciones materiales que pueden modificar las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato, lesionando los derechos del contratista”¹⁴² y habilitándolo para requerir una reparación integral.

Sobre este tema, García de Enterría y Fernández afirman que:

[...] es paladino que de lo que se trata cuando se invoca un <<hecho del príncipe>> modificador del contrato administrativo es de la aparición de potestades administrativas que se mueven en un plano superior y supraordenado al que es propio de la actividad contractual, potestades que ésta nunca ha podido influir o limitar y que **pueden romper no sólo los contratos de la Administración, sino también, y esto nos parece decisivo, los contratos ajenos o *inter –privatos* [...], así como cualquier otra situación jurídica positiva** [el énfasis es añadido]¹⁴³.

Roberto Dromi hace énfasis en la diferencia entre responsabilidad estatal por causa del hecho del príncipe y aquella causada por una resolución específica relacionada con el contrato administrativo: la primera es indirecta o extracontractual; la segunda es contractual¹⁴⁴.

¹⁴² Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Novena edición actualizada. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 446.

¹⁴³ Cfr. Alejandro Pérez Hualde. “Contratos administrativos: versión crítica”. *Contratos Administrativos*. *Óp. cit.*, p. 685.

¹⁴⁴ Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 446 y 447.

Son variaciones que no tienen que ver con la actividad del Estado como sujeto contractual, sino que es consecuencia del ejercicio de potestades extracontractuales que, si bien pueden terminar afectando a un contrato en particular en el que intervenga la Administración, no nacen en razón de ésta. Así pues la Administración, en ejercicio de su potestad reglamentaria, podría dictar nuevas ordenaciones para los contratos de servicios que en definitiva terminarían afectando a los contratos administrativos vigentes; sin embargo, ésa es una contingencia a la que están sometidas todas las personas que contraten con el Estado, no sólo las partes de una convención específica. Se tiene entonces que el hecho del príncipe es una manifestación de la superioridad jurídica de una de las partes, pero no tiene su causa en un contrato por lo que, al exceder al acuerdo arbitral, no podría someterse a la decisión de árbitros.

2.2.3.5 Poderes de dirección, inspección y sanción.

Como se ha insistido, es distintivo de los contratos administrativos la persecución de un fin público, mismo que únicamente el Estado está en la obligación de proporcionar. Si bien los privados participan con el Estado en el cumplimiento de tal obligación, esto no quiere decir que aquéllos hayan adquirido, por vía contractual, competencias que la Constitución y las leyes no les han asignado. Por tal razón, la Administración no puede desvincularse del todo de asuntos que afectan a la colectividad y de los cuales es responsable constitucionalmente, por lo que siempre se reservará el derecho a dirigir, inspeccionar y controlar las actuaciones de los privados a través de instrucciones, órdenes e incluso sanciones (sanciones de carácter contractual, que no deben ser confundidas con las sanciones administrativas, que tienen su fuente en la ley).

2.2.3.6 Las reglas exorbitantes que afectan a terceros.

Característica de los contratos administrativos es también que afecten a derechos de terceros sin que éstos puedan excepcionarse bajo la civilista regla del *res inter alios acta nec nocet*, según la cual los contratos sólo tienen efectos para las partes contratantes. No obstante, aplicando similar razonamiento que respecto del *factum principis*, tenemos que

estas afectaciones a terceros, como la expropiación u ocupación temporal a favor del contratista, no son atribuibles a la Administración como sujeto contractual propiamente sino que son el resultado de la aplicación de leyes generales.

De lo anterior se concluye que, siendo todas manifestaciones de la superioridad jurídica de la Administración y exorbitantes al desarrollo de los contratos según el escenario clásico del Derecho Civil, solamente la facultad de interpretación unilateral (facultad sancionatoria incluida) y el *ius variandi* son exorbitancias que tienen su causa directa en los contratos. Por ende, solamente la legalidad de su ejercicio podría ser un asunto de resolución por tribunales arbitrales, las otras exorbitancias no están cubiertas por el acuerdo arbitral. Por el contrario, los tribunales de lo contencioso – administrativo sí tienen competencia sobre todas.

Insistir de todas maneras que por más exorbitantes que sean las prerrogativas, no pueden en ningún momento violentar los derechos de los contratistas bajo la excusa de velar por el bien común. Y es que si bien es cierto que “el Estado no puede prescindir de su carácter de “Poder” aun en las relaciones contractuales, y si no impone como poder el contrato, impone al que quiere contratar con él, condiciones que dejan a salvo ese poder”¹⁴⁵, es asimismo claro que, por contradictorio que parezca, la Administración observada solamente en su faceta de sujeto contractual tiene un comportamiento similar al del particular en esa relación y debe igualmente respetar ciertos límites impuestos por los principios generales del Derecho.

Como ya se ha dicho, por exorbitantes que sean o parezcan ser ciertas actuaciones del Estado no quiere decir que no deban responder siempre a reglas por todos conocidas y, por ende, que estén exentas de control (por jueces o árbitros).

¹⁴⁵ Gabino Fraga. *Derecho Administrativo*. México: 1944, p. 736 citado en Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 84.

A la pregunta sobre cuáles son esos límites de la actuación de la Administración, Marienhoff acertadamente responde que:

El límite hasta donde puede llegar una *cláusula exorbitante* “expresa”, sin violar la juridicidad, coincide con el límite posible de las potestades o prerrogativas públicas del Estado. **Esto determinase por aplicación razonable y armónica de los textos y principios de la Constitución.** Ninguna cláusula exorbitante “expresa” puede implicar un agravio a la letra o al espíritu de la Ley Suprema¹⁴⁶ [la negrita es añadida].

De ahí que considere que no hay por qué temer que un tribunal arbitral constituido por abogados, y que tiene la obligación de resolver en Derecho, esté impedido de resolver asimismo sobre la legalidad de las actuaciones de una de las partes. Como se ha demostrado, las facultades exorbitantes, a pesar de mirar al bienestar social, no dejan jamás huérfanos a los derechos de los cocontratantes, que permanecen indemnes. Así pues, no se debe tener recelo de que personas autorizadas por el Estado para administrar justicia arrebatan potestades públicas o soberanía al Estado, ya que en un Estado de Derecho (o de derechos, como es nuestro caso) la soberanía está expresada en las leyes que los árbitros (jueces) deberán interpretar y no en voluntades anárquicas de individuos. En este sentido, mi posición es que todas las manifestaciones de voluntad de la Administración deben poder ser resueltas por los tribunales arbitrales, en atención a los argumentos dados y a los que se sumarán en el cuarto capítulo de este trabajo.

Ahora nos corresponde analizar la posición de las cortes respecto a este asunto para ilustrar la realidad y, de ahí, poder esgrimir las críticas que quepan, razonadamente.

¹⁴⁶ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 83 y 84.

CAPÍTULO III: EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES POR TRIBUNALES ARBITRALES.

Como hemos venido explicando, a pesar de la habilitación constitucional y legal de los árbitros para resolver del mismo modo que los jueces ordinarios, el requisito de transigibilidad de los asuntos a conocer ha impedido que aquéllos puedan pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales. Se han sumado asimismo otras justificaciones para negarles competencia, como revisaremos a continuación.

De todos modos, es necesario señalar que la misión del esclarecimiento de los límites del arbitraje en contratación pública ha sido incipiente en las cortes ecuatorianas, reservándose su estudio más bien a la doctrina. Esto, sumado al carácter confidencial de prácticamente todos los procesos arbitrales, ha hecho que el debate se circunscriba a los pocos casos de revisión judicial de laudos. Caso opuesto es el colombiano, cuya jurisprudencia ha sido particularmente prolífica en este asunto, llevándose inclusive la discusión al nivel constitucional. Si bien “[...] aún no se ha alcanzado una solución al problema e incluso esa solución está cada vez más lejana”¹⁴⁷ ya que la corriente jurisprudencial mayoritaria apunta a limitar la competencia de los tribunales arbitrales en lugar de ampliarla, es claro que hay mayores elementos para el desarrollo jurídico del asunto que nos ocupa, razón por la cual se vuelve necesario acercarnos a tales pronunciamientos con el fin de tener una idea más completa del estado del problema.

En este contexto, nuestro análisis girará en torno a un arbitraje llevado a cabo en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito entre los años 2006 y 2007 y a una acción de inconstitucionalidad resuelta por la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁴⁷ Alexandra Hoyos Pizano y Tatiana Londoño Camargo. *Problemática actual del arbitramento nacional en la contratación estatal*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003, p. 35.

3.1 Jurisprudencia ecuatoriana.

3.1.1 Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito en el juicio arbitral No. 010 – 06 entre Andinatel S.A. contra el Estado Ecuatoriano – Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL)¹⁴⁸.

En este proceso arbitral la compañía Andinatel S.A. – persona jurídica de Derecho Privado – solicitó a un tribunal de arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito que se condene al Estado ecuatoriano, representado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (en adelante SENATEL), al cumplimiento del contrato de concesión del servicio público de telefonía suscrito entre éstos, con sus dos adendas; al pago de los daños y perjuicios supuestamente sufridos por la alteración del equilibrio económico del contrato a causa de la promulgación de dos actos administrativos (Resoluciones 586-23-CONATEL-2003¹⁴⁹ y 729-25-CONATEL-2004¹⁵⁰); y, además, a la *anulación* de tales resoluciones.

Las resoluciones administrativas en cuestión modificaban, a pretexto de interpretar, dos resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (en adelante CONATEL) vigentes al momento de la suscripción de las convenciones (la Resolución 456-19-CONATEL-2000¹⁵¹ y la Resolución 487-CONATEL-97¹⁵²) respecto de los criterios técnicos usados para categorizar a los usuarios del servicio de telefonía. El

¹⁴⁸ La información de este arbitraje fue obtenida de la revisión del expediente público No. 0352 – 2010 que, por interposición de recurso de hecho en contra de la sentencia de la Corte Provincial de Pichincha respecto de la nulidad del laudo, está siendo conocido por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

¹⁴⁹ *Cfr.* Resolución 586-23-CONATEL-2003. Registro Oficial No. 196 de 23 de octubre de 2003.

¹⁵⁰ *Cfr.* Resolución 729-25-CONATEL-2004. Registro Oficial No. 484 de 17 de diciembre de 2004.

¹⁵¹ *Cfr.* Resolución 456-19-CONATEL-2000. Registro Oficial No. 201 de 10 de noviembre de 2000.

¹⁵² *Cfr.* Resolución 487-19-CONATEL-97. Registro Oficial No. 200 de 24 de noviembre de 1997.

problema estaba en que ese acto terminaba por reformar las tarifas que los usuarios debían pagar a la concesionaria.

Así pues, Andinatel fundamentó sus peticiones, entre otros, en:

1. El principio de Derecho Civil *pacta sunt servanda*, según el cual el contrato es ley para las partes y no puede ser modificado sino por mutuo consentimiento.
2. En el artículo 46 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada que, respecto de los contratos, en su parte final ordena que “[...] Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración”¹⁵³; y,
3. En el artículo 249 de la Constitución Política de 1998, que mandaba que: “[...] Las condiciones contractuales acordadas [en los contratos administrativos de servicios públicos] no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones [...]”¹⁵⁴.

El Estado, por su parte, se opuso a la demanda alegando que las pretensiones de Andinatel eran ilegales, en lo que a este estudio interesa, por lo siguiente¹⁵⁵:

1. Por contrarias al ordenamiento jurídico vigente.
2. Por incompetencia del tribunal arbitral en atención a que los actos emitidos por el CONATEL, al ser de aplicación general, no son objeto de transacción. Además, en atención a que las controversias derivadas de ellos deben ser conocidas por los tribunales de lo contencioso administrativo según lo dispuesto en los artículos 1 y 2

¹⁵³ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Artículo 46. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

¹⁵⁴ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 249. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

¹⁵⁵ Cfr. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Juicio arbitral No. 010 – 06. Laudo de 30 de octubre de 2007. Foja 0524 del expediente arbitral.

de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa¹⁵⁶ y el artículo 38 de la Ley de Modernización¹⁵⁷.

3. Por no derivarse la controversia de la interpretación o ejecución del contrato de concesión sino del ejercicio de las competencias del CONATEL, “[...] las que nacen de la ley y no son materia de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación toda vez que este sistema alternativo de solución de conflictos solo aplica para las controversias susceptibles de transacción”.
4. Por ser las resoluciones impugnadas actos independientes del contrato de concesión.
5. Por haber sido tales resoluciones emitidas en base a competencias legales y reglamentarias.

Sobre este punto, en su escrito de contestación¹⁵⁸, la SENATEL dijo que Andinatel no podía afirmar que la modificación de las condiciones contractuales eran imputables a la demandada, sino que el CONATEL – organismo público regulador

¹⁵⁶ Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Artículos 1 y 2. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968:

“Art. 1.- El recurso contencioso – administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”.

“Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso – administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con esta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos”.

¹⁵⁷ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Artículo 38. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993: “Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa”.

¹⁵⁸ *Cfr.* Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Juicio arbitral No. 010 – 06. Laudo de 30 de octubre de 2007. Foja 0523 del expediente arbitral.

- de las telecomunicaciones en el país – en ejercicio de competencias legales y reglamentarias, emitió resoluciones con efectos *erga omnes*, es decir, aplicables a todos los prestadores de servicios de telefonía y no solamente a la demandante; y,
6. Por carecer el tribunal arbitral de competencia para fijar tarifas para la prestación de servicios de telecomunicaciones y, en general, por no tener competencia para interpretar normas de aplicación general.

En ese escenario, pues, se trabó el litigio.

Competencia del tribunal arbitral.-

En la audiencia de sustanciación, el tribunal arbitral se declaró parcialmente competente para resolver la controversia expresando que podía decidir sobre la violación o no del contrato de concesión, sobre la ruptura del equilibrio económico del contrato y la consecuente indemnización de daños y perjuicios, pero que no podía hacer lo propio respecto de los aspectos de legalidad de las resoluciones administrativas. Así, el tribunal arbitral señaló que:

En el caso *sub judice* las pretensiones de la demanda presentada por ANDINATEL S. A. que derivan de un convenio arbitral válido, son fundamentalmente de **naturaleza contractual y comportan derechos transigibles**, en todo aquello relativo al cumplimiento del contrato de concesión y los convenios modificatorios, a los daños y perjuicios que la actora afirma le han provocado, como consecuencia de una violación contractual, y a la afectación de la economía del contrato. Sin embargo, **los aspectos que han sido planteados por ANDINATEL S. A. relativos al enjuiciamiento de resoluciones de efectos generales, son distintos de la naturaleza contractual y del carácter transigible que deben informar a aquellos litigios arbitrales en que una de las partes sea el Estado ecuatoriano.** Son aspectos relativos al ejercicio de la potestad normativa del Estado, y el control de legalidad de esta potestad no compete a los Tribunales de Arbitraje¹⁵⁹ [el énfasis es añadido].

De donde podemos afirmar que los actos administrativos de efectos generales no son objeto de arbitraje en tanto no son actos proferidos dentro de una relación contractual y no son de carácter transigible; *contrario sensu* colegimos que, de no mediar el requisito de

¹⁵⁹ *Id.*, foja 0664 del expediente arbitral.

transigibilidad, sí podrían ser objeto de arbitraje los actos administrativos de efectos individuales nacidos en el contexto de una relación contractual. Como se explicará en el capítulo siguiente, el requisito de la transigibilidad responde a razones políticas antes que a estricta justicia.

En la misma línea de razonamiento, colegimos que tampoco pueden ser objeto de arbitraje los actos precontractuales o separables por cuanto no han nacido en el contexto de la relación contractual. Hay que tener claro, pues, que la fuente inmediata de la competencia de los árbitros es el compromiso arbitral, mismo que sólo abarca las controversias nacidas con razón del contrato, no así aquéllas que existen con independencia de éste.

Ahora bien, se destaca del pronunciamiento del tribunal el estudio de la naturaleza del contrato de concesión – que bien podría extenderse a la generalidad de los contratos administrativos – pues a partir de ahí deja establecido que la competencia de los tribunales arbitrales solamente abarca la decisión sobre los efectos patrimoniales de los actos administrativos pero no sobre su corrección legal.

Así, los árbitros de este caso se refieren a la doble naturaleza de las estipulaciones del contrato administrativo de concesión cuando dice que se encuentran “[...] por un lado, las normas y principios del derecho público, y por otro, principios y normas del derecho privado, con elementos de orden comercial vinculados a la explotación de ese servicio que, en el caso presente, son los servicios finales y portadores de telecomunicaciones”¹⁶⁰. El tribunal ampliaría este asunto en su laudo al decir que en el contrato de concesión objeto de la disputa se observaban los dos órdenes que, según la doctrina, integran este régimen contractual:

[E]l primero, esencialmente contractual referido al objeto del contrato, a sus condiciones, a los aspectos de orden económico y financiero, a la remuneración que la Administración reconoce al concesionario por la prestación del servicio; y, **el segundo, el elemento reglamentario** que se refiere a las normas de efectos generales impuestas por

¹⁶⁰ *Id.*, foja 0663 del expediente arbitral.

el *imperium* del Estado y que en el orden jurídico ecuatoriano presenta a partir de la suscripción de un contrato de concesión o de cualquier otra forma de delegación de servicios públicos, infranqueables limitaciones [...] [el énfasis es añadido]¹⁶¹

Concluyendo después que el contenido obligacional del primer orden se regla “[...] no solamente por las normas de la contratación administrativa establecidas para estos casos, sino por las reglas y principios del derecho común que se hallan establecidos en el Código Civil ecuatoriano”¹⁶²; mientras que el del segundo orden se norma “[...] básicamente por las disposiciones y principios del Derecho Público contenidas en la Constitución Política de la República, [y] en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada [...]”¹⁶³.

Notar que se dice que respecto a la actuación de la Administración investida de *imperium* no puede ser arbitrable el aspecto reglamentario solamente, de donde se colige que sí lo son los efectos económicos.

Posteriormente, y por si las anteriores razones no hubieran sido suficientes, el tribunal arbitral justificó constitucionalmente su actuación al remitirse al derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, según el cual los jueces están prohibidos de inhibirse de decidir sobre lo principal cuando los casos puestos a su conocimiento corran el riesgo de quedar insolutos¹⁶⁴, por incurrirse de ese modo en denegación de justicia. En ese sentido, el tribunal arbitral dijo que declararse incompetente para resolver sobre un asunto que involucre actos administrativos de efectos generales sin más, sin hacer un previo ejercicio de discernimiento, es

[...] jurídicamente inaceptable no solo porque, de acogerse tal pedido, se lesionaría gravemente la tutela efectiva de derechos que consagra el Art. 24 numeral 17 de la

¹⁶¹ *Id.*, foja 02518 del expediente arbitral.

¹⁶² *Id.*, foja 02518 del expediente arbitral.

¹⁶³ *Id.*, foja 02519 del expediente arbitral.

¹⁶⁴ Al respecto, *vid.* Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 23. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.

Constitución Política de la República [de 1998] como una garantía del debido proceso, norma que impone a todo juzgador, incluidos los árbitros que ejercen jurisdicción convencional, pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones que sí tienen carácter contractual y naturaleza transigible, sino porque **violaría el principio pro arbitraje que inspira al sistema arbitral ecuatoriano** [...] y que tiende a favorecer el ejercicio de la jurisdicción convencional de los árbitros cuando, siendo válido el compromiso arbitral y habiéndose cumplido los presupuestos legales para la declaratoria de su competencia, aquellos deben aceptar la competencia puesto que están impedidos de denegar justicia y compelidos a juzgar las pretensiones que sí fueren de naturaleza contractual y de carácter transigible, aunque otra u otras expuestas en el mismo escrito de demanda, no tuvieren tal carácter [el énfasis es añadido]¹⁶⁵.

Finalmente, en laudo de octubre 30 de 2007, el tribunal arbitral se ratificó respecto de su falta de competencia para juzgar la legalidad de los actos administrativos expedidos por el CONATEL “[...] y cualquier otro aspecto que conforme a los Arts. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo pudieren corresponder a la jurisdicción legal ejercida por los Tribunales Distritales de esa materia”¹⁶⁶.

El equilibrio económico financiero del contrato.-

En cuanto al fondo del asunto, el tribunal decidió que en efecto las resoluciones 456 y 487 del CONATEL eran parte del contenido obligacional del contrato por estar así estipulado explícitamente en el texto del mismo y, sobre todo, por ser un principio general del Derecho que todas las leyes vigentes al momento de celebración de los contratos se entiendan a ellos incorporadas. Por eso razonaron los árbitros que el equilibrio financiero del contrato – “[...] uno de los aspectos sustanciales de todo contrato administrativo”¹⁶⁷ – había sido vulnerado y, por ende, el afectado debía ser indemnizado.

Al respecto, el tribunal indicó que son derechos del contratista:¹⁶⁸

a) El percibir la remuneración que prevé el contrato;

¹⁶⁵ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Juicio arbitral No. 010 – 06. Laudo de 30 de octubre de 2007. Fojas 0664 y 0665 del expediente arbitral.

¹⁶⁶ *Id.*, foja 02513 del expediente arbitral.

¹⁶⁷ *Id.*, foja 02520 del expediente arbitral.

¹⁶⁸ *Cfr. Id.*, foja 02520 del expediente arbitral.

b) El soportar como cargas única y exclusivamente las que le incumben de conformidad con el clausulado del contrato de que se trate, y;

c) El ser indemnizado en todos aquellos casos en que ocurra una injusta disminución de su remuneración o un incremento de obligaciones que no hubieren sido previamente convenidas.

El equilibrio económico del contrato es el principio por el que las obligaciones y derechos de los contratantes se miran como equivalentes y se condicionan mutuamente¹⁶⁹. Se considera roto cuando una de las partes debe asumir más cargas que las inicialmente pactadas, de donde se concluye que los contratos administrativos deben ser siempre sinalagmáticos. En su laudo, el tribunal arbitral definió a esta institución como “[...] un principio de la contratación pública que tiende a favorecer a las partes contratantes, con el propósito de dotar al negocio concesionado de previsibilidad jurídica y económica para facilitar la debida ejecución del contrato y beneficiar así a los usuarios del servicio”¹⁷⁰. No obstante, como se vio en el capítulo anterior, el equilibrio económico de los contratos administrativos puede alterarse por el ejercicio de las llamadas prerrogativas exorbitantes de la Administración. Se reconocen principalmente tres causas ajenas a las partes contratantes: el *ius variandi* o derecho de modificación, el *factum principis* o hecho del príncipe, y la teoría de la imprevisión¹⁷¹.

A las dos primeras ya nos referimos anteriormente, no así respecto de la tercera – teoría también conocida como riesgo imprevisible, lesión sobreviniente o azar económico – que consiste al cambio que puede ocurrir en la carga obligacional por el acaecimiento del

¹⁶⁹ Cfr. María José Luna Lara. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009, p. 30.

¹⁷⁰ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Juicio arbitral No. 010 – 06. Laudo de 30 de octubre de 2007. Foja 02520 del expediente arbitral.

¹⁷¹ Cfr. Justo Quirós Sánchez. *Teoría del Equilibrio Económico – Financiero del Contrato*. http://www.mopt.go.cr/planificacion/centrotransferencia/RTM_06/Teor%C3%ADa.pdf (acceso: 15/02/2012).

caso fortuito o fuerza mayor. Sobre esos eventos la Corte Suprema de Justicia se refirió en los siguientes términos:

Tanto en el concepto del Código Civil como en el del Código de Comercio, dos son los factores que conforman la fuerza mayor o caso fortuito: la imprevisibilidad (no la imprevisión) y la irresistibilidad del acontecimiento y, juntándose estos dos factores en el ámbito contractual producen el efecto de que el contrato sea imposible de cumplir. El caso fortuito significa la imposibilidad jurídica (v. gr., se prohíbe realizar la ejecución de la proyectada obra por sobrevenir una expropiación parcial o total del fundo respectivo) o física (v. gr., una inundación imprevisible y extraordinaria impidió cumplir con la venta de la cosecha enajenada sin importar un contrato aleatorio) de ejecutar la prestación debida¹⁷².

Entonces, ante ese panorama, el Derecho considera que, en atención al principio de buena fe contractual, sería injusto forzar al deudor a cumplir su obligación cuando ha cambiado sustancialmente el contexto en el cual nacieron las obligaciones contraídas, debiéndose revisarlas con el fin del equilibrar nuevamente las obligaciones contractuales.

Sobre este tema, Justo Quirós es muy claro cuando dice que:

La teoría de la imprevisión se origina en la cláusula rebus sic stantibus atribuida a Neracio según el Digesto de Justiniano. Dicha teoría se fundamenta en los principios de buena fe, justicia distributiva, equidad, no enriquecimiento sin causa justa y responsabilidad extracontractual del Estado basada en el principio de alterum non laedere «no dañar a otro», ya que de sobrevenir la ruina del contratista, el bien o servicio se vería afectado y el Estado tendría que emprender nuevamente sobre la base de las condiciones económicas imperantes, distintas a las que existían al convenir el contrato anterior, asumiendo de cualquier forma el sobrecosto y sin tener que pagar un sobreprecio cuando esos han caído, correspondiendo la carga de la prueba a la parte que aduce los hechos constitutivos de su derecho, ya que no basta con mencionarlo, sino que debe ser probado¹⁷³.

Respecto del modo en que se debe restablecer el equilibrio económico de los contratos el tribunal dijo que “En caso de falta o ausencia de un parámetro o de una fórmula matemática que precise dicha ecuación, corresponderá a la buena fe con que deben actuar

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de Civil y Mercantil. Resolución del recurso de casación de 13 de diciembre de 2001. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8, p. 2273.

¹⁷³ Justo Quirós Sánchez. *Teoría del Equilibrio... Óp. cit.*

las partes contratantes, establecer cuál será el alcance que deban dar a ese equilibrio contractual¹⁷⁴.

Por último, el tribunal condenó al Estado al pago de daños y perjuicios en base al artículo 1572 del Código Civil.

El ius variandi y sus limitaciones en la legislación ecuatoriana.-

La prerrogativa del *ius variandi* está limitada en nuestro ordenamiento. Limitación recogida en nuestra legislación en el citado artículo 46 de la Ley de Modernización Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada y, antiguamente, en los artículos 249 de la Constitución Política de 1998 y 76 del Reglamento General a la Ley de Modernización. Este último establecía que:

El concesionario mientras esté en vigencia el contrato de concesión tendrá derecho a recibir una retribución económica y utilidad por sus inversiones, riesgo y trabajo.

Cuando el esquema de retribución sea mediante tarifas pagadas por los usuarios del servicio, éstas serán ajustadas de acuerdo con las estipulaciones previstas en el respectivo contrato de concesión.

El esquema o ecuación económico – financiero contractualmente establecido deberá ser respetado por ambas partes durante el plazo de su vigencia y no podrá ser alterado por los poderes públicos en detrimento del concesionario de forma unilateral sin que la entidad concedente compense económicamente dicho perjuicio y sin que ello implique garantía de utilidad para el concesionario.

Estas normas formarán parte esencial de cada base y contrato de concesión¹⁷⁵ [el énfasis es añadido].

Sin embargo, tal reglamento fue derogado por el Decreto Ejecutivo No. 810, a través del cual se expidió el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación

¹⁷⁴ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Juicio arbitral No. 010 – 06. Laudo de 30 de octubre de 2007. Foja 02521 del expediente arbitral.

¹⁷⁵ Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado. Artículo 76. Decreto Ejecutivo 2328. Registro Oficial Suplemento No. 581 de 02 de diciembre de 1994.

de Servicios Públicos de Transporte, que se refiere al equilibrio económico del contrato en su artículo 7, numerales 3 al 5, en los siguientes términos:

La concesión estará sujeta a la normativa legal vigente y a las condiciones y características específicas fijadas en los pliegos de licitación, que al menos deberán contemplar los siguientes aspectos: [...]

3. Sistema tarifario y **procedimiento de revisión, de ser el caso.**

4. Justificación y establecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, que sustente el plazo, tarifas, inversiones, costos y rentabilidad aceptable.

5. **Fórmula de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de delegación/concesión** [el énfasis es añadido]¹⁷⁶.

Como se ve, se eliminó en ese instrumento legal la limitación al *ius variandi*, pero ha permanecido en la ley superior.

Respecto a la interdicción a esta facultad, el tribunal dijo que

[...] tiende a eliminar toda actuación administrativa o *factum principis* que altere un contrato administrativo y **procura precautelar de mejor manera un genuino interés público** que no puede ser otro que el de favorecer la seguridad de toda inversión para estimular a ésta que emprenda decididamente en la prestación de servicios de interés general, en el desarrollo de infraestructuras que promuevan el desarrollo nacional o en la explotación de recursos naturales, que alivianen la carga de los presupuestos públicos ya sea de la Administración Central o de los entes del régimen seccional autónomo [...] [el énfasis es añadido]¹⁷⁷

He destacado la referencia al genuino interés público puesto que debe tenerse claro que no es ninguna afrenta al orden público que los privados le resten tareas al Estado cuando el beneficio a todos sea evidente, bien a través de la prestación de servicios públicos o bien a través de la administración de justicia en los casos pertinentes, como en el arbitraje. En ese escenario, los privados lucran legítimamente y satisfacen necesidades tanto individuales como colectivas; el Estado, por su parte, puede dirigir sus recursos intelectuales y

¹⁷⁶ Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte. Artículo 7, numerales 3, 4 y 5. Registro Oficial No. 494 de 19 de julio de 2011.

¹⁷⁷ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Juicio arbitral No. 010 – 06. Laudo de 30 de octubre de 2007. Foja 02522 del expediente arbitral.

económicos a áreas que corresponden a su esencia como son la protección de las fronteras o la seguridad pública por ejemplo.

El Estado interpuso la acción de nulidad de laudo contemplada en el artículo 31 LAM¹⁷⁸ ante la presidencia de la Corte Provincial de Pichincha mismo que, por excusa de la presidenta de la Corte, fue conocido por el Dr. Patricio Salvador, conjuer de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, en el expediente No. 2009 – 0913 – RO. A pesar de la acción anunciada, nulidad, la SENATEL pretendió se vuelva a conocer el proceso al amparo del artículo 337 del Código de Procedimiento Civil¹⁷⁹, que establece la prohibición a las instituciones del Estado a renunciar al recurso de apelación y la obligación de elevarse las sentencias judiciales adversas a consulta previa ante la Corte Superior. No obstante, en sentencia de 23 de febrero de 2010, la Corte decidió no dar lugar a la petición toda vez que respecto de laudos arbitrales no cabe ninguna acción más que la de nulidad de sentencia, por lo que no resulta aplicable el citado artículo que se ocupa de

¹⁷⁸ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 31. Registro Oficial No. 145 de 04 de septiembre de 1997: “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: [/] a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; [/] b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; [/] c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; [/] d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, [/] e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. [/] Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite. [/] Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte. [/] El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo. [/] La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación”.

¹⁷⁹ Cfr. Código de Procedimiento Civil. Artículo 337. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

aquellos casos en los cuales el Estado tiene el derecho – obligación de apelar. Así pues, la Corte expresó que:

[...] [E]l pronunciamiento del juez de instancia sólo se limita a examinar la omisión de alguna de las solemnidades sustanciales establecidas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación y no a emitir un pronunciamiento de fondo o mérito del asunto controvertido, puesto que la acción de nulidad del laudo arbitral no es un proceso de conocimiento a través del cual se pretenda el reconocimiento o la declaración de un derecho ni tampoco es un proceso de ejecución, para ejecutar los derechos establecidos en el respectivo título, por lo que, en esta clase de procesos, como en este caso, de nulidad de laudo arbitral, no cabe que se eleve en consulta al Superior, tanto más que la acción de nulidad es accesoria a la acción principal que se siguió para alcanzar del Tribunal Arbitral un pronunciamiento de fondo al que se sometieron las partes en la forma determinada por la ley¹⁸⁰.

Como si fuera poco, la SENATEL interpuso, además, recurso de casación, mismo que fue negado por la Corte Provincial por similares razones, es decir, por tratarse de un laudo arbitral cuya efectividad “[...] proviene del compromiso de las partes de acatarlo [...]”¹⁸¹ y del que no cabe ningún recurso, menos aún el de casación. Sin embargo, actualmente el proceso se encuentra en la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en el expediente No. 0352 – 2010 por interposición de recurso de hecho por parte de la institución estatal, recurso que nos atrevemos a prever que tampoco tendrá éxito, si en Ecuador aún queda un mínimo de respeto a la legalidad y a la estricta aplicación de las instituciones jurídicas.

Vemos entonces que el caso analizado es de los pocos precedentes jurisprudenciales que sobre los límites al arbitraje con el Estado existe en el país, de donde se comprende su importancia. Destacable es también el proceso arbitral entre la constructora Carlos Poggi Barbieri contra el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (MIDUVI) en donde el tribunal arbitral atacó de tal forma al acto administrativo que terminaba unilateralmente el

¹⁸⁰ Corte Provincial de Pichincha. Segunda Sala de lo Civil, Mercantil. Inquilinato y Materias Residuales. Proceso No. 2009 – 0913 – RO. Sentencia de 23 de febrero de 2010.

¹⁸¹ *Ibíd.*

contrato que fue como si lo hubiera anulado, cosa que obviamente no ocurrió por no ser la legalidad objeto de transacción. Resultó novedoso en ese caso el hecho de que el Estado no impugnó la validez del laudo a pesar de haber sido condenado a pagar altos valores por concepto de indemnización.

Se puede concluir así que la legalidad de los actos normativos no puede ser objeto de resolución por vía arbitral en tanto que se trata de un objeto ajeno a la relación contractual y se refiere a aspectos que no son objeto de transacción. Hecho que no impide, sin embargo, que los árbitros se puedan pronunciar sobre las eventuales consecuencias en el balance económico de una relación contractual en particular y condenar al pago de la correspondiente indemnización siguiendo las reglas del Derecho Civil que en definitiva rigen todas las relaciones contractuales, incluso en las que interviene el Estado.

A pesar de lo anotado, salta a la vista que el desarrollo del laudo No. 010 – 06, siendo valioso, no resulta exactamente aplicable a nuestro problema dado que la controversia no versó sobre el control de legalidad un acto administrativo en el sentido expuesto en el capítulo segundo de este trabajo sino sobre uno normativo que, por supuesto, era de carácter ajeno al contrato.

En todo caso, alejándonos de la jurisprudencia y remitiéndonos a la legislación, puede concluirse que en la actualidad la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla en su artículo 71 el arbitraje expresamente para la impugnación de las multas a los contratistas al disponer que:

En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral [el énfasis es añadido].¹⁸²

Se observa, pues, que el Estado ya ha autorizado abiertamente el arbitraje sobre la legalidad de un tipo de actos administrativos contractuales: las sanciones en la forma de multas, lo que no es un detalle menor.

Nos corresponde ahora, entonces, revisar qué han dicho sobre tal tema otras cortes, las colombianas.

3.2 Jurisprudencia colombiana.

3.2.1 Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

La demandante, Bertha Isabel Suárez Giraldo, solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 70 y 71 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública – de similar contenido que los artículos 190 ConsE, 4 LAM y 11 LOPGE ecuatorianos – por oponerse a los artículos 29, 116, 236, 237 y 238 de la Constitución de ese país que establecen que sólo los jueces de lo contencioso administrativo son competentes para resolver todos los conflictos surgidos a partir de actos administrativos¹⁸³.

El artículo 70 de la Ley 80 objeto de la acción, respecto de la cláusula compromisoria, manda que:

¹⁸² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 71. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto de 2008.

¹⁸³ *Cfr.* Constitución Política de Colombia. Artículos 29, 116, 236, 237 y 238. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

En los contratos estatales 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 arbitramento 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 arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de Pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional¹⁸⁴.

Por su parte, el artículo 71, respecto del compromiso establece 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 para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo¹⁸⁵.

La demandante consideraba que tales artículos permiten a los particulares, investidos de la calidad de árbitros, emitir fallos arbitrales que involucran la legalidad de los actos administrativos que dicta la administración durante la celebración, la ejecución, el desarrollo y la liquidación de contratos estatales, vulnerando tanto el debido proceso como la facultad que otorga la Constitución de Colombia a la jurisdicción contencioso

¹⁸⁴ Ley 80 de 1993 (Colombia). Artículo 70. Diario Oficial No. 41. 094 de 28 de octubre de 1983.

¹⁸⁵ *Id.* Artículo 71.

administrativa para resolver los conflictos entre la Administración y los particulares por los actos expedidos por aquélla¹⁸⁶.

La demandante construyó su solicitud a partir del razonamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano que, a través de sentencia de 23 de febrero de 2000, sostenía que:

Si bien es factible que las partes de un contrato -en donde una de ellas sea una entidad del Estado-, pueden convenir en someter la decisión de árbitros a las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de legalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes, vale decir, escapan a la capacidad de negociación, criterio éste adoptado hoy por el legislador en el artículo 111 de la ley 446 de 1998¹⁸⁷.

Además:

“De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindirían la continencia de la causa; es decir, se desarticularía la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una acción, ante un solo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes respecto de los mismos hechos¹⁸⁸.”

Más adelante:

...no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración

¹⁸⁶ *Cfr.* Corte Constitucional (Colombia). Sentencia por acción pública de inconstitucionalidad No. C – 1436/00 de 25 de octubre de 2000. Acápito VI. 2.

¹⁸⁷ Consejo de Estado (Colombia). Sección Tercera. Sentencia de 23 de febrero de 2000 citada en Corte Constitucional (Colombia). Sentencia por acción pública de inconstitucionalidad No. C – 1436/00 de 25 de octubre de 2000. Acápito VI. 2.

¹⁸⁸ *Ibíd.*

desprenderse o renunciar, en la medida que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y de negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudirse a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la ley¹⁸⁹.

Finalmente:

En tal virtud, como el ejercicio de poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley... ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de este tipo de actos, y menos restarle eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción¹⁹⁰.

Con estos antecedentes, a través de sentencia No. C – 1436 de 25 de octubre de 2000, la Corte Constitucional de Colombia consideró que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos dictados en uso de poderes excepcionales sino solamente respecto de los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de los contratos celebrados entre el Estado y los particulares¹⁹¹, es decir, sobre el contenido patrimonial de la disputa.

La Corte se hizo eco de los argumentos de la demandante y se ratificó en lo dicho en sentencias anteriores respecto a que:

Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquella resulte

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ *Cfr.* Corte Constitucional (Colombia). Sentencia por acción pública de inconstitucionalidad No. C – 1436/00 de 25 de octubre de 2000. Acápite VI. 4.

privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta puede verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción¹⁹².

Todo lo cual lleva a la Corte a concluir que:

Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos¹⁹³.

3.2.2 Otras sentencias.

3.2.2.1 Sentencia del Consejo de Estado respecto de la acción de anulación del laudo en el proceso arbitral entre el Consorcio Carlos Julio Rivera y José Fernando Peñaloza Rengifo contra la Universidad del Tolima.

En esta sentencia el Consejo de Estado colombiano negó la solicitud de anulación del laudo arbitral al reconocer la composición mixta de los contratos administrativos a la que ya nos referimos más arriba. Así pues, se pronunció en el siguiente sentido:

Debe advertirse igualmente, que el acto de liquidación de los contratos, aún en los eventos en que esta se hace en forma unilateral por parte de la administración pública, tiene una composición o contenido diverso o plural, y no necesaria o exclusivamente unilateral o fruto del ejercicio de autoridad, porque, bien puede suceder, y es lo usual o más frecuente, que contenga puntos o aspectos producto del acuerdo de las partes contratantes, u otros que expresen la decisión de la administración de reconocer o negar la existencia de obligaciones jurídicas como consecuencia de peticiones o reclamos del particular contratista, pero, que no entrañan ni constituyen el ejercicio de una prerrogativa o autoridad propia y exclusiva del poder público en uso de función administrativa, sino simplemente la voluntad de la entidad estatal contratante de reconocer, asumir o negar una determinada prestación frente al particular contratista, en la misma forma que se desarrollan las relaciones contractuales entre particulares respecto de las cuales, frente al disenso o inconformidad que pudiera tener la parte afectada con tal decisión, bien

¹⁹² Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-672 de 1999 citada en Sentencia por acción pública de inconstitucionalidad No. C – 1436/00 de 25 de octubre de 2000. Acápites VI. 3.

¹⁹³ Corte Constitucional (Colombia). Sentencia por acción pública de inconstitucionalidad No. C – 1436/00 de 25 de octubre de 2000. Acápites VI. 4.

puede esta acudir al juez contencioso o al arbitral para que dirima la controversia sobre dicho aspecto¹⁹⁴.

3.2.2.2 Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, en el caso Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra.

Sobre la inarbitrabilidad de las potestades públicas se dijo que:

... si bien es factible que las partes de un contrato – en donde una de ellas sea una entidad del Estado –, pueden convenir en someter a la decisión de árbitros las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno predicarse lo mismo respecto de la definición de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes¹⁹⁵.

De todo lo revisado, podemos concluir que el estado del problema planteado es que los árbitros pueden conocer de controversias originados en actos administrativos contractuales e incluso en actos administrativos con efectos generales, pero solamente puede decidir acerca de las consecuencias en el equilibrio económico financiero de éstos y en el modo de indemnizar, pero no sobre su legalidad en atención a consideraciones tanto estrictamente legales como de “orden público”.

¹⁹⁴ Consejo de Estado (Colombia). Sección Tercera. Consorcio Carlos Julio Rivera – José Fernando Peñaloza Rengifo c. Universidad del Tolima, 04 de julio de 2002.

¹⁹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Caso Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra. 23 de febrero de 200, reproducida en Miguel González Rodríguez. *El contencioso contractual*. Universidad Libre de Colombia, 2004, p. 317 y citado en Juan Pablo Aguilar Andrade. “Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Óp. cit.*, p. 29.

CAPÍTULO IV: CRÍTICA AL PROBLEMA.

Según lo estudiado en el capítulo anterior, y siguiendo la clarísima explicación del vicepresidente del Tribunal Arbitral de Barcelona, Elías Campo Villegas¹⁹⁶, tenemos que las razones alegadas para limitar la competencia de los tribunales arbitrales se pueden dividir en dos grupos: aquéllas que consideran que una materia no puede ser arbitrable por una supuesta exclusividad de las cortes comunes y aquéllas que se escudan en la protección del orden público.

El estado del problema es resumido por el francés Marceau Long de la siguiente manera:

a) Como principio general, no puede admitirse el arbitraje administrativo, la transacción ni la amigable composición sobre intereses públicos ya que éstos vienen determinados por el principio de legalidad sólo fiscalizable por la jurisdicción contencioso – administrativa [...]

b) Como excepción, hay que reconocer que el principio de legalidad puede determinar, mediante una Ley especial, que en determinados casos excepcionales en que así convenga a los intereses públicos y con las debidas exigencias y garantías, se admita la transacción, el compromiso o el arbitraje en materias administrativas [...]¹⁹⁷.

Afirmaciones con las que coincidimos por ser pertinentes para responder a la pregunta de cuál es el estado del control de legalidad de actos administrativos contractuales por tribunales arbitrales en la actualidad.

Nos corresponde ahora, finalmente, refutar a cada una de las razones alegadas y así demostrar el porqué de la necesidad de una enmienda legislativa.

¹⁹⁶ Cfr. Elías Campo Villegas. “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”. *Anuario de justicia alternativa*. Número 8/ 2007. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2008, p. 75.

¹⁹⁷ Marceau Long *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11ª edición. París: Editorial Dalloz, 1996, p. 724 citado en Ignacio Granado Hijelmo. “El arbitraje en Derecho Administrativo. Algunas reflexiones sobre su fundamentación”. *Revista Jurídica de Navarra*. No. 39 (2005), p. 52.

4.1 Sobre la exclusividad de la jurisdicción contencioso – administrativa.

Se alega que debido a que las reglas que atribuyen competencia son de orden público sería evidente que no cabe discutir sobre asuntos cuyo conocimiento y resolución ya han sido asignados a otras cortes. En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano en el caso Consorcio Amaya – Salazar contra el Instituto de Valorización de Manzales resolvió que “[...] no existen poderes implícitos, ni competencias deducibles por analogía [...] [E]l ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible [...] y las potestades públicas no son negociables ni transigibles”¹⁹⁸. En el caso ecuatoriano la competencia para resolver sobre la legalidad de los actos administrativos está dada por el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa¹⁹⁹.

Ante esto nos hacemos eco de las palabras de Campo Villegas, quien explica que cuando la norma dice que sólo se pueden arbitrar asuntos disponibles por las partes se refiere al derecho sustantivo, mas no a las normas adjetivas y procedimentales²⁰⁰. De cualquier manera, si el propio ordenamiento legal prevé que ante un convenio arbitral los jueces deban inhibirse de conocer las demandas ante ellos presentadas²⁰¹, cabe la pregunta de por qué razón los árbitros deberían denegar justicia; máxime si el ordenamiento ecuatoriano ha consagrado el principio pro arbitraje y es, además, obligación constitucional

¹⁹⁸ Consejo de Estado (Colombia). Sección Tercera. *Consorcio Amaya – Salazar c. Instituto de Valorización de Manzales*, de 8 de junio de 2000 citado en Mónica Liliana Ibagón. “Competencia de la justicia arbitral para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales, proferidos en uso de facultades exorbitantes de la Administración Pública”. *III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: las reformas a la constitución política: el derecho administrativo de los servicios públicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 440.

¹⁹⁹ *Cfr.* Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Artículo 10. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.

²⁰⁰ *Cfr.* Elías Campo Villegas. “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”. *Óp. cit.*, p. 75.

²⁰¹ *Cfr.* Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 7. Registro Oficial No. 145 de 04 de septiembre de 1997.

de los tribunales el tutelar efectivamente los derechos de los ciudadanos²⁰². Sobre este último punto es muy importante el precedente establecido por el arbitraje entre Andinatel S. A. y la SENATEL.

Como si no fuera suficiente, y ante la obvia alegación de que las competencias no son deducibles por analogía, opino que la competencia les ha sido asignada expresamente a los tribunales arbitrales, no sólo legal sino *constitucionalmente* en razón de la materia desde que el artículo 190 de la Constitución del Ecuador determina rotundamente que “[...] En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”²⁰³. Así pues, en la materia “contratación pública”, los árbitros sí ejercen jurisdicción exclusiva siempre y cuando medie un acuerdo arbitral.

Creemos por tanto que la competencia en cuanto a la materia atiende fundamentalmente a este precepto antes que a consideraciones de transigibilidad que, como se explicará, son resultado de una confusión que deberá ser enmendada.

Respecto de la alegada competencia exclusiva del Tribunal de lo Contencioso – Administrativo para resolver sobre la legalidad en base a la teoría de la separación de los efectos patrimoniales de los actos administrativos contractuales (que, como se vio en el capítulo anterior, rige en nuestro sistema jurídico), se mencionó ya en la introducción misma de este trabajo que es muy difícil que los juzgadores puedan distinguir nítidamente ambos aspectos. Es innegable la relación entre corrección legal de los actos administrativos y sus consecuencias económicas y técnicas.

Valga aquí hacer nuestra la reflexión que, respecto de la competencia de los tribunales ordinarios (en oposición a los tribunales de lo contencioso – administrativo) para controlar la regularidad jurídica de la actuación de la Administración, hicieran Agustín Prat Gutiérrez y Gustavo Flischer Fleurquin:

²⁰² *Cfr.* Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁰³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¿Qué papel desempeñan los jueces cuando en un litigio se pretende hacer valer un acto administrativo irregular? ¿Se requiere que la Administración o los interesados invoquen la nulidad o pueden los jueces declararla de oficio?

Los fundamentos que inspiran la solución del Derecho Civil, de distinguir según la naturaleza y gravedad de la irregularidad, tienen aplicación en el Derecho Administrativo [...].

De ahí que deba admitirse que los jueces pueden declarar de oficio la existencia de la nulidad, cuando están en juego leyes de orden público o claramente prohibitivas [...] Si se discute la validez de un acto administrativo [...] en un litigio entre particulares, los jueces (Poder Judicial) pueden y deben examinar la regularidad jurídica de aquél, descartando en el caso concreto, la aplicación del acto ilegal²⁰⁴.

Para llegar a esa conclusión los autores se adhieren a la opinión de Juan Carlos Cassagne respecto de que “Son los jueces quienes, efectivamente, en un Estado de Derecho, tienen la potestad, y la responsabilidad, de lograr que la Administración enmarque su obrar dentro de la ley, con observancia de la justicia, y de los principios de moral pública [...]”²⁰⁵. Responsabilidad que, por las razones expuestas desde el primer capítulo de este trabajo, obliga también a los árbitros.

Consciente de lo polémica de la propuesta, hay que recalcar que estoy de acuerdo con la alegación de que los árbitros no ejercen jurisdicción universal y que deben regirse por las limitaciones – correctas o no – que sobre la competencia el ordenamiento les ha impuesto. Esta tesis no se opone, pues, a las decisiones de los árbitros en este asunto; por el contrario, las comprendemos y compartimos. Es diáfano que actualmente la legalidad no es objeto litigioso en arbitraje y que mal harían los árbitros, en el escenario expuesto, si anularan actos administrativos pues su laudo devendría en nulo.

La crítica es al erróneo jurídico en el que han incurrido los legisladores, y que ha calado también en el razonamiento de ciertas cortes, que niega de plano toda posibilidad de someter a arbitraje la legalidad de los actos administrativos contractuales no por razones de organización o, en general, de conveniencia sino por desconocimiento de la naturaleza del

²⁰⁴ Agustín Prat Gutiérrez y Gustavo Fischer Fleurquin. “Competencia de los tribunales ordinarios de justicia para controlar la regularidad jurídica de la actuación de la Administración”. *Derecho Administrativo*. Juan Carlos Cassagne (director). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 1336.

²⁰⁵ *Ibíd.*

arbitraje y por cerrarse a que cualquier otro juez que no sea el contencioso – administrativo resuelva sobre ese asunto.

4.2 Sobre la amenaza del arbitraje al orden público.

4.2.1 Arbitraje no es transacción.

Nuestro ordenamiento ha asociado erróneamente la noción de arbitrabilidad con la de transigibilidad, que no es más que una manifestación de la facultad de ejercicio y *disposición* que el Código Civil determina como necesaria para que una persona se pueda obligar “[...] por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra [...]”²⁰⁶. No obstante, la exigencia de disponibilidad de los derechos susceptibles de resolución por árbitros responde a la errónea identidad que han elaborado constituyentes y legisladores entre arbitraje y transacción. Y es que se ha dado por sentado que en sede arbitral necesariamente va a ocurrir una negociación de derechos, llegando a la solución de que solamente serán objeto de arbitramento aquéllos sobre los que se pueda disponer libremente.

Así pues, se comprende que la idea de la libre disposición de asuntos en los que está en juego el interés público resulte aberrante, máxime cuando en nuestro ordenamiento legal reina la concepción roussoniana de contrato social según la cual sólo la expresión de la voluntad de todos (la ley o poder soberano) puede limitar los derechos de los individuos²⁰⁷. Siguiendo esa línea de razonamiento, resulta apenas obvio el temor de que los intereses públicos sean tratados del mismo modo que los privados, lo que lleva a la comprensible conclusión de que sólo la ley sea el instrumento adecuado para adoptar las medidas de

²⁰⁶ Cfr. Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁰⁷ Al respecto, *vid.* Jean Jacques Rousseau. *El Contrato Social*. Madrid: Aguilar, 1969, pp. 32 a 36.

transacción, componenda o arbitraje entre los distintos intereses sociales en juego, en lugar del arbitrio de unos cuantos²⁰⁸.

No obstante, esas legítimas preocupaciones nacen de un presupuesto falso, lo que ha llevado a caer en la falacia lógica que combatimos.

Tenemos pues que la transacción es uno de los métodos de extinguir las obligaciones contemplados por el artículo 1583 del Código Civil²⁰⁹; es además un contrato a través del cual “[...] las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual [...]”²¹⁰.

La suscripción de este contrato transaccional tiene la peculiaridad de surtir el efecto de cosa juzgada en última instancia²¹¹, elemento en común con el laudo arbitral, que ha llevado al erróneo criterio de asimilar ambas instituciones.

Sin embargo, se diferencian transacción de arbitraje en lo siguiente:

1. La transacción es un acto jurídico bilateral; en el arbitraje en cambio hay la intervención de un tercero: el árbitro o tribunal arbitral.
2. La transacción es un contrato; el arbitraje es un acto jurisdiccional, es un método de solución de controversias heterocompositivo que tiene su *origen* en una convención y su consecuencia en el laudo.
3. El contrato de transacción puede recaer sobre un litigio presente o futuro; el juicio arbitral, por su parte, sólo ocurre ante la existencia actual de un litigio²¹².
4. A través del arbitraje se renuncia a ejercer el derecho de acción ante las cortes de la justicia ordinaria; cosa que no ocurre con la transacción, a quien le caben los

²⁰⁸ Cfr. Ignacio Granado Hijelmo. “El arbitraje en Derecho Administrativo. Algunas reflexiones sobre su fundamentación”. *Revista Jurídica de Navarra*. No. 39 (2005), p. 51.

²⁰⁹ Cfr. Código Civil. Artículo 1583. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²¹⁰ *Id.* Artículo 2348.

²¹¹ Cfr. *Id.* Artículo 2362.

²¹² Cfr. Patricio Aylwin Azócar. *El juicio arbitral*. *Óp. cit.*, p. 22.

recursos propios de todo contrato. En este sentido, el artículo 2362 del Código Civil aclara que del contrato de transacción no sólo se puede pedir la declaración de nulidad sino también la rescisión²¹³ cuando constare de títulos auténticos que una de las partes no podía disponer sobre el objeto transigido²¹⁴.

5. En la transacción las partes se hacen mutuas concesiones. Así pues, el segundo inciso del artículo 2348 del Código Civil establece que “No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”²¹⁵. En el arbitraje en cambio no hay recíprocas renunciaciones sino que simplemente se determina a quién asiste el derecho, sin que por dicho motivo haya ocurrido una concesión frente a la otra parte²¹⁶.

Sobre esto nos dice Patricio Aylwin que:

En la transacción se elimina la incertidumbre de la relación jurídica mediante concesiones recíprocas de cualquier clase que se hacen las partes; **en el arbitraje no hay recíprocas concesiones, puesto que el árbitro debe fallar el litigio conforme a derecho** o a equidad y puede, en consecuencia, acoger totalmente las peticiones de una parte y rechazar en absoluto las de la parte contraria [el énfasis es añadido]²¹⁷.

Vemos entonces que la decisión de los árbitros sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales no sería tomada en base a un “negociado” de las partes, ni siquiera al leal saber y entender del juzgador, sino que las propias leyes que mandan por igual a árbitros como a jueces de lo contencioso- administrativo, dirán qué es lo correcto en el caso particular.

Compartimos de este modo la opinión de Roque Caivano, para quien “[...] los árbitros de Derecho resuelven el caso del mismo modo que lo haría un magistrado de la justicia ordinaria. Poseen un carácter jurídico que los obliga a sustentar el decisorio en el Derecho de fondo”²¹⁸.

²¹³ Cfr. Código Civil. Artículo 2362. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²¹⁴ Cfr. *Id.* Artículo 2361.

²¹⁵ *Id.* Artículo 2348.

²¹⁶ Cfr. Francisco González De Cossío. *El Arbitraje y la Judicatura*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2007, p. 140.

²¹⁷ Patricio Aylwin Azócar. *El juicio arbitral*. *Óp. cit.*, p. 22.

²¹⁸ Roque Caivano. *Arbitraje*. Segunda edición. Buenos Aires: Ad – Hoc, 2000, p. 72.

Para complementar este punto, Patricio Aylwin en su trabajo identifica una última diferencia, consistente en que:

En la transacción las partes conocen – como que actúan por sí mismas – los sacrificios y ventajas que les significa la conclusión del litigio; en el arbitraje entregan la suerte de sus derechos al fallo imprevisible de un tercero. La situación es, por tanto, distinta; **de aquí que la ley disponga que el poder para transigir no comprende el para comprometer y viceversa** [el énfasis es añadido]²¹⁹.

6. La transacción es, finalmente, uno de los métodos por los cuales se puede dar por concluido un arbitraje, de donde resulta a todas luces que no pueden confundirse estas instituciones. Así pues, el artículo 28 LAM establece que: **“En el caso de que el arbitraje termine por transacción, éste tendrá la misma naturaleza y efectos de un laudo arbitral debiendo constar por escrito y conforme el artículo 26 de esta Ley”** [el énfasis es añadido]²²⁰. Resulta entonces diáfano que la transacción es la excepción en los arbitrajes mas no la regla.

La transacción es una alternativa que tienen los litigantes que está condicionada a los mandatos legales. Se puede culminar un proceso arbitral mediante transacción solamente si se lo pudiera hacer igualmente ante el Tribunal de lo Contencioso – Administrativo.

Queda demostrado entonces que el requisito de transigibilidad para poder acceder a arbitraje no tiene razón de ser, no responde más que a un equívoco del legislador. En estricta justicia no hay motivos para que un tribunal arbitral, que posee jurisdicción y que resuelve con apego a la ley, pueda decidir sobre la legalidad de los actos administrativos de efectos individuales que surjan con ocasión de una relación contractual cuyas controversias el Estado y los administrados han decidido libremente someter a decisión de éste.

4.2.2 En el arbitraje no se negocia la legalidad.

Otro de los argumentos empleados para negar competencia a los árbitros es que se estaría permitiendo se negocie con la legalidad. Así, Juan Pablo Aguilar señala que:

²¹⁹ Patricio Aylwin Azócar. *El juicio arbitral. Óp. cit.*, p. 23.

²²⁰ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 28. Registro Oficial No. 145 de 04 de septiembre de 1997.

Hay consenso en admitir que el ejercicio de la potestad reglada no puede ser objeto de arbitraje, lo que resulta completamente lógico si se toma en cuenta que en ese caso la administración no hace otra cosa que cumplir un expreso mandato legal y que admitir la pretensión de transar sería tanto como dar a las leyes el carácter de negociables²²¹.

Sabemos que los actos administrativos, al estar regidos por el Derecho Público, deben mantener siempre estricto apego a la legalidad y nuestra tesis no pretende destruir una institución tan elemental. No obstante, sí nos oponemos a que se confunda control de legalidad con negociación de la legalidad. En la sección previa ya demostramos el porqué de lo falaz de este aserto, no obstante lo cual expondremos otras razones adicionales.

Afirmar que mediante un acuerdo arbitral las partes podrían negociar el contenido de las leyes implica, necesariamente, asumir que la obligación que tienen los árbitros por la suscripción del acuerdo es la de cumplir con las órdenes que una o ambas partes les den; cosa que es falsa, pues el Derecho, y solamente él, es quien dirige la decisión de los árbitros. El Derecho impide modificar las leyes sin la intervención de la Función Legislativa, correspondiéndoles a los juzgadores aplicarlas. Eso es precisamente lo que hacen los árbitros: aplicar la ley, y con mayor razón cuando están obligados a decidir en Derecho.

La principal consecuencia de la celebración del acuerdo no es sino la obligación de las partes de presentar sus controversias para que un tribunal arbitral las resuelva en base a los méritos del caso y a las disposiciones legales; absteniéndose, por ende, de acudir a las cortes o jueces ordinarios. En el caso de arbitrajes con el Estado se suma a esta obligación la calificación de que el laudo de los árbitros deba ser en Derecho. Entonces, si las partes pudieran establecer el sentido en que los árbitros deberían pronunciarse, cuáles leyes observar y cuáles no y qué partes de éstas, estaríamos en realidad frente a un contrato de mandato.

²²¹ Juan Pablo Aguilar Andrade. “Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Óp. cit.*, pp. 22 y 23.

En tal contrato, recordemos, “[...] una parte llamada mandante, encarga a otra, llamada mandataria, la gestión de uno o más negocios, por cuenta y riesgo de la primera”²²². En la hipótesis planteada, el árbitro no estaría más que cumpliendo las órdenes del mandante, gestionando sus intereses, y es que “[...] los mandantes no sólo pueden encomendar qué hacer al mandatario, sino cómo hacerlo”²²³.

Como se dijo en el primer capítulo, si de lo que se tratara esta institución fuera simplemente de un mandato, cualquiera de las partes podría, por ejemplo, revocarlo unilateralmente en cualquier momento. Además, como se trataría sólo de un acto privado, “[...] para obtener su ejecución sería preciso previamente un juicio ordinario que declarara las obligaciones que de tal contrato nacen, dando así título ejecutivo a la parte vencedora para conseguir la ejecución forzada”²²⁴.

Podría quererse refutar este razonamiento diciendo que los arbitrajes en equidad – que son igualmente arbitrajes al fin y al cabo – no tienen la necesidad de ser mandatos para que las partes negocien sus pretensiones. Aseveración igualmente incorrecta, pues ni siquiera en ese tipo de arbitrajes se negocia nada. Y es que una figura es el arbitraje y otra muy distinta es la mediación, distinguiéndose principalmente porque el arbitraje realiza un verdadero acto jurisdiccional mientras que en la mediación las partes mismas resuelven sus controversias, ahí sí, negociando sus intereses²²⁵. Ambos son métodos alternativos de solución de controversias, por supuesto, pero es de la naturaleza del arbitraje ser un método heterocompositivo de solución, mientras que la mediación es método autocompositivo. En el arbitraje el tercero es juzgador, en la mediación el tercero sólo es un colaborador.

Valga la ocasión, no obstante, para indicar que en nuestra opinión ni siquiera cuando los árbitros son autorizados para resolver en equidad lo son para contravenir los

²²² José Alejandro Bonivento Fernández. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2008, p. 591.

²²³ Francisco González De Cossío. *El Arbitraje y la Judicatura*. *Óp. cit.*, p. 140.

²²⁴ Patricio Aylwin Azócar. *El juicio arbitral*. *Óp. cit.*, p. 43.

²²⁵ *Cfr.* Francisco González De Cossío. *El Arbitraje y la Judicatura*. *Óp. cit.*, p. 139.

imperativos de justicia contenidos en las normas. Y es que tanto las normas positivas como los criterios de equidad persiguen los mismos principios universales. Las primeras no hacen sino concretar y organizar estas convicciones humanas. En esta línea, la legalidad responde finalmente a los mismos valores que la equidad, si bien ciertamente ésta es menos rígida.

Continuando con nuestra exposición, la afirmación de que en arbitraje se negociaría la legalidad se cae cuando vemos que la misma legislación lo ha permitido en otras áreas donde las normas también son imperativas, como en el caso de la imposición de multas²²⁶. Hay tesis partidarias de que en el Ecuador sería viable incluso el arbitraje de asuntos laborales²²⁷. Sostenemos entonces que no se puede coartar el arbitraje, el derecho a la tutela judicial efectiva en definitiva, en base a una preocupación por la legalidad, cuya aplicación también puede ser realizada por árbitros en Derecho.

En ese orden de ideas, se alega también el temor de que los árbitros dejen de observar alguna norma, lo que en Derecho Público tiene consecuencias mucho más graves que en el Privado, lo que resulta hasta cierto punto comprensible. No obstante, ese sería un argumento igualmente oponible a las decisiones de los jueces de lo contencioso – administrativo, por lo que resulta infundado. Y es que ¿no son igualmente propensos al error jueces que árbitros? Pregunta que es mucho más válida en esta área que en ninguna otra en consideración a que ninguno de los dos tipos de decisiones – sentencias de los tribunales de lo contencioso administrativo y laudos arbitrales – es susceptible de apelación, como lo establece el artículo 30 LAM²²⁸ y el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa²²⁹.

²²⁶ Vid. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 71. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto de 2008.

²²⁷ Sobre este tema, vid. Hugo Antonio García Larriva. *Validez del arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales*. Tesis de grado Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2009.

²²⁸ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 30. Registro Oficial No. 145 de 04 de septiembre de 1997.

²²⁹ Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Artículo 10. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.

En el caso de las sentencias de los tribunales de lo contencioso – administrativo la inapelabilidad ha sido establecida legalmente, mas en el caso de los laudos arbitrales se suma la voluntad de las partes de que esto así ocurra. De todas formas, el derecho de defensa no ha sido negado en ningún escenario para las partes pues en ambas cabe el recurso de aclaración y ampliación, el de nulidad y, creemos nosotros, también la acción extraordinaria de protección, si bien este es otro de los temas de debate actual en el foro ecuatoriano²³⁰.

4.2.2.1 Sobre la discrecionalidad y la arbitrabilidad.

Se ha dicho que en el mejor de los casos sería viable solamente la arbitrabilidad de los actos administrativos discrecionales por cuanto ahí los funcionarios no se rigen por la legalidad sino que miran razones de oportunidad y conveniencia. Además, porque ni siquiera los tribunales de lo contencioso – administrativo son competentes para conocerlos según la prohibición del artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa²³¹. Falso.

En primer lugar, aceptar eso sería admitir que los tribunales arbitrales sólo serían competentes para resolver sobre asuntos disponibles, lo que sería una incoherencia de nuestra parte. Sería incoherente asimismo aceptar que hay actos de poder desamparados por el Derecho, actos excluidos del control judicial, pues sería dejar la puerta abierta a que se impida ejercer plena jurisdicción a los árbitros. Y es que a pesar de la norma citada, la jurisprudencia ecuatoriana ha concluido lo contrario. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, en el caso Carlos Fabián Torres Flores y Ondina Marisol Segarra Criollo c. Municipio de Cuenca, resolvió que:

²³⁰ Al respecto, *vid.* Carolina Velásquez Rivera. *La acción extraordinaria de protección y los laudos arbitrales*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2010 y Daniel Robalino Orellana. *Control Constitucional de laudos arbitrales: procedencia y efectos*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2010.

²³¹ *Cfr.* Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Artículo 6 literal a). Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.

Actualmente no se admite la existencia de actos discrecionales, que era el criterio sostenido por la antigua concepción doctrinaria, sino que existen algunos de los elementos de un acto administrativo con carácter discrecional. Vale la pena señalar que ya en la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, que fue sustituida por la actualmente vigente, en el Preámbulo de la misma se sostiene que: **La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque la discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto.** Así concebidos esta clase de actos, es evidente que ellos, han de ser originados únicamente en la Ley, que es su única fuente de origen, y como enseña la doctrina, al darle origen la Ley determina a los mismos cuatro elementos reglados en toda potestad discrecional, los cuales son: **La existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta), la competencia para actuar, que se refiere a un ente y dentro de este a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública** [el énfasis es añadido]²³².

Se concluye entonces que en nuestro ordenamiento no hay actos administrativos discrecionales propiamente dichos sino solamente elementos discrecionales de ciertos actos administrativos que tienen varios elementos reglados. Criterio que compartimos plenamente porque, como en su ocasión dijimos sobre las prerrogativas exorbitantes, el Estado no puede actuar arbitrariamente. Resaltamos el requisito de la finalidad pública que debe perseguir todo acto administrativo ya que incluso aquellos elementos discrecionales de los actos necesitan ser motivados a efectos de que los funcionarios públicos rindan siempre cuentas de sus decisiones.

Sobre este aspecto de Derecho, Juan Pablo Aguilar sostiene lo siguiente:

La discrecionalidad, entonces, no implica capacidad para disponer libremente sobre el ejercicio de la potestad, sino la existencia de “cierto margen de apreciación” que permite analizar opciones pero que, en definitiva, debe concretarse en una decisión que se justifique como necesaria para el interés colectivo. Ese interés colectivo no es transable; en consecuencia, la decisión se justifica en función de fines de orden público y negociarla sería tanto como negociar esos fines²³³.

²³² Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del recurso de casación de 31 de mayo de 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9, p. 2966.

²³³ Juan Pablo Aguilar Andrade. “Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Óp. cit.*, p. 24.

No podemos estar más de acuerdo. El interés colectivo no es transable ni en los actos administrativos reglados ni en los espacios discrecionales de aquéllos. Sí podrían ser, sin embargo, arbitrado en atención a que, como se ha insistido, el arbitraje no es transacción ni se negocian normas, se administra justicia y se lo hace sobre la base y el límite de una norma de Derecho.

4.2.3 La arbitrabilidad y el orden público.

Toda objeción a permitir la decisión de árbitros respecto de la corrección legal de los actos administrativos contractuales siempre termina en algún momento en el lugar común de afirmar que resultaría una actividad violatoria al orden público. Concepto que pasamos a revisar.

Nuestro ordenamiento legal mira al orden público como uno de los límites que tiene la autonomía de la voluntad de las partes. Así, al referirse a los requisitos del objeto de las obligaciones, el tercer inciso del artículo 1477 del Código Civil establece que: “[...] es moralmente imposible el [objeto] prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”²³⁴. En idéntico sentido se refiere el código sustantivo sobre la causa al establecer que ésta es ilícita cuando es “[...] prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público [...]”²³⁵. Adaptando el concepto al Derecho Administrativo, diremos que lo prohibido por la ley en el Derecho Público es la inobservancia del principio de legalidad, por lo que los tres límites en la actuación de la Administración serían entonces: el principio de legalidad, las buenas costumbres y el orden público, considerando además que la sujeción al principio de legalidad es en sí mismo un aspecto de orden público.

Para Horacio De La Fuente, orden público es “[...] la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo

²³⁴ Código Civil. Artículo 1477. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²³⁵ *Id.* Artículo 1483.

que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares”²³⁶. Por su parte, Marco Monroy Cabra dice que: “La noción de orden público sugiere un conjunto de normas tendientes a salvaguardar la seguridad, la estabilidad, la paz, la salubridad y, en general, el interés comunitario y el bien común”²³⁷. Definiciones ambas muy completas, de donde destaco el uso de la palabra “noción” de la que se vale Monroy Cabra y que ilustra perfectamente la dificultad del tema ante el cual nos enfrentamos, y es que tratamos con uno de los llamados conceptos jurídicos indeterminados.

Por ese motivo, prefiero la definición mucho más sencilla pero certera de la Corte de Apelación del Segundo Circuito de los Estados Unidos, que entiende por orden público “[...] las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”²³⁸.

En ese sentido, se puede colegir que lo que era considerado orden público en el siglo pasado no necesariamente deberá ser considerado así en nuestros días, pues estas nociones de justicia y moralidad, si bien permanecen en su sentido más amplio, son indudablemente instituciones que se modifican con el tiempo. Así, la defensa del orden público es un argumento que debe ser usado solamente para tachar actos que tiendan indefectiblemente “[...] a menospreciar el interés público, la confianza pública en la administración de justicia o la seguridad de los derechos y libertad personal o propiedad privada [...]”²³⁹. No se debe hacer, como es común, un uso antojadizo de este concepto jurídico. Sobre esto, perspicazmente dijo el estadounidense Justice Burroughs en el caso Richardson contra Mellish que el orden público “[...] es un caballo difícil de domar; aún logrando montarlo, no sabe uno adónde lo va a conducir. **Puede alejarte del derecho natural [justicia,**

²³⁶ Horacio De La Fuente. *Orden Público*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 23.

²³⁷ Marco Gerardo Monroy Cabra. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1999, p. 241.

²³⁸ Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos. *Parsons & Whittemore Overseas Company, Inc. v. Société Générale de l'industrie du Papier* (1974) citado en Francisco González de Cossío. “El orden público y arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje”. *Revista Trilogía*. No. 7. México: 2008.

²³⁹ Francisco González de Cossío. “El orden público y arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje”. *Revista Trilogía*. No. 7. México: 2008.

principios del Derecho]. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan” [el énfasis es añadido]²⁴⁰.

Así, hay que recalcar que no cualquier violación legal es atentatoria al orden público. El mismo Código Civil diferencia a lo contrario a las leyes de lo contrario al orden público en sus definiciones de objeto y causa ilícitas ya citadas. Licitud y orden público son, entonces, nociones distintas. De todos modos, este es un tema que en el peor de los escenarios resultaría violatorio al vigente ordenamiento legal; al ser un asunto en el que las posiciones de lado y lado son respetables, mal podría alegarse violación al orden público.

En este estado de cosas, no resta más que dejar en claro que lo que busca, y en efecto logra, el arbitraje en Derecho es precisamente proteger este orden público. Y es que por definición el arbitraje resguarda al orden público de sus reales amenazas como son la congestión de los juzgados, la corrupción de algunos jueces, los altos costos de un aparato juzgador lento, la impericia de muchos operadores, entre otros; por lo que preguntamos: ¿qué es más atentatorio al orden público sino un aparato jurisdiccional inoperante?

La resolución en Derecho, rápida y proba, la corrección legal de las actuaciones administrativas contractuales por parte de individuos investidos de jurisdicción es en verdad un resguardo a los intereses tanto de los contratantes privados como de la propia Administración, es decir, de la sociedad toda. El pleno arbitraje en contratación pública es, por tanto, un verdadero fortalecimiento al orden público; limitarlo por las razones equivocadas lo convertiría en un “arbitraje eunuco”, según la acertada calificación de la colombiana Mónica Liliana Ibagón²⁴¹, lo que va en menoscabo de la justicia.

²⁴⁰ Justice Burroughs. *Richardson v. Mellish* (1824) citado en Francisco González de Cossío. “El orden público y arbitrabilidad... *Óp. cit.* La traducción es libre, el texto original dice: “I, for one, protest . . . against arguing too strongly upon public policy; it is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail”.

²⁴¹ Mónica Liliana Ibagón. “Competencia de la justicia arbitral para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales, proferidos en uso de facultades exorbitantes de la Administración Pública”. *III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: las reformas a la constitución política: el derecho administrativo de los servicios públicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 453.

CONCLUSIONES.

La finalidad de toda actuación administrativa es la satisfacción del interés público y por esa razón el Derecho ha instituido el principio de legalidad como rector de la actividad estatal.

Cuando de prestar servicios públicos se trata, el Estado frecuentemente se ve en la necesidad de contar con la colaboración de los privados a través de la suscripción de contratos, debiendo lidiar así con las reglas del Derecho Civil; sin embargo, los contratos administrativos no son inmunes al principio de legalidad. Así pues, por prevalecer el interés social sobre el individual, la figura icónica del Derecho Privado – el contrato – ha debido adaptarse al insoslayable hecho de que participe el Estado, dando lugar a las potestades exorbitantes de la Administración.

Tales potestades exorbitantes no son más que la manifestación del *imperium* estatal en sus relaciones contractuales. En este trabajo identificamos como exorbitancias contractuales de la Administración a la ejecución coactiva, el poder de interpretación unilateral del contrato, el *ius variandi*, el *factum principis*, los poderes de dirección, inspección y sanción, y las reglas que afectan a terceros. Señalamos asimismo que a través de aquéllas el Estado se coloca en superioridad jurídica en la relación contractual – igualitaria por naturaleza – y demostramos cómo su ejercicio provoca el desequilibrio en el contenido económico del contrato.

Enfatizamos que no obstante ser esas prerrogativas legítimas y necesarias para el alcance de los fines públicos, cuando la Administración violenta el contenido obligacional del contrato permanece incólume el derecho de la contraparte privada a ser remediada. Y es que la exorbitancia no involucra la anulación de los derechos de contratación más básicos ni exime de control al poder.

El límite a las prerrogativas exorbitantes se encuentra precisamente con el de las potestades públicas, entre las cuales no se encuentra el agravio a los derechos

constitucionales. Así pues, tradicionalmente el ordenamiento ha provisto a los administrados de los recursos contencioso – administrativos para proteger sus derechos.

Ahora bien, en el caso de la contratación pública aparece una vía alternativa para la protección de los derechos: la sede arbitral.

El arbitraje es un método alternativo de solución de controversias en el que las partes acuerdan someter sus diferencias a la decisión de un tercero con autoridad para aquello cuya resolución tiene el efecto de cosa juzgada. Además, el arbitraje en nuestro ordenamiento tiene como premisa la libre disponibilidad de las partes sobre el objeto litigioso.

En el primer capítulo expusimos cómo esta institución no es una novedad en el ordenamiento ecuatoriano; es más, los arbitrajes locales en los que el propio Estado interviene como parte procesal fueron autorizados desde 1997 por la Ley de Arbitraje y Mediación. Esto, sumado a que desde el 20 de octubre de 2008 tal autorización fue incluida en el texto mismo de la Constitución (acto innecesario, debemos decir, por no ser un asunto que incumba a la Carta Magna de un Estado sino solamente a sus leyes), nos muestra cómo el arbitraje tanto entre privados como con el Estado ha sido permitido y amparado constitucionalmente desde hace algún tiempo atrás.

Si bien podría parecer que los supuestos de orden público pudieran chocar con los de orden privado que marcan al arbitraje, haciéndose imposible su armonización, en la realidad no ocurre así. Y es que para que el arbitraje sea posible basta con que la controversia sometida a la decisión de árbitros sea determinada como arbitrable por el ordenamiento jurídico que determina la actividad pública.

Así, en atención a que la competencia arbitral en razón de la materia “contratos públicos” ha sido limitada por la Constitución y las leyes a los asuntos que sean por naturaleza transigibles, tenemos que solamente son arbitrables los asuntos relacionados con la ejecución, interpretación y liquidación de los contratos públicos. *Contrario sensu*, en

nuestro sistema legal son “inarbitrables” las potestades públicas, a saber, la potestad normativa, la resolutoria, la determinadora, la recaudadora, la sancionadora, la judicial y la de administración del sistema electoral. Sin embargo, desde el inicio de este trabajo dejamos señalado que la tendencia actual es la expansión de la materia arbitrable, al permitirse cada vez con mayor frecuencia que los árbitros decidan también respecto de la legalidad de la conducta de las partes.

En el ordenamiento ecuatoriano vigente, pues, se permite el arbitraje local con el Estado cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Cuando el acuerdo arbitral consta por escrito.
2. Cuando en el acuerdo arbitral se establece la forma de selección de los árbitros, directa o indirectamente.
3. Cuando la controversia que se pide resolver es susceptible de transacción.
4. Cuando el objeto de la controversia es un contrato público.
5. Cuando las partes que deciden someterse al arbitraje tienen capacidad para transigir: en el caso de las instituciones del sector público esta capacidad viene determinada por la suscripción del acuerdo por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

Solamente en los casos en los que el acuerdo arbitral se suscriba después de que haya surgido la controversia se requiere, además, la autorización del Procurador General del Estado.

6. Cuando el laudo se dicte en Derecho por árbitros abogados.

Se debe aclarar que según el artículo 190 de la Constitución, la autorización previa del Procurador General del Estado no es un requerimiento aplicable a todo convenio arbitral que comprometa a una entidad pública sino solamente bajo las condiciones que establece la ley. La Procuraduría General del Estado ha planteado equivocadamente este tema y sobre la base de su error jurídico exige, en todos los casos, su autorización; sin embargo, el

texto constitucional, que no obliga sino a la remisión a la ley, contradice la posición de la Procuraduría General.

En base a esos requisitos, los árbitros, como cualquier juez, al conocer el litigio se pronuncian sobre su propia competencia y en caso de que el asunto presentado no sea arbitrable se declaran incompetentes. Sobre este aspecto en el primer capítulo demostramos que, siguiendo a la Constitución, al Código Orgánico de la Función Judicial, al Código de Procedimiento Civil y al principio pro arbitraje que rige nuestro sistema, los árbitros en el Ecuador ejercen jurisdicción del mismo modo que los jueces comunes; jurisdicción que es del tipo contenciosa, privativa y convencional.

Como medida de esa jurisdicción, en el asunto que nos ocupa los árbitros poseen competencia en cuanto a la materia en asuntos que tengan que ver con la contratación pública. Se concluye entonces que, dentro de los límites que las normas imponen a todo juzgador, no hay motivo para hacer artificiosas distinciones entre árbitros y jueces. No hay razones válidas para obstaculizar su actividad por una preocupación por el orden público que no se ve afectada sino protegida por la intervención de los árbitros. Y es que los árbitros, sobre todo en procesos en los que interviene el Estado, tienen la obligación de aplicar la ley del mismo modo que cualquier otro juez.

En miras a conocer qué particularidades enfrentan los árbitros cuando se les pide resolver sobre asuntos de contratación pública, en el segundo capítulo estudiamos al acto y al contrato administrativo. Así, se estableció que los árbitros solamente podrían conocer sobre aquellos actos administrativos que emitidos durante la vigencia de un contrato produzcan efectos jurídicos directos e individuales a los administrados cocontratantes; es decir, los actos administrativos que resuelvan reclamos contractuales, los que impongan sanciones contractuales o los que declaren la terminación de un contrato. *Contrario sensu*, se excluyen de su competencia los actos administrativos precontractuales o separables, los postcontractuales y los actos preparatorios.

Sobre los límites a la jurisdicción de los árbitros, resultó muy ilustrativo el caso entre Andinatel S.A. contra la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL) analizado en el tercer capítulo, pues nos enseñó que:

1. No son susceptibles de someterse a control arbitral los actos administrativos de efectos generales, por más que involucren una afectación al equilibrio obligacional de los contratos administrativos ya que, si bien es una muestra del *imperium* de la Administración, la exorbitancia no responde a una actividad contractual. Empero, esto no impide al tribunal arbitral analizar si se ha producido una afectación al equilibrio económico del contrato y resolver los aspectos de violación contractual.

2. En caso de haberse tratado el caso sobre un acto administrativo contractual, el tribunal arbitral tampoco hubiera podido resolver sobre la legalidad – que era la pretensión de la demandante – en razón de la limitación legal vigente impuesta por el requisito de transigibilidad.

3. No obstante lo anterior, los tribunales arbitrales no pueden dejar de administrar justicia sin más, en observancia de las obligaciones constitucionales y legales que se les imponen como juzgadores que son.

4. Actualmente, sólo los tribunales de lo contencioso administrativo son los competentes para juzgar la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en uso de las potestades exorbitantes de la Administración; pero las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos sí pueden ser solucionados por la justicia arbitral.

Ese escenario es, pues, el que rige hoy en día en nuestro país y que responde a la pregunta planteada en este trabajo.

Ahora bien, en atención a que según la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y demás leyes los árbitros ejercen jurisdicción y que por tal razón sus actuaciones deben regirse por el principio de legalidad – más aún cuando en contratación pública tienen la obligación de resolver en Derecho – que abarca, entre otros, los principios de supremacía constitucional, de aplicabilidad directa, inmediata e integral de la norma

constitucional y el de tutela efectiva de los derechos, nos preguntamos por qué motivo el legislador ha permitido a los árbitros resolver solamente sobre asuntos marginales dentro de las relaciones contractuales públicas. Interrogante que cobra mayor fuerza cuando constatamos que, a pesar de ser clara la autorización material del arbitraje en el derecho ecuatoriano, los árbitros encuentran su mayor desafío en la distinción de los aspectos arbitrables de los contratos públicos y de los que no lo son, pues obligaciones y efectos están íntimamente ligados.

Es pues en el control de la legalidad donde nos parece el arbitraje con el Estado encuentra su mayor defecto.

Este trabajo no ha desconocido en ningún momento el estado actual del asunto ni critica las decisiones que han venido tomando los árbitros, pues no hacen más que aplicar la normativa que les ha sido dada. Ahora bien, lo que sí criticamos es el razonamiento utilizado para limitar la competencia de los árbitros solamente a materias de libre disposición.

Si bien el legislador está facultado para determinar las competencias como crea conveniente, nos parece que la limitación que encuentran los árbitros en el requisito de transigibilidad para resolver sobre la contratación pública, responde a un erróneo jurídico antes que a razones de conveniencia, constituyéndose en un menoscabo a los derechos de los administrados y al orden público.

Fundamos nuestra crítica en los siguientes puntos:

1. En materia de contratación pública, la competencia le ha sido asignada constitucionalmente a los tribunales arbitrales, en los casos en los que anteceda un acuerdo arbitral por supuesto. De este modo, no cabe alegar que se han deducido competencias por analogía ni que los tribunales de lo contencioso administrativo ejercen competencia exclusiva y excluyente.

2. En atención al principio de tutela efectiva de los derechos, los árbitros tienen la obligación de administrar justicia.

3. El requisito de la disponibilidad de los derechos para acceder a arbitraje, establecido por la Constitución y la ley, responde a la creencia de que en el arbitraje en Derecho ocurre una negociación de las pretensiones de las partes. Se ha equiparado, pues, erróneamente al contrato de transacción con el arbitraje.

4. El requisito de disponibilidad responde asimismo a la creencia de que en arbitraje se resuelven los conflictos del mismo modo que la mediación y que, por ende, someter a decisión de árbitros la corrección legal de las actuaciones de la Administración equivaldría a negociar las leyes, lo que es un grave error: el arbitraje es un método heterocompositivo de solución de conflictos, la mediación es uno autocompositivo. En el primero se juzga, en el segundo sí se negocia.

5. El requisito de disponibilidad se ha establecido por una legítima pero exagerada preocupación por el orden público que no entiende que los árbitros ejercen jurisdicción y obedecen a la legalidad del mismo modo que los jueces comunes.

Así, según nuestra hipótesis, ni el principio de legalidad ni los intereses sociales resultarían vulnerados por la eventual habilitación a los tribunales arbitrales para decidir en Derecho sobre la corrección legal de actos administrativos contractuales, según alega la corriente opositora. Y es que nuestro planteamiento no desconoce ni pretende destruir instituciones tan básicas del Derecho.

En esta línea, la ley no debería excluir del conocimiento arbitral a los actos administrativos de imperio ni a los actos reglados (y mucho menos a los llamados actos discrecionales), como correctamente lo hacen actualmente los árbitros respondiendo a la legislación vigente. La contraparte privada tiene derecho a que si el desequilibrio de su contrato celebrado en libertad obedeció a motivos no contemplados por la ley, se restablezca la legalidad, protegiéndose plenamente sus derechos.

La exorbitancia de las prerrogativas estatales no exime de control al poder. Antes que el derecho a ser indemnizado se encuentra el derecho a que se respete la legalidad, mismo

que no puede ser desatendido por los juzgadores en atención a la obligación constitucional de tutela efectiva de los derechos. No obstante, siendo todas manifestaciones de la superioridad jurídica de la Administración y exorbitantes al desarrollo de los contratos según el escenario clásico del Derecho Civil, solamente la facultad de interpretación unilateral (facultad sancionatoria incluida) y el *ius variandi* son exorbitancias que tienen su causa directa en los contratos. Por ende, solamente la legalidad de su ejercicio podría ser un asunto de resolución por tribunales arbitrales; las otras exorbitancias no están cubiertas por el acuerdo arbitral.

Recalcar que la eficacia y eficiencia del sistema arbitral pueden colaborar con el orden público con mayor aptitud y eficacia de lo que actualmente hace un funcionario público al que podrían inspirarle intereses distintos de los de carácter público, conforme ha revelado la experiencia en un sinnúmero de casos. No olvidar, además, que el régimen de responsabilidad de los árbitros y el control del que pueden ser objeto sus laudos proporcionan indudables garantías a tal orden público.

RECOMENDACIONES.

En atención a los principios de concentración, celeridad y de tutela efectiva de los derechos, es necesario reformar el artículo 190 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación de modo que se elimine el requisito de transigibilidad en los arbitrajes sobre contratación pública. Sobre esto, es ejemplar el Proyecto de Ley No. 85 presentado en el año 2000 por el gobierno de Colombia en el Senado, en cuyo artículo 53 se proponía que: “El tribunal de arbitramento podrá pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos relacionados con aquellas diferencias y sobre los efectos económicos que de ellos se deriven”²⁴², texto que nos parece acertado.

²⁴² *Cfr.* Proyecto de Ley 85 de 2000 (Colombia). Senado. “Por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993”. *Gaceta del Congreso*. Año IX, No. 369, 14 de septiembre de 2000, p. 17 citado en Mónica Liliana Ibagón. “Competencia de la justicia arbitral...”. *Óp. cit.*, p. 453.

BIBLIOGRAFÍA.

1. DOCTRINA.

- Aguilar Andrade, Juan Pablo. “Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2009.
- Aylwin Azócar, Patricio. *El juicio arbitral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Berrocal Guerrero, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 2001.
- Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2008.
- Caivano, Roque. *Arbitraje*. Ad- Hoc. Segunda edición. Buenos Aires, 2000.
- Caivano, Roque. *La Cláusula Arbitral*. Bogotá: Editorial Universidad Del Rosario, 2008.
- Campo Villegas, Elías. “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”. *Anuario de justicia alternativa*. Número 8/ 2007. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2008.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Quinta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo XI. Santiago de Chile: 1939.
- Comadira, Julio. *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- Correa, José Luis. “Contratos Administrativos: Versión Clásica. Parte I”. *Contratos Administrativos*. Ismael Farrando (dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- De La Fuente, Horacio. *Orden Público*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Novena edición actualizada. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- García Larriva, Hugo Antonio. *Validez del arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2009.
- García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Eisa, 1968.
- Gómez Sanchis, Daniel. “Contratos Administrativos: Versión Clásica. Parte II.” *Contratos Administrativos*. Ismael Farrando (dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- González de Cossío, Francisco. “El orden público y arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje”. *Revista Trilogía*. No. 7. México: 2008.
- González De Cossío, Francisco. *El Arbitraje y la Judicatura*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2007.
- Granado Hijelmo, Ignacio. “El arbitraje en Derecho Administrativo. Algunas reflexiones sobre su fundamentación”. *Revista Jurídica de Navarra*. No. 39 (2005).
- Hoyos Pizano, Alexandra y Tatiana Londoño Camargo. *Problemática actual del arbitramento nacional en la contratación estatal*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003.
- Ibagón, Mónica Liliana. “Competencia de la justicia arbitral para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales, proferidos en uso de facultades exorbitantes de la Administración Pública”. *III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: las reformas a la constitución política: el derecho administrativo de los servicios públicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Lagomarsino, Carlos. “Transacción”. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XXVI. Buenos Aires: Driskill S.A., 1986.
- León Hurtado, Avelino. *La Causa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- Luna Lara, María José. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009.

- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III – A. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 25.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1999.
- Neira Orellana, Edgar. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Latin Arbitration Law*. <http://www.latinarbitrationlaw.com/el-estado-y-el-juicio-de-arbitraje-seg-n-la-legislaci-n-ecuatoriana/> (acceso: 20/ 04/ 2011).
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005.
- Pérez Hualde, Alejandro. “Contratos administrativos (II)”. *Manual de Derecho Administrativo*. Ismael Farrando y Patricia Martínez (dir.). Buenos Aires: Depalma, 2000.
- Pérez Hualde, Alejandro. “Contratos administrativos: versión crítica”. *Contratos Administrativos*. Ismael Farrando (dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- Pizarro, Néstor. “Contrato”. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo IV. Buenos Aires: Driskill S.A., 1986.
- Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993.
- Prat Gutiérrez, Agustín y Gustavo Fischer Fleurquin. “Competencia de los tribunales ordinarios de justicia para controlar la regularidad jurídica de la actuación de la Administración”. *Derecho Administrativo*. Juan Carlos Cassagne (director). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- Quirós Sánchez, Justo. *Teoría del Equilibrio Económico – Financiero del Contrato*. http://www.mopt.go.cr/planificacion/centrotransferencia/RTM_06/Teor%C3%ADa.pdf (acceso: 15/02/ 2012).
- Ramos Acevedo, Jairo. *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 133.
- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, 1986.

Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Octava edición. Montevideo: Fundación de Cultura Uruguaya, 2002.

Silva Bascuñán, Alejandro. “La justicia arbitral ante la Constitución”. *Estudios de Arbitraje*. Eduardo Picand Albónico (coordinador). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

2. LEGISLACIÓN.

Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento No. 133 de 07 de febrero de 1953.

Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento No. 687 de 18 de mayo de 1987.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.

Código Orgánico de Tribunales (Chile). 15 de junio de 1943 (disponible en: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaConteudoTextual/anexo/Chile_CodigoOrganicodeTribunales.pdf).

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Política (Chile). 08 de agosto de 1980 (disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf).

Constitución Política (Colombia). Gaceta Constitucional (Colombia) No. 116 de 20 de julio de 1991.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 138 de 26 de marzo de 1929.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Registro Oficial No. 801 de 06 de agosto de 1984.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Ley 80 de 1993 (Colombia). Diario Oficial (Colombia). No. 41. 094 de 28 de octubre de 1983.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 145 de 04 de septiembre de 1997.

Ley de Consultoría. Registro Oficial No. 136 de 24 de febrero de 1989.

Ley de Contratación Pública. Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001.

Ley de Contratación Pública. Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990.

Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo de 1998.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf).

Ley Orgánica de Aduanas. Registro Oficial No. 359 de 13 de julio de 1998.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial No. 372 de 19 de julio de 2001.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

Ley Orgánica del Servicio Público. Registro Oficial Suplemento No. 294 de 06 de octubre de 2010.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto de 2008

Ley Para la Transformación Económica del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 34 de 13 de marzo de 2000.

Modelos de pliegos de uso obligatorio para procedimiento del INCOP. Registro Oficial Suplemento No. 65 de 12 de noviembre de 2009.

Reglamento a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Registro Oficial Suplemento No. 182 de 28 de octubre de 1997.

Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte. Registro Oficial No. 494 de 19 de julio de 2011.

Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado. Decreto Ejecutivo 2328. Registro Oficial Suplemento No. 581 de 02 de diciembre de 1994.

Resolución 456-19-CONATEL-2000. Registro Oficial No. 201 de 10 de noviembre de 2000.

Resolución 487-19-CONATEL-97. Registro Oficial No. 200 de 24 de noviembre de 1997

Resolución 586-23-CONATEL-2003. Registro Oficial No. 196 de 23 de octubre de 2003.

Resolución 729-25-CONATEL-2004. Registro Oficial No. 484 de 17 de diciembre de 2004.

3. JURISPRUDENCIA.

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Juicio arbitral No. 010 – 06. Laudo de 30 de octubre de 2007.

Consejo de Estado (Colombia). Sección Tercera. *Consortio Amaya – Salazar c. Instituto de Valorización de Manizales*. Sentencia de 8 de junio de 2000.

Consejo de Estado (Colombia). Sección Tercera. *Consortio Carlos Julio Rivera – José Fernando Peñaloza Rengifo c. Universidad del Tolima*. Sentencia de 4 de julio de 2002.

Corte Constitucional (Colombia). Sentencia por acción pública de inconstitucionalidad No. C – 1436/00 de 25 de octubre de 2000.

Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Proceso No. 0352 – 2010. Recurso de hecho.

Corte Provincial de Pichincha. Segunda Sala de lo Civil, Mercantil. Inquilinato y Materias Residuales. Proceso No. 2009 – 0913 – RO. Sentencia de 23 de febrero de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de Civil y Mercantil. Sentencia del recurso de casación de 13 de diciembre de 2001. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del recurso de casación de 17 de mayo de 2004. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del recurso de casación de 31 de mayo de 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9.