

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Colegio de Posgrados

Arbitrabilidad de Actos Administrativos

Juan Pablo Aguilar Andrade
Edgar Neira Orellana, Dr., Director de Tesis

Tesis de Grado presentada como requisito para obtener el título de
Magíster en Derecho Administrativo

Quito, octubre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

La arbitrabilidad de los actos administrativos.

Juan Pablo Aguilar Andrade

Edgar Neira Orellana. M.A.
Director de Tesis y
Miembro del Comité de Tesis

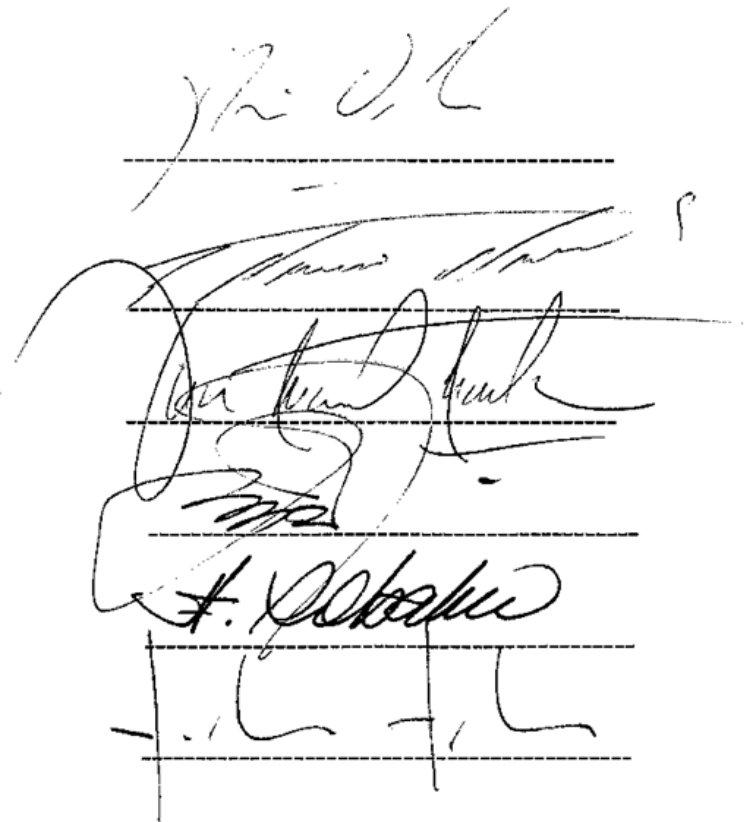
Marco Morales Andrade, M.A.
Miembro del Comité de Tesis

Juan Manuel Marchán Maldonado, LLM.
Miembro del Comité de Tesis

Luis Parraguez Ruíz, DR
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Javier Robalino Orellana, LLM
Director de la maestría en Derecho Adm

Víctor Viteri Breedy, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



The image shows five handwritten signatures in black ink, each written over a horizontal dashed line. The signatures are: 1. A cursive signature at the top. 2. A signature that appears to be 'Marco Morales Andrade'. 3. A signature that appears to be 'Juan Manuel Marchán Maldonado'. 4. A signature that appears to be 'Luis Parraguez Ruíz'. 5. A signature that appears to be 'Javier Robalino Orellana'. The bottom signature is partially obscured by a vertical line.

Quito, 3 de octubre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: "ARBITRABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS"

ALUMNO Aguilar Andrade Juan Pablo

E VALUACIÓN:

- a) Importancia del problema presentado, con máximo de diez puntos.

El análisis de la arbitrabilidad de las actuaciones administrativas es una materia con particular trascendencia para el Derecho Administrativo y para el Derecho Procesal Administrativo. En el caso de la Tesina del alumno Juan Pablo Aguilar Andrade, el problema presentado aborda esta temática orientando sus reflexiones hacia una nueva fórmula de control de la legalidad de los actos que dicta la administración.

10 /10

- b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador, con un máximo de diez puntos.

La conflictividad, cada vez más frecuente, entre sujetos de derecho privado y Administración ha planteado serios inconvenientes cuando la controversia en que el Estado es parte procesal, es conocida por árbitros. ¿Cuál es el alcance que la jurisdicción convencional de los árbitros tiene para dirimir esos conflictos arbitrales?. Esta es una interrogante de importancia creciente en los procedimientos arbitrales en que las Administraciones son parte procesal y que no ha sido abordado en nuestro medio, al menos no con la profundidad del análisis que es materia de esta calificación. Desde esta perspectiva, la hipótesis del trabajo de Juan Pablo Aguilar no solamente que es trascendente sino que sus conclusiones constituyen un aporte importante para el foro.

10/10

- c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados, con un máximo de veinte puntos.

La bibliografía utilizada y la experiencia del alumno en su calidad de árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, determinan que su investigación académica cuenta con materiales suficientes y, desde luego, pertinentes a la temática analizada.

20/20

- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada), con un máximo de cuarenta puntos.

Debo señalar que discrepo con algunas las conclusiones de la Tesina, porque en mi opinión los árbitros no podrían juzgar la legalidad de un acto administrativo, sin embargo de ello, no puedo dejar de reconocer que las argumentaciones que presenta Juan Pablo Aguilar están debidamente sustentadas en Derecho y las conclusiones que son, jurídicamente impecables, hacen de esta investigación uno de los esfuerzos académicos mejor logrados que me ha correspondido calificar desde hace más de diez años en que ejerzo la docencia en distintas universidades del país.

Entre los distintos temas que Juan Pablo Aguilar aborda en su tesina está el de la transigibilidad que, en mi opinión constituye la piedra angular de la discusión legal. Sus apreciaciones están bien enderezadas a tratarlo con la profundidad que es característica en otras investigaciones que ha desarrollado el mismo autor. El señala que la noción de transigibilidad no existe en el Derecho Administrativo en el sentido que tiene en el Derecho Privado, y que la búsqueda de las materias transigibles se limita a una constatación práctica de lo que manda un determinado ordenamiento jurídico; por otro lado, sus conclusiones sobre que los árbitros están sometidos a las mismas reglas que cualquier juez encargado de resolver juicios contencioso administrativos, plantean por un lado una versación doctrinaria muy sólida y por otro una gran vocación práctica. Estos y otros aspectos justifican apropiadamente la hipótesis planteada y la resuelve en una síntesis apropiada, redactada con precisión semántica y con suficiencia expositiva.

40/40

- e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación, con un máximo de veinte puntos.


El trabajo se desarrolló ordenadamente bajo una programación y lineamientos que fueron observados por el alumno y oportunamente constatados por mi persona.

20/20

TOTAL:

100/100

FIRMA DIRECTOR:



© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.



Juan Pablo Aguilar Andrade

C. I.: 1706447560

Quito, octubre de 2014

RESUMEN

La transigibilidad es un requisito que en Derecho se exige para que una materia pueda considerarse arbitrable. Este requisito, fundamental en el Derecho Privado, ha sido asumido por el Derecho Público sin tomar en cuenta las especiales características de este último. La transigibilidad se explica en el Derecho Privado en virtud del principio de libertad, que hace necesario un límite para que el ejercicio de la misma no afecte el orden público. Pero en Derecho Público no existe un ejercicio de la libertad, sino el cumplimiento de competencias expresamente asignadas por el ordenamiento jurídico; siendo así, la noción de transigibilidad pierde sentido pues los límites que se imponen a los órganos administrativos vienen dados por la propia norma. Que una materia sea o no arbitrable en el ámbito del Derecho Público depende, entonces, no de un principio general de transigibilidad limitado por la norma, sino de lo que el ordenamiento jurídico establezca; en otras palabras, no hay nada naturalmente no arbitrable en el Derecho Público, sino que la posibilidad de someter o no un tema a arbitraje, dependerá de lo que las normas vigentes en un momento determinado, establezcan sobre el particular.

ABSTRACT

To get an item can be submitted to arbitration is necessary it may be tradable. This requirement, which is fundamental in the Private Law, has been assumed by the Public Law without taking into account the special characteristics of the Public Law. This requirement explained in Private Law by virtue of the principle of freedom, which makes it necessary for a limit that the exercise of the same does not affect the public order. But in Public Law there is no exercise of freedom, but the compliance of powers expressly assigned by the legal system; this being so, the requirement loses its meaning because the limits imposed on the administrative laws are given by the law. This matter in the public law depends, not of a general principle limited by the standard, but rather of what the legal system set; in other words, there is nothing of course not submitted to arbitration in the Public Law, but that the possibility of submitting or not a subject to arbitration, will depend on what the rules in force in a given time, established in the particular.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I ADMINISTRACIÓN Y ARBITRAJE EN EL ECUADOR.....	11
CAPÍTULO II LA ARBITRABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	27
CAPÍTULO III LO ARBITRABLE Y LO NO ARBITRABLE EN LOS CONTRATOS.....	40
CAPÍTULO IV EL TEMA DE LA TRANSIGIBILIDAD.....	56
CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	77

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de que controversias en las que intervenga la Administración Pública puedan someterse a arbitraje es relativamente reciente en el Ecuador, pues si bien no existía impedimento legal para hacerlo, la práctica administrativa la había desechado y consideraba inaceptable que el poder público se someta a la decisión de jueces privados.

No creo equivocarme si afirmo que el arbitraje llegó al Derecho Administrativo desde afuera: la Ley de Arbitraje y Mediación, que lo estableció definitivamente, fue más el resultado del trabajo de abogados privatistas, a quienes les pareció importante extender el arbitraje a los conflictos contractuales de la administración, que de una reflexión desde el Derecho Administrativo.

Como resultado, el arbitraje fue admitido pero no asimilado por los administrativistas. Éstos se vieron enfrentados a una nueva institución, que ya no podían negar, y simplemente se allanaron a ella, sin por eso acabar de verla con buenos ojos ni tratar de entenderla desde las particularidades del Derecho Público.

El arbitraje, entonces, fue pensado desde el Derecho Privado y recibido sin beneficio de inventario por el Administrativo. Esto llevó a que no se reparara en la necesidad de revisar instituciones que, en el mundo del Derecho Privado, estaban claramente asentadas, pero que no encajaban plenamente con las propias del Derecho Público.

En efecto, las materia arbitrables en el Derecho Administrativo se han establecido sobre la base de lo que se considera arbitrable en el Derecho Privado y, fundamentalmente, a partir de la idea de que las potestades públicas caen en el campo de lo indisponible y, por ende, no pueden ser sometidas a la decisión de árbitros, sino que están reservadas para los jueces contencioso administrativos.

Según esto, los actos administrativos y las controversias que de ellos surgieran, estarían excluidos del arbitraje, pero sí podrían ser arbitrables temas en los que la Administración actúa como si fuera un privado, fundamentalmente, en el ámbito de las relaciones contractuales.

El problema surge cuando esas relaciones contractuales muestran que, si bien se basan en un instrumento propio del Derecho Privado, están “contaminadas” por la presencia de las potestades de autotutela de la Administración. En efecto, no es posible establecer una división tajante entre las relaciones contractuales y los actos administrativos, porque estos últimos son también parte de aquellas; los entes contratantes, al ejecutar los contratos, generan actos administrativos y no pocas de las controversias contractuales se derivan, precisamente, de ellos.

Para un sector de la doctrina y la jurisprudencia, esto obliga a restringir el ámbito de lo arbitrable, por medio de la exclusión de todo conflicto contractual que pueda surgir de actos administrativos de ejecución contractual; quienes no aceptan esto consideran que todo lo contractual es arbitrable, pero no hay una explicación satisfactoria que permita entender por qué, en este caso, las potestades públicas que se expresan en los actos administrativos pueden estar fuera de la regla general que las considera excluidas del arbitraje.

En uno y otro caso, el debate se ha visto limitado por la aceptación general de la idea de que el concepto de transigibilidad sería aplicable en todos los casos y, por lo tanto, habría que identificar las materia que, en el Derecho Administrativo, deberían considerarse como transigibles.

Esto ha obligado a plantear soluciones que tratan de no acabar de cuajar, precisamente porque mantienen como parte de la receta ingredientes que son incapaces de dar un sabor adecuado al plato. En la práctica, se trata de soluciones solo desde el punto de vista de la apariencia, pues los problemas persisten o se generan otros nuevos. Es el caso de

un primer trabajo que presenté sobre el tema¹, cuya revisión es el propósito de las páginas que siguen.

Cabe preguntarse, ante esto, si el problema se encuentra, en realidad, en la utilización por el Derecho Público de conceptos propios del Privado, que han sido aplicados sin tomar en cuenta las diferencias entre el espacio de la autonomía de la voluntad y el del ejercicio del poder público, sometido a la legalidad.

Creo que responder a esta pregunta permitirá entender el verdadero alcance del arbitraje en el que intervienen los entes administrativos, y mostrará las distorsiones que se producen cuando se pretende resolver problemas de Derecho Administrativo, con instrumentos que no toman en cuenta las particularidades de este último.

Para ello, en el primer capítulo se arrancará con un análisis de la forma en que el Derecho ecuatoriano ha entendido la utilización del arbitraje por parte de la Administración Pública.

Luego, en el segundo capítulo, se estudiará la forma en que el ordenamiento jurídico vigente enfrenta el problema, y se mostrará cómo algunos de los desarrollos teóricos que se han hecho en relación con el asunto, parten del análisis de ordenamientos jurídicos distintos al ecuatoriano.

En el tercer capítulo se profundizará en la forma en que se ha enfocado el problema de la existencia de actos administrativos de ejecución contractual y los problemas que de ella surgen para, en el capítulo final, estudiar la idea de transigibilidad, y mostrar que se trata de un concepto que no encuentra espacio en el ámbito del Derecho Público.

¹ Juan Pablo Aguilar Andrade. “Sobre las Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2009, pp. 19-30.

CAPÍTULO I ADMINISTRACIÓN Y ARBITRAJE EN EL ECUADOR

1. **Habilitación legislativa y rechazo práctico**

Aunque inicialmente la legislación ecuatoriana prohibía al Estado y a sus instituciones utilizar el arbitraje como instrumento de solución de controversias², ya en 1936 estaba vigente una autorización general, que constaba en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y permitía comprometer la causa en árbitros a “los representantes legales de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado”, siempre que no existiere prohibición expresa y se hubieren cumplido los requisitos previos, de haberlos³.

Dos años después, esa norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se trasladó al Código de Procedimiento Civil, y permaneció en el mismo durante buena parte del siglo XX, hasta 1997, cuando entró en vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación⁴.

Pero incluso mientras estuvo vigente la prohibición de que el sector público recurriera al arbitraje, era claro para la jurisprudencia ecuatoriana que la misma no se sustentaba en la naturaleza inmodificable de las cosas, sino que se trataba solo de una opción legislativa; por medio de otra ley, entonces, podía eliminarse la prohibición (como de hecho se hizo), o establecer excepciones a la misma.

² A inicios del siglo XX, el artículo 73:4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1897) disponía que “no pueden ser sometidos a juicio de árbitros las demandas que versen ... sobre asuntos en que sea parte el Ministerio público”.

³ Decreto Supremo 11. Reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 43. Registro Oficial 93 del 20 de enero de 1936. No he encontrado referencia a normas que establecieran, en ese tiempo, requisitos previos para que las entidades públicas comprometan la causa en árbitros.

⁴ La norma indicada constaba en el artículo 1116 del Código de 1938, en el artículo 1116. En la codificación de 1987, última vigente antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, era el artículo 956.

En 1894, la Corte Suprema de Justicia admitió que por medio de ley se podía autorizar al Estado el uso de la vía arbitral.

Aún cuando no pueden ser sometidos a juicio de árbitros los asuntos en que se parte el Ministerio Público, el Legislador que dictó el decreto que sirvió de base al contrato celebrado con Ignacio Palau, para la construcción del Ferrocarril del Centro, pudo modificar, para los efectos de este mismo contrato, el precepto contenido en el No. 4, artículo 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, disponiendo, como dispuso, que las cuestiones o diferencias que pudiesen surgir entre el Gobierno y el empresario, serían resueltas, en todo caso, por árbitros arbitradores⁵.

Las posibilidades que ofrecía la legislación, sin embargo, no fueron utilizadas. Incluso en el caso de controversias entre particulares, el arbitraje no era considerado, generalmente, como una opción adecuada; un conocido procesalista sostenía, en 1994, que “pese a tener un arraigo secular, la posibilidad de someter litigios al laudo de árbitros es de rarísima ocurrencia”⁶.

La compleja regulación del Código de Procedimiento Civil en materia de arbitraje y las exigencias que se establecían para la validez del compromiso arbitral, han sido considerados como factores que incidieron en el hecho de que el arbitraje haya tenido un carácter marginal hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación⁷.

En el caso de las entidades públicas, el recurso al arbitraje se dejaba de lado a partir de una noción que, desde el Derecho Privado, se había establecido para determinar qué materias pueden ser arbitrables: el carácter transable del objeto de la controversia. Puesto que la administración está sometida, en última instancia, a la legalidad, se pensaba, no puede

⁵ Corte Suprema de Justicia (1894). Sentencia en el juicio Fisco vs. Fiadores de Ignacio Palau. 27 de abril de 1894. Gaceta Judicial, serie I, número 60, p. 477.

⁶ Gonzalo Zambrano, “Los Medios Alternativos en el Ecuador”. *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales*. Quito: Corporación Editora Nacional, Centro sobre Derecho y Sociedad, 1994, p. 12.

⁷ Alberto Wray, “Medios Alternativos al Proceso en la Solución de Conflictos”. *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales*. Quito: Corporación Editora Nacional, Centro sobre Derecho y Sociedad, 1994, p. 25. Édgar Neira, “El Estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana”. *Ruptura*. Quito: Libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, p. 52.

sino aplicar las normas y en ningún caso transar sobre ellas; si las materias del Derecho Administrativo no son transables, el arbitraje queda descartado. Trayter explica este punto de vista en los siguientes términos:

El Derecho público ha contemplado con muchas cautelas la posibilidad de resolver los conflictos en que interviene una Administración Pública mediante arbitraje. La razón ... hunde sus raíces en la necesidad que las cuestiones litigiosas surgidas o que pueden surgir, para que sean susceptibles de arbitraje, deben ser materias de libre disposición de las partes Este requisito no se cumple, desde la óptica jurídico-pública, cuando la Administración ejerce potestades regladas (pues la ley determina todos y cada uno de los comportamientos de la Administración), siendo más discutible esa afirmación referida a las potestades discrecionales, pues ahí, en principio, caben diversas opciones, todas ellas justas. Sin embargo, la globalidad de la actuación administrativa está vinculada al principio de legalidad ..., vinculación que en una interpretación extensa se opondría al concepto de libre disposición⁸.

Esta forma de ver las cosas era la que primaba en la práctica ecuatoriana y, a partir de ella, las normas que permitían la participación del Estado y sus instituciones en juicios arbitrales se veían, salvo escasas excepciones, como extrañas al Derecho Administrativo. Una muestra de ello es la forma en que Juan Isaac Lovato trató el tema en 1972: no mencionó las posibilidades que ofrecía el Código de Procedimiento Civil y, más bien, partió de la sentencia de abril de 1894, que cité anteriormente, para explicar que los temas a cargo del personero del Ministerio Público no atendían a su interés individual y, por lo tanto, no eran renunciables⁹.

En algún momento llegó, incluso, a sostenerse como fundamento para rechazar el arbitraje en los conflictos administrativos, el artículo 16 de la Constitución Política de la República codificada en 1984¹⁰, que prohibía al Gobierno y a las entidades públicas estipular en sus contratos el sometimiento a una jurisdicción extraña; el Tribunal Constitucional, que

⁸ Juan Manuel Trayter. "El arbitraje de Derecho Administrativo". *Revista de Administración Pública*. Mayo-agosto, 1997, p. 85.

⁹ Juan Isaac Lovato, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito: Imprenta del Colegio Técnico don Bosco, 1977, tomo 2, p. 241.

¹⁰ Registro Oficial 763 del 12 de junio de 1984.

conoció la demanda que en este sentido plantearon varios ciudadanos, acogió el criterio y suspendió la vigencia de las normas en que se fundaba un compromiso arbitral que se celebró el 21 de febrero de 1992 entre el Estado ecuatoriano y la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. (EMELEC)¹¹.

Aunque luego la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia revocó lo resuelto por el Tribunal Constitucional, y dejó en claro que no podía hablarse de jurisdicción extraña, porque el arbitraje era un sistema “ampliamente aceptado por nuestro país”¹², el caso puso en evidencia que existía, al menos en ciertos sectores, un ambiente desfavorable hacia este sistema de solución de controversias.

Ya en el ámbito de la contratación administrativa, era común sostener, por ese entonces, que el arbitraje no podía ser utilizado por las instituciones del Estado, pues la única vía reconocida era, primero, la prevista por el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público¹³, según el cual las controversias contractuales debían ser conocidas en primera y segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia cuando las instituciones del Estado fueren demandadas; y, luego, por la reforma a la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, contenida en el artículo 13 del Decreto Ley 15¹⁴, según la cual los jueces competentes eran los de lo civil en primera instancia, y las cortes superiores en segunda, si el demandado era el contratista .

2. De las disputas de orden técnico a la admisión plena del arbitraje

¹¹ Tribunal Constitucional, Resolución 283-92-CP. Suplemento del Registro Oficial 93 del 23 de diciembre de 1992.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de lo Constitucional. 7 de febrero de 1994. Gaceta Judicial, serie XVI, número 2, p. 524.

¹³ Registro Oficial 871 del 10 de julio de 1979.

¹⁴ Registro Oficial 258 del 27 de agosto de 1985.

Hubo un espacio en el que el arbitraje pudo abrirse paso, pues no afectaba los puntos de vista acerca del carácter no transable de las potestades administrativas: el de las denominadas controversias de orden técnico.

Estas últimas se convirtieron en instrumento para introducir el arbitraje en la actividad administrativa, pues se consideraba que no tenía que ver con el ejercicio de los poderes públicos; en efecto, podía admitirse que el ejercicio de estos poderes no debía someterse a arbitraje, pero había aspectos de la actividad administrativa que no tenían que ver con ellos y que se relacionaban, más bien, con apreciaciones de orden técnico y, por lo tanto, podían someterse al juicio de especialistas.

Si, por ejemplo, se estipulaba la necesidad de que un rubro determinado de un contrato de obra se ejecutara a partir de ciertas especificaciones, el hecho de que las mismas se hubieran cumplido o no, podía establecerse, no a partir del ejercicio de potestades públicas, sino por medio de constataciones propias de la técnica de la construcción. Que un árbitro determinara si las especificaciones técnicas se habían cumplido o no era, entonces, un problema eminentemente técnico, que partía de constataciones empíricas hechas por los profesionales en la materia, y no del ejercicio del poder público.

Se trata de una distinción que existe en otros ordenamientos jurídicos. Allan Brewer-Carías, por ejemplo, cita un criterio de la Procuraduría General de Venezuela, según el cual debe distinguirse claramente las cuestiones que pueden ser objeto de arbitraje; respecto de cuestiones técnicas, dice, “las discrepancias que puedan presentarse entre las partes pueden ser resueltas por tribunales arbitrales. Sin embargo, en criterio de la Procuraduría, respecto a las cuestiones sobre interpretación y ejecución del contrato, éstas no pueden ser sometidas válidamente a arbitramento”¹⁵.

¹⁵ Allan Brewer-Carías. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, pp. 263-264.

Es el criterio de Dromi, quien sostiene que las controversias contractuales en las que es parte la Administración pueden someterse a conocimiento de árbitros, pero como una excepción, “para dilucidar conflictos técnicos, cuestiones de hecho o de orden financiero-patrimonial”¹⁶

Un primer antecedente de esta forma de enfocar las cosas lo encontramos en el ya mencionado caso del arbitraje entre el Estado ecuatoriano y la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. (EMELEC), que se basó en lo dispuesto en el Decreto Supremo 580¹⁷; este último contenía las cláusulas del contrato entre las partes y, entre ellas, la novena, según la cual “todos los desacuerdos de naturaleza contable, o los que surgieren respecto a cualquier inventario y avalúo ... quedan sometidos a arbitraje”.

Como puede verse, se trata de un arbitraje limitado a temas propios de las técnicas contable, de inventario y de avalúo.

La categoría de controversia técnico-económica se introdujo, en 1983, en las bases de contratación para los contratos de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos. En la cláusula 35.1 de esas bases, se estipuló que cualquier “controversia técnico-económica surgida en el decurso de la ejecución del contrato y sus anexos ... será resuelta mediante el procedimiento de arbitraje”. En la cláusula siguiente, la 35.1, se excluyó expresamente del arbitraje a los asuntos “que por su naturaleza deban ser conocidos y resueltos por autoridad competente”¹⁸. El modelo de contrato que se elaboró a partir de las referidas bases, incluía en su cláusula 25 una detallada regulación del arbitraje¹⁹.

¹⁶ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 399.

¹⁷ Registro Oficial 716 del 22 de marzo de 1966.

¹⁸ Bases de contratación para los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos. Registro Oficial 512 del 13 de junio de 1983.

¹⁹ Modelo de contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos. Registro Oficial 512 del 13 de junio de 1983.

A partir de entonces la distinción, y el arbitraje para las controversias sobre asuntos de orden técnico o económico, quedaron establecidos en los contratos hidrocarburíferos²⁰.

En 1989, un criterio similar al anotado se utilizó para introducir el arbitraje como alternativa de solución de controversias en los contratos de consultoría. Conforme el segundo inciso del artículo 40 de la Ley de Consultoría²¹, en los contratos regidos por la misma debía establecerse “el procedimiento de arbitraje para la solución de las controversias de carácter técnico derivadas de su elaboración”.

La misma posibilidad se admitió, pocos meses después, para el caso de los contratos de ejecución de obras, prestación de servicios y adquisición de bienes celebrados por PETROECUADOR, al promulgarse el Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, para Obras, Bienes y Servicios Específicos²²; el artículo 5 de ese Reglamento autorizaba a Petróleos del Ecuador, y a sus empresas filiales a “celebrar convenios transaccionales para precaver o terminar litigios, o recurrir al procedimiento arbitral para solucionar litigios de carácter técnico”.

Hay que anotar, sin embargo, que este artículo fue considerado inaplicable por el Procurador General del Estado, quien sostuvo que la posibilidad del arbitraje no podía constar en un reglamento y que se requería, necesariamente, una norma con rango de ley. Sobre esta base, el Procurador sostuvo que el arbitraje solo era admisible en el Ecuador a partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación²³. Claramente se puede ver aquí que la autorización del Código de Procedimiento Civil, según el cual podían someterse

²⁰ Sobre las cláusulas de solución de controversias en los contratos de hidrocarburos, puede verse Leonardo Sempértegui. “Naturaleza jurídica de la cláusula de solución de controversias de los contratos de prestación de servicios petroleros en el Ecuador”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2011, pp. 127-158.

²¹ Registro Oficial 136 del 24 de febrero de 1989.

²² Suplemento del Registro Oficial 283 del 26 de septiembre de 1989.

²³ Procurador General del Estado, oficio 7513, 16 de septiembre de 1999.

a arbitraje controversias en las que fuera parte la administración pública, era ignorada por completo.

Pocos años después, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada²⁴, estableció en su artículo 60 la posibilidad de que, en los procesos que ella regulaba, se recurriera al arbitraje para solucionar controversias de orden comercial. Nuevamente, la posibilidad se admitía en una materia que se consideraba fuera del ámbito del ejercicio de las potestades públicas.

Un mes antes se había dado ya el paso, desde el arbitraje limitado a los aspectos técnicos, hacia el que podía resolver cualquier controversia de carácter legal. El artículo 3 de la Ley 44, que reformó la de Hidrocarburos²⁵, introdujo en esta última un artículo, a continuación del 10, en el que previó la posibilidad de que las controversias contractuales pudieran solucionarse “por el procedimiento de arbitraje reconocido por la Ley ecuatoriana”. Poco tiempo después, y de acuerdo con este mandato legal, el Decreto Ejecutivo 1416, que estableció las bases para los contratos de participación para exploración y explotación de hidrocarburos²⁶, previó, en la cláusula 45.2, la posibilidad de utilizar el sistema arbitral, si así lo pactaban las partes contractuales, para resolver controversias de orden legal.

El siguiente espacio en el que se admitió el arbitraje, fue el de los contratos de concesión en el sector eléctrico, por mandato del artículo 21 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico²⁷.

Ese mismo año, el arbitraje había adquirido rango constitucional al promulgarse una reforma que incluía, en el artículo 19 de la Norma Fundamental, el reconocimiento del

²⁴ Registro Oficial 349 del 31 de diciembre de 1993.

²⁵ Registro Oficial 326 del 29 de noviembre de 1993.

²⁶ Registro Oficial 364 del 21 de enero de 1994.

²⁷ Suplemento del Registro Oficial 43 del 10 de octubre de 1996.

sistema arbitral como método de solución de controversias²⁸. Si bien esta declaración tenía carácter general y no incluía referencias al sector público, fue el antecedente inmediato de la Ley de Arbitraje y Mediación²⁹, que consagró la posibilidad de que el Estado y sus instituciones recurran al arbitraje para solucionar las controversias de las que fueran parte.

3. El arbitraje a partir de la vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación

La posibilidad de que las entidades públicas recurran al arbitraje para solucionar controversias contractuales, que se admitió en 1993 para el caso de contratos hidrocarburíferos y en 1996 para contratos del sector eléctrico, se generalizó a todos los casos e instituciones, al promulgarse la Ley de Arbitraje y Mediación.

El artículo 4 de la referida Ley estableció la posibilidad de que las entidades del sector público recurran al arbitraje en el caso de controversias de carácter contractual, siempre que se pacte un convenio arbitral, éste defina la forma de selección de los árbitros y sea suscrito por el servidor competente para obligar a la institución³⁰.

Con la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, el 4 de septiembre de 1997³¹, el arbitraje entró de lleno en el Derecho Administrativo ecuatoriano, y la generalidad de los contratos administrativos incorporó cláusulas de solución de controversias en las que se recurría al sistema arbitral³².

²⁸ Registro Oficial 863 del 16 de enero de 1996.

²⁹ Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997.

³⁰ Para un estudio detallado sobre las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación en materia de arbitraje con la intervención del sector público, puede verse Édgar Neira, "El Estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana". *Ruptura*. Quito: Libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, pp. 51-70.

³¹ Registro Oficial 145.

³² En mucho, la incorporación generalizada de cláusulas arbitrales en los contratos administrativos, se debió al impulso de la Procuraduría General del Estado, dirigida a partir de 1998 por Ramón Jiménez Carbo, quien tenía una práctica profesional vinculada con el mundo del arbitraje.

No deja de ser curioso comprobar que el arbitraje se convierte en una institución admitida en el Derecho Administrativo cuando se dicta una ley que lo limita a las controversias contractuales, pese a que durante más de cincuenta años había estado vigente un mandato del Código de Procedimiento Civil, que podía aplicarse a cualquier controversia en la que fuera parte la Administración.

Meses después, en mayo de 1998, La Ley de Propiedad Intelectual abrió un nuevo espacio para el arbitraje con intervención del sector público, al disponer en su artículo 374 que toda controversia en materia de propiedad intelectual, podía resolverse recurriendo por medio de arbitraje; la norma incluso autorizó al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual pactar arbitrajes, sin “necesidad de consultar al Procurador General del Estado”³³.

Es claro que, en este caso, el arbitraje excede los temas contractuales y puede plantearse, incluso, en controversias en las que esté de por medio un acto administrativo.

En 2001, el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado³⁴ recogió el mandato de la Ley de Arbitraje y mediación, con el necesario añadido de que el arbitraje en el que intervengan instituciones del Estado debía ser un en derecho. Esta norma, todavía vigente, se refiere exclusivamente al arbitraje previsto por la Ley de Arbitraje y mediación y no al regulado por otras leyes.

Pero si bien el arbitraje se convirtió en una realidad en la práctica administrativa ecuatoriana, la “nueva” institución no fue procesada desde el punto de vista doctrinario y, para muchos, fue incluso una realidad aceptada a regañadientes.

El arbitraje no dejó de ser visto con recelo por varios sectores, que lo veían como un modelo de privatización de la justicia y sostenían que la Administración, sometida al

³³ El artículo citado se mantiene, con el mismo número, en la vigente codificación de la Ley de Propiedad Intelectual. Suplemento del Registro Oficial 426 del 28 de diciembre de 2006.

³⁴ Registro Oficial 372 del 19 de julio de 2001.

arbitraje, renunciaba a la protección del interés público y se entregaba en manos del sector privado. Si bien se trata de un argumento que se repite contantemente, su contenido es más bien retórico; no conozco estudios empíricos que confirmen o nieguen su veracidad.

Lo cierto es que en los últimos años, un ambiente desfavorable al arbitraje se ha instalado en el sector público ecuatoriano, a partir de un discurso soberanista que puso en la mira al arbitraje internacional y que se ha expresado, por ejemplo, en la denuncia de los tratados bilaterales de inversiones.

La Constitución de la República promulgada en 2008 fue más allá del reconocimiento del arbitraje como institución general, tal como lo hacía el texto constitucional anterior, y reconoció expresamente, en su artículo 190, el arbitraje para controversias en materia de contratación Pública³⁵. Si bien esto implicó, como se verá, solucionar algunos problemas en relación con el tema, no dejó de ser un medio para limitar el alcance del arbitraje en los contratos públicos.

En efecto, la regulación sobre el tema incluyó la exigencia de que las entidades públicas, para pactar arbitraje, contaran con el pronunciamiento previo del Procurador General del Estado, lo que en la práctica desincentivó el recurso al arbitraje por parte del sector público³⁶. A esto se ha sumado la prohibición expresa que existe, desde 2012, para que las entidades de la Función Ejecutiva pacte arbitrajes en los contratos que celebren³⁷.

³⁵ Sobre el arbitraje en la Constitución ecuatoriana vigente, puede verse Xavier Andrade Cadena. “Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Instituto Brasileiro de Direito Comparado. Número 2, enero-marzo de 2009, pp. 351-366. Juan Manuel Marchán. “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana”. *Iuris Dictio*. Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Número 12, octubre de 2009, pp. 65-72.

³⁶ Se ha debatido el alcance del mandato constitucional sobre el pronunciamiento previo del Procurador General, y hay quienes interpretan que el mismo solo se requiere en ciertos casos (ver Édgar Neira, “El Estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana”. *Ruptura*. Quito: Libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, pp. 51-70). La Procuraduría, sin embargo, considera que el pronunciamiento es necesario en todos los casos, opinión que comparto plenamente (ver Juan Pablo Aguilar Andrade, “Tres temas sobre arbitraje y Administración Pública”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2012, pp. 71-88).

³⁷ La prohibición provino del Presidente de la República y fue transmitida por el Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia, con oficio T1.C.1-SNJ-12-1134, el 5 de octubre de 2012. En el oficio se indica que,

Esto no ha impedido que, cuando las necesidades políticas lo han hecho necesario necesario, se admita el arbitraje en casos determinados, ya mediante interpretaciones constitucionales que son, al menos, cuestionables³⁸, o con la promulgación de leyes que incluyen la posibilidad de que el Estado someta a arbitraje sus controversias con inversionistas extranjeros³⁹.

4. Los problemas de la Ley de Arbitraje y Mediación

Si bien el mandato de la Ley de Arbitraje y Mediación, en el sentido de que son arbitrables las controversias derivadas de contratos con el Estado, es claro, las particularidades del Derecho Administrativo generan, a la hora de aplicarlo, al menos una dificultad importante. En efecto, cuando la Administración contrata lo hace revestida de sus poderes, esto es, introduce al contrato el ejercicio de sus potestades de autotutela. En consecuencia, muchas de los actos de ejecución contractual son actos administrativos en toda la regla; piénsese, por ejemplo, en la declaración de terminación anticipada del contrato.

En palabras de Luis Enrique Berrocal, son actos “que se profieren dentro de la vigencia del contrato y con ocasión de la ejecución del mismo”. Se trata, dice, de actos que dependen directamente del contrato, pues es la existencia de este último la que determina la de aquellos⁴⁰.

La presencia de actos administrativos en la ejecución contractual genera una duda: ¿pueden estos actos ser parte de las controversias contractuales a las que se refiere la Ley de

en adelante, las controversias contractuales deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y no a la de tribunales arbitrales.

³⁸ Ver Corte Constitucional. Sentencia interpretativa del artículo 422 de la Constitución, número 0001-09-SIC-CC. Suplemento del Registro Oficial 549 del 16 de marzo de 2009.

³⁹ Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Suplemento del Registro Oficial 351, 29 de diciembre de 2010, art. 27.

⁴⁰ Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del acto administrativo*. Bogotá: Librería del Profesional, 2001, p. 109.

Arbitraje y Mediación, o deben considerarse como actos de poder público que solo pueden ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativa?

Dos puntos de vista se han planteado al momento de responder esta pregunta. Para algunos, el mandato de la Ley de Arbitraje y Mediación comprende todas las actuaciones administrativas relacionadas con la ejecución contractual; para otros, de ninguna manera se puede admitir que un árbitro resuelva sobre la legalidad de un acto administrativo.

Quienes sostienen la primera posición afirman que las prerrogativas especiales de la administración no hacen que su comportamiento sea, dentro de una relación contractual, distinto del que tiene el particular. Si los actos administrativos emitidos dentro de una relación contractual no fueran arbitrables, la administración podría dictar esos actos para evitar que cualquier controversia sea conocida por árbitros, y no resulta “lógico ni admisible que la sola voluntad de una parte del contrato, en muchos casos abusiva de la función, pueda desconocer el efecto del acuerdo sobre el juez del contrato, pues equivale a que esa parte puede dejar sin validez la cláusula compromisoria acordada”⁴¹.

Brewer-Carías excluye del arbitraje los actos de ejecución contractual que se producen en ejercicio de potestades públicas⁴², criterio que, para el caso de Colombia, comparte el Consejo de Estado en sentencias como la dictada el 23 de febrero de 2000 en el caso Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra, a la que me referiré más adelante.

En el Ecuador, si bien el problema se ha discutido en diversos foros y existen defensores de una u otra posición, son pocos los desarrollos doctrinarios en relación con el tema. En la jurisprudencia encontramos ejemplos de los dos puntos de vista.

⁴¹ Susana Montes. “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”. *Revista de Derecho Público*. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, junio, 2003. pp. 135-142.

⁴² Allan Brewer-Carías, op. cit., p. 265.

Édgar Neira expone con claridad las razones para limitar la competencia de los árbitros en las controversias contractuales en las que es parte la administración:

Cuando en el objeto de la litis de una acción arbitral se encuentran entretejidos aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de legalidad de las actuaciones del Estado ... los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual ... pero no aceptar lo que queda fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de actos normativos⁴³.

Marco Morales Andrade mantiene la misma posición: “aunque se trate de un acto administrativo que ha nacido dentro del ámbito de la relación contractual, la determinación de su legalidad o no, es de exclusiva competencia de los Tribunales Contencioso Administrativos”⁴⁴.

Igual criterio han mantenido algunos tribunales arbitrales, que han declinado ejercer su competencia para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos. En el caso *Andinatel vs. Secretaría Nacional de Telecomunicaciones*, por ejemplo, un Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito estableció como su competencia resolver sobre la controversia surgida en relación con el contrato, pero se negó a “juzgar la legalidad de actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones y cualquier otro aspecto que conforme los Arts. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa pudieren corresponder a la jurisdicción legal ejercida por los Tribunales Distritales de esa materia”⁴⁵.

⁴³ Édgar Neira, “El Estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana”. *Ruptura*. Quito: Libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, p. 57.

⁴⁴ Marco Morales Andrade. “Complejidad del arbitraje local cuando una de las partes pertenece al sector público”. *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social, 2014, p.379.

⁴⁵ Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Laudo en el juicio arbitral 010-06. ANDINATEL S.A. vs. Estado ecuatoriano – Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. 30 de octubre de 2007.

Similar fue la opinión de otro Tribunal Arbitral del mismo Centro, al establecer que su competencia “no le alcanzaría para emitir pronunciamiento sobre aspectos que, por su naturaleza, han sido legalmente excluidos cuando se trata de controversias con el Estado”; según el Tribunal, no podía ejercer competencia “para resolver nada en relación a los actos administrativos que pudieren haberse dictado respecto de esta relación contractual”⁴⁶.

En el mismo sentido se pronunció el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al resolver una acción de nulidad contra un laudo arbitral:

El Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito ... no podía en forma alguna, ni por pedido de parte, ni de oficio, entrar a examinar y discutir y peor aún declarar la legitimidad o ilegitimidad contenida en un acto de la administración pública pues, como ha quedado dicho, esta facultad no es en forma alguna, ni siquiera por excepción, materia transigible, por ello la discusión de la legitimidad de los actos de la administración pública, por mandato legal queda reservada exclusivamente para la jurisdicción.⁴⁷

Hay, sin embargo, puntos de vista distintos, como el de Efraín Pérez Camacho, para quien resulta obvio que los reclamos de los contratistas solo pueden referirse a actos administrativos⁴⁸.

... tanto el juez de la jurisdicción ordinaria como el árbitro –dice- pueden indudablemente examinar la racionalidad y proporcionalidad y la correcta aplicación de las reglas legales, reglamentarias y contractuales del ejercicio de sus facultades por parte de la Administración Pública ...⁴⁹.

El autor citado llama la atención sobre el hecho de que del mismo texto de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, se desprende la posibilidad de someter a arbitraje disputas originadas en la imposición de multas o la terminación unilateral de contratos.

⁴⁶ Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Laudo en el juicio arbitral Poggi vs. Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda. 5 de mayo de 2011.

⁴⁷ Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Sentencia en la causa 41-2009-B.L. Acción de nulidad del laudo arbitral 045-05, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, en el juicio DI-CHEM DEL ECUADOR vs. PETROINDUSTRIAL. 22 de marzo de 2010.

⁴⁸ Efraín Pérez Camacho. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, tomo II, p. 980.

⁴⁹ *Ibid.*, tomo II, p. 982.

En efecto, el inciso final del artículo 71 de la Ley citada establece que las multas pueden impugnarse en sede arbitral⁵⁰, y el segundo inciso del artículo 95 dispone que la interposición de demandas arbitrales no suspende la declaratoria de terminación unilateral de un contrato, lo que implicaría que la norma reconoce la posibilidad de impugnar esta clase de actos administrativos por esa vía⁵¹.

La posibilidad de que los árbitros decidan sobre la legalidad de actos administrativos ha sido aceptada por algunos tribunales arbitrales, que han anulado actos administrativos de imposición de multas⁵² o se han pronunciado sobre la legalidad de declaratorias de terminación unilateral de contratos⁵³, aunque sin dar mayor explicación sobre los fundamentos en virtud de los cuales asumieron la competencia.

⁵⁰ Dice el tercer inciso del artículo 71: “Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral”.

⁵¹ Dice la parte pertinente del segundo inciso del artículo 95: “...La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista...”

⁵² Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Laudo en el Arbitraje 022-03. APLITEC S.A. vs. Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil. 21 de julio de 2004. Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Laudo en el Arbitraje 027-03. BIVA International S.A. y Bureau Veritas Inspectio Valuation Assessment and Control, BIVAC B.V. vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana. 15 de septiembre de 2004.

⁵³ Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Laudo en el juicio arbitral 077-09, Fondo de Inversión Social de Emergencia vs. CEPLAES. 6 de julio de 2011. Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. Laudo en el juicio arbitral 009-2005, Consorcio Ingenieros Pérez Coloma vs. Ministerio de Obras Públicas, 6 de abril de 2007.

CAPÍTULO II

LA ARBITRABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1. El problema de recurrir al Derecho comparado

Es común, para buscar una solución al debate que se ha planteado en el Ecuador acerca de la arbitrabilidad de los actos administrativos, echar mano de las respuestas que nos ofrece la doctrina o la jurisprudencia extranjeras y, dentro de esta última, de la que han desarrollado los tribunales colombianos⁵⁴.

El problema es que las respuestas jurisprudenciales extranjeras no son, necesariamente, generalizables, pues se basan en las particularidades de ordenamientos jurídicos concretos y dejan de tener sentido en contextos normativos diferentes. Esto es particularmente importante en el ámbito del Derecho Administrativo, en el que muchas de las soluciones son por fuerza locales, derivadas de factores propios de las necesidades políticas y administrativas de cada país.

El tratamiento que se ha dado al arbitraje en el que interviene la administración y, dentro de él, al problema que nos ocupa, es sin duda el mejor ejemplo de lo dicho: prohibición total, admisibilidad, posibilidad de utilizarlo en casos excepcionales, son soluciones que se pueden encontrar en los ordenamientos jurídicos y en la jurisprudencia de varios países⁵⁵.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, Marco Morales Andrade. “Complejidad del arbitraje local cuando una de las partes pertenece al sector público”. *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social, 2014, pp. 371-383. Me basé también en la jurisprudencia colombiana en un primer trabajo que publiqué sobre el tema; ver Juan Pablo Aguilar Andrade. “Sobre las Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2009, pp. 19-30.

⁵⁵ Myriam Salcedo. “La arbitrabilidad subjetiva. La capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario – Legis, 2008, pp. 113-130.

Con esto en mente, abordemos nuevamente el tratamiento que la jurisprudencia colombiana ha dado a este tema.

El 23 de febrero de 2000, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado colombiano, al conocer un recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá contra un laudo arbitral, hizo un amplio análisis sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos y concluyó que pronunciarse sobre la legalidad de estos últimos, aún cuando sean expedidos con motivo de la celebración y ejecución de un contrato, excedía la facultad de los árbitros.

... si bien es factible que las partes de un contrato –en donde una de ellas sea una entidad del Estado–, pueden convenir en someter a la decisión de árbitros las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes⁵⁶.

Esta conclusión fue el resultado, no solo de un análisis de los planteamientos doctrinarios en relación con el tema, sino también de la interpretación que se dio a la legislación aplicable al caso. Dada la fecha de celebración del contrato que originó la controversia (19 de julio de 1984), se aplicó al caso el Decreto 222⁵⁷, que contenía las normas a las que debían someterse los contratos celebrados por las instituciones del sector público y que, según la sentencia, no contradecía las normas que, en materia de arbitraje, contiene la Constitución colombiana de 1991.

⁵⁶ Colombia-Consejo de Estado (2000a). Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 16394, recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra. Consejero Ponente, Germán Rodríguez Villamizar. 23 de febrero de 2000. Esta sentencia puede consultarse en Miguel González. *El contencioso contractual*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2004, 293-320.

⁵⁷ Decreto 222 por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. 2 de febrero de 1983.

Tanto el Decreto como la Constitución, afirmó la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, “dejaron expresamente estipulado que existen aspectos referidos a los aspectos contractuales, respecto de los cuales los árbitros no pueden pronunciarse”⁵⁸.

En efecto, el artículo 76 del Decreto 222 permitía que las controversias contractuales se sometían al arbitraje, pero excluía expresamente de esa posibilidad a la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, así como a los actos administrativos de terminación, modificación en interpretación unilateral de los contratos⁵⁹.

Como puede verse, la razón de fondo para que se haya resuelto en el sentido indicado fue un claro mandato de la legislación colombiana.

Pocos meses después, una nueva sentencia de la Sección Tercera ratificó la anterior, pero en esta oportunidad se hizo el análisis del ordenamiento vigente a partir de 1993, cuando se promulgó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁶⁰. Según la nueva sentencia, si bien el Estatuto eliminó la referencia a los temas excluidos del arbitraje, que constaba en el Decreto 222, mantuvo el principio de que la legalidad de los actos administrativos solo podía ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa. Esto porque, según la sentencia, debía aplicarse el artículo 77 del Estatuto, en virtud del cual los actos administrativos “que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual

⁵⁸ Colombia-Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 16394, recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra. Consejero Ponente, Germán Rodríguez Villamizar. 23 de febrero de 2000.

⁵⁹ Artículo 76. De la cláusula compromisoria. Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato.

Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho.

La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV [el Título IV se refiere a la terminación, modificación e interpretación unilateral de los contratos].

⁶⁰ Ley 80. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

Es obvio que la acción contractual, **de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo**, como lo pregona la exigencia legal, sólo se puede ejercer ante la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con las estrictas reglas de competencia que están previstas en los arts. 128, num. 6, 132, num. 5, 134B, num. 5 y 134D, lit. d) del mismo código⁶¹.

A poco de dictado este fallo, la Corte Constitucional colombiana se refirió al tema desde el punto de vista de la constitucionalidad.

En la sentencia que dictó el 28 de abril de 2000, la Corte admitió la demanda de inconstitucionalidad de las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que permitían a la administración utilizar el sistema arbitral para solucionar controversias contractuales. La ciudadana que presentó la demanda basó su pedido en la sentencia del Consejo de Estado de 23 de febrero de 2000, a la que ya se hizo referencia, y sostuvo que

... los artículos 70 y 71 de la ley 80 [el Estatuto General de Contratación] son inconstitucionales por desconocer el artículo 29 de la Constitución, el cual enseña que los procesos se deben resolver por el juez competente, siendo competente, de manera exclusiva y excluyente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer todo lo referente a los actos administrativos, en sus efectos jurídicos y sus efectos económicos.

Lo anterior aparece claro en los artículos 236 a 238 de la Constitución de donde se infiere que respecto al acto administrativo, el juez natural es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Entonces, cuando los artículos 70 y 71 de la ley 80, permiten a los particulares, en condiciones de árbitros, pronunciarse incluso sobre los actos administrativos contractuales, proferidos en uso de las facultades exorbitantes de la administración, se violan los artículos 29, 236, 237 y 238 de la Carta⁶².

⁶¹ Colombia-Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 16973, recurso de anulación interpuesto por el Instituto de Valorización de Manizales. Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. 8 de junio de 2000. Resaltado en el original. Los artículos que se citan se refieren a la asignación de competencias al Consejo de Estado, entre ellas, la de resolver controversias de orden contractual (Colombia, Código Contencioso Administrativo, 1984).

⁶² Colombia-Corte Constitucional. Sentencia C-1436/00 Demanda 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”. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. 25 de octubre de 2000.

Para resolver, la Corte Constitucional sostuvo el “carácter restrictivo de la competencia de los árbitros”, como lo había hecho ya en una sentencia anterior, en la que se pronunció en el sentido de que la justicia arbitral tiene un carácter marginal o auxiliar en relación con los órganos de justicia estatales.

Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de los conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta pueda verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción⁶³.

El mandato constitucional que autoriza investir a los particulares, transitoriamente, de la función de administrar justicia en calidad de árbitros⁶⁴, tiene, según la Corte, un carácter limitado, por un lado desde el punto de vista temporal, porque su competencia es transitoria, y por otro desde el material, porque no todos los temas pueden someterse al arbitraje. Esto último porque la ley, al desarrollar el mandato constitucional, establece que los conflictos arbitrables son aquellos que tienen carácter transigible:

El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral⁶⁵.

A partir de esto la Corte sostuvo que “no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse

⁶³Colombia-Corte Constitucional. Sentencia C-672/99 Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 68, 82 a 88, 111 a 142, 146, 147 (p), 148 y 194 de la ley 446 de 1998. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. 9 de septiembre de 1999.

⁶⁴ El inciso final del artículo 116 de la Constitución colombiana dispone: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

⁶⁵ Ley 446. Ley por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional”, pues la naturaleza de los mismos hacen que deban considerarse como “reservados al Estado”⁶⁶.

La legalidad de los actos administrativos, sostuvo la Corte, es un asunto que interesa al orden público y, en esa medida, está excluida de la justicia arbitral, sin que el hecho de que hayan sido expedidos en el ámbito de una relación contractual modifique su naturaleza y, por ende, introduzca cambio alguno en este enfoque.

Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política⁶⁷.

Conforme lo dicho, la Corte se basó en un motivo extraconstitucional (la definición que hace la ley del arbitraje como medio de solución de conflictos de carácter transigible), pero también en el mandato de los artículos 236, 237 y 238 de la Constitución, que se refieren a la organización y competencias del Consejo de Estado.

De estos artículos, el 237 dispone que ese órgano desempeña las “funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo”. Siendo así, sostuvo la Corte, solo a la justicia estatal corresponde, por mandato constitucional, juzgar sobre la legalidad de los actos administrativos y, a partir de otro texto constitucional, pretendió reforzar su argumento

⁶⁶ Colombia-Corte Constitucional. Sentencia C-1436/00 Demanda 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”. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. 25 de octubre de 2000.

⁶⁷ *Ibid.*, *ibid.*

con una petición de principio: puesto que el artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción contencioso administrativa “suspender provisionalmente” los efectos de actos administrativos “susceptibles de impugnación por la vía judicial”, nos encontramos ante un asunto “que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros”⁶⁸.

Como puede verse, las soluciones que plantea la jurisprudencia colombiana encuentran fundamento en dos clases de temas, derivados del ordenamiento jurídico de ese país: i) el alcance que las normas sobre arbitraje de controversias en contratos administrativos da a la competencia de los árbitros; y ii) las competencias que se asignan a la jurisdicción contencioso administrativa y, concretamente, el hecho de que éstas sean exclusivas.

El orden de la argumentación en casos como los que he reseñado puede hacer pensar que se arriba a una solución a partir de una doctrina general, que sirve de fundamento a las normas. En realidad, si se analizan bien los argumentos, el centro de éstos es la existencia de una norma (la prohibición de someter a arbitraje determinados actos administrativos contractuales o la existencia de una competencia exclusiva asignada al contencioso administrativo, por ejemplo), cuyo contenido se refuerza con una explicación doctrinal sobre sus fundamentos teóricos.

Parece claro, entonces, que soluciones como las de los tribunales colombianos no son generalizables y, para que puedan utilizarse válidamente dentro de un ordenamiento jurídico distinto, lo primero que hay que establecer es si en ese ordenamiento existen reglas al menos similares a las que sirvieron de base para la jurisprudencia consultada.

2. La legislación ecuatoriana

⁶⁸ *Ibid.*, *ibid.*

¿Existen, en el caso ecuatoriano, normas comparables a las colombianas?

También en el Ecuador, desde 1996, el arbitraje tiene rango constitucional y, por mandato de la Constitución vigente, procede “en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”⁶⁹. La importancia de este tema justifica que se lo trate en un capítulo independiente; en este apartado voy a centrarme en la forma en que el ordenamiento jurídico ecuatoriano regula la competencia para juzgar la legalidad de los actos administrativos.

Desde que se reconoció constitucionalmente al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias, son varios los textos que han estado vigentes en relación con este tema,.

La reforma constitucional aprobada en agosto de 1983⁷⁰, codificada en 1984⁷¹ y que entró en vigencia a partir del 10 de agosto de ese año⁷², estableció el principio de unidad jurisdiccional en los siguientes términos:

Se establece la unidad jurisdiccional. Por consiguiente, todo acto administrativo generado por la administración central, provincial, municipal o de cualquier entidad autónoma reconocida por la Constitución y las leyes, podrá ser impugnado ante los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, en la forma que determine la ley⁷³.

En la codificación constitucional de 1993⁷⁴, este artículo pasó a ser el número 97:3 y se mantuvo como artículo 122:3 en la codificación de 1996⁷⁵. En esta última, sin embargo,

⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador, art. 190.

⁷⁰ Ley sin número. Refórmase la Constitución Política del Estado. Registro Oficial 569 del 1 de septiembre de 1983.

⁷¹ Registro Oficial 763 del 12 de junio de 1984.

⁷² Ley sin número. Refórmase la Constitución Política del Estado. Registro Oficial 569 del 1 de septiembre de 1983, primera disposición transitoria.

⁷³ Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 763 del 12 de junio de 1984, art. 96:3.

⁷⁴ Registro Oficial 183 del 5 de mayo de 1993.

⁷⁵ Registro Oficial 969 del 18 de junio de 1996.

se agregó un artículo, el 118, que tuvo su origen en la reforma constitucional de diciembre de 1995⁷⁶, y cuyo texto era el siguiente:

Con arreglo al principio de unidad jurisdiccional, el ejercicio de la potestad judicial corresponde exclusivamente a los magistrados, jueces y tribunales determinados en la Constitución, las Leyes y en los tratados internacionales.

(...)

Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias.

La codificación constitucional que entró en vigencia a partir del 10 de agosto de 1998⁷⁷ mantuvo disposiciones similares: estableció en el artículo 191 la unidad jurisdiccional y, en los mismos términos, el reconocimiento de los medios alternativos de solución de conflictos; además, en un artículo independiente, el 196, dispuso:

Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.

En la Constitución vigente se regula también el tema en el artículo 176.

Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

¿Implican las normas transcritas que sólo los tribunales estatales son competentes para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos? Parece que sí.

Si atendemos a las normas que rigieron entre 1996 y 1998, el mandato es claro: la potestad judicial corresponde a magistrados, jueces y tribunales estatales e internacionales, si bien se reconoce el sistema arbitral⁷⁸. En lo que tiene que ver con los actos administrativos,

⁷⁶ Segundo Bloque de reformas constitucionales, Registro Oficial 863 del 16 de enero de 1995, art. 19.

⁷⁷ Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998.

⁷⁸ Constitución Política de la República. Registro Oficial 969 del 18 de junio de 1996, art. 118.

la regla era absolutamente clara: “**todo** acto administrativo ... podrá ser impugnado ante los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo”⁷⁹.

El uso de la palabra “todo” no dejaba lugar a duda: los tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, según la naturaleza del acto de que se trate, eran los únicos competentes para conocer impugnaciones contra actos administrativos.

Sin embargo, es posible que genere confusión el uso de la palabra “podrá”. Esto porque puede argumentarse que si la norma establece que los actos administrativos “podrán ser impugnados” ante estos jueces, nos encontramos ante un típico caso de potestad discrecional, en virtud de la cual la jurisdicción contencioso administrativa sería una posibilidad, que dependería de la elección del demandante.

El sentido de la norma, sin embargo, no es ese. En realidad, la redacción potestativa tiene que ver, no con la existencia de vías distintas de la contencioso administrativa, sino con el hecho de que iniciar una acción ante los órganos jurisdiccionales es un derecho y no una obligación. En otras palabras, el destinatario de un acto administrativo tiene la posibilidad de impugnarlo (o no hacerlo), y el “podrá” del texto legal no se refiere a la vía de impugnación sino a la facultad que tiene quien se considere afectado por un acto administrativo, para impugnarlo.

La norma, por otra parte, abarca también los actos administrativos expedidos por la administración contratante, en el curso de la ejecución de un contrato administrativo. Esto porque, cuando se habla de “todo acto administrativo”, no se hace distinción alguna entre las diversas clases de actos y, en consecuencia, debemos entender que se refiere a todos ellos.

Cuando la Ley de Arbitraje y Mediación se promulgó en 1997⁸⁰, su artículo 4 autorizó a las entidades del sector público a someter al arbitraje controversias de carácter contractual,

⁷⁹ Constitución Política de la República. Registro Oficial 969 del 18 de junio de 1996, art. 122. El resaltado es mío.

⁸⁰ Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997.

pero esta autorización, obviamente, no podía ir más allá del marco constitucional, esto es, no podía incluir actos administrativos, ni aún los expedidos como parte de la ejecución contractual, porque esos actos eran parte de “todos” los actos administrativos que conforme la Constitución solo podían impugnarse ante los jueces estatales.

No me cabe duda, conforme lo dicho, que entre 1996 y 1998, por mandato constitucional, ningún árbitro podía resolver sobre la legalidad de actos administrativos, ni aún en el caso de que estos últimos se hubieren expedido dentro de una relación contractual.

El texto constitucional de 1998, como se ha visto, es diferente de los que rigieron antes de él pero, me parece, no implica ninguna modificación en el tema que nos ocupa. En efecto, el cambio fundamental radica en que no se habla de “todo acto administrativo”, sino únicamente de “actos administrativos”. Esta, sin embargo, es solo una diferencia de énfasis, pues de todos modos no se establecen distinciones constitucionales en el ámbito de los actos administrativos⁸¹ y eso nos lleva a entender, aunque no se use la palabra, que se hace referencia a todos.

Si esto ocurre con el texto constitucional de 1998, parecería que lo mismo habría que sostener en el caso de la Constitución vigente, cuya norma sobre la materia es similar a la que la precedió⁸². De ser así, los textos constitucionales que se han analizado servirían de fundamento para sostener que ningún acto administrativo, incluso los expedidos en el curso de la ejecución contractual, puede ser objeto de la decisión de árbitros.

Hay, sin embargo, elementos adicionales en la Constitución de 2008 que llevan a una interpretación diferente.

⁸¹ En realidad hay una diferencia, pues el mandato constitucional excluye los actos administrativos de los órganos de la Función Judicial. Para el tema que nos ocupa, sin embargo, esta diferencia no viene al caso.

⁸² La diferencia fundamental está en que en la Constitución vigente se incluyen también los actos administrativos de la Función Judicial.

En el caso de los textos constitucionales anteriores había dos claros mandatos: i) los actos administrativos solo pueden impugnarse ante los jueces de lo contencioso administrativo; y, ii) la ley puede establecer los casos en que se admite recurrir al sistema arbitral para la solución de controversias sobre materias transigibles. Esto quiere decir que la ley reguladora del arbitraje tenía dos límites que no estaba autorizada a franquear: el primero tenía que ver con el carácter transigible de la materia y el segundo con el hecho de que los árbitros no podían pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos, tengan o no el carácter de actos de ejecución contractual.

La Constitución vigente, si bien establece los mismos límites que sus predecesoras, incluye reglas adicionales que amplían esos límites.

En efecto, conforme se ha visto, la Norma Fundamental establece que el arbitraje procede “en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” (art. 190:1), y que los jueces competentes para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos son los jueces contencioso administrativos (art. 173), pero, a diferencia de textos constitucionales anteriores, reconoce expresamente la posibilidad de que las controversias derivadas de contratos públicos, se sometan a arbitraje.

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 ley⁸³.

La situación, entonces, difiere de la que existía antes de la vigencia del nuevo texto constitucional. Mientras con la Constitución anterior la ley podía admitir que la administración utilice el sistema arbitral, siempre que ello no implique juzgar sobre la legalidad de actos administrativos, la vigente establece una regla general, que excluye los

⁸³ Art. 190:2.

temas no transigibles y los actos administrativos, y un caso especial: el arbitraje en derecho en temas de contratación pública.

Bien puede sostenerse, ante esto, que la referencia expresa a los contratos públicos se explica porque, con ella, se establece un ámbito específico, al que no se aplica la regla general sobre el control de legalidad de los actos administrativos. En otras palabras, la jurisdicción contencioso administrativa es la llamada a conocer controversias sobre actos administrativos, pero en el caso de los contratos, los árbitros pueden resolver todas las controversias que de ellos surjan, sin que se excluyan de esta facultad los actos administrativos de ejecución contractual.

Esto, además, porque si la Constitución hubiera querido establecer diferencias entre los temas contractuales arbitrables o no arbitrables, lo habría expresado en el texto; al no hacerlo, debemos entender que la norma ampara a todas las controversias contractuales, sin excepción.

El sentido del mandato constitucional parece claro, pero de ser esa la interpretación correcta, se le pueden hacer dos objeciones. La primera es la fundamental: no se resuelve el problema de la no transigibilidad de los actos administrativos y, con ello, de la imposibilidad de que sean objeto de un proceso arbitral; la segunda es una consecuencia de la anterior y trata de explicar la coexistencia de temas contractuales arbitrables con actos de ejecución contractual inarbitrables: el pronunciamiento de los árbitros, en las controversias contractuales en que intervenga la administración, debería versar únicamente sobre las consecuencias patrimoniales de los actos administrativos y no sobre éstos como tales.

En los dos capítulos siguientes analizo estas objeciones, empezando por la segunda.

CAPÍTULO III

LO ARBITRABLE Y LO NO ARBITRABLE EN LOS CONTRATOS

1. Lo contractual y lo no contractual en los contratos

La distinción entre aspectos arbitrables y no arbitrables dentro de una relación contractual, se fundamenta en las particularidades propias de los contratos que celebra la Administración.

En el ámbito de la contratación administrativa puede verse con claridad esa característica que Jaime Vidal Perdomo asigna al Derecho Administrativo: ser un derecho de frontera que comparte espacios con otras ramas jurídicas, lo que genera áreas conflictivas en las que no existe la nitidez suficiente como para establecer límites claros, especialmente en los terrenos ocupados por instituciones compartidas⁸⁴.

Uno de esos terrenos es el de los contratos, precisamente porque implica la utilización, para los fines de la Administración, de una figura propia del Derecho Privado. Esta utilización, sin embargo, no hace que la Administración deje de ser tal, pues si bien al contratar su comportamiento es similar al de los particulares, no pierde las prerrogativas que se le reconocen en el ejercicio de la potestad de autotutela. Como bien lo explican García de Enterría y Fernández, la Administración contrata revestida de sus potestades y, por ese hecho, produce modulaciones en la institución contractual⁸⁵.

La pretensión de que el contrato administrativo sea sustancialmente diferente al contrato de Derecho Privado, no puede sostenerse. Los llamados contratos administrativos son también contratos y su aplicación al ámbito del Derecho Administrativo no tiene por qué

⁸⁴ Jaime Vidal Perdomo. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis, 2008, pp. 5 y 8.

⁸⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2001, tomo I, p. 681.

“comportar un régimen institucional radicalmente diferente”⁸⁶ La presencia de la Administración, sin embargo, introduce en ellos ciertas notas características que se derivan “de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela”⁸⁷.

No hay razón para que la autotutela no se exprese en el ámbito de las relaciones contractuales en las que participa la Administración. Ese es el origen de las cláusulas exorbitantes, que se consideran propias de los contratos administrativos y que, pese a su nombre, no tienen origen contractual sino que derivan, precisamente, de las potestades generales de autotutela de la Administración.

El de los contratos administrativos es, entonces, un espacio compartido entre el pacto contractual, que se somete a reglas y principios de Derecho Privado, y el ejercicio de la autotutela, propio del Derecho Administrativo, que nos devuelve al mundo de los actos de autoridad. En la contratación administrativa, entonces, a los elementos propios de todo contrato se suma la posibilidad que la administración tiene de intervenir, en ejercicio de su autoridad, para la preservación del interés colectivo; demás está decir que esa intervención es posible únicamente cuando una norma legal la autoriza.

Pues bien, es este espacio compartido el que da pie para considerar que en las relaciones contractuales en las que participa la Administración, existen temas que no tienen carácter contractual, pues provienen del ejercicio de las potestades de autotutela y deben someterse a las reglas propias del Derecho Administrativo; lo hemos visto ya en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, que si bien admite la posibilidad de que surjan situaciones de hecho derivadas de la ejecución contractual, que puedan someterse a reglas propias del Derecho Privado, considera que ello nada tiene que ver con “la definición

⁸⁶ *Ibid.*, tomo I, p. 680.

⁸⁷ *Ibid.*, tomo I, p. 683.

de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato”, que queda excluida del ámbito de lo propiamente contractual⁸⁸.

Que se admita el recurso al arbitraje para resolver controversias contractuales entre la Administración y sus contratistas, tiene mucho que ver con las consecuencias que se desprenden de la introducción de instituciones propias del Derecho Privado en el mundo del Derecho Administrativo o, en palabras de Jean Rivero, del abandono al derecho común de amplios sectores de la acción administrativa⁸⁹.

En efecto, el reconocimiento de que las controversias contractuales pueden ser arbitrables se basa en considerar que, cuando contrata, la administración renuncia a la imposición unilateral de su voluntad, consigue sus objetivos en acuerdo con los particulares y genera, con ello, relaciones de contenido patrimonial que por su naturaleza entrarían en el campo de lo transigible.

... el Estado –sostiene Fraga- no está obligado a intervenir en todos los casos imponiendo su voluntad a los particulares. En algunas ocasiones puede obtener la colaboración voluntaria de éstos y lograr de ellos por medio de un arreglo consensual la prestación de bienes o servicios personales⁹⁰.

La combinación del contenido patrimonial, la intervención de los particulares y la utilización del contrato, “figura par excellence del Derecho Privado”⁹¹ es lo que convierte al arbitraje en una posibilidad para solucionar controversias relacionadas con ese contenido patrimonial. En palabras de Juan Manuel Trayter, el ámbito de lo contractual es “el hábitat

⁸⁸ Colombia-Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 16394, recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra. Consejero Ponente, Germán Rodríguez Villamizar. 23 de febrero de 2000.

⁸⁹ Jean Rivero. *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis-Universidad del Rosario, 2002, p. 190.

⁹⁰ Héctor Jorge Escola. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1977, tomo I, p. 31.

⁹¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Op. cit.*, tomo I, p. 672.

natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje”⁹², precisamente porque abre un espacio de negociación que permite a la Administración, por medio de instrumentos propios del Derecho Privado, convenir con los particulares las condiciones más adecuadas para el cumplimiento de los fines públicos.

A partir de ésto, parece lógico sostener que si lo contractual no altera las potestades de autotutela administrativa, tampoco es dable que se apliquen a estas últimas los métodos de solución propios de las controversias de orden patrimonial; habría entonces, en los contratos, un espacio de lo contractual, que no se extiende al mundo de los actos administrativos; estos últimos no podrían ser considerados como propiamente contractuales, aunque se los dicte en el curso o como parte de la ejecución contractual.

El arbitraje sería posible, entonces, solo en los casos en que la Administración hubiere utilizado instituciones propias del Derecho Privado y establecido, en acuerdo con los particulares, las reglas para regir sus relaciones comunes, pues la base de la relación es el convenio entre las partes y no la orden unilateral de autoridad. Pero si la Administración interviene en los contratos que celebra para, en ejercicio de sus poderes de autotutela, proteger el interés público, estaríamos frente a declaraciones unilaterales de autoridad que, al no tener origen contractual, estarían excluidas de la posibilidad del arbitraje.

Es este un criterio muy difundido y aceptado por buena parte de la doctrina y de los ordenamientos jurídicos.

En general, puede decirse que el control de validez o invalidez de los actos por los cuales la administración pública ejerce sus potestades está excluido del arbitraje. Así sucede, por ejemplo, en el Derecho alemán o en el Derecho italiano. Por su parte, en el Derecho francés se excluye del arbitraje, como regla general, el contencioso de legalidad, porque “la Administración no puede disponer sobre los bienes y derechos de que es titular (sea cual sea su contenido) y porque no puede liberarse a voluntad del control de la jurisdicción administrativa, que es a lo que llevaría directamente el arbitraje”. Finalmente, en el ordenamiento jurídico español también se sostiene que “cuando la Administración ejecuta potestades y dicta actos unilaterales difícilmente podría admitirse que, en caso de oposición

⁹² Juan Manuel Trayter. “El arbitraje de Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Mayo-agosto de 1997. p. 95.

de un particular, pueda la propia Administración remitir la solución del conflicto (en el que se discutirá su apreciación de lo que sea de interés general) a un tercero ajeno al orden jurisdiccional. En todos estos supuestos [...] la decisión administrativa solo puede ser revisada por un órgano administrativo o por el Poder judicial”. Y así, para gran parte de la doctrina sólo podrán someterse a arbitraje las controversias patrimoniales y, especialmente, las que surjan respecto a la *ejecución e interpretación* de un contrato público⁹³.

En algún momento consideré que esta argumentación era lógica y suficiente⁹⁴, y sin duda lo es en su aspecto meramente formal; sus consecuencias, sin embargo, no dejan de ser fastidiosas y generan problemas que no pueden ser dejados de lado.

2. Una primera consecuencia: el arbitraje en manos de la Administración

Lo primero que salta a la vista cuando se acepta que dentro de un contrato serían arbitrables los temas patrimoniales, pero no los derivados de los actos administrativos de ejecución contractual, es que el acuerdo que puedan haber tenido las partes sobre el uso de la vía arbitral queda, en realidad, supeditado a la voluntad de la Administración contratante.

La situación que según una autora se produce en Colombia, lo muestra con claridad.

... las autoridades administrativas ... están torpedeando los procesos arbitrales, pues una vez se encuentran *ad portas* de la convocatoria de un tribunal de arbitramento y aun cuando éste ha sido convocado, expiden cualquier supuesto acto administrativo a fin de inhibir su competencia⁹⁵.

En efecto, si los árbitros solo pueden pronunciarse en torno a controversias que no involucren actos administrativos, la sola presencia de estos últimos excluye su competencia; en otras palabras, es una de las partes contratantes la que puede, por su sola voluntad, dejar sin efecto el compromiso arbitral si, cuando se vislumbra una controversia, o se produce ésta, dicta un acto administrativo en relación con el tema.

⁹³ Víctor Sebastián Baca Oneto. “Los medios ‘alternativos’ de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado”. *Lima Arbitration*, 2006. Disponible en http://www.limaarbitration.net/LAR1/victor_sebastian_baca_oneto.pdf (último acceso: 23 de mayo de 2014).

⁹⁴ Juan Pablo Aguilar Andrade. Op. cit.

⁹⁵ Susana Montes. “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”. *Revista de Derecho Público*. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, junio de 2002, pp. 141-142.

Pensemos en un ejemplo concreto: el desacuerdo entre contratante y contratista sobre el cumplimiento de las especificaciones de un contrato. El contratista que, amparado en las estipulaciones contractuales sobre arbitraje, pretende iniciar el proceso correspondiente, vería frustradas sus expectativas si el contratante declara la terminación unilateral del contrato. ¿Qué sentido tiene una cláusula que ampara a las dos partes contratantes, pero cuya efectividad depende de la voluntad de una sola de ellas?

Para la autora que acabo de citar, la respuesta es clara.

No es lógico ni admisible que la sola voluntad de una parte del contrato, en muchos casos abusiva de su función, pueda desconocer el efecto del acuerdo sobre el juez del contrato, pues equivale a que esa parte pueda dejar sin validez la cláusula compromisoria acordada⁹⁶.

3. La distinción entre el acto administrativo y sus efectos patrimoniales

Una posible solución al problema que se ha planteado en el apartado anterior podría ser el recurso a la distinción entre el acto administrativo y sus efectos patrimoniales. Se parte para ello de la idea de que la imposibilidad de cuestionar la validez de los actos administrativos en sede arbitral, no implica que no sean arbitrables “los efectos dañosos” que esos actos producen a los particulares⁹⁷.

... la legalidad de los actos administrativos no es transigible y, por tanto, no puede someterse a decisión de los árbitros; pero por el contrario, las causas y los efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión del juez arbitral siempre y cuando la controversia no sea consecuencia directa de la legalidad del acto administrativo del cual se deriva y que los actos administrativos que sirvan de fundamento a la acción no hayan sido dictados en uso de los poderes excepcionales de la Administración⁹⁸.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 142.

⁹⁷ César Zumárraga. “Arbitraje sobre potestades públicas en el Derecho Minero ecuatoriano”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2012, p. 35.

⁹⁸ Daniel Posse Velázquez, Daniel (2007). “Restricciones a las entidades estatales colombianas para acudir al arbitraje internacional”. Fernando Mantilla Serrano (coordinador), *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. Bogotá: Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2007, p. 105.

Lo primero que salta a la vista es que lo que propone el texto transcrito no va más allá de lo expuesto en el apartado anterior. En efecto, si por un lado la distinción entre legalidad del acto y arbitrabilidad de sus efectos patrimoniales, nos pone de nuevo en el viejo esquema del arbitraje restringido a lo técnico o económico, por otro, considerar arbitrable solo aquello que no sea consecuencia directa de un acto administrativo, o que derive del ejercicio de potestades excepcionales de la Administración, hace que la sola presencia del acto administrativo, o de las potestades excepcionales, excluya la jurisdicción arbitral por la sola voluntad de la Administración contratante.

Para que la distinción entre el acto administrativo y sus efectos patrimoniales no se convierta en instrumento de imposición de la voluntad administrativa, se debería sostener que es posible que los árbitros puedan conocer las controversias contractuales, incluso cuando hubiere actos administrativos de por medio, y las resuelvan sin pronunciarse sobre la legalidad de esos actos, sino únicamente sobre las consecuencias que hayan producido. ¿Es esto posible?

Si se produce una controversia contractual, es obvio que la misma surgirá del desacuerdo del contratista con la actuación del contratante; si esta última se expresa por medio de un acto administrativo que produce consecuencias de orden patrimonial, no cabe sino entender que esas consecuencias afectan negativamente al contratista.

Siendo así, no veo cómo un árbitro podría resolver sobre los efectos de un acto acerca del cual no puede hacer pronunciamiento alguno.

Utilicemos como ejemplo un acto administrativo típico dentro de una relación contractual: la terminación unilateral anticipada del contrato. No es infrecuente en la práctica administrativa ecuatoriana, que los contratos de consultoría sean fuente de desacuerdo entre las partes a la hora de resolver si el producto entregado por el consultor es, efectivamente, lo que requería la entidad contratante.

Si el contratista no logra satisfacer los requerimientos de la administración que lo contrató, lo más probable es que esta última recurra a la declaratoria de terminación del contrato y, conforme lo mandan los artículos 19:1 y 95 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, ejecute las garantías e inscriba al consultor en el registro de contratistas incumplidos, lo que le impedirá celebrar nuevos contratos con el sector público durante los siguientes cinco años.

En principio, la controversia a la que se refiere el ejemplo tiene que ver con la forma en que las partes entienden el alcance de las obligaciones del contratista, esto es, un tema plenamente arbitrable incluso para quienes rechazan la posibilidad de que los actos administrativos sean materia de un arbitraje.

Pero cuando la administración contratante resuelve unilateralmente la controversia al declarar la terminación del contrato, lo arbitrable se convierte, por la sola voluntad administrativa, en inarbitrable, salvo que lo que se pida a los árbitros no sea pronunciarse sobre la legalidad de la actuación administrativa, sino sobre otros aspectos de la controversia.

Conviene analizar, sin embargo, si esto tiene sentido. El contratista afectado, que no puede cuestionar la validez del acto administrativo en sede arbitral, podría solicitar que el árbitro se pronuncie sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, esto es, sobre si el producto entregado se ajusta a las exigencias de los términos y especificaciones del contrato.

Sin embargo, para oponerse a la demanda se podría sostener que fue precisamente sobre la base del análisis del cumplimiento de las obligaciones contractuales, que la entidad contratante expidió el acto administrativo de terminación unilateral del contrato; se trataría, entonces, de un tema vinculado con el acto administrativo y, por ende, estaría excluido del análisis de los árbitros.

Pero supongamos que esta objeción no se presenta o que es desechada. El árbitro analiza el caso y se pronuncia en el sentido de que el contratista entregó un producto ajustado a los requerimientos de la entidad contratante. Obviamente, el contratista tendría una importante victoria moral, pero en la medida en que el árbitro no puede ir más allá y no puede hacer pronunciamiento alguno sobre la terminación unilateral, esta última se mantiene inamovible; en lenguaje coloquial, tiene toda la razón, pero va preso.

El árbitro, sometido a la presunción de legalidad del acto administrativo y obligado a resolver el problema bajo el supuesto de que la actuación administrativa fue correcta, no tiene posibilidad alguna de resolver sobre el fondo del problema.

Demos un paso más. El árbitro considera que no había fundamento para declarar la terminación unilateral ¿puede no declarar la ilegalidad del acto administrativo, pero sí aplicar la idea de que una cosa es el acto y otra sus consecuencia patrimoniales y, sobre esa base, ordenar que se indemnice al afectado?

No veo cómo. Si el acto es válido, ¿cuál es el sustento para indemnizar? ¿Cómo se puede sostener que la Administración debe responder por las consecuencias negativas de un acto que no ha sido declarado ilegal? Tómese en cuenta que en un caso como éste, además, la legalidad del acto implica que su destinatario está obligado a soportar las consecuencias dañosas del mismo, pues se enfrenta a una sanción derivada de su incumplimiento.

Resulta insostenible mantener como válido un acto sancionatorio como la terminación unilateral, lo que implica aceptar que el contratista incumplió sus obligaciones, y al mismo tiempo ordenar el pago de una indemnización en beneficio del incumplido.

Aceptar que una actuación como la planteada sea posible, sería tanto como admitir que el árbitro no tiene autoridad para anular expresamente el acto administrativo, pero sí puede actuar como si lo hubiera anulado, porque considera que quien lo dictó lo hizo sin someterse a la legalidad.

La falta de solidez de este enfoque salta a la vista; ¿cómo el árbitro puede dar la razón al contratista, de pensar que debe hacerlo, si al mismo tiempo está obligado a considerar que la actuación administrativa no fue irregular?

A lo anterior hay que sumar el hecho de que cualquier controversia puede terminar vinculada con un acto administrativo. La Administración es la única que tiene en sus manos la posibilidad de enfrentar el conflicto con los instrumentos que establece el contrato (el arbitraje), o desviarlo hacia la justicia contencioso administrativa, en la que el tiempo juega en perjuicio del contratista.

Esto porque, al menos en la práctica ecuatoriana, declarar la terminación unilateral y anticipada de un contrato depende menos de la existencia de causales justificadas para ello, que de la necesidad de imponer la voluntad administrativa. La Administración tiene en sus manos un instrumento capaz de afectar severamente al contratista, sin que éste cuente con medios adecuados de defensa; no debe olvidarse la reciente reforma a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, que inconstitucionalmente cierra la posibilidad de recurrir a acciones constitucionales, en el caso de la declaratoria de terminación anticipada y unilateral de un contrato⁹⁹.

4. Segunda consecuencia: se divide la contingencia de la causa

Una segunda consecuencia del enfoque que distingue actos administrativos y actos de gestión contractual, o actos administrativos y consecuencias patrimoniales, es la división en la contingencia de la causa.

En efecto, en la medida que se considere que determinadas controversias contractuales solo pueden ser conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa, mientras otras son arbitrables, está presente la posibilidad de que se den casos en los que se

⁹⁹ Ley sin número. Segundo suplemento del Registro Oficial 100 del 14 de octubre de 2013, art. 22.

produzcan unas y otras. Cuando ello ocurra, dos diferentes controversias sobre un mismo contrato, aunque puedan estar estrechamente relacionadas, deberían ser conocidas por jueces distintos.

Esto es más claro cuando se aplica la pretendida distinción entre el acto administrativo y sus consecuencias patrimoniales, como lo explica muy bien la jurisprudencia colombiana.

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 escindiría la continenencia 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 sólo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos.

(...)

Lo único cierto sería, ante tan irregular y anómala situación, que el acatamiento por las partes de una cualquiera de tales decisiones, conllevaría el abierto desconocimiento de la otra, para configurar en esas condiciones una verdadera anarquía jurisdiccional y procesal, con los inconvenientes y desastrosos resultados que dicha situación generaría en la comunidad¹⁰⁰.

Pensemos nuevamente en el ejemplo de una diferencia de criterios acerca del alcance de los términos de referencia en un contrato de consultoría. Esa diferencia es eminentemente contractual y la jurisdicción que debería conocerla es la arbitral, pero si como consecuencia de ella la entidad contratante declara la terminación unilateral del contrato, esta última solo podría ser juzgada en sede contencioso administrativa. Estaríamos, en definitiva, ante dos temas íntimamente vinculados, pero que deberían ser conocidos por jueces diferentes.

Las consecuencias que de aquí surgen no hacen sino generar una cadena de conflictos.

En efecto, el contratista tiene particular interés en dejar sin efecto la terminación unilateral y, para ello, debe plantear una acción contencioso administrativa. Pero resulta que

¹⁰⁰ Colombia-Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 16394, recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra. Consejero Ponente, Germán Rodríguez Villamizar. 23 de febrero de 2000.

el juez, salvo en determinados casos (violación del debido proceso, por ejemplo), no puede pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo de terminación, si previamente no considera la interpretación de los términos de referencia.

En este último caso, sin embargo, la entidad contratante podría sostener que los problemas de interpretación contractual están sometidos a la jurisdicción arbitral y que, en consecuencia, el juez contencioso administrativo no puede pronunciarse sobre ellos o, si necesita resolver ese tema para juzgar la legalidad del acto administrativo, estaríamos ante un problema de prejudicialidad; en otras palabras, el demandante tendría ante sí un largo camino, que empieza por el arbitraje sobre la interpretación contractual y sigue con la acción contencioso administrativa sobre la validez de la terminación unilateral.

Y no debe olvidarse que, conforme el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la acción subjetiva, que es la adecuada para amparar los derechos del afectado, solo puede plantearse dentro de los noventa días siguientes a la notificación del acto.

5. La distinción entre actos administrativos contractuales y actos de ejecución contractual

Lo anterior nos lleva al problema de la distinción entre los actos de ejecución contractual, que se considerarían arbitrables y los actos administrativos contractuales, que solo podrían ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativa.

Una sentencia colombiana explica con claridad estas dos categorías.

... no toda respuesta o decisión que adopte la entidad estatal contratante frente a las peticiones o reclamos del contratista, tiene naturaleza jurídica de acto administrativo ..., porque, en cada caso, se reitera, debe establecerse si tales expresiones de la administración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto,

exorbitantes de las facultades y derechos que se predicán respecto de las relaciones contractuales de los particulares¹⁰¹.

La distinción, desde el punto de vista teórico, parece simple: cuando la entidad contratante realiza actos de administración contractual, estamos en el mundo de lo arbitrable, pero si ejerce potestades de autotutela, saltamos al espacio del contencioso administrativo.

En la práctica, sin embargo, hay un amplio espacio de actuaciones administrativas relacionadas con la ejecución de los contratos, cuyo carácter es difícil determinar.

Pensemos otra vez en el ejemplo de la interpretación del alcance de los términos de referencia. Hemos asumido que, en ese caso, nos encontramos ante un problema de administración contractual; la cosa, sin embargo, puede llegar a complicarse si entendemos que, al interpretar los contratos, la administración contratante ejerce potestades de autotutela, como sostienen autores como García de Enterría y Fernández¹⁰² o, en nuestro medio, Morales Tobar¹⁰³.

En efecto, en un contrato privado, la divergencia sobre el alcance de las estipulaciones contractuales debería resolverla el juez competente, pero en el caso de los contratos administrativos, la entidad contratante puede imponer su punto de vista sobre el tema, sin necesidad de recurrir a juez alguno; un claro caso de autotutela.

Si se analiza bien el tema, es difícil encontrar problemas de ejecución contractual que, de una u otra manera, no estén vinculados con la autotutela administrativa; para un autor

¹⁰¹ Colombia-Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 25021, recurso de anulación interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca. Consejera Ponente, María Elena Giraldo Gómez. 11 de marzo de 2004.

¹⁰² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., tomo I, p. 682.

¹⁰³ Marco Morales Tobar. “Los límites de las potestades exorbitantes del Estado en materia de contratación pública”. *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social, 2014, p. 150.

ecuatoriano, incluso “dar directrices al contratista”¹⁰⁴ es una expresión de las potestades exorbitantes de la Administración.

Pero aún cuando no fuera así, parece claro que temas fundamentales de la relación contractual como la interpretación, la imposición de sanciones o la terminación unilateral, solo podrían ser tratados ante la jurisdicción contencioso administrativa, si se aceptaran las distinciones a las que se ha venido haciendo referencia en las páginas anteriores. Y si es así, cabe preguntarse qué sentido tiene una cláusula de solución de controversias por medio del arbitraje.

6. Los actos administrativos con incidencia contractual

Vale la pena anotar, en este punto, que lo hasta aquí dicho no se aplica a los actos administrativos de órganos distintos al órgano contratante, que puedan tener incidencia en la ejecución contractual. Esto parecería obvio, pero hay casos en que no se lo ve con tanta claridad.

En efecto, nadie duda que si la autoridad tributaria, por ejemplo, impone sanciones al contratista por incumplir sus obligaciones fiscales en el marco de un contrato determinado, no puede pretenderse que nos encontramos ante una controversia contractual.

Pero hay casos en que la actuación de un órgano administrativo que no celebró el contrato puede afectar el curso de la ejecución contractual, declarando terminado el contrato, por ejemplo. Es lo que ocurre, en el derecho ecuatoriano, con la institución de la caducidad en los contratos de hidrocarburos.

El artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos¹⁰⁵ establece la caducidad como una sanción ante determinados incumplimientos contractuales, cuya consecuencia es la terminación del

¹⁰⁴ William López. *Tratado de contratación pública*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010, tomo I, p. 101.

¹⁰⁵ Registro Oficial 711 del 15 de noviembre de 1978.

contrato, pues conforme el artículo 75 “implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para la Secretaría de Hidrocarburos y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la Ley y el contrato, las cuales quedarán en favor del Estado”.

Esto ha llevado a confundir la caducidad con la terminación unilateral de los contratos, pese a que se trata de instituciones con características diferentes: mientras la primera la decide un órgano no contractual, la segunda está en manos del órgano que celebró el contrato.

En efecto, la letra a) el artículo agregado a continuación del 6 de la Ley de Hidrocarburos por el artículo 3 de la Ley Reformativa de 2010¹⁰⁶ dispone que los contratos de hidrocarburos los celebra, a nombre del Estado ecuatoriano, la Secretaría de Hidrocarburos; la declaración de caducidad, sin embargo, no la hace esta última, sino, tal como lo manda el artículo 74, el Ministerio del ramo.

Hay que tomar en cuenta que, a diferencia de la contratación entre privados, en la que la personalidad de los contratantes tiene gran importancia, en los contratos administrativos la personalidad, sin dejar de ser tomada en cuenta, pasa a un segundo plano y cede su espacio a la idea de órgano administrativo. Para la celebración de contratos por parte de la Administración, lo que importa es que exista un órgano al que la ley le haya asignado la competencia correspondiente, sea cual sea la persona jurídica a la que pertenezca.

Para entender mejor lo dicho, se debe considerar que el artículo 225 de la Constitución de la República distingue claramente a la persona jurídica Estado, integrada

¹⁰⁶ Suplemento del Registro Oficial 244 del 27 de julio de 2010.

por las clásicas funciones Legislativa, Judicial y Ejecutiva (de esta última forman parte los ministerios de Estado), de las instituciones creadas como personas jurídicas distintas de la persona jurídica Estado, para el ejercicio de competencias públicas o el ejercicio de actividades económicas. En la clasificación del artículo 225, el Ministerio del ramo es un órgano de la Función Ejecutiva, mientras que la Secretaría de Hidrocarburos es una persona jurídica encargada del ejercicio de una potestad estatal de administración de recursos naturales no renovables¹⁰⁷.

Cuando el Ministerio del ramo declara la caducidad, ejerce potestades de control y fiscalización de los contratos, pero no es un órgano contractual ni se le puede considerar parte del contrato. La caducidad, entonces, a diferencia de la terminación unilateral, la resuelve un tercero distinto a los órganos contractuales, por lo que mal puede hablarse de un acto de ejecución contractual.

Todo lo contrario, se trata de un acto que, en ejercicio de sus competencias de control, expide el órgano administrativo encargado de vigilar que la actividad hidrocarburífera se realice dentro del marco de la legislación vigente. El desacuerdo acerca de la caducidad, entonces, no genera controversia alguna de orden contractual.

¹⁰⁷ *Ibid.*, art. 3.

CAPÍTULO IV

EL TEMA DE LA TRANSIGIBILIDAD

1. Arbitraje y transigibilidad

Hay una exigencia constante en materia de arbitraje: que la controversia verse sobre materia transigible, esto es, sobre derechos de los que su titular pueda disponer libremente. En el Ecuador, tanto el artículo 190 de la Constitución de la República, como el primer artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁰⁸ disponen que el sistema arbitral se aplique a controversias susceptibles de transacción.

Y es a partir de este concepto que se desecha la posibilidad de arbitrar actos administrativos, sobre la base de lo que parecería ser un principio de carácter general: los actos administrativos, como expresión del poder público, no son parte de las materias disponibles en manos de la Administración Pública.

Sin embargo, la posibilidad de que nos encontremos en realidad ante un principio general pierde piso si se analizan las soluciones que en esta materia ofrecen diversos ordenamientos jurídicos que, al admitir la arbitrabilidad de actos administrativos, ponen en evidencia que el tema responde más a opciones legislativas, que a conceptos generales infranqueables.

Pero, sin duda, es aquí donde se ubica el principal problema en materia de arbitrabilidad de actos administrativos, pues cuando se asume sin más que el requisito de transigibilidad es aplicable también en el ámbito del Derecho Administrativo, el siguiente paso es considerar que los actos administrativos no son arbitrables, porque no es admisible transigir sobre su legalidad.

¹⁰⁸ Registro Oficial 417 del 14 de diciembre de 2006.

Sin embargo, aceptar sin más la noción de transigibilidad y extenderla sin beneficio de inventario al mundo del Derecho Administrativo, sin tomar en cuenta las particularidades de este último, podría colocarnos sobre una pista falsa.

Me parece que los problemas que enfrenta el Derecho Administrativo cuando trata de establecer el ámbito de lo arbitrable tienen que ver, precisamente, con el hecho de que se sigue esa pista falsa; en efecto, las preguntas que se formulan giran alrededor de definir cuáles son las materias arbitrables en los casos en que interviene la Administración, pero conviene dar un paso atrás y establecer, en primer lugar, si la noción misma de transigibilidad puede tener cabida en el Derecho Administrativo o, al menos, en la materia que nos ocupa.

Para entender esto último, es preciso partir del papel que cumple el concepto de transigibilidad en el arbitraje privado o, en otras palabras, cuál es la razón de impedir que las controversias sobre derechos no disponibles se sometan a arbitraje.

El artículo 2348 del Código Civil ecuatoriano¹⁰⁹, define a la transacción como un contrato “en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. No lo dice el Código, pero resulta evidente que la transacción opera por medio de concesiones recíprocas que se hacen las partes involucradas en la controversia; como sostiene la jurisprudencia ecuatoriana, su esencia “reside en la renuncia que cada contratante hace de lo que cree su derecho a fin de evitar que un fallo judicial le quite todo a uno u otro”¹¹⁰.

Es evidente que esas concesiones solo pueden tener como objeto aquello que se encuentre en la esfera de lo disponible, aquello que sea transigible; solo pueden transigir,

¹⁰⁹ Suplemento del Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2005.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tercera instancia. 30 de julio de 1992. Gaceta Judicial, serie XV, número 14, p. 4135.

dice el artículo 2349 del Código Civil, “la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”.

No parece, entonces, que transacción y arbitraje puedan identificarse. Mientras la primera implica ponerse de acuerdo en concesiones mutuas que permitan poner fin a una controversia, el segundo busca, no solucionar esta última, sino establecer las reglas para hacerlo.

Esto es más claro si se toma en cuenta, como lo hace nuestra jurisprudencia, que terminar la controversia es la esencia de la transacción¹¹¹, pues ésta no es otra cosa que la terminación de un litigio pendiente¹¹². El sentido del arbitraje es distinto: se conviene en él, no para terminar una controversia, sino para trazar un camino que permita solucionarla.

En palabras de Leopoldo Aguilar Carvajal, la transacción se distingue “del compromiso en árbitros, porque en él se asientan las bases para que sea resuelto, mientras que en la transacción, mediante las concesiones recíprocas de las partes, se pone fin al asunto, además de que en el compromiso apenas se espera la decisión del árbitro¹¹³.”

Conviene preguntarse, entonces, por qué la transigibilidad de una materia, aparece como un requisito necesario para que la misma pueda someterse a arbitraje.

A la hora de referirse a este tema, hay autores que lo consideran evidente: “no tiene sentido” el arbitraje sobre “derechos que por su naturaleza no son disponibles”, dice

¹¹¹ *Ibid.*, *ibid.*

¹¹² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tercera instancia. 18 de octubre de 1933. Gaceta Judicial, serie V, número 87, p. 2058.

¹¹³ Citado por Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, tomo XIV, p. 355

Martínez Vásquez¹¹⁴, mientras que para Faustino Cordón¹¹⁵ esa evidencia tiene que ver con un principio básico del Derecho Procesal: el requisito de transigibilidad, dice, “es obvio atendiendo a la naturaleza dispositiva del arbitraje”.

El principio dispositivo, según la doctrina, implica que es a las partes procesales a quienes corresponde “determinar el alcance y contenido de la disputa judicial”¹¹⁶. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial¹¹⁷ lo recoge al disponer que los jueces “resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso”.

Es a partir del principio dispositivo, que Patricio Aylwin deja en claro el fundamento del requisito de transigibilidad.

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

Por estas razones está negado a las partes el derecho de someter a compromiso los litigios que no sean de su interés puramente particular. Tal prohibición es consecuencia lógica de la naturaleza misma del juicio arbitral¹¹⁸.

¹¹⁴ Luis Martínez Vásquez. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*. Madrid: Civitas, 1991, p. 104.

¹¹⁵ Faustino Cordón. *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*. Pamplona: Aranzadi, 1991, p. 68.

¹¹⁶ Alfonso Troya. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1976, tomo I, p. 136.

¹¹⁷ Suplemento del Registro Oficial 544 del 9 de marzo de 2009.

¹¹⁸ Patricio Aylwin. *El juicio arbitral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 119.

Entre privados, entonces, la autonomía de la voluntad se expresa en la posibilidad de configurar el alcance del arbitraje, esto es, de conferir poder a los árbitros para resolver sobre los asuntos que sean de interés de los litigantes. Es evidente, entonces, que ese poder tiene las mismas limitaciones propias de la autonomía de la voluntad, y no puede ejercerse sobre cuestiones que han sido excluidas del espacio en el que ella opera; en otras palabras, sobre aquello que para los particulares es indisponible.

Si esto es así, conviene preguntarse si los criterios anotados pueden aplicarse cuando se trata de la Administración Pública.

Para ello, partamos de los enfoques que tradicionalmente se han utilizado para abordar el tema de la transigibilidad en el Derecho Administrativo y que son básicamente dos, uno que gira alrededor de las potestades discrecionales, y otro que pretende definir una lista de materias transigibles o que pueden considerarse como tales.

2. Transigibilidad y discrecionalidad

El primer enfoque parte de la distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales, e identifica las primeras con lo no transigible y las segundas con lo transigible¹¹⁹.

Para el Derecho Administrativo, una competencia discrecional existe cuando la ley “deja al agente al cual se la confía, libre de apreciar, en vista de las circunstancias, si debe utilizarla y cómo”¹²⁰. Siendo así, esa libertad de apreciar se identifica sin más con lo disponible, lo que puede parecer lógico, pero no es exacto.

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

¹¹⁹ Juan Manuel Trayter, op. cit., p. 95; Allan Brewer-Carías, op. cit., p. 268; Jorge Dussán. *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005, p. 208.

¹²⁰ Jean Rivero. *Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 87.

administración no hace otra cosa que cumplir un expreso mandato legal, ante lo cual admitir la pretensión de transar sería tanto como dar a las normas el carácter de negociables. Lo mismo puede decirse de los elementos reglados de la potestad discrecional, esto es, aquellos que definen el marco dentro del cual se ejerce la discrecionalidad. Como sostiene Juan Manuel Trayter,

... no podrá nunca versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre ejercicio de potestades discrecionales ... en sus aspectos también reglados ... Como hemos ya señalado, una de las notas esenciales del arbitraje es que las cuestiones litigiosas por él resueltas deben ser «materias de libre disposición», circunstancia que no concurre en los supuestos señalados¹²¹.

Aunque legislaciones como la ecuatoriana mantienen que no cabe el control judicial de actos administrativos emitidos en ejercicio de potestades discrecionales¹²², la doctrina más reciente apunta a superar este punto de vista y sostiene que no hay decisiones administrativas excluidas del control judicial. La polémica entre Tomás-Ramón Fernández, por un lado, y Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón, por otro, ha definido con claridad la necesidad de terminar con la inmunidad del ejercicio de las potestades discrecionales; no está demás decir que esta polémica, como hace notar Manuel Atienza¹²³, se basa en una diferencia “más de énfasis que propiamente teórica”, pues los tres autores coinciden en la necesidad de controlar judicialmente la discrecionalidad.

El control de la discrecionalidad se exige porque el ejercicio de esta potestad no puede entenderse, a riesgo de convertirla en arbitrariedad, como libertad del titular del órgano administrativo para hacer lo que le parezca. En efecto, la ley, cuando asigna potestades discrecionales, no da manos libres a la administración sino que le permite optar

¹²¹ Juan Manuel Trayter, op. cit., p. 95.

¹²² Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial 338 del 18 de marzo de 1968, art. 6.

¹²³ Manuel Atienza. *Cuestiones judiciales*, México: Fontamara, 2004, p. 53.

por el camino que se considere más adecuado para satisfacer los intereses colectivos; es esto último lo que debe justificarse y, para ello, resulta esencial la motivación; lo no motivado, dice Fernández, se convierte en arbitrario¹²⁴.

La decisión administrativa no es, entonces, una mera expresión de voluntad ni un simple querer del titular del órgano; solo se justifica si tiene como antecedente una evaluación detallada de razones y circunstancias, si se muestra como necesaria para el cumplimiento de los fines de orden público a los que se dirige.

Hay en lo discrecional un espacio para evaluar la procedencia de dos o más soluciones igualmente válidas, hay un “cierto margen de apreciación” que permite analizar opciones, pero en todo caso la decisión debe justificarse como necesaria para el interés colectivo y este último no es transable; en consecuencia, la decisión se justifica en función de fines de orden público y negociarla sería tanto como negociar esos fines.

En otras palabras, que la decisión del titular del órgano administrativo no venga establecida de antemano por la norma, sino que deba adoptarse a partir del abanico de opciones que esa norma plantea, no pone a los órganos administrativos en el espacio de la autonomía de la voluntad. En efecto, el hecho de que se les confiera un espacio más amplio para la toma de decisiones, no implica que sean libres de actuar como mejor les parezca; su actuación, siempre y en todo caso, debe someterse al cumplimiento de los objetivos de orden público para los cuales se les confiere la potestad.

En otras palabras, cuando se piensa que discrecionalidad equivale a transigibilidad, se olvida que en la primera no hay un ejercicio de libertad del agente, sino un espacio más amplio de decisión, limitado siempre por expresos mandatos normativos; como bien explica

¹²⁴ Tomás-Ramón Fernández. *De la arbitrariedad de la administración*. Madrid: Civitas, 2002, p. 87.

nuestra jurisprudencia, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal¹²⁵.

Esto es más claro aún si tomamos en cuenta las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa que ha desarrollado el Derecho Público, en particular aquella que parte de la noción de “conceptos jurídicos indeterminados”.

Hace más de cincuenta años, en la conferencia que dictó el 2 de marzo de 1962 en la Universidad de Barcelona, Eduardo García de Enterría¹²⁶ estableció cómo muchas de las supuestas potestades discrecionales, en realidad no son tales, sino potestades relacionadas con la aplicación de conceptos indeterminados.

Estos últimos son comunes en todas las ramas del Derecho e implican que la norma no contiene una solución determinada para un caso concreto, sino un estándar a partir del cual esa solución puede formularse, de acuerdo a las condiciones particulares que se presenten (buen padre de familia, buena fe, precio justo, etc.).

Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto, o hay buena fe en el negocio o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos de Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. ... Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio¹²⁷.

La noción de conceptos jurídicos indeterminados reduce el espacio de la discrecionalidad o, más bien, muestra que incluso las competencias para cuyo ejercicio el

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en el juicio María Eugenia Martínez y otras vs. Ministerio de Salud Pública. 26 de julio de 2006. Registro Oficial 50, 26 de marzo de 2007.

¹²⁶ Eduardo García de Enterría. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Thomson – Civitas, 2004.

¹²⁷ *Ibid.* p. 40.

titular del órgano administrativo tiene un mayor margen de apreciación, están limitadas en última instancia por expresos mandatos normativos. En otras palabras, la actuación de los órganos administrativos no es nunca libre, en la medida en que lo es la actuación de un privado, sino que debe siempre justificar el hecho de que se hace para cumplir determinados estándares legales o, en última instancia, para satisfacer el interés colectivo.

Resulta claro, entonces, que la supuesta identificación entre lo transigible y lo discrecional, no existe.

3. La búsqueda de las materias transigibles

Hay un segundo enfoque en materia de transigibilidad de las actuaciones administrativas, aquél que distingue los actos administrativos propiamente tales, de otra clase de actividades que puede realizar la Administración para gestionar la cosa pública.

Chillón y Merino¹²⁸, por ejemplo, se preguntan “¿por qué no pueden ser arbitrables el resto de los actos de gestión en los que la administración se relaciona con los particulares?”

Para responder la pregunta enumeran una serie de actividades en las que no estaría en juego el ejercicio del poder público, sino la gestión de asuntos patrimoniales; en ellas, la Administración actuaría como si fuera privado. Los autores citados incluyen en la lista la que denominan “actividad privada del Estado”, los temas de responsabilidad patrimonial, los contratos, los bienes y derechos patrimoniales y los bienes y derechos económicos no patrimoniales¹²⁹.

Marta García Pérez analiza este tema desde las diversas formas que adopta la identificación de las materias transigibles: la determinación de un criterio general o la

¹²⁸ José María Chillón y José Fernando Merino. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 176.

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 176-180.

elaboración de una lista de materias, ya a priori, desde la legislación, ya a posteriori, desde la jurisprudencia¹³⁰.

En todos los casos, lo que está en juego en este enfoque es la distinción entre la actividad administrativa desde el ejercicio del poder de imperio y la actividad que, repitiendo a Chillón y Merino, podríamos calificar como “privada del Estado”. Básicamente, la Administración no solo actúa en ejercicio de las potestades exorbitantes que le confiere el Derecho Administrativo, sino que también aplica, para determinadas actividades y relaciones, la reglas del ordenamiento privado; piénsese, por ejemplo, en las normas que rigen en el caso de los bienes de “dominio privado” de la administración o el caso de la contratación, en el que los entes administrativos dejan de lado su poder de dar órdenes unilaterales y se sirven de un instrumento propio del Derecho Privado.

El problema es que la distinción no puede ser tan tajante como aparece a primera vista, pues la presencia de la Administración introduce importantes cambios en los instrumentos de derecho privado que utiliza.

La celebración de un contrato de compraventa es el medio que utilizan las empresas o administraciones privadas para adquirir la propiedad del solar sobre el que construir la sede social donde desarrollan la dirección de sus actividades mercantiles (de las naves industriales donde fabrican bienes o de los establecimientos en los que prestan servicios). Las Administraciones Públicas también pueden servirse de ese medio jurídico bilateral y negociado en condiciones de igualdad, pero además del contrato de compraventa pueden utilizar la potestad expropiatoria para adquirir ese mismo solar de forma coactiva y forzosa¹³¹.

Como puede verse, por más que se pretende distinguir en la Administración un actuar propiamente público de otro privado, o asimilable al privado, la presencia de las potestades administrativas nos devuelve de lleno al problema que se pretende solucionar.

¹³⁰Marta García Pérez. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 2011, pp. 45-58.

¹³¹ David Blanquer. *Curso de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2005, tomo II, p. 54.

En efecto, podemos convenir en que los temas contractuales caen dentro del espacio de lo transigible, y esa es precisamente la consideración que ha llevado a admitir que se trata de temas arbitrables, pero la presencia de los poderes exorbitantes de la Administración mantiene inalterado el problema principal: ¿qué pasa cuando la ejecución contractual exige el ejercicio de esos poderes exorbitantes?

4. Transigibilidad y Derecho Administrativo

Los enfoques que se ha analizado dejan de lado un aspecto fundamental: la noción de transigibilidad se explica en el ámbito del Derecho Privado, pero no encaja en los moldes del Derecho Público; de ahí las dificultades con que tropieza la pretensión de darle vida, en un ambiente en el que se respira un aire que para ella resulta venenoso.

Me explico.

La transigibilidad es una institución que tiene pleno significado en el mundo del Derecho Privado, porque ese es el mundo de la libertad individual y de la autonomía de la voluntad. La creación de espacios de lo irrenunciable es necesaria, precisamente, porque sin esos límites la voluntad privada puede invadir mundos que el ordenamiento jurídico prefiere mantener intocados.

La regla general, dice Pérez Guerrero, es la libertad individual, y sería violar esa libertad “el poner diques a sus decisiones sean las que fueren, si ellas no atacan a la esfera de la libertad de otro. Esa esfera de la libertad ajena está relacionada con la noción de orden público, que incluye aquello que el sistema jurídico “considera esencial en la organización de la sociedad”; el orden público y esa organización social “se desquician si se permite renunciar a los correspondientes derechos”¹³².

¹³² Alfredo Pérez Guerrero. *Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano*. Quito: Universidad Central del Ecuador – Editorial Universitaria, 1973, p. 211, 224-225.

Estas consideraciones sobre libertad humana y autonomía de la voluntad, y sobre los límites que se imponen a ellas para salvaguardar el orden público, no tienen cabida cuando se trata de la Administración Pública.

En efecto, esta última no actúa sobre la base del principio de libertad sino que está sometida al principio de legalidad; esto es, no es libre de hacer lo que le parezca más conveniente, sino que está limitada a aquello que expresamente le encargue el ordenamiento jurídico.

Así, pues, no hay ... ningún espacio “franco o libre de Ley”, en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de “someterse a Derecho”, han de ser “conformes” a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen “infracción del Ordenamiento jurídico” y les priva actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad), de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa¹³³.

La Administración, dice el artículo 226 de la Constitución de la República, ejerce “solamente las competencias y facultades ... atribuidas en la Constitución y la ley”. En consecuencia, no tiene derechos, sino potestades, no obra libremente sino que requiere una habilitación legislativa previa, esto es, actúa solo en la medida en que una norma le autoriza a hacerlo. La actividad administrativa no es ejercicio de libertad, sino “de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido”¹³⁴; en esa medida, no es un poder libre sino un poder sometido a la norma y, como tal, “obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado”¹³⁵.

¹³³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2001, tomo I, p. 440.

¹³⁴ *Ibid.*, tomo I, p. 441.

¹³⁵ Tomás-Ramón Fernández, *op. cit.*, p. 89.

Mientras los particulares, en ejercicio de la autonomía que les es propia, pueden disponer libremente de sus derechos en tanto no exista prohibición expresa para ello, los órganos administrativos no se mueven en el ámbito de sus intereses individuales, sino en el del interés de la comunidad.

Los rasgos que configuran los derechos subjetivos se distinguen de las notas características de las potestades de que están investidas las Administraciones Públicas ... El contenido de los derechos subjetivos se descompone en “facultades” ..., que como su propio nombre indica son de ejercicio voluntario o facultativo ...

A diferencia de los derechos subjetivos que son renunciables y transmisibles porque satisfacen intereses de su titular, las potestades son intransmisibles e irrenunciables porque están orientadas a satisfacer el interés ajeno (en el caso que aquí importa las potestades administrativas no satisfacen intereses particulares de la propia Administración Pública, sino que tienen por finalidad satisfacer los intereses de los ciudadanos o intereses generales). Las potestades con un título fiduciario en beneficio de un tercero, y por ello son de obligado ejercicio¹³⁶.

Estas diferencias básicas entre el espacio público y el privado, se dejan de lado cuando se pretende aplicar en ambos un concepto, el de transigibilidad, que es completamente extraño al primero.

En efecto, si el concepto de transigibilidad se hace necesario para establecer límites al ejercicio de la libertad individual, ¿qué sentido tiene en un ámbito en el que los actores no gozan de libertad, sino que actúan a partir de las competencias que les han sido previamente asignadas?

Ninguno. Cuando se trata de la Administración no nos encontramos ante derechos libremente disponibles, ante un problema de transigibilidad, sino ante la existencia o no existencia de competencias legalmente atribuidas.

En otras palabras, la noción de transigibilidad, en el sentido de límite a la libertad individual, como se la entiende en el Derecho Privado, no se aplica en el Derecho

¹³⁶ David Blanquer, op. cit., tomo II, p. 205.

Administrativo, porque no cabe utilizar una institución que busca poner límites al ejercicio de derechos que, en el caso de los órganos administrativos, no existen.

5. Administración y arbitraje

La exigencia de que el arbitraje solo pueda pactarse sobre materia transigible se explica, conforme se ha visto, por la necesidad de impedir que la autonomía de la voluntad invada los espacios de lo irrenunciable. Precisamente porque los privados son libres de actuar de acuerdo con sus intereses, se requiere establecer un límite que proteja lo que se considera parte del interés colectivo y, como tal, pertenece al mundo de lo indisponible.

Pero si de lo que se trata es de proteger determinados espacios del ejercicio de la autonomía de la voluntad, el instrumento para hacerlo pierde su razón de ser cuando esa autonomía desaparece. Y eso, precisamente, es lo que pasa si uno de los actores es la Administración Pública, que no es titular de derechos sino que ejerce competencias, actúa por mandato legal y no por su libre querer y, en esa medida, no requiere un control para el ejercicio de una autonomía de la voluntad de la que carece.

En el ámbito del Derecho Público, será la legislación la que evalúe qué competencias se deben asignar a los entes administrativos y, obviamente, esas competencias se entregan sin más limitaciones que las que la propia norma establezca.

Mientras en el Derecho Privado la libertad puede ejercerse sin restricciones y es la ley la que debe establecerlas conforme a los intereses sociales, en el Derecho Público no hay libertades presupuestas sino competencias asignadas, siendo la ley la que las establece y fija sus límites y sus alcances.

Sin libertad de por medio, no hay que preguntarse qué es aquello sobre lo cuál esa libertad no puede ejercerse y, por lo tanto, la idea de transigibilidad carece de sentido en el arbitraje administrativo.

La pregunta, en este último, no pasa por el espacio de lo indisponible, sino por el alcance de las potestades que la ley asigna y que constan en la propia norma.

Parece lógico sostener, según esto, que la posibilidad de que los asuntos en los que interviene la Administración puedan someterse a arbitraje, depende de que exista una norma que confiera la potestad de celebrar el correspondiente convenio arbitral. Cuando esa norma existe, el tema es arbitrable, sin más limitaciones que las que la misma norma establezca.

En otras palabras, conferida una potestad no hay que buscar en ella límite alguno; es la ley que regula la potestad, la que debe expresamente excluir determinados asuntos de su ejercicio y, si no lo hace, no pueden considerarse excluidos.

La potestad de someter una controversia a arbitraje, entonces, incluye todo lo relacionado con ella, salvo excepción expresa. Mientras en el Derecho Privado se recurre al arbitraje en ejercicio de la autonomía de la voluntad, siendo la ley la que pone límites a este ejercicio de libertad, en el Derecho Público la competencia para recurrir al arbitraje se entrega como un todo, al que no hay que buscar más límites que los que consten en la propia norma.

Si volvemos al problema de los contratos administrativos, la autorización para que las controversias contractuales se sometan a arbitraje incluye toda controversia, con independencia de que la misma se relacione con actos administrativos de ejecución contractual.

Esto nos lleva a un tema final: la arbitrabilidad de las controversias derivadas de actos administrativos, aunque no exista un contrato de por medio.

6. Actos administrativos y arbitraje

Como se ha visto, la noción de transigibilidad, que ocupa un espacio importante en el arbitraje privado, pierde sentido cuando se trata de la Administración Pública. Mientras que en el primero la materia arbitrable la define la autonomía de la voluntad de los

interesados, limitada por los mandatos legales, en el segundo esa materia viene definida por la ley.

Si lo vemos desde el principio dispositivo, en el arbitraje privado son las partes las que señalan a los árbitros los asuntos sobre los cuales debe versar su decisión; cuando interviene la Administración Pública, claro que existe un contrato que señala la materia arbitrable, pero esa materia ha sido definida previamente por un mandato legal. En otras palabras, el principio dispositivo se aplica, no como el resultado del ejercicio de la libertad individual, sino como el cumplimiento de un mandato legal.

Lo transigible existe en el Derecho Administrativo, pero no como un atributo inmanente a la personalidad de los entes públicos, sino como una competencia expresamente asignada por las normas; es la ley la que establece qué materias y en qué condiciones pueden ser objeto de transacción. Lo mismo ocurre en el caso del arbitraje: procede cuando una ley establece su posibilidad.

Pero transigibilidad y arbitraje son independientes entre sí y, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Privado, el primero no es requisito previo del segundo, ni sirve para establecerle límites. Una y otro existen porque la ley lo permite y es ella la que define lo que puede hacerse en cada caso.

Como consecuencia, en el Derecho Público la arbitrabilidad no tiene que ver con la transigibilidad y, para establecer si una materia es arbitrable, lo que se debe establecer es si existe una ley que la defina como tal, y no si los asuntos a los que se refiere son de aquellos que se considera renunciables.

De hecho, la búsqueda de materias renunciables en el Derecho Administrativo carece de sentido pues, como se dijo ya, los entes públicos no son titulares de derechos que puedan renunciar, sino que ejercen competencias obligatorias.

El problema no pasa, entonces, por definir un espacio de lo renunciabile, sino por establecer los temas que se considera arbitrables; y esto no tendrá que ver con el hecho de que esté o no de por medio el ejercicio del poder público, sino con las conveniencias que puedan existir en un momento determinado.

Cuando el arbitraje involucra a un ente público, los árbitros no están ligados por el mandato que surja de la voluntad autónoma de quienes pactaron el arbitraje, sino que se someten a los expresos mandatos legales sobre la materia que se somete a su conocimiento. Esto quiere decir que, en estos casos, un árbitro no evalúa temas renunciables sino que, como lo haría un juez contencioso administrativo, analiza la situación desde el punto de vista de la legalidad.

La consecuencia parece clara: no hay actuación administrativa que no pueda, en principio, ser sometida a arbitraje. Es la ley la que debe definir la conveniencia de hacerlo o no en casos determinados.

CONCLUSIONES

A lo largo de este texto se ha mostrado que las dificultades para identificar las materias arbitrables en el Derecho Administrativo, se originan en la utilización de instituciones propias del Derecho Privado, que no juegan un papel, o lo hacen de modo diferente, en el Público.

En efecto, se ha asumido que el arbitraje opera de igual manera en todos los espacios del Derecho y que, si en el caso de las controversias entre privados, la posibilidad de que éstas sean conocidas por árbitros se limita a los casos que involucran derechos renunciables, esto es, materia transigible, lo mismo debe ocurrir cuando una de las partes sea la Administración. A partir de esto, se piensa que al identificar las materias transigibles en el Derecho Administrativo, se podrá establecer el espectro de cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje.

Esto parece lógico y, de hecho, ha sido generalmente aceptado, hasta el punto de que el esfuerzo de la doctrina por definir las materias arbitrales en el Derecho Administrativo se ha dirigido, precisamente, a establecer criterios de identificación de lo que para la Administración sería transigible,

Al actuar de este modo, sin embargo, hemos olvidado algo elemental: la gran diferencia entre el espacio del Derecho Privado, dominado por el principio de libertad y el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y aquél del Derecho Público, en el que prima el principio de legalidad y, por ende, no se ejerce una voluntad autónoma, sino que se actúa a partir de lo que ordenan expresos mandatos normativos.

No bien se asume esta diferencia, queda claro que el concepto de transigibilidad opera de modo diferente en los dos espacios del Derecho: en el Privado se convierte en un límite para impedir que la autonomía de la voluntad afecte el interés colectivo; en el Público,

no es límite sino mandato, pues se debe considerar transigible aquello que sea calificado como tal por una norma, sin más límite que el que la propia norma establezca.

Mientras para los privados todos sus derechos son renunciables y, por ende, la transigibilidad es la regla general, salvo ley en contrario, los entes públicos carecen de derechos y, por ende, no se les puede aplicar criterios relacionados con su renuncia; lo que tienen son potestades, y éstas solo existen a partir de las normas que las establecen.

La noción misma de transigibilidad, entonces, no existe en el Derecho Administrativo; al menos no en el sentido que tiene en el Derecho Privado. En efecto, no hay nada transigible “por naturaleza”, sino materias en las que se puede transigir si una norma lo autoriza expresamente. Siendo así, la búsqueda de las materias transigibles no es una tarea de la teoría general del Derecho Administrativo; se limita a ser una constatación práctica de lo que manda un determinado ordenamiento jurídico.

Conforme esto, el requisito de transigibilidad, que la ley establece para definir una materia como arbitrable en el Derecho Privado, carece de sentido en el Público. Mientras en el primero el ejercicio de la autonomía de la voluntad hace necesario que la norma limite su ejercicio en interés de la colectividad, en el segundo no hay autonomía que limitar y, por lo tanto, será arbitrable lo que la ley califique como tal, sin más exigencias ni límites que los que la propia ley establezca.

En el Derecho Privado, el control de la autonomía de la voluntad impide que, en virtud del principio dispositivo, los árbitros puedan actuar más allá o de forma diferente a como lo haría un órgano de la Función Judicial. En el Público, el principio dispositivo está limitado al mandato legal que da origen a la potestad para someter a arbitraje una controversia; no hay, entonces, límites que imponer, pues de ser necesarios éstos vendrán dados en ese mismo mandato legal; los árbitros, vinculados a este último, no podrán resolver

más que como lo haría un órgano de la Función Judicial, con estricto sometimiento al principio de legalidad.

Si aplicamos lo dicho al ordenamiento jurídico ecuatoriano, puesto que la ley define como arbitrables las controversias contractuales, sin ninguna condición adicional, debemos entender que se refiere a toda controversias y que la discusión acerca de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales está fuera de lugar: la ley confiere la potestad en toda su amplitud, y si la quiere limitar a determinados espacios, lo debería decir expresamente. Es lo que ocurría cuando, en el caso de los contratos de consultoría, el arbitraje estaba limitado a las controversias técnicas o económicas.

Esto, como se dijo anteriormente, solo a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, pues con anterioridad los textos constitucionales establecían una clara salvedad para el caso de los actos administrativos, cuyo enjuiciamiento entregaban por entero a la jurisdicción contencioso administrativa.

Pero lo que se ha dicho en los párrafos anteriores, que en el caso ecuatoriano se limita a solucionar el problema de las controversias contractuales, tiene un ámbito más amplio desde el punto de vista de la teoría general.

En efecto, si, como se ha visto, los árbitros, en las controversias en las que interviene la Administración, están sometidos a las mismas reglas que cualquier juez encargado de resolver controversias contencioso administrativas, no hay razón para considerar que haya materias del Derecho Administrativo excluidas del arbitraje. Incluso la legalidad de los actos administrativos puede ser resuelta por un árbitro si, como se ha visto, la idea de transigibilidad carece de sentido y un árbitro no podría ser diferente de un juez contencioso administrativo.

Obviamente, esa posibilidad solo puede definirla la ley; lo que aquí interesa es dejar en claro que puede hacerlo y que no existe el famoso límite de la transigibilidad a la hora de regular esa materia.

Esto explica que, en la práctica, haya actos administrativos que la ley ha autorizado expresamente que se sometan al juicio de árbitros; veamos, si no, los claros ejemplos que aparecen en la propia legislación ecuatoriana, a los que enseguida haré referencia.

La tarea, entonces, no consiste en identificar lo transigible dentro de las actuaciones administrativas, sino establecer, en cada ordenamiento, en cada circunstancia concreta, qué asuntos conviene, y hablo de conveniencia pública, someter a conocimiento de los jueces contencioso administrativos o de los árbitros.

En el caso ecuatoriano, los temas arbitrables están claramente definidos en la Constitución y en la ley:

i. Las controversias derivadas de contratos públicos¹³⁷, por mandato del segundo inciso del artículo 190 de la Constitución de la República. El mandato constitucional tiene carácter general y no establece distinción alguna para el caso de actos administrativos emitidos por el órgano contratante, en el curso de la ejecución contractual; en consecuencia, debe entenderse que son arbitrables todas las controversias, incluso las que tengan que ver con la legalidad de esos actos.

ii. Las controversias en materia de propiedad intelectual, conforme el artículo 374 de la Ley de Propiedad Intelectual¹³⁸.

iii. Las controversias derivadas de los contratos de inversión que celebre el Estado ecuatoriano, conforme el artículo 27 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones¹³⁹.

¹³⁷ Como acertadamente anota Efraín Pérez Camacho (*Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, tomo II, p. 967), la referencia constitucional a la contratación pública no debe entenderse como limitada a los contratos regidos por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues existen otros contratos públicos regidos por leyes diversas; piénsese, por ejemplo, en los contratos de hidrocarburos, o en las concesiones.

¹³⁸ Suplemento del Registro Oficial 426 del 28 de diciembre de 2006.

¹³⁹ Suplemento del Registro Oficial 351 del 29 de diciembre de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Aguilar Andrade, Juan Pablo. “Sobre las Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2009, pp. 19-30.

Aguilar Andrade, Juan Pablo. “Tres temas sobre arbitraje y Administración Pública”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2012, pp. 71-88.

Andrade Cadena, Xavier. “Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Instituto Brasileiro de Direito Comparado. Número 2, enero-marzo de 2009, pp. 351-366.

Atienza, Manuel. *Cuestiones judiciales*, México: Fontamara, 2004.

Aylwin, Patricio. *El juicio arbitral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Baca Oneto, Víctor Sebastián. “Los medios ‘alternativos’ de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado”. *Lima Arbitration*, 2006 pp. 221-248. http://www.limaarbitration.net/LAR1/victor_sebastian_baca_oneto.pdf (último acceso: 23 de mayo de 2014).

Berrocal Guerrero, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*. Bogotá: Librería del Profesional, 2001.

Blanquer, David. *Curso de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2005.

Brewer-Carías, Allan. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

- Chillón, José María y Merino, José Fernando. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1991.
- Cordón, Faustino. *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*. Pamplona: Aranzadi, 1991.
- Dussán, Jorge. *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005.
- Escola, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- Fernández, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. Madrid: Civitas, 2002.
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Thomson – Civitas, 2004.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2001.
- García Pérez Marta. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 2011.
- González, Miguel. *El contencioso contractual*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2004.
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002.
- López, William. *Tratado de contratación pública*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.
- Lovato, Juan Isaac, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito: Imprenta del Colegio Técnico don Bosco, 1977.

- Marchán Juan Manuel. “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana”. *Iuris Dictio*. Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Número 12, octubre de 2009, pp. 65-72.
- Martínez Vásquez, Luis, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*. Madrid: Civitas, 1991.
- Montes, Susana. “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”. *Revista de Derecho Público*. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, junio, 2002. pp. 135-142.
- Morales Andrade, Marco. “Complejidad del arbitraje local cuando una de las partes pertenece al sector público”. *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social, 2014, pp. 371-383.
- Morales Tobar, Marco. “Los límites de las potestades exorbitantes del Estado en materia de contratación pública”. *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social, 2014, pp. 139-157.
- Neira, Édgar, “El Estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana”. *Ruptura*. Quito: Libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, pp. 51-70.
- Neira Édgar, “La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2011, pp. 33-63.
- Pérez Camacho, Efraín. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

- Pérez Guerrero, Alfredo. *Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano*. Quito: Universidad Central del Ecuador – Editorial Universitaria, 1973.
- Posse Velázquez, Daniel. “Restricciones a las entidades estatales colombianas para acudir al arbitraje internacional”. Fernando Mantilla Serrano (coordinador), *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. Bogotá: Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2007. pp. 101-108.
- Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984.
- Rivero, Jean. *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis-Universidad del Rosario, 2002.
- Salcedo Myriam. “La arbitrabilidad subjetiva. La capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario – Legis, 2008, pp. 113-130.
- Sempértegui Leonardo. “Naturaleza jurídica de la cláusula de solución de controversias de los contratos de prestación de servicios petroleros en el Ecuador”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2011, pp. 127-158.
- Trayter, Juan Manuel. “El arbitraje de Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Mayo-agosto, 1997. pp. 75-106.
- Troya, Alfonso. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1976.
- Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis, 2008.
- Wray, Alberto, “Medios Alternativos al Proceso en la Solución de Conflictos”. *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales*. Quito: Corporación Editora Nacional, Centro sobre Derecho y Sociedad, 1994pp. 15-25.

Zambrano, Gonzalo, “Los Medios Alternativos en el Ecuador”. *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales*. Quito: Corporación Editora Nacional, Centro sobre Derecho y Sociedad, 1994, pp. 11-13.

Zumárraga César, “Arbitraje sobre potestades públicas en el Derecho Minero ecuatoriano”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Librería Cevallos, 2012, pp. 15-40.

Jurisprudencia ecuatoriana

Corte Constitucional. Sentencia interpretativa del artículo 422 de la Constitución, número 0001-09-SIC-CC. Suplemento del Registro Oficial 549 del 16 de marzo de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia en el juicio Fisco vs. Fiadores de Ignacio Palau. 27 de abril de 1894. Gaceta Judicial, serie I, número 60, p. 477.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tercera instancia. 18 de octubre de 1933. Gaceta Judicial, serie V, número 87, p. 2058.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tercera instancia. 30 de julio de 1992. Gaceta Judicial, serie XV, número 14, p. 4135.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de lo Constitucional. 7 de febrero de 1994. Gaceta Judicial, serie XVI, número 2, p. 524.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en el juicio María Eugenia Martínez y otras vs. Ministerio de Salud Pública. 26 de julio de 2006. Registro Oficial 50, 26 de marzo de 2007.

Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Laudo en el Arbitraje 022-03. APLITEC S.A. vs. Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil. 21 de julio de 2004.

Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Laudo en el Arbitraje 027-03. BIVA International S.A. y Bureau Veritas

Inspectio Valuation Assessment and Control, BIVAC B.V. vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana. 15 de septiembre de 2004.

Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.
Laudo en el juicio arbitral 010-06. ANDINATEL S.A. vs. Estado ecuatoriano – Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. 30 de octubre de 2007.

Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.
Laudo en el juicio arbitral Poggi vs. Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda. 5 de mayo de 2011.

Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.
Laudo en el juicio arbitral 077-09, Fondo de Inversión Social de Emergencia vs. CEPLAES. 6 de julio de 2011.

Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. Laudo en el juicio arbitral 009-2005, Consorcio Ingenieros Pérez Coloma vs. Ministerio de Obras Públicas, 6 de abril de 2007

Tribunal Constitucional, Resolución 283-92-CP. Suplemento del Registro Oficial 93, 23 de diciembre de 1992.

Jurisprudencia extranjera

Colombia-Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 16394, recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra. Consejero Ponente, Germán Rodríguez Villamizar. 23 de febrero de 2000.

Colombia-Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 16973, recurso de anulación interpuesto por el Instituto de Valorización de Manizales. Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez. 8 de junio de 2000.

Colombia-Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 25021, recurso de anulación interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca. Consejera Ponente, María Elena Giraldo Gómez. 11 de marzo de 2004.

Colombia-Corte Constitucional. Sentencia C-672/99 Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 68, 82 a 88, 111 a 142, 146, 147 (p), 148 y 194 de la ley 446 de 1998. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. 9 de septiembre de 1999.

Colombia-Corte Constitucional. Sentencia C-1436/00 Demanda 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”. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. 25 de octubre de 2000.

Legislación ecuatoriana

Bases de contratación para los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos. Registro Oficial 512, 13 de junio de 1983.

Código Civil. Suplemento del Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Suplemento del Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Suplemento del Registro Oficial 351, 29 de diciembre de 2010.

Constitución de la República. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República. Registro Oficial 763, 12 de junio de 1984.

Constitución Política de la República. Registro Oficial 183, 5 de mayo de 1993.

Constitución Política de la República. Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996.

Constitución Política de la República. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

Decreto Ejecutivo 1416. Bases de Contratación de los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. Registro Oficial 364, 21 de enero de 1994.

Decreto Ley 15. Reformas a la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. Registro Oficial 258, 27 de agosto de 1985.

Decreto Supremo 11. Reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Registro Oficial 93, 20 de enero de 1936.

Decreto Supremo 580. Decreto Ley del Contrato entre el Gobierno del Ecuador y la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. Registro Oficial 716, 22 de marzo de 1966.

Ley 44. Reformas a la Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial 326, 29 de noviembre de 1993.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 145, 4 de septiembre de 1997.

Ley de Arbitraje y Mediación codificada. Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006.

Ley de Consultoría. Registro Oficial 136, 24 de febrero de 1989.

Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial 711, 15 de noviembre de 1978.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1986.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.

Ley de Propiedad Intelectual. Suplemento del Registro Oficial 426, 28 de diciembre de 2006.

Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Suplemento del Registro Oficial 43, 10 de octubre de 1996.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Registro Oficial 871, 10 de julio de 1979.

Ley Orgánica del Poder Judicial. Registro Oficial 371-373, 19 de mayo de 1897.

Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Segundo Suplemento del Registro Oficial 100, 14 de octubre de 2013.

Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno.

Suplemento del Registro Oficial 244, 27 de julio de 2010.

Ley Reformatoria de la Constitución Política del Estado. Registro Oficial 569, 1 de septiembre de 1983.

Modelo de contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos. Registro Oficial 512, 13 de junio de 1983.

Segundo Bloque Reformas a la Constitución Política de la República. Registro Oficial 863, 16 de enero de 1995.

Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, para Obras, Bienes y Servicios Específicos. Suplemento del Registro Oficial 283, 26 de septiembre de 1989.

Legislación Extranjera

Colombia. Decreto 222 por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. 2 de febrero de 1983.

Colombia, Código Contencioso Administrativo, 1984.

Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991.

Colombia. Ley 80. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993.

Colombia. Ley 446. Ley por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, 1998.