

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo trata sobre el Arbitraje como un mecanismo alternativo para la solución de las controversias, pero tiene un enfoque específico, su aplicación en el Sector Público.

La idea de este tema surgió cuando en Octubre de 2005 se llevó a cabo el Seminario Internacional “Arbitraje Nacional e Internacional – Reglas de Procedimiento”, en este evento se analizaron cuestiones de mucho interés y los expositores supieron transmitir en forma clara sus conocimientos y experiencias al respecto, uno de los asuntos fue precisamente este, el Arbitraje en el Sector Público, el mismo que causó debates y discusiones sobre su efectiva aplicación en la actividad jurídica actual.

Sin duda alguna, la ocasión que acabo de mencionar motivó esta investigación, la misma que procura abarcar temas sobre los cuales sea posible construir nociones que contribuyan a la aplicación efectiva de este mecanismo alternativo.

En primer lugar se realizó una reseña histórica tanto del arbitraje –en términos generales- como de la orientación que pretende esta monografía, es decir ya del Arbitraje en el Sector Público.

Además se analiza el concepto de arbitraje y su respectiva clasificación, así como sus características. Otro punto que no podía dejar de ser tratado es el que se refiere a los requisitos que el Sector Público debe cumplir para que efectivamente pueda darse el arbitraje. Las medidas cautelares también integran el primer capítulo y se hizo un breve análisis de su aplicación en este trámite que antes no permitía sino que el juez sea quien las ordene y ejecute.

El segundo capítulo contiene un estudio de la Administración Pública, sus conceptos, las actividades que realiza, y las instituciones que la conforman.

Integra esta parte la Contratación Pública, los principales contratos y sus definiciones. Consideré importante analizar la capacidad en los contratos celebrados por el sector público, por lo que junto con la autonomía de la voluntad les he dado un espacio en el que se pueda comprender su importancia en la contratación pública, ya que son elementos esenciales en todo contrato pero cuando interviene el Estado, por medio de sus instituciones, éstas son diferentes ya que no pueden obrar por sí mismos y requieren además que la ley les atribuya de capacidad, además la sola motivación de contratar no es suficiente sino que debe orientarse a satisfacer una necesidad pública.

En esta parte la investigación ya empieza a adquirir una “forma” por así decirlo, ya que se analiza directamente el Arbitraje en el Sector Público, pero al carecer de una bibliografía cuyo enfoque o tema central sea el de este estudio, los conceptos que se presentan aquí resultan del conjunto de normas nacionales e internacionales, así como de las distintas definiciones dadas por autores reconocidos como Dromi, Bielsa, García de Enterría, Borja y Borja, entre otros.

El tercer capítulo trata sobre el Arbitraje Internacional, como subtemas encontramos a los siguientes: el Arbitraje Internacional, el Laudo Arbitral y el Laudo Arbitral Extranjero. Las relaciones entre los Estados han permitido y también provocado que surjan nuevas instituciones como el arbitraje, además el comercio significa la apertura de fronteras, todo esto da lugar a que al celebrar los contratos, incluso Convenios de carácter internacional, se incorporen a los mismos cláusulas para la solución alternativa de los conflictos para evitar que se afecte la relación entre las partes, promoviendo tanto la paz entre los Estados y las partes así como también precaver que se mantengan las relaciones entre éstos.

El último capítulo es el análisis de un caso práctico, es el trámite que se resolvió mediante un laudo dictado por un Arbitro Único y cuyos litigantes eran, por un lado, la Ilustre Municipalidad de Cuenca y, por otro, la Empresa Autoparque S. A. El conflicto surge por la imposición de multas a la empresa Autoparque S.A. por parte del Municipio de Cuenca, ambas partes se comprometen a cumplir con lo que se establezca en el laudo arbitral.

En el presente trabajo me propongo que, a través de los distintos conceptos, normas y en general del análisis que se ha desarrollado, el Arbitraje sea considerado como un mecanismo efectivo para la solución de los conflictos en los que interviene el Sector Público por medio de cualquiera de sus instituciones. Para ello se han citado normas que regulan este mecanismo y que se han ido incorporando en legislaciones como la nuestra en la que es posible que el Estado se someta a un laudo arbitral de igual forma que a una sentencia dictada por un juez.

La metodología que se utilizó para elaborar este trabajo monográfico fue de diferente índole, tal como se detalló en el esquema presentado, la investigación se realizó en libros, además en Internet, se contó con la colaboración del Centro de Arbitraje de las Cámaras de la Producción del Azuay y del Ilustre Municipio de Cuenca, instituciones que me facilitaron documentos y datos importantes así como el caso práctico que se analiza en el último capítulo y; por supuesto el criterio de profesionales con los cuales se ha abordado el tema y he podido desarrollar ideas que se plasman de cierta manera en esta investigación.

Con esta investigación lo que se procura es analizar las distintas normas sobre el arbitraje y aquellas que regulan la actividad de la Administración Pública, corroborar los conceptos de uno y otro y, finalmente, comprobar que a pesar de la actividad reglada del sector público, este puede someterse a este mecanismo alternativo porque es la misma ley la que prevé esta posibilidad.

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE

1.1.- Antecedentes históricos generales.

El arbitraje como medio de solución de conflictos aparece en épocas muy antiguas. En el antiguo testamento encontramos algunas nociones sobre arbitraje. El autor Ramón Jiménez, en su obra *Medios Alternativo* manifiesta que cuando Moisés escuchaba a los demás y resolvía sus conflictos, se habla ya de arbitraje.

En Roma, la Ley de las XII Tablas establecía que los ciudadanos pueden sujetarse a la decisión que tome sobre determinado conflicto un magistrado, siempre y cuando se hayan obligado mediante un contrato arbitral denominado *litis contestatio*. Este procedimiento extrajudicial reemplaza a otro, el denominado *ordo iudiciorum privatorum*. La Tabla XII (mediados del siglo V A. de C.) manifiesta que: “Si alguno se hace dar falsamente la posesión interina, que el magistrado nombre tres árbitros y que en virtud de su sentencia sea condenado a restituir el doble de los frutos”

La Ley del Tali3n se basaba en el ejercicio de una especie de venganza privada, esta venganza impulsa el Derecho, surge como una reacci3n violenta por la injusticia que se ha producido; pero fue evolucionando hasta cuando un tercero, generalmente el m1s viejo o el m1s sabio, era quien daba soluci3n a un conflicto; es decir, hab1a un intermediario al que las partes en controversia se somet1an para solucionarla.

La creaci3n del Derecho surge de una necesidad de las personas de regular sus conductas y evitar as1 que se ocasionen m1s da1os a los intereses de cada uno de los miembros de la sociedad, es as1 que el Derecho fue sistematiz1ndose por s1 mismo. El Diccionario Jur1dico OMEBA manifiesta que no es extra1o que la justicia se organice sola, sin la actual instituci3n judicial, tampoco es imposible la existencia del

derecho sin el legislador porque el Derecho surge de la costumbre. Mas agrega: “Lo que no puede faltar son los jueces, hombres buenos, versados, prudentes, y acaso peritos en alguna materia...”¹

En la Edad Media, los reyes se desempeñaban también como jueces, ellos eran quienes daban lugar al trámite arbitral para solucionar las controversias que surgieran entre los particulares. Luego este rol lo cumplen los señores feudales y años más tarde se les encomienda a los jueces señoriales.

En 1789, con la Revolución Francesa, en la Constitución de Francia, se incluye el arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos, como un derecho de los ciudadanos.

A nivel internacional, en cuanto a las divergencias que han surgido entre los Estados, el arbitraje ha sido considerado como el principio de Derecho Internacional Público Americano; por lo que se ha procurado la incorporación de este método en un sin número de tratados y convenios internacionales. Todo esto con el objetivo de impedir que continúen produciéndose conflictos de cualquier naturaleza. El arbitraje se estableció, entonces, no solo para las controversias jurídicas, sino para aquellos de carácter comercial también.²

En 1901 se celebró la II Conferencia Panamericana de México en la cual se dio un extenso análisis del arbitraje y se consagró como parte del Derecho Internacional americano la Convención de la Haya sobre arreglo pacífico de los conflictos internacionales.

El 29 de julio de 1899 se creó el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, constituyéndose en el primer tribunal en funcionamiento creado con este propósito. Está integrado por los Miembros de la Corte, los mismos que son elegidos por los Estados partes de las Convenciones de 1899 y 1907.

¹ Diccionario Jurídico OMEBA, Tomo XVII 221.

² Rivera Reyes Juan; *Un Mundo Nuevo* 143.

En sus inicios, el tribunal dirimía conflictos de carácter bélico; sin embargo, las nuevas normas permiten que se practique el arbitramento para otros tipos de conflictos que puedan presentarse y, por lo tanto, que esta figura se mantenga acorde con los requerimientos de la comunidad de naciones.

En los diferentes países, el proceso de inclusión del arbitraje como una institución propia que soluciona los conflictos entre los ciudadanos en las legislaciones internas de cada Estado, ha evolucionado por distintas vías.

En Alemania, este mecanismo recuperó importancia con la expedición de nuevas leyes: los Códigos Bávaro, el de Prusia y, principalmente el de Procedimientos civiles de 1877.

Inglaterra dio pasos muy grandes respecto al arbitraje creando leyes que lo agilizaban y promovían, pero sobre todo otorgaban eficacia al proceso arbitral. En 1698 se dictó la primera ley sobre arbitraje y fue en 1927 cuando el primer laudo extranjero se ejecutó.

En Francia, el Código Napoleónico exigía, por ejemplo el nombre de los árbitros y la existencia de un convenio, para la aplicación del arbitraje. El Estado tiene la capacidad para someterse a un procedimiento arbitral, según lo dispuesto en su Código de Procedimiento Civil.

En España se dictaron varias leyes que regulaban el arbitraje. La Ley de las Siete Partidas de Alfonso X (1256), regula lo referente a qué clase de controversias son las que deben someterse a conocimiento de un árbitro, las sentencias y su ejecución, entre otras cuestiones. La Constitución de Cádiz de 1812 contribuyó con una nueva visión del arbitraje como derecho elemental de los españoles. También se expidieron las Leyes de Toro (1503), la Nueva (1567) y Novísima Recopilación (1805). En 1988 se expide la Ley 36 con la que se institucionaliza al Arbitraje.

En Brasil, se introdujo la figura del arbitraje en la legislación interna hacia el año de 1917.

En México, al igual que en España, el principal antecedente del arbitraje se halla tanto en el Código de las Siete Partidas como en la Nueva y Novísima Recopilación; además de las Ordenanzas de Bilbao en 1511, las mismas que establecieron para el arbitraje un trámite sumario.

Es importante mencionar también a los Consulados, los cuales se crearon con el objetivo de solucionar los conflictos que nacieran entre los grandes mercaderes, en los puertos principalmente. El Tribunal consular tenía competencia para conocer sobre las disputas entre mercaderes, compañeros y factores; este tribunal estaba integrado por un alguacil que era quien debía ejecutar lo que se haya dispuesto.

En nuestro país, en el Registro Oficial Nro. 145 del 4 de septiembre de 1997 se publicó la Ley de Arbitraje y Mediación; de esta manera el Arbitraje existe como una institución distinta, con principios y procedimientos propios que lo distinguen de la justicia ordinaria.

Con esta nueva ley, se deroga la Ley de Arbitraje Comercial dictada y publicada en 1963; la sección XXX del título II del libro II del Código de Procedimiento Civil; la sección XV del título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial; el Art. 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; además la interpretación realizada al Art. 1505 del Código Civil.

1.2.- Antecedentes históricos del Arbitraje en el Sector Público.

El Dr. Hernán Pérez Loose hace un análisis de lo que podría considerarse como antecedentes del Arbitraje como mecanismo alternativo en el campo del derecho administrativo, en lo relativo a los servicios públicos, contratos de obra pública, de construcción, etc. Entonces, manifiesta que deben examinarse tres acontecimientos (el primero de ellos a nivel internacional, el segundo se refiere al ámbito nacional y

el último es en el plano administrativo) que posiblemente son los que han dado lugar a que los actos originados en la potestad pública puedan ser demandados ante los Tribunales de Arbitraje. Estos sucesos son los que explico a continuación.

El primero de ellos se refiere a la búsqueda de un Nuevo Orden Económico Internacional por parte de los Estados industrializados y los que se hallaban en vías de desarrollo, esto tuvo como consecuencia inmediata la Declaración para el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (1974) de las Naciones Unidas, reconocimiento que promueve el respeto a los principios políticos y económicos y, entre ellos, la efectiva solución de los conflictos para todas estas naciones. Esta Declaración afirma que el avance económico es un elemento poderoso en los países en vías de desarrollo, principalmente, contribuye a aumentar las exportaciones mundiales con mejores condiciones comerciales para todos.

Para llevar a cabo los objetivos de esta declaración se realizó un Plan de Acción, enfocado al cumplimiento de nuevas medidas que cambien el anterior orden económico internacional. Estas medidas tienden a incrementar la ayuda financiera, establecer un precio uniforme de las materias primas y a la creación de nuevos mercados para los países en vía de desarrollo.

En este nuevo intento, iniciaron las negociaciones multilaterales sobre asuntos tales como el comercio, finanzas, transporte aéreo y marítimo, telecomunicaciones, etc.

Lo que se quiso conseguir se traduce a que las actividades multinacionales, la mayoría de ellas sobre inversión extranjera, puedan ser reguladas de manera similar para todos los países; asunto sobre el que no se lograba un consenso. Sin embargo, la Convención Internacional para el Arreglo de las Disputas sobre Inversión (la misma que tuvo mucha acogida entre las naciones), vigente desde 1966, prevé la resolución de los conflictos entre los Estados contratantes e inversionistas y entre nacionales de otros Estados contratantes mediante procedimientos de arbitraje, en un Centro del Banco Mundial, este particular es, tal vez, lo que permitió que este mecanismo pueda ser efectivamente aplicado, pues no era una jurisdicción extraña la que solucionaría el conflicto, sino un Centro del Banco Mundial aplicando normas de carácter uniforme. Esto a su vez provocó que los países establezcan, en los tratados

bilaterales, al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas, en el marco de la convención antes mencionada o de las reglas UNCITRAL.

Es así que, por ejemplo en el párrafo 2 del Art. XIII del Convenio entre los Gobiernos de Ecuador y Canadá sobre Protección de Inversiones, se establece que “Si una disputa no se hubiese resuelto amistosamente dentro de un período de seis meses a partir de la fecha de su inicio, el inversionista podrá someterla a arbitraje...”.

En segundo lugar, el arbitraje ha sido aceptado no solo en el plano internacional como lo manifesté en los párrafos anteriores, sino que también ha cobrado gran importancia en el ámbito nacional. Se puede decir que cada vez más asuntos se tramitan por esta vía, renunciando a la justicia ordinaria; pero sobre todo, es posible en la actualidad hablar de un procedimiento arbitral en el que una institución del Sector Público pueda ser demandada con igual o mayor efectividad que si se sometiera a conocimiento de la justicia ordinaria, así mismo puede ser quien proceda a dar inicio al trámite arbitral.

El Dr. Derik Latorre Boza, cita a Juan Manuel Trayter, quien sostiene que al incorporarse el arbitraje al derecho administrativo se debe a la “legitimación de un Estado promotor, descentralizado y democrático”³.

La Ley General de Arbitraje de Perú prevé la figura del Arbitraje de Estado o el arbitraje administrativo, con la cual las controversias que surjan de un contrato celebrado por el Estado con nacionales o extranjeros, o aquellos celebrados por personas jurídicas de derecho público, pueden someterse a un procedimiento arbitral, ya sea nacional o internacional.

En la legislación nacional se reguló al arbitraje en el Código de Procedimiento Civil, Ley de Arbitraje Comercial y en la Ley Orgánica de la Función Judicial. Varios problemas impedían que este mecanismo tuviera éxito en cuanto a la resolución de conflictos.

³ Latorre Boza Derik, *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas*

El Código de Enjuiciamiento en materia Civil de la República del Ecuador de 1899, también preveía en el Libro I, Título I, Sección Iª el procedimiento arbitral. El Art. 2 manifiesta que: “Establecen también jurisdicción las personas que los interesados nombran para que, como árbitros, conozcan en algún negocio particular”. El párrafo cuarto del Art. 4 establece que la jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes. Finalmente, el Art. 22 dice que ejercen la jurisdicción convencional los Jueces Árbitros.

En el Código de Procedimiento Civil se reglamentó que el laudo arbitral era susceptible de apelación, sin otorgar fuerza a la cláusula compromisoria, pese a que no se trata de una cláusula accesoria al contrato en el que está prevista, sino más bien que es independiente de éste y la disposición no es nula, necesariamente, si el contrato lo es.

La Doctrina ha considerado que la cláusula arbitral se trata de un contrato incorporado a otro contrato, otorgándole a aquella una autonomía que le da total validez y eficacia aunque el contrato del que surgió sea nulo. Este criterio ha sido recogido por la actual Ley de Arbitraje y Mediación en el Art. 5.

Otro problema que se veía en el Código de Procedimiento Civil se refiere a que los árbitros carecían de la facultad de dictar medidas cautelares, vacío en el que ya no incurre la ley de la materia (Art. 9).

La Ley de Arbitraje Comercial, expedida en 1963, intentaba facilitar la resolución de los conflictos que surjan de las actividades comerciales, tal vez con el mismo propósito por el cual se realizó la Declaración para el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional; es decir, el respeto a los principios de carácter general promoviendo la solución pacífica de los conflictos que puedan suscitarse.

Sin embargo, esta ley establecía requisitos muy difíciles de cumplir para que el conflicto se pueda someter a conocimiento de un tribunal arbitral. Exigía un convenio de las partes en el que conste la cuestión controvertida, el objeto del

reclamo o la solución a la que se pretende llegar. Pero si las partes quieren someter su conflicto a un tribunal arbitral es porque, seguramente, no pudieron llegar a un acuerdo que es lo que precisamente esta ley les exigía, entonces en ningún momento este mecanismo podría ser el que dé la solución.

Por último, dentro del campo del derecho administrativo mismo, se han dado diversas transformaciones resultantes de los cambios a nivel internacional que promueven una globalización en cuanto al aspecto económico, lo que esta amparado por normas de carácter internacional, previstas en convenios y tratados internacionales y que consideran al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias.

Esta transformación en esta área del derecho también se debe a la participación que los ciudadanos van adquiriendo en las decisiones del Estado, sean éstas sobre políticas de gobierno o de Estado; así vemos como avanzan los procesos de descentralización, de implantar una cultura política entre los ciudadanos y con ello ejercer una democracia participativa y representativa, especialmente en nuestro país en donde vemos la manera cómo se han organizado los diferentes sectores de la sociedad precautelando que se cumplan las leyes y que se garantice una estabilidad para los administrados; pero que sobre todo se pueda hacer responsable al Estado por sus omisiones en cuanto al desempeño de una adecuada gestión pública.

El objetivo que se persigue al someter al Estado o sus instituciones a este mecanismo de solución de disputas, es hacer que el Estado cumpla lo referente a la prestación de servicios, la adquisición de bienes, la realización de obras, etc.; pero, el propósito va mucho más allá, pues no solo debe cumplir sino hacerlo de tal manera que satisfaga las necesidades de la colectividad, garantizando los derechos de los ciudadanos y la igualdad de ser juzgados sin que quepa, de ninguna manera, arbitrariedad alguna.

Varias leyes que regulan la actividad administrativa, la gestión pública, prevén también el arbitraje como mecanismo de solución de los conflictos que puedan suscitarse en el cumplimiento de un contrato o convenio; entre ellas están la Ley de Modernización del Estado, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Ley

de Contratación Pública, Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, Ley de Consultoría, etc.

1.3.- Concepto, clases y características.

La palabra Arbitraje (ABDITARE) etimológicamente significa “Tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia”.

El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que:

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

El Dr. Ramiro Moreno Baldivieso, en su artículo titulado *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, cita a Patricio Aylwin, quien dice que el Arbitraje es aquel al que las partes concurren voluntariamente o por disposición del legislador, se verifica ante Tribunales especiales elegidos, generalmente, por las partes; su origen es contractual, en virtud de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual.

El Estado es el encargado de administrar justicia a través de los jueces o magistrados establecidos por las leyes (facultad indelegable); es decir, es el que tiene el deber jurídico de dirimir las controversias conforme con los principios del Derecho, la ley, la jurisprudencia y la doctrina. El Dr. Edgar Terán, al respecto, manifiesta que es debido a los conflictos que existen la justificación de la Función Judicial del Estado.⁴

⁴ Ponencia presentada en el Seminario sobre Arbitraje Nacional e Internacional y sus Reglas de Procedimiento, realizado en Cuenca el 25, 6 y 27 de Octubre de 2005

Según Roque J. Caiviano “los conflictos... forman parte de la propia naturaleza de cualquier comunidad”.⁵

Pese a esta administración de justicia, en la actualidad escuchamos a diario hablar sobre medios alternativos de solución de conflictos, es más, en la mayoría de legislaciones del mundo se han incorporado estos mecanismos porque se considera que la justicia ordinaria no es suficientemente eficiente, por ello el arbitraje se presenta como un mecanismo que, en base a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual, soluciona las controversias de manera efectiva y ágil.

La Enciclopedia Salvat define al arbitraje como:

Juicio arbitral consiste en someter al juicio de un tercero la cuestión disputada entre dos litigantes, en lugar de llevarla a la decisión de los tribunales ordinarios. Procedimiento para resolver pacíficamente conflictos internacionales, sometiéndolos al fallo de terceros⁶.

El Diccionario Anbar en la parte pertinente establece que “Por excepción la Ley permite a las partes alejarse del órgano jurisdiccional del Estado, para someter sus controversias a la decisión de jueces que ellas mismas designan, quienes toman el nombre de árbitros...”⁷

El autor Guillermo Cabanellas define al arbitraje como: “La acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o asunto”.⁸

⁵ Roque J. Caiviano; *Arbitraje: Su Eficacia como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos* 21

⁶ *Enciclopedia Salvat Diccionario*, Salvat Editores 254

⁷ *Diccionario Anbar* 338

⁸ Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* 37

En el Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación, establece que no solo sean los jueces o magistrados los que puedan dar solución a un conflicto entre los particulares, sino también los llamados árbitros o mediadores. La Función Judicial cuenta con un centro de arbitraje y mediación, pero además este mecanismo puede ser aplicado por las Cámaras de Producción, asociaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro que se organicen con este propósito.

Los conflictos entre los seres humanos han existido desde siempre, su solución, en un principio, estaba encargada a los jueces y magistrados como ya hemos mencionado. Sucede en la actualidad que muchas veces se considera a la administración de justicia como lenta e ineficaz, y por lo tanto, se concluye que no se está cumpliendo con la función encomendada. Por esta razón, más bien se opta porque un árbitro sea quien dé solución al problema, “entonces el Arbitraje y la Mediación se presentan como alternativa válida para dirimir las controversias puestas a su consideración”.⁹

Son quienes se encuentran en conflicto o los que precaven un posible problema los que deben, en primer lugar, intentar resolver el problema, pues ellos son los que guardan directo interés con determinado resultado. En base a ese beneficio, pueden decidir someter el conflicto a la resolución de un tercero imparcial, el que actúa como un nexo entre las partes. El arbitraje es entonces un sistema llamado de heterocomposición, porque el acuerdo que ponga fin al conflicto no proviene de las partes sino del tercero imparcial.

Quienes intervienen en la controversia, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y el de la libertad contractual, renuncian a la justicia ordinaria para someter el problema a la decisión de un tercero imparcial, un árbitro, quien dará una solución pacífica a la controversia de diferentes formas, dependiendo del convenio de los interesados.

No hay una delegación de la administración de justicia, sino un ejercicio de la libertad contractual, de la autonomía de la voluntad de las personas.

⁹ Izurieta Mora Raúl, *ECUADOR: NUEVA LEY DE ARBITRAJE*.

Los Arts. 2 y 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación establecen que el arbitraje podrá ser:

- Administrado: de acuerdo con lo dispuesto por esta ley y por el Centro de Arbitraje.
- Independiente: de acuerdo a lo pactado por las partes y con sumisión a lo previsto en esta ley.
- En equidad: es el laudo para el cual el árbitro actúa “conforme a su leal saber y entender y atendiendo los principios de la sana crítica”.
- En derecho: es el laudo para el cual el árbitro, que en este caso será abogado, se sujeta a la ley, los principios universales de derecho, jurisprudencia y doctrina.

Esta institución nace básicamente de un contrato con el objetivo de solucionar futuros conflictos o aquellos que se hayan presentado. El convenio arbitral incorporado en el contrato es vinculante para las partes, por lo que se prescinde de los órganos jurisdiccionales el conocimiento de la controversia, aunque intervengan para ejecutar el laudo arbitral en ciertos casos, los que actúan más bien como órganos ejecutores, es decir, de manera coactiva, para que el laudo sea cumplido por las partes.

Que el pacto arbitral es vinculante significa que las partes no pueden someter el caso a la justicia ordinaria; aunque pueden renunciar al convenio.

El laudo arbitral tiene el efecto de cosa juzgada, aun sin ser un juez el que lo dicte, en consecuencia, no es susceptible de apelación ni casación.

La única acción que cabe en contra del laudo arbitral es aquella que versa sobre la nulidad del mismo. Sin embargo, si las partes han optado por este mecanismo y se ha declarado la competencia del tribunal, no existe una razón lógica que justifique esta acción sino para no acatar la decisión del tribunal elegido por las partes. Tal vez esta conducta se la realiza porque no se conoce bien el procedimiento arbitral o porque se

intenta dilatar el cumplimiento de una obligación y más bien se prefiere recurrir una vez más a los métodos tradicionales de administración de justicia.

Existen tres corrientes que explican la naturaleza jurídica del arbitraje:

- a) Corriente Contractualista o Privatista.- Tiene un origen contractual, es decir privado, por lo que los árbitros actúan como mandatarios con el encargo de hacer que se cumpla el contrato. Según esta corriente, en este caso, los terceros que resuelven el conflicto carecen de “*imperium*” y por lo tanto deben acudir a un juez para ejecutar lo resuelto.
- b) Corriente Jurisdiccionalista o Procesalista.- Encuentra su fundamento en la ley, solo de esta manera es posible obligar a las partes a cumplir el contrato.
- c) Corriente Ecléctica o Sincrética.- El laudo arbitral tiene como origen, por una parte, el convenio y, por otra parte, el ordenamiento jurídico que da paso al procedimiento arbitral. La misma ley prevé la jurisdicción convencional y, en base al acuerdo de las partes contratantes es posible dar solución al conflicto que surja o pueda surgir siguiendo lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Se podría decir que las características fundamentales del Arbitraje son las siguientes:

- Es un medio alternativo para la solución de las controversias.
- Estas controversias son resueltas por árbitros imparciales a elección de las partes.
- La actuación de los árbitros surge del convenio arbitral.
- El tribunal expide un laudo que es inapelable, solo es susceptible de la acción de nulidad en los casos determinados en la ley.
- La decisión a la que llegue el Tribunal tiene efecto de cosa juzgada.

Específicamente, en lo referente al Arbitraje en el Sector Público, el Dr. Luis Fraga Pittaluga define al mismo como: “Aquel mediante el cual la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones y, los administrados pueden pactar que las diferencias surgidas en las materias de su libre disposición o las señalados por la ley, sean resueltas por un árbitro mediante un laudo arbitral que tiene eficacia de cosa juzgada”.¹⁰

El Arbitraje que se da en el Sector Público cuenta también con características propias además de las que ya mencioné anteriormente, aunque también se podría considerar que se trata más bien de requisitos que deben acompañar al procedimiento arbitral. Para el Dr. Derik Latorre¹¹ las características, son las siguientes:

- Debería desarrollarse en base a principios de transparencia o de publicidad, pues nos referimos a conflictos en los que se encuentran en disputa bienes o derechos que tienen que ver con los recursos del Estado y que, deben ser manejados de una manera que no afecte los intereses de la población. Además, debemos recordar el principio recogido en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en virtud del cual, toda la información referente a las instituciones del sector público o privado que tengan participación del Estado, están sometidas al principio de publicidad y, salvo las excepciones legales, la información tiene un carácter público.

1.4.- Requisitos que el Sector Público debe cumplir.

El Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que además de los requisitos establecidos en esta Ley, las Instituciones del Sector Público deben cumplir con otros requisitos, so pena de que el convenio arbitral se declare nulo por la omisión o incumplimiento de los mismos.

¹⁰ Fraga Pittaluga Luis, *El Arbitraje en el Derecho Administrativo* 48.

¹¹ Obra citada (16)

1.4.1.- Debe existir un pacto o convenio arbitral previo al surgimiento del conflicto.

El Art. 5 de la Ley de la materia establece que el convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden que todas o ciertas controversias que surjan entre ellas respecto a determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se someterán a arbitramento.

El convenio debe ser escrito, si se trata de un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio, deberá constar en un documento con el nombre de las partes y la determinación clara del negocio jurídico al que se refiere.

Si el convenio es el resultado del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito en el que conste la voluntad de la partes de someterse a arbitraje también se entenderá que se trata de un convenio arbitral.

Los autores Gilberto Peña y Néstor Martínez definen al pacto arbitral como:

...Un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituye la expresión de voluntad de los contratantes destinada a producir un efecto jurídico: otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que puedan vincularlos.¹²

La ley establece además que si se desea realizar un convenio cuando ha surgido una controversia es necesario el dictamen del Procurador General del Estado.

La Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en el Art. 3 establece las funciones del Procurador General del Estado y, en los literales a) y b) se señalan, entre otras, las de ejercer el patrocinio del Estado y de sus instituciones y

¹² Peña C., Gilberto y Martínez N., Néstor, *Pacto Arbitral y Arbitramento en Conciencia* 35.

la representación del Estado y de los organismos y entidades del Sector Público que carezcan de personería jurídica en defensa del patrimonio nacional y el interés público.

En virtud a tales funciones el Procurador está facultado, conforme lo establece el Art. 5 de la ley ya mencionada, para:

- a) Proponer acciones en defensa del patrimonio nacional y el interés público, contestar demandas e intervenir en las controversias que se sometan a la resolución de los órganos de la Función Judicial, de tribunales arbitrales y de tribunales o instancias con jurisdicción y competencia.
- b) Intervenir como parte procesal en los juicios penales, controversias y procedimientos administrativos de impugnación o reclamo, sometidos a la resolución de la Función Judicial, tribunales arbitrales y otros órganos jurisdiccionales, en los que intervengan organismos y entidades del sector público, que carezcan de personería jurídica.
- c) Supervisar el desenvolvimiento de los procesos judiciales, arbitrales y administrativos de impugnación o reclamo, en los que participen las instituciones del Estado con personería jurídica.

Esta misma ley en el Art. 11 manifiesta que el arbitraje al que se someterán los organismos y entidades del sector público será de derecho, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación. Se excluye de esta manera la posibilidad de que el laudo que se dicte sea en equidad, ya que se ordena que sea de derecho.

Sabemos que en derecho público solo puede hacerse lo expresamente permitido por la ley, pero sería conveniente que en temas de contratación pública, por ejemplo, que es un asunto bastante técnico, la ley prevea un arbitraje en equidad o un arbitraje en derecho en la forma establecida en la ley de Perú, permitiendo que únicamente el

presidente del tribunal sea abogado y los demás integrantes sean profesionales de la rama sobre la cual versa la controversia. Siendo así se podría contar con árbitros capacitados y especialistas en la cuestión que solucionen de manera adecuada y ágil, cumpliendo con los propósitos propios del arbitraje.

Otro problema que surge de la interpretación de este precepto, esto es, qué sucede con las personas jurídicas de derecho privado que cuentan con fondos del Estado. ¿También están sujetas a lo dispuesto en el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, es decir, deben someterse a un arbitraje de derecho?

Para responder el anterior cuestionamiento es necesario anotar que según el Art. 3 literal c) de la misma ley, entre las funciones del Procurador General del Estado se halla la de supervisar los juicios que involucren a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos y podrá promoverlos o intervenir en defensa del patrimonio nacional y del interés público. Entonces, debemos entender que es posible tanto un arbitraje en derecho como en equidad. En el primer caso el representante del Estado promueve el proceso y, en el segundo caso, es posible aplicar este mecanismo siempre y cuando no se afecte el patrimonio nacional ni se contravenga el interés público (¿?), siendo el Procurador del Estado el encargado de precautelar que el proceso arbitral se lleve de tal manera que no se quebrante el propósito de la disposición.

1.4.2.- La relación jurídica a la cual se refiere el convenio debe ser de carácter contractual.

No es posible, por ejemplo, someter a decisión de un tribunal arbitral lo referente a la legalidad de un acto administrativo, ya que no tiene un carácter contractual, es más bien una manifestación unilateral de la administración que puede ser impugnada mediante otro procedimiento, sujetándose a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o al Estatuto del Régimen Ejecutivo y Administrativo de la Función Ejecutiva, o a las demás leyes de carácter administrativo, dependiendo del caso;

además el tribunal competente para conocer el asunto no lo es el de arbitraje sino el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Es preciso recordar que en cuanto a la prestación de servicios públicos como son el agua, la luz, la telefonía, existe una relación de carácter contractual entre la administración y el administrado, por lo que la no prestación o la prestación deficiente de estos recursos sí puede ser motivo de una demanda ante el tribunal de arbitraje.

1.4.3.- El convenio debe incluir la forma en la que se seleccionará a los árbitros que darán solución al conflicto.

Una vez que se haya constituido el tribunal, los árbitros están obligados a cumplir las funciones establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación. Cabe recalcar que tratándose de arbitraje de derecho, que es el que cabe para los procesos en los que intervenga el Estado o una de sus instituciones, este cargo podrán ejercerlo únicamente quienes sean abogados.

En este punto cabe hacer una reflexión acerca de lo que prevé la Ley de Arbitraje del Estado peruano, hay una diferencia muy importante en lo relativo al tribunal, ya que éste, según aquella ley, puede estar integrado por personas que no sean abogadas con la condición de que el presidente lo sea. Nuestra ley de la materia establece que el tribunal debe estar integrado por abogados, pues se trata de un arbitraje de derecho exclusivamente; sin embargo, como lo he mencionado anteriormente, vale la pena la introducción de esta reforma en la ley pertinente pues tratándose de asuntos técnicos y al ser la especialidad una de las ventajas de este mecanismo, el tribunal podría estar conformado por profesionales que conozcan el tema muy bien y, por lo tanto, concluyan la controversia de manera más ágil y más apegada a la realidad.

La Doctrina ha considerado que se trata de un tribunal mixto, integrado por profesionales del derecho y por personas expertas dotadas de conocimientos técnicos que pueden solucionar la controversia conjuntamente de manera más apropiada.

Debemos señalar también que la Ley de Arbitraje y Mediación señala que, tratándose del arbitraje para entidades del sector público, la falta de selección de los árbitros acarreará la nulidad del convenio arbitral.

1.4.4.- El convenio debe ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la Institución que renuncia a la jurisdicción ordinaria y se somete al arbitraje.

Al respecto, el Art. 7 de la Ley de la Procuraduría General del Estado establece que las entidades y organismos del sector público e instituciones autónomas del Estado, con personería jurídica, comparecerán por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales.

El patrocinio de las entidades con personería jurídica y entidades autónomas incumbe a sus representantes legales, síndicos, directores o asesores jurídicos o procuradores judiciales, los que serán civil, administrativa y penalmente responsables del cumplimiento de esta obligación, en las acciones u omisiones en las que incurrieren en el ejercicio de su función.

1.5.- Las Medidas Cautelares en el Arbitraje del Sector Público.

La Sección 27ª del Título II (De la Sustanciación de los juicios) del Código de Procedimiento Civil trata “De las Providencias Preventivas”, con esto podemos entender que las medidas cautelares no son más que las providencias dictadas por la autoridad para asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales y también asegurar los derechos de las partes. Con estas medidas se precautelan los intereses de las partes.

El Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala:

Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso,

para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

Como vemos el Código de Procedimiento Civil es considerado norma supletoria, por lo que su normativa es aplicable. Las medidas cautelares están reguladas desde el Art. 912 al Art. 938 del Código de Procedimiento Civil, las mismas que son:

- Secuestro y Retención.- El secuestro tiene lugar sobre bienes muebles y en los frutos de los raíces y en los bienes raíces solo cuando se tema su deterioro. La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero, incluso en las tesorerías u otras oficinas

públicas. Para que se dicte esta medida es necesario justificar con prueba instrumental la existencia del crédito y que los bienes del deudor se encuentran en mal estado y que no alcanzan a cubrir la deuda, o que pueden desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos. Ramiro Borja y Borja¹³ señala que el secuestro es una medida administrativa provisional y temporaria que consiste en privar al concesionario por un tiempo determinado, el ejercicio de los derechos otorgados por el contrato de concesión. Esta medida tiene el propósito de asegurar la continuidad del servicio público y dar al concesionario el tiempo para resarcirse. Confiere a la Administración la tenencia, uso y goce de la maquinaria.

- Prohibición de enajenar.- Es una medida que recae sobre bienes raíces, se ordena también a los notarios que no otorguen escritura de enajenación de dichos bienes y se prohíbe al registrador su inscripción. Así mismo, se debe acompañar la prueba legal del crédito y de que el deudor al realizar la enajenación, no tendría otros bienes, raíces y saneados, suficientes para el pago. Los Notarios y Registradores de la Propiedad llevarán un libro en el que se tomará razón de estas prohibiciones. Mientras subsista tal inscripción no podrán enajenarse ni hipotecarse los inmuebles cuya enajenación se ha prohibido, ni imponerse sobre ellos gravamen alguno.
- Arraigo.- Si se teme que el deudor se ausentará para eludir el cumplimiento de una obligación, se solicita la prohibición de ausentarse, pero se debe justificar la existencia del crédito, que el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces.

Las medidas cautelares están previstas en algunas normas que regulan parte de la actividad de la administración pública, podemos citar algunos ejemplos. El último párrafo del Art. 3 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador dice “Los bienes y recursos que integran las reservas de libre disponibilidad¹⁴ son

¹³ Borja y Borja Ramiro, *Síntesis del Pensamiento Humano en torno a lo jurídico* 3417

¹⁴ Las reservas de libre disponibilidad están integradas por la posición neta en las divisas, los derechos especiales de giro, la posición líquida de reservas constituida en organismos monetarios

inembargables no pueden ser objeto de ningún tipo de apremio, medida preventiva o cautelar ni de ejecución, y sólo pueden aplicarse a los fines previstos en la presente Ley”.

El segundo párrafo Art. 172 ibídem señala que son facultades de la Junta Bancaria:

III Transferencia de activos y pasivos excluidos¹⁵.

No podrán iniciarse o proseguirse acciones judiciales sobre los activos excluidos cuya transferencia hubiere dispuesto la Junta Bancaria en el marco de este artículo, salvo que tuvieran por objeto el cobro de una obligación tributaria. Tampoco podrán iniciarse **medidas cautelares**¹⁶ sobre los activos excluidos. El juez actuante ordenará el inmediato levantamiento de los embargos y/o de otras medidas cautelares dispuestas, los que no podrán impedir la realización o transferencia de los activos excluidos, debiendo recaer las medidas cautelares derivadas de créditos tributarios sobre el producto de su realización.

El último párrafo del Art. 10 del Reglamento Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantías de las Inversiones dice:

Los derechos descritos (derechos tales como la utilidad, la enajenación de la inversión, a utilizar cuentas con bancos o instituciones financieras dentro o fuera del Ecuador, etc), no afectarán las facultades de los acreedores del inversionista o de la empresa receptora, según el caso, para solicitar medidas cautelares contra el inversionista o su inversión o contra la empresa receptora, según el caso, a fin de

internacionales por el Banco Central del Ecuador, la posición con la ALADI y, las inversiones en instrumentos financieros denominados en moneda extranjera y emitidos por no residentes que sean considerados líquidos y de bajo riesgo; también será el valor en divisas de oro monetario y no monetario.

¹⁵ La exclusión total o parcial de activos es un mecanismo establecido por la ley para el resguardo del crédito y los depósitos bancarios, en caso de que una institución financiera esté en una situación de deficiencia de patrimonio técnico, en defensa de los derechos de los depositantes.

¹⁶ El resaltado es mío.

asegurar el cumplimiento de los fallos dictados en procesos judiciales o arbitrales instaurados contra el inversionista o la empresa receptora, según el caso.

El Art. 9 de la Ley UNCITRAL manifiesta que no será incompatible con el acuerdo arbitral, el que una parte, antes de las actuaciones arbitrales o durante éstas, solicite la adopción de medidas cautelares al tribunal ni que el tribunal conceda estas medidas.

A su vez, el Art. 17 de la misma ley señala que el tribunal arbitral podrá, a petición de una de las partes, ordenar a cualquiera de ellas a que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal considere necesaria respecto al objeto del litigio. Sin embargo, el tribunal podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía en conexión con la medida.

Este principio reitera el que encontramos en la Ley de Arbitraje y Mediación en lo referente a las medidas cautelares, respecto a que pueden ser aplicadas por un Tribunal de Arbitraje.

Para citar otro ejemplo, el Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones en el numeral 8 del Art. 13 manifiesta que el Tribunal puede ordenar una medida provisional de protección para cautelar los derechos de una Parte litigante o para asegurar que la jurisdicción del tribunal sea total; sin embargo, no podrá ordenar el embargo o prohibir la aplicación de la medida que se considere violación a este Convenio.

CAPÍTULO II

EL SECTOR PÚBLICO

2.1.- La Administración Pública.

Enrique Silva define al Derecho Administrativo como “Aquel que tiene por objeto el estudio de la creación, organización, funcionamiento y supresión de los servicios públicos, la regulación de la entidad jurídica de la administración del Estado y la determinación de las atribuciones y deberes de éste para con sus habitantes”.

Bielsa, en su obra *Derecho Administrativo* manifiesta que la actividad de la administración pública crea relaciones entre ésta y los administrados y entre sus órganos o agentes. Concluye que las normas que regulan tales relaciones constituyen el derecho administrativo. Sin embargo, el mismo autor advierte que se trata de un concepto incompleto puesto que esta rama del derecho regula también otro tipo de relaciones. Entonces, define al derecho administrativo como “El conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración pública”.

Agustín Gordillo define al derecho administrativo como “Aquel que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”.¹⁷ Explica que la función administrativa incluye tanto la actividad de los órganos legislativos y jurisdiccionales como la realizada por entidades administrativas independientes, además de aquella tarea que ha sido otorgada o concedida a instituciones privadas o públicas no estatales. Incluye en la connotación a la protección judicial que se concede al individuo, esto debido a ciertos actos abusivos que podrían ser realizados en el ejercicio de la función administrativa.

El derecho administrativo regula toda la actividad del Estado, a través de las diferentes funciones y de sus distintas entidades. Así como también las acciones de las instituciones a las que se les concede la realización de ciertas tareas que se consideraban propias del Estado como la prestación de los servicios públicos.

Dentro de las cuestiones que prevé esta área del derecho, encontramos a la que se refiere la administración pública.

¹⁷ Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I* V-19

Según el autor Marco Idrobo Arciniegas¹⁸, la legislación ecuatoriana considera sinónimos a la administración pública y al sector público.

El Art. 118 de la Constitución dispone que son instituciones del Estado:

- 1.- Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
- 2.- Los organismos electorales.
- 3.- Los organismos de control y regulación.
- 4.- Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
- 5.- Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
- 6.- Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

La norma concluye manifestando que estos organismos y entidades integran el sector público.

Además, el numeral primero del Art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que se entenderá por Administración Pública:

- a) La administración del Estado, en sus diversos grados.
- b) Las entidades que integran la administración local dentro del régimen seccional.
- c) Los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales.

¹⁸ Idrobo A., Marco, *La Contratación Pública* 139.

A criterio del Dr. Hernán Jaramillo Ordoñez, “La administración pública es la actividad racional, técnica, jurídica y permanente, ejecutada por el Estado que tiene por objeto, planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar, evaluar el funcionamiento de los servicios públicos”.¹⁹

El Art. 124 de la Constitución Política del Ecuador, que es la norma suprema del Estado, también se refiere a la forma de organización de la Administración Pública como una actividad que desempeña el Sector Público.

El Diccionario de *Derecho Usual* define a la Administración Pública como “El Poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad, en las actividades y servicios públicos”.²⁰

Cabanelas señala además las características de la Administración Pública, estas son: la autoridad, la responsabilidad, independencia, generalidad, permanencia, energía, prontitud y la capacidad. Todos éstos otorgan legalidad a la actuación de los diferentes órganos o agentes que integran la administración pública.

El Diccionario *OMEBA* también da una definición de Administración Pública, desde dos puntos de vista, uno subjetivo y otro objetivo. El primero se refiere al poder ejecutivo como sujeto de la administración pública. El segundo, involucra la actividad de los órganos del Estado.

Así mismo, la administración pública tiene una facultad reglada, por un lado y, discrecional por otro. La primera supone la obediencia absoluta a lo dispuesto en la ley, es decir, no hay una apreciación propia del órgano sobre el acto ya que la ley suple tal criterio de antemano, se limita la libertad de la actuación en función del interés público. La segunda, otorga mayor libertad en cuanto a las actuaciones pero siempre sujetándose al marco jurídico vigente; en este caso es posible hablar de una apreciación personal acerca de la forma de actuación de la administración, es decir

¹⁹ Jaramillo O. Hernán, *La Administración Pública*.

²⁰ Cabanelas Guillermo 170.

que se valora el buen juicio de la administración en cuanto a la consecución de los fines establecidos en la ley.

El principio de legalidad ordena y limita la actuación administrativa, ya que ésta debe ajustarse a derecho y por ello también se encuentra sometida a control y sus actos no pueden en ningún momento ser arbitrarios.

2.2.- La Contratación Pública.

Varias denominaciones se ha dado a esta figura, así se la ha conocido como contratos administrativos, contratos del Estado, acuerdos administrativos, etc. Sin embargo, a pesar de que no tenga una designación propia, es una institución muy importante por cuanto permite la exteriorización de la actividad administrativa a través de un negocio jurídico.

El Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en el Art. 75 da un concepto de contrato administrativo: “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”.

La Enciclopedia Jurídica *OMEBA* define lo que deberíamos entender por contrato administrativo y al respecto manifiesta que es “El celebrado entre la Administración Pública y un particular o entre dos órganos administrativos con personalidad de Derecho Público”.

La normativa española establece que los contratos administrativos no deben ser contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de la buena administración.

Idrobo Arciniegas considera que el contrato administrativo es el acto de declaración de voluntad que produce efectos jurídicos.

Roberto Dromi señala que es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa²¹.

Al decir de García de Enterría, el fin de los contratos administrativos es la utilidad o el interés público²²

Bielsa conceptúa al contrato administrativo como la convención que el Estado realiza con otro sujeto de derecho con un fin público o una prestación de utilidad pública. El contrato de esta naturaleza cuenta con normas propias, debido a las facultades o potestades del Estado y de sus distintos órganos y entidades. El autor además señala los elementos que deben existir al momento de la celebración del acuerdo: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo se refiere a que uno de los sujetos es siempre la administración pública o una entidad pública. El segundo, que el objeto del contrato es una prestación de utilidad pública. Además, el contrato debe cumplir con los requisitos exigidos en la contratación privada: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

Sin embargo, la Enciclopedia *OMEBA* señala que el elemento objetivo a que hace referencia Bielsa está constituido por la competencia y capacidad, consentimiento, forma, objeto, causa y la normativa propia de Derecho Público.

De cualquier forma, sean como elementos esenciales de los contratos administrativos o como elementos que todo contrato debe cumplir, es necesario que estén presentes al momento de la celebración del contrato.

Recordemos además que puede darse el caso en que las dos partes contratantes pertenezcan al sector público, se trata de los contratos interadministrativos en los que se permite obviar ciertos pasos del procedimiento que envuelve la celebración del contrato, como el concurso, esto obedece a las prerrogativas propias de la Administración.

²¹ Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo* 263.

²² García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo Tomo I* 721.

García de Enterría señala algunas características propias de este tipo de contratos:

- La tipicidad
- A los contratistas privados se les reconoce más derechos que en las convenciones de carácter civil.
- En la contratación del sector público existen las cláusulas exorbitantes como la decisión unilateral por parte de la administración.
- Lo característico de estos contratos es la participación del sector público.

Por otro lado, Dromi sostiene que lo fundamental en estos contratos se halla en el objeto que persiguen, la participación de un órgano estatal y las prerrogativas de la administración.

Estos dos últimos doctrinarios señalan como principales contratos administrativos los de obras y concesión de obras, concesión de servicios públicos, suministro y el de empréstito público.

Para definir el contrato administrativo de obra pública, Dromi primero enuncia un concepto de obra pública, entendiéndose a ésta como un “producto del trabajo humano”, es decir, se trata de una obra artificial. Luego de esta reflexión el mismo autor define al contrato de obra pública como el medio de realizarla, agrega además que puede ser por un mecanismo propio de la administración o, mediante la concesión de obra pública.

García de Enterría en cambio lo define como aquel que “tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o subsuelo por cuenta de la Administración y a cambio de un precio”, el autor resalta que lo importante en este contrato es que se entregue la obra terminada en el plazo estipulado.

Sin embargo, cabe hacer dos distinciones de ciertas situaciones que se presentan, éstas son: el contrato de obra pública y el contrato de concesión de obra pública, ambos son contratos de derecho administrativo que suponen en este caso, la ejecución o construcción integral o de reparación de una obra pública o destinada a un servicio público, de tal manera que una vez concluida la obra termina el contrato o la concesión. La diferencia entre estas dos formas contractuales es que en el primer caso, es decir, en el contrato de la obra pública no existe delegación alguna por parte de la administración pública. En el segundo caso, el que ejecuta la obra lo hace en lugar de la administración pública, pero ésta última ejerce una función de control sobre la obra.

La concesión de servicios públicos es un contrato por el cual el Estado delega en forma temporal, ya sea a una persona física o jurídica o a un ente administrativo, las facultades necesarias (el derecho o el ejercicio del mismo) para la prestación de un servicio público, por cuenta y riesgo del concesionario. Las relaciones con los usuarios y los concesionarios se regulan mediante un contrato, de esta manera se establece la obligación del primero a pagar una contraprestación o tarifa al segundo para beneficiarse del servicio.

La prestación del servicio que efectúe el concesionario debe ser esencial, entendiéndose por tal a la satisfacción de las necesidades colectivas o del interés comunitario.

Se trata por un lado de la titularidad del servicio que permanece en la Administración concedente y, por otro lado, de la gestión de un servicio cuya naturaleza es prácticamente económica.

Ciertos autores consideran que la concesión de los servicios públicos se trata de un acto administrativo, que equivale a un contrato de derecho público, con este acto se le otorgan las potestades necesarias a una persona física o jurídica para que gestione o realice el servicio.

El servicio público no deja de ser público por ser prestado por una entidad diferente a la del Estado, ya que es una actividad propia del ente supremo para la satisfacción de las necesidades colectivas; es decir, para cubrir un interés público. De esta manera, se aplica el principio por el cual se considera que el servicio debe prestarse de igual forma que lo haría el Estado sin concesión y por esta razón puede intervenir cuando el servicio se interrumpa o se preste de manera deficiente, el Estado realiza una función de control respecto a la prestación del servicio.

El contrato de empréstito público es el convenio por el cual una parte de la relación se obliga a entregar una suma de dinero por una deuda equivalente. Se trata de un contrato de préstamo o mutuo en el que el Estado es considerado como deudor. Con este acuerdo el Estado obtiene dinero con el objetivo de emplearlo en lo referente al gasto público.

Dentro del tema de la deuda pública, los empréstitos pueden ser internos o externos. Los primeros son préstamos a corto plazo que se destinan al pago de los gastos que han surgido por circunstancias no programadas y que se obtienen de la economía nacional. Los segundos son considerados como gastos extraordinarios y se destinan, por ejemplo, a la financiación de las obras públicas, son recursos provenientes del extranjero.

El contrato de suministro es aquel por el cual el suministrador debe entregar una o más cosas (productos, utensilios o servicios) a la administración pública, ésta a su vez tiene que pagarle un precio convenido con anterioridad con el objeto de cubrir la provisión.

Dromi define a este contrato de la siguiente manera: "...hay contrato de suministro, de abastecimiento o de provisión cuando la Administración Pública conviene con una persona o entidad en que éstos la provean de ciertos elementos mediante un precio que les abonará".

Es necesario distinguir a este contrato del de compraventa, ya que el de suministro tiene una finalidad pública y si bien se aplican normas del derecho común para su ejecución, las normas del derecho público se encuentran implícitas en el contrato.

García de Enterría sostiene que tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Privado se vinculan y que ciertos elementos del acto (contrato) pueden estar sometidos unos al Derecho Administrativo y otros al Derecho Privado.

La corriente Francesa considera que una parte de los contratos que celebra la administración se regulan por la jurisdicción ordinaria, y que otra parte esta prevista por la jurisdicción contencioso administrativa y que, por lo tanto, estos últimos se tratan de contratos administrativos. Sin embargo, cualquiera que sea la regulación, la esencia misma de estos contratos es lo que los distingue de los demás otorgándoles una categoría exclusiva y un procedimiento propio dentro del derecho público.

Respecto al procedimiento a seguir en la contratación pública, cabe decir que depende del tipo de contrato que se vaya a celebrar. Sin embargo, deben observarse determinados pasos establecidos en la ley que darán validez al mismo.

Se requiere, entre otras cosas y en la generalidad de las clases de contratos administrativos, las autorizaciones previas especiales como un decreto ejecutivo, la decisión de autoridad competente que cuente además con el presupuesto necesario, el reglamento que regulará la contratación, la convocatoria o invitación para que los interesados presenten su propuesta, la calificación de los concurrentes, etc.

Vale además decir que concordando con lo que Dromi manifiesta, “los contratos deben prepararse, celebrarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

2.3.- La capacidad en la contratación pública.

El Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación manifiesta inequívocamente que para someterse al arbitraje, las personas naturales o jurídicas que intervengan deben tener

capacidad para transigir. En el caso de las entidades del sector público la ley señala además algunos requisitos cuyo cumplimiento es obligatorio y que hemos mencionado anteriormente.

El Código Civil nos da una definición de lo que debemos entender por capacidad. Dice “capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

Esta clase de competencia tiene un significado propio dentro del ámbito del Derecho Público, ya que no se refiere a la administración de justicia como la competencia definida en el Código de Procedimiento Civil.

La capacidad es requisito o presupuesto de validez para la manifestación del consentimiento, la misma que se da a través de un procedimiento previsto en la ley. La capacidad en derecho público equivale a competencia.

Dromi define a la competencia como “el conjunto de atribuciones, facultades y deberes que ejercen en forma obligatoria los órganos estatales. Son los “propios” que hacen a la esencia, inescindible e inseparable, de los poderes, y son otorgados por la ley o los reglamentos”

Para entender mejor esta idea debemos decir que la competencia dentro del derecho público se halla estrechamente vinculada con el principio de legalidad.

El Principio de legalidad se halla previsto en el Art. 119 de la Constitución Política del Estado, por lo que tiene que ser obligatoriamente observado por los entes y agentes a los que la norma se refiere, la misma que establece lo siguiente:

Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.

Aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento.

Como vemos, la capacidad, se refiere más bien al ejercicio de las facultades que han sido otorgadas a los organismos, dependencias y funcionarios públicos, atribuciones que están expresamente conferidas por la Constitución y la ley, por esta razón el ámbito de actuación no puede sobrepasar esos límites establecidos para que se de un ejercicio legítimo de las potestades previstas en la normativa jurídica.

La capacidad –competencia en el ámbito que nos preocupa- se halla regulada en las distintas normas de carácter administrativo. En el derecho público la capacidad no se la considera como un atributo de la personalidad como lo es en el derecho privado, es una “facultad de obrar en derecho” que otorga la ley a las entidades administrativas para que puedan crear obligaciones.

García de Enterría sobre este asunto en concreto se refiere a dos clases de capacidad, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. A la primera la conceptúa como “la aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas”. La segunda es la posibilidad del sujeto de realizar ciertos actos jurídicos por sí mismo. Concluye que tratándose de las personas jurídicas de Derecho Público, éstas gozan de una capacidad jurídica, pero halla en este “atributo” una dualidad a saber: la capacidad jurídica de Derecho Público y la capacidad jurídica de Derecho Privado.

Sostiene que la capacidad jurídica de Derecho Público es “el conjunto de potestades que le han sido atribuidas por el ordenamiento” es decir que la ley ha previsto tales potestades y, por lo tanto, nos referimos al principio de legalidad, en virtud del cual, las entidades públicas solo pueden realizar los actos autorizados por la ley.

La capacidad jurídica de Derecho Privado tiene relación con lo patrimonial y procesal, ya que la actuación de la administración debe cumplir con resoluciones y un sin número de procedimientos que otorgan validez a la actividad administrativa.

Tratándose de personas jurídicas la incompetencia es la regla general y la competencia es la excepción, según Gabino Fraga²³, quien considera que la competencia existe cuando la ley le ha atribuido expresamente esta facultad; entonces, para la celebración de los contratos administrativos previamente la ley debió otorgarle al órgano o agente del sector público la competencia para contratar.

Según Bielsa, competencia para contratar es la atribución legal de la cual está investido el órgano administrativo para poder obligar legalmente a la entidad que representa.

Doctrinariamente se ha definido a la competencia como la medida de la potestad de acción, como la medida en la que se ejerce jurisdicción. Es la medida de la capacidad funcional de las entidades administrativas. La competencia no puede infringir sus propias normas ya que éstas son las que hacen que sus actos se revistan de legalidad, la competencia es un requisito de validez de la actuación administrativa.

Solo con la competencia administrativa que ha sido otorgada a las entidades y agentes públicos mediante las disposiciones legales se puede decidir acerca de ciertos contratos, para adquirir derechos y contraer obligaciones, ya que con aquella se señalan los límites de la actuación pública.

En el ámbito público, la competencia es la atribución a las entidades, organismos y agentes públicos (principio de legalidad) para que su actuación sea válida legalmente. Es una facultad improrrogable por su finalidad pública. La actividad administrativa es entonces el ejercicio del poder atribuido por la ley.

²³ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*.

La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (Art. 84).

Recordemos el principio de legalidad de Derecho Público: solo puede hacerse aquello expresamente permitido por la ley. Siendo así, la capacidad para celebrar un contrato y la de someter a un tribunal arbitral la solución de una controversia debe provenir de la ley.

La Constitución Política en el Art. 191, se refiere ya a la jurisdicción arbitral cuando dice que “...se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”.

El Art. 46 de la Ley de Modernización del Estado en la parte final dice que todo contrato de delegación incluirá, necesariamente, una cláusula de arbitraje para la solución de las controversias.

Así mismo, el Art. 63 *ibidem* manifiesta que las controversias que se produzcan sobre asuntos comerciales pueden resolverse a través del arbitraje nacional o internacional, según lo establecido en el contrato y en las leyes vigentes.

El Art. 73 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en el numeral dos señala que:

2.- Los convenios y tratados internacionales podrán sustituir los recursos de apelación o reposición, en supuestos o ámbitos determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos tales como la

conciliación, mediación o arbitraje, en los términos de dichos convenios y tratados internacionales y la Ley de Arbitraje y Mediación.

El Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que los organismos y entidades del Sector Público pueden someterse a procedimientos de arbitraje de derecho únicamente, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación o en instrumentos internacionales que los faculte, previa suscripción del convenio arbitral.

El Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en el Art. 2 señala los deberes del Procurador General del Estado, el numeral 2. 8 establece que debe emitir los dictámenes o informes requeridos por la Ley de Arbitraje y Mediación.

El Art. 108 de la Ley de Contratación Pública señala que:

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

Vale realizar un corto análisis de la norma transcrita, ya que existe una ambigüedad por cuanto habla de “...solucionar sus diferencias...”, es decir, aquellas surgidas entre las partes durante el proceso de ejecución del contrato. Pero esto escapa del propósito de este mecanismo de solucionar un conflicto que tenga su origen en una relación contractual y, concretamente, en un contrato administrativo porque si bien se trata de diferencias entre las partes, el arbitraje que se diera puede obedecer a causas o conflictos totalmente distintos a los que puedan provenir del contrato y que, coincidentalmente las partes se hallen vinculadas por un contrato administrativo que nada tenga que ver con el conflicto que los llevó a hacer efectivo el convenio arbitral.

En este caso, mal podemos decir que la ley regula un caso de arbitraje del sector público.

Además, esta norma es un tanto reiterativa pues si estamos hablando de un conflicto que surge de un contrato obviamente estamos hablando de dos partes, el contratante y el contratista, por lo que es innecesaria la especificación que hace la regla citada de que las dificultades sean entre el contratista, el contratante o ambas partes.

La parte final de la disposición dice que se solucionará el conflicto de conformidad con lo dispuesto en la cláusula del contrato, no puede ser de otra manera ya que el proceso se declararía nulo si por ejemplo el tribunal no es designado como se ha establecido en el convenio, incluso es importante recalcar que se trata de un convenio arbitral propiamente, no de una cláusula arbitral, la diferencia es que el primero es independiente del contrato en el que ha sido incorporado y por lo tanto tiene plena validez así el contrato sea declarado nulo.

También podríamos decir que esta norma no satisface el sentido mismo del arbitraje aplicado a los conflictos de derecho administrativo surgidos por un contrato, en mejores palabras es una regla incompleta por cuanto se limita a definir muy brevemente la naturaleza del convenio arbitral, dejando de lado asuntos relevantes como qué clase de dificultades podrán ventilarse ante el Tribunal Arbitral y qué requisitos más debe cumplir la parte que integre el sector público para la validez del proceso.

Sin embargo, debemos recordar la regla de interpretación que se refiere a que en caso de hallarnos con una expresión oscura de la ley, se recurrirá a su intención o espíritu. En este caso lo que el legislador ha querido plasmar en la ley es la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, sometan a arbitraje o mediación un conflicto que haya surgido dentro del proceso de ejecución del contrato sobre una diferencia surgida, por ejemplo, en la interpretación o ejecución del contrato, de acuerdo a lo establecido en el convenio arbitral.

El Art. 115 del Reglamento a la Ley de Consultoría ordena que en todo contrato de consultoría se estipulará el procedimiento de arbitraje para la solución de controversias técnicas que surjan de la ejecución del contrato con sometimiento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

El Art. 302 de la Ley de Seguridad Social dispone que “Con la autorización del Consejo Directivo, el Director General con el Director Provincial, según el caso, podrán transigir y someter a juicio de árbitros las cuestiones en que esté interesado el IESS, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación”.

La Ley de Propiedad Intelectual también se refiere a la solución de conflictos mediante un tribunal arbitral para todas las controversias en materia de propiedad intelectual, el Art. 374 le faculta al IEPI para suscribir el convenio arbitral sin necesidad de la autorización del Procurador General del Estado.

La Ley de Mercado de Valores en el Art. 124 segundo párrafo establece que en lo relativo a la solución de conflictos y pretensiones que surjan entre el constituyente, los constituyentes adherentes, el fiduciario y el beneficiario derivados de los contratos de fideicomiso mercantil, las partes pueden someterse a los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación.

La Ley de Compañías en el Art. 442 establece la obligación de la Superintendencia de Compañías de remitir cierta documentación (copias autorizadas de los balances anuales, de la nómina de los administradores, representantes legales y socios o accionistas de la compañía) a los jueces y tribunales de la República así como también a los Tribunales de Arbitraje y Mediación cuando aquellos sean necesarios para la sustanciación de la causa.

El Art. 76 de la Ley de Aduanas dispone que de existir reclamaciones o controversias entre importadores y verificadores o entre éstos y el Gerente Distrital y verse sobre la clasificación arancelaria, valoración, origen de las mercancías o la reliquidación de los tributos, podrá acudir al arbitraje de derecho.

Como vemos, las distintas leyes otorgan capacidad para que en las controversias de carácter administrativo, en las que por lo menos una de las partes pertenezca al sector público, se pueda someter la misma a la decisión de árbitros, pero reitero en el criterio de la ley que se refiere a que el laudo que se dicte será en derecho.

2.4.- La autonomía de la voluntad en el Sector Público.

El contrato privado regulado en el Código Civil se define como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Para celebrar el contrato se requiere capacidad, como ya mencioné en el punto anterior, la capacidad es lo que en derecho público conocemos como competencia; además se requiere el consentimiento, objeto y causa lícitos.

Sin embargo, no todo es tan simple como aparenta serlo ya que en la contratación común no se requiere cumplir con determinadas formalidades ni obtener ciertas autorizaciones para que se ejecute el contrato como son necesarias en la contratación pública.

La voluntad es diferente en la administración pública, porque ésta debe manifestarse en beneficio de toda la sociedad, por lo que no puede prestarse sino para aquello que la ley expresamente le haya permitido, pero para llegar a ese punto en el que la administración preste su consentimiento e incluya un convenio arbitral en un contrato, debe cumplirse el procedimiento previsto en la ley.

En la contratación pública la autonomía de la voluntad se presenta en el momento en que la administración concurre a celebrar el contrato, pero esta autonomía se manifiesta conforme la competencia con la que ha sido dotada la institución o persona jurídica pública para obligarse; además que se hace un análisis detallado para la celebración del contrato sobre la conveniencia para los intereses nacionales o sobre la utilidad pública que se genere.

Dromi sostiene que la voluntad o consentimiento “es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes; es la declaración de voluntad común o negocial”²⁴. El consentimiento otorga validez al contrato.

El autor Guido Zanolini²⁵ define a la autonomía de la voluntad como la facultad de algunos entes públicos para organizarse jurídicamente, con sus propios reglamentos y leyes, y en base a ello poder celebrar actos y contratos.

El acuerdo administrativo es una manifestación del poder según Borja y Borja, para manifestar el consentimiento. En mejores palabras, para que el consentimiento sea válido al momento de la celebración y pueda crear derechos y contraer obligaciones, debe ser prestado por la autoridad o por el órgano competente.

Héctor Jorge Escola²⁶ considera que la configuración de la voluntad surge de un procedimiento regulado por normas de diferente jerarquía que fijan los órganos obligados a intervenir y establecen los límites de su actuación.

Podemos decir que la autonomía de la voluntad de las entidades y agentes públicos llega hasta los límites establecidos en la Constitución y las demás leyes vigentes y, en aquellos casos en que la actividad de la administración pública es discrecional, ésta debe guiarse siempre por la finalidad de cumplir o de satisfacer el interés público.

La autonomía de la voluntad es un ejercicio de la libertad de las personas, pero en el sector público no existe tal libertad, pues como vimos anteriormente, las facultades de los órganos, entidades, agentes, etc. son reglamentarias y discrecionales y aun en este último caso en el que hay un poco de libertad, la actividad de la administración

²⁴ Obra citada (38).

²⁵ Zanolini, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*.

²⁶ Escola, Héctor, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*.

estatal debe sujetarse a lo establecido en la ley y en ningún momento puede ser arbitraria.

La doctrina manifiesta que en la contratación pública para que se preste el consentimiento es importante que exista una “necesidad de contratar y la finalidad pública”; es decir, el propósito del contrato es satisfacer una necesidad pública mediante la prestación de un servicio público.

En el ámbito del derecho público es la normativa jurídica de naturaleza administrativa la que regula la forma en que ha de prestarse el consentimiento, no pudiendo pasarlo por alto ya que es primordial que la actuación sea legal y legítima; la manifestación de la voluntad es fundamental en la celebración de los contratos. La inobservancia de la ley implicaría una impugnación legal y aunque solo de los contratos –no de los actos administrativos- de los que surjan o puedan surgir alguna controversia, es posible someter su solución al arbitraje, la doctrina enseña que no se discute sobre la legalidad de la actuación pública sino cuestiones compensatorias o indemnizatorias y técnicas.

La jurisdicción arbitral es un procedimiento cuya decisión final también crea o constituye derechos a favor de determinada parte²⁷, pudiendo ser un particular que se ha visto afectado y que solicita una indemnización; la fijación de la misma puede ser solicitada a un tribunal arbitral.

El consentimiento que se presta en la administración pública debe reunir la voluntad de las partes contratantes, como es obvio, sin embargo, su manifestación puede darse en un momento diferente ya que para que este requisito exista, la administración al celebrar un contrato debe observar el procedimiento establecido en la ley.

Ciertos autores consideran que se trata de una actuación unilateral de la administración, desechando la posibilidad de la existencia de contratos públicos. Sostienen que si bien la voluntad -en ciertos casos- le otorga eficacia al acto

²⁷ Obra citada (34).

administrativo, ésta no es esencial para su configuración porque una voluntad siempre estará subordinada a la otra, no hay equivalencia en el consentimiento de las partes por lo que el concepto de contrato como tal solo puede existir en el derecho privado. Agregan que no es la forma del contrato lo que determina su carácter de público, sino la esencia misma del convenio, esto es, el satisfacer una necesidad colectiva.

Hoy la mayoría de contratos no sólo en el área del derecho privado, sino también en el derecho público, toman una forma o adquieren una modalidad diferente, se trata de los contratos por adhesión en los que las condiciones se encuentran establecidas con anterioridad a la celebración del contrato sin que se de una libre discusión de las cláusulas que se incorporan al mismo como ocurre en la generalidad de los contratos, prestándose también, de una manera distinta la voluntad ya que el contratista simplemente acepta las cláusulas contractuales impuestas por el Estado.

En estos contratos por adhesión, la ley es la que señala el ámbito de actuación de la administración, por lo tanto su competencia y voluntad, sin que ninguna de las partes pueda apartarse de lo establecido, ya que a pesar de las prerrogativas de las que goza el sector público, éste no puede actuar en forma arbitraria porque se trata de procedimientos uniformes para todos los contratos que celebra la administración.

En los contratos administrativos el consentimiento que da la administración pública es expreso, no puede ser tácito porque esta forma de manifestación de la voluntad se opone a las normas de derecho público.

El convenio arbitral, dentro de toda esta esfera de conceptos sobre la contratación pública, requiere no solo la voluntad conjunta de las partes de someter la solución de un conflicto a un tribunal arbitral, sino que la ley le atribuya competencia al órgano o funcionario que manifiesta su voluntad para la celebración del contrato y para que sea efectivo debe contener los requisitos previstos en la ley (incorporar al contrato que se celebra un convenio arbitral en el que se establezca la forma de selección de los árbitros y, que se renuncie a la jurisdicción ordinaria).

Es más, el convenio arbitral para que pueda estar incorporado en un contrato de carácter administrativo requiere que la ley prevea tal inclusión, de lo contrario, por el principio de legalidad la administración o el agente público estarían actuando en forma arbitraria y fuera de las potestades que les han sido otorgadas por la ley, ya que en materia contractual la administración actúa en ejercicio de potestades regladas y la ley establece que el tribunal competente para solucionar los problemas en los que sea parte el sector público es el Tribunal Contencioso Administrativo.

La voluntad y la competencia van de la mano en el ámbito del derecho público, no se puede consentir la incorporación de un convenio arbitral si la normativa jurídica no lo permite, ni puede prestar el consentimiento el momento de la celebración quien no haya sido declarado competente de hacerlo.

Pero como analizamos en el punto anterior, mediante los diferentes cuerpos legales que han sido citados, la ley le otorga competencia a los órganos y agentes públicos para optar por este mecanismo de solución alternativa de conflictos.

2.5.- El Arbitraje en el Sector Público.

A lo largo de esta investigación hemos observado como las diferentes normas administrativas le atribuyen competencia a las entidades, instituciones o funcionarios que conforman el sector público para que puedan someter la solución de un conflicto a un tribunal arbitral. Principalmente, la Constitución Política de la República en el Art. 191 reconoce el arbitraje como un procedimiento alternativo para la resolución de los conflictos.

En este punto enfocaremos los conceptos del Capítulo I y los que constan en el inicio de este capítulo para concretarlos en una sola definición: el Arbitraje en el Sector Público.

Por la materia solo el Tribunal Contencioso Administrativo es competente para conocer y resolver sobre los litigios que versen sobre cuestiones administrativas, es

decir, en los que esté involucrado el Estado. La posibilidad actual de someter un conflicto a arbitraje es debido a que la ley señala como excepción al procedimiento contencioso administrativo, el sometimiento de una controversia a un Centro de Arbitraje cuyo tribunal sea competente de resolver el problema efectivamente.

Claro esta que para acudir al trámite arbitral, la misma ley establece los límites dentro de los cuales el sector público puede someter el conflicto a la solución del tribunal. Es así que tanto la Ley de Arbitraje y Mediación señala los requisitos que se deben cumplir para que el proceso sea válido o, como, por ejemplo, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que solo puede darse un arbitraje en derecho.

Esta figura nace del convenio arbitral que se ha incorporado en un contrato administrativo pero que es independiente de él y en el cual se renuncia a la justicia ordinaria, de tal manera que si el contrato es nulo, el convenio arbitral tiene total validez. Es un contrato previsto en otro contrato.

El convenio arbitral por el cual las partes- una de ellas, por lo menos, es la administración pública- deciden someter a arbitraje una posible controversia debe contener, en este caso, los requisitos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación.

La Ley de Arbitraje y Mediación es completamente clara al respecto y manifiesta que en caso de que no se cumplan los requisitos establecidos en el Art. 4, el convenio arbitral será nulo.

Además es importante recalcar que el Tribunal Arbitral debe declararse competente para resolver el problema, y esto lo hace en virtud de lo que se ha establecido en el convenio arbitral y también tomando en consideración las normas –de carácter administrativo en este caso- que le facultan a solucionar el problema.

Dromi va más allá y plantea que el arbitraje puede llevar a la renegociación o a la reconversión del contrato celebrado por parte de la administración. Define a la

primera como el reequilibrio de los elementos del acuerdo y; la segunda, como la transformación de los elementos esenciales del contrato.

Generalmente, los asuntos en conflicto versan sobre cuestiones patrimoniales y técnicas, que son en la mayoría de los casos lo que provoca el conflicto durante la ejecución del contrato.

Bielsa considera que no es materia de arbitraje lo relativo a la determinación de la responsabilidad del sector público, la validez de los actos administrativos ni el ejercicio del poder público.

En definitiva, la doctrina considera que es posible el juicio de árbitros en cuestiones técnicas o patrimoniales, no sobre aquellas que versan sobre derecho o que se discuta sobre la legalidad de la actuación administrativa.

García de Enterría cita una norma que a breves rasgos dice que tan solo la fijación de la cuantía puede ser objeto de transacción, no cabe que se discuta sobre la responsabilidad o la causalidad de la indemnización.

Cuando la ley da una definición de arbitraje incluye en el concepto que se trata de controversias susceptibles de transacción. Las diferentes normas legales atribuyen competencia para someter el conflicto a la solución de árbitros, pero cuáles de todos esos conflictos son susceptibles de transacción. Este es el mayor problema que se presenta en el caso del arbitraje administrativo como lo ha llamado la legislación peruana.

La Ley de Arbitraje y Mediación manifiesta que pueden someterse a arbitraje las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir.

Gordillo distingue la transacción del arbitraje y sostiene que no es posible la solución arbitral sobre aquello que no sea factible transigir.

La ley otorga competencia a las entidades o agentes públicos para someter el conflicto a la resolución de un tribunal arbitral, sin embargo, cómo decide la autoridad competente comprometer una controversia en árbitros si la ley no señala sobre qué controversias cabe una transacción, y sobre qué asuntos puede el mismo tribunal pronunciarse sin que afecte el principio de legalidad ni menoscabe los derechos de las partes.

La ley no establece en todos los casos sobre qué se puede transigir, pero da la competencia para someter el conflicto a árbitros, en ciertas circunstancias establece algunos límites como en el ejemplo de la Ley de Aduanas; en otras, tal vez se confía en el buen criterio de las autoridades competentes que actúan en representación del sector público, así como también de los profesionales que integran el tribunal, quienes se declaran competentes en la Audiencia de Sustanciación en base al convenio arbitral, en donde se estipula que el conflicto se someterá a la resolución de un tribunal arbitral.

Tal vez deba entenderse que se trata de cualquier conflicto y para determinados casos la ley señalaría alguna excepción (como lo establece el Código de Trabajo sobre la indemnización por despido intempestivo) a la regla general, pero cuáles son estos casos de excepción.

Tal es el caso del Art. 76 de la Ley de Aduanas que ya lo citamos, esta norma de cierta manera limita el tipo de controversias que se pueden solucionar mediante el arbitraje; así, dice que serán los conflictos que versen sobre la clasificación arancelaria, valoración, origen de las mercancías o la reliquidación de los tributos; agrega además que será un arbitraje de derecho.

El Art. 302 de la Ley de Seguridad Social también habla de la facultad del Director General o del Director Provincial, que con autorización del Consejo Directivo puede transigir y someter a juicio de árbitros las cuestiones de interés del IESS. Pero es una norma cuyo contenido no concuerda con la regla que prevé la Ley de Arbitraje y Mediación y que se refiere a que en el arbitraje del sector público, solo las cuestiones

provenientes de una relación contractual pueden resolverse mediante el arbitraje, entonces ¿es el Consejo el que determina si es posible una transacción y por lo tanto –según la norma- si se puede someter o no a la solución arbitral determinado asunto? Si esto es así ¿en qué se sustenta el Consejo para decidir qué es de interés para el IESS y qué no lo es?

Además, aquí cabe preguntarnos ¿Qué validez tendría la autorización del Consejo sobre un asunto de interés para el IESS, si la Ley de Arbitraje y Mediación señala como requisito de validez del convenio arbitral, para el caso del sector público, que la relación jurídica a la que se refiere el convenio sea de carácter contractual. En definitiva, podría someterse a resolución arbitral aquello que el consejo determine que es de interés para el IESS si no tiene un carácter contractual?

Indudablemente, este tema nos revela varios vacíos legales que deberían ser analizados para ser previstos en los diferentes cuerpos legales, pero además muestra la importancia del mismo ya que no porque la ley no regule ciertos asuntos, quiere decir que no esté vigente o que no se presenten casos de arbitraje administrativo. Este tipo de arbitraje se produce a diario en la actualidad, en algunos países las leyes que lo regulan son consideradas autónomas y tienen características y principios propios.

Debería darse una solución pronta y eficaz al respecto, que permita una mejor aplicación del arbitraje y de acuerdo con lo que se ha establecido en la ley, para ello es necesario que se complete la ley conforme las exigencias actuales de la sociedad que es la que requiere de normas adecuadas y precisas para regular la conducta de los individuos, de tal manera que los vacíos existentes no den lugar a que se produzcan abusos u omisiones al aplicar la ley.

Podemos decir entonces que de acuerdo con lo que las partes hayan previsto en el convenio arbitral, éste podrá ser considerado como el fundamento suficiente para que los contratantes sometan el conflicto y puedan transigir en un juicio de árbitros en el que el Tribunal se declare competente para resolver el conflicto surgido de manera legal y efectiva.

El Estado tiene atribuciones propias, que si bien pueden delegarse como la prestación de servicios, su control se mantiene entre los deberes y prerrogativas del Estado. Esas cuestiones sobre las cuales la administración pública o el sector público en general tiene que encargarse exclusivamente por cuanto es el que ejerce tutela (como la facultad de dictar actos que gozan de la presunción de legalidad) sobre los derechos de los particulares, son aquellas que no pueden ser susceptibles de transacción y que, por lo tanto se excluyen del arbitraje.

El estudio de legitimidad y legalidad de la actividad propia del Estado le compete exclusivamente al Tribunal Contencioso Administrativo, que es aquel al que la ley le ha revestido de jurisdicción y competencia para resolver sobre los conflictos en los que esté involucrado un ente o sujeto que forme parte de la Administración Pública.

Se ha dado un paso muy grande al incorporar esta institución en nuestro ordenamiento jurídico y más aún cuando es posible que, pese a ciertas imprevisiones, las instituciones y agentes que integran la administración pública puedan acudir al sistema arbitral y éste pueda solucionar las distintas controversias que se le presentan de la manera más pronto y efectiva posibles, procurando que los vacíos a los que nos referimos no sean un impedimento para cumplir el propósito de este mecanismo ni tampoco conduzcan a un menoscabo de los derechos de las partes.

La Ley de Arbitraje y Mediación prevé dos momentos en los que el sector público puede someterse al juicio de árbitros. Se puede pactar el convenio arbitral con anterioridad al surgimiento del conflicto, o cuando éste haya surgido. Sin embargo, la doctrina plantea una tercera posibilidad, esto es, que sea impuesta por la ley.

En el último caso, la intervención de un tribunal arbitral que de solución a un conflicto es obligatoria. En el Art. 46 de la Ley de Modernización del Estado, último párrafo, se establece que en todo contrato de delegación se incluirá, necesariamente, una cláusula de arbitraje. Pero no es el sometimiento al tribunal arbitral lo que obliga la norma, sino la inclusión del convenio arbitral en los contratos de delegación.

Tratándose de un mecanismo alternativo de solución de conflictos no cabe aceptar que la ley ordene que un conflicto deba obligatoriamente someterse a la solución arbitral. Se ha planteado que más bien la justicia ordinaria debería considerarse un mecanismo alternativo, por cuanto el arbitraje es más rápido y efectivo, pero nuestra legislación reconoce a esta institución como un mecanismo alternativo, por lo tanto no se puede obligar a las partes a su sometimiento, ni cuando intervenga el Estado pues éste deberá analizar la situación y cumplir con los requisitos legales pertinentes para optar por este sistema o no. Si fuese de aplicación obligatoria se estaría, por un lado, limitando la libertad de actuación de las partes y, por otro, se atentaría contra la naturaleza misma de esta institución.

Además, debemos tomar en cuenta que la ley regula la posibilidad de renunciar al convenio arbitral, por lo que no puede hablarse de que por mandato legal se acuda a un juicio de árbitros. Esta posibilidad planteada por la doctrina no es reconocida por el marco jurídico vigente en nuestro país y por lo tanto, debemos concentrarnos en las dos posibilidades establecidas en la ley.

El primer caso al que se refiere la ley, es que el convenio arbitral se incorpore el momento de la celebración del contrato, solo las relaciones de carácter contractual pueden someterse a arbitraje, aquí si cabe la aplicación del Art. 46 de la Ley de Modernización.

En el segundo caso, luego de que ha surgido la controversia las partes deciden someterse a la decisión de árbitros, siendo así, la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que se debe contar con el dictamen (cuyo acatamiento es obligatorio) del Procurador General del Estado.

El Arbitraje en el sector público es una figura totalmente nueva pero cuyo análisis no puede retardarse por esta causa o por el hecho de que no exista suficiente doctrina ni leyes claras al respecto. Es importante que las recientes tendencias del derecho, como ésta, sean abordadas por los legisladores para que su regulación sea precisa y así su aplicación sea también oportuna, para que en realidad el ordenamiento jurídico coincida con las exigencias y requerimientos de la sociedad y los problemas no queden relegados, sino más bien sean atendidos.

La Dra. Rosario Valpuesto, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla-España, manifiesta que la sociedad actual se encuentra envuelta en un sin fin de problemas que requieren una solución jurídica distinta a la que encontramos plasmadas en los cuerpos legales, en el mejor de los casos; pues de lo contrario, de encontrarnos con un vacío legal el juez debe “adaptar las disposiciones a la realidad social”²⁸. Este es el caso, ya que si bien la ley regula el arbitraje en el sector público, no lo hace de manera profunda, pero la sociedad sigue en la búsqueda de ese reconocimiento jurídico para que el derecho pueda, de alguna manera, dar una solución adecuada a los problemas que se dan en la vida práctica.

Como es sabido, el Ecuador tiene muchas leyes, las que se refieren al sector público son todavía más; una codificación de todas ellas en lo que respecta al tema de arbitraje sería una tarea muy larga y tal vez imposible de lograr en vista de las circunstancias en las que se legisla en el país y, además recordando que ni el mismo derecho administrativo se halla regulado porque, como dice Villegas, es un derecho que está en continua formación y que cambia constantemente.

Sin embargo, es necesario un amplio examen, de modo que sean incluidas en la Ley de Arbitraje y Mediación situaciones que se dan en el transcurso de los días y que han sido pasadas por alto sin que se de una verdadera aplicación del derecho. Es un reto que se debe cumplir de la mejor manera para que las leyes reflejen las necesidades sociales y regulen las soluciones apropiadas a los distintos casos.

Luego de tratar por separado a los temas como la capacidad –reitero, competencia- y autonomía de voluntad, es tiempo de unir conceptos para poder dar una definición de arbitraje administrativo.

Dijimos que el arbitraje es el mecanismo por el cual las partes por mutuo acuerdo deciden que un tribunal arbitral resuelva sobre una controversia presente o futura (para este último caso se contará con el dictamen del Procurador General del Estado).

²⁸ Valpuesto, Rosario, *Reflexiones de una Jurista en Crisis*, 12

Definimos también al sector público y luego de varios conceptos, incompletos la mayoría de ellos, puesto que enfocan la actividad del Estado solamente a la prestación de los servicios públicos y dejan de lado otras importantes como la de contralor. Decimos que la administración pública es toda la actividad del Estado, comprendiendo por ésta la que realizan todos los órganos, entidades y funciones así como la de los agentes del sector público; además de aquellas que eran consideradas propias del Estado y que han sido encomendadas a ciertas instituciones como la prestación de los servicios públicos.

No podemos decir que las controversias que surjan del ejercicio de esa actividad se someterán a juicio arbitral, ya que debemos recordar que solo puede resolverse mediante la intervención de un tribunal arbitral las relaciones que tengan carácter contractual.

Debemos añadir a este recuento de conceptos los de capacidad y de autonomía de la voluntad. El primero, en el ámbito del derecho público se llama competencia, es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo.

La competencia es un requisito de validez para la celebración de los actos y contratos, pues solo el que la ley ha declarado competente para celebrarlos puede hacerlo. Solo al que la ley le ha atribuido la competencia de contratar y de someter un conflicto a una resolución arbitral puede hacerlo; así lo determina la Ley de Arbitraje y Mediación cuando dice que el convenio arbitral por el cual se renuncia a la jurisdicción ordinaria, debe ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución.

Respecto a la autonomía de la voluntad debemos decir que la voluntad de someter un posible conflicto a resolución arbitral se manifiesta mediante el convenio arbitral que ha sido incorporado en el contrato. La voluntad es una facultad de obrar que debe estar prevista en la ley, por eso hemos dicho que la competencia y la autonomía de la voluntad deben ir de la mano.

Por otro lado, debemos decir que la manifestación de la voluntad en derecho público para el sometimiento a un juicio arbitral está limitada por la misma ley, porque por más que hablemos de una cuestión que es discrecional para la administración, ésta no debe ser arbitraria.

En primer lugar, no cualquier persona puede obrar en representación del Estado, ya que la persona que presta su consentimiento debe estar autorizada para hacerlo; es decir, debe estar atribuida de competencia para contratar a nombre de la entidad y como en ese momento se incorpora el convenio arbitral, es competente también de someter el conflicto a árbitros. Recordemos que la competencia nace de la ley y ésta limita el campo de actuación de los órganos y de los agentes públicos.

Sin embargo, aquí se presenta el segundo límite impuesto por la ley, se refiere a que se deben cumplir los requisitos establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación y en las demás leyes que sean pertinentes al caso para que el procedimiento arbitral sea realmente efectivo; de esta manera la persona competente debe observar que se cumplan todos los preceptos legales aplicables, so pena de que el convenio arbitral sea declarado nulo.

La Ley de Arbitraje y Mediación al definir el arbitraje dice que el tribunal que dará solución a la controversia podrá ser administrado o independiente, mas debemos agregar que para el arbitraje administrativo en cualquiera de estos casos es necesario que el laudo que se expida sea en derecho, no en equidad. La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado es muy clara cuando dice que solo podrá haber un arbitraje en derecho cuando haya participación del sector público.

Entonces podemos concluir definiendo al arbitraje en el sector público como el ejercicio de la potestad propia del Estado, en virtud de la cual y por imperio de la ley, la autoridad a la que la ley le ha atribuido competencia hace efectivo el convenio incorporado en el contrato u obedece el dictamen del Procurador General del Estado para dar solución a una controversia presente o futura mediante un laudo arbitral

pronunciado en derecho, cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación y las demás que sean aplicables al caso concreto.

“...El arbitraje en sentido estricto que cabe introducir en el Derecho administrativo es peculiar y de Derecho público, es decir, es distinto del regulado en la Ley de Arbitraje, que no resulta, así, aplicable sin más a la Administración pública,...por la singularidad de la actividad administrativa respecto de las de los sujetos ordinarios por muchas razones...”.²⁹

Cabe recordar el concepto de Arbitraje en el sector Público dado por Luis Fraga Pittaluga: “Aquel mediante el cual la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones y, los administrados pueden pactar que las diferencias surgidas en las materias de su libre disposición o las señalados por la ley, sean resueltas por un árbitro mediante un laudo arbitral que tiene eficacia de cosa juzgada”.³⁰

CAPÍTULO III

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

3.1.- El Arbitraje Internacional.

El Dr. Edgar Terán Terán, en una conferencia³¹ sobre el tema manifestaba que ya no existe un Estado nacional porque nos encontramos en un mundo globalizado en donde se procuran romper las fronteras y en el que surgen más conflictos debido al

²⁹ Parejo, Luciano, *Algunas Reflexiones sobre el “Arbitraje” en el Derecho Administrativo*, 28

³⁰ Obra citada (22).

³¹ Seminario Internacional: Arbitraje Nacional e Internacional- Reglas de Procedimiento, llevado a cabo en Cuenca los días 25, 26 y 27 de Octubre de 2005

desarrollo de la humanidad. Estas controversias -sugiere el expositor- requieren un medio de solución de conflictos efectivo que satisfaga las pretensiones de las partes y que no vulnere sus derechos. Se plantea como medio adecuado de solución al arbitraje, de tal manera que el mundo globalizado es el que establece al arbitraje como el mecanismo idóneo que resuelve los posibles conflictos que puedan existir entre las partes.

A causa de la globalización, la mayoría de legislaciones del mundo han incluido al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución, reformando leyes y creando instituciones que permitan el cabal cumplimiento de las normas expedidas al respecto. Lo que han hecho las naciones además, es que sea posible que en determinados casos la jurisdicción competente que solucione el conflicto sea una extranjera, renunciando al fuero propio, esto en virtud de los principios recogidos en convenciones y tratados y también porque se busca una solución imparcial.

Un tratadista boliviano, Ramiro Moreno Baldivieso³² sostiene que es en el ámbito internacional, especialmente en el campo comercial, en donde el arbitraje se ha desarrollado con éxito. Este autor cita además al Profesor James H. Carter, quien manifiesta que el arbitraje internacional es muy importante porque la decisión final a la que se llegue será obligatoria para las partes en virtud de los convenios existentes entre los Estados, principalmente los Convenios de Nueva York y de Panamá.

La doctrina establece varios criterios que le dan el carácter de internacional al arbitraje, ya sea porque es aplicable una ley internacional de aplicación uniforme, o porque el contrato se vaya a ejecutar en el extranjero, o por intereses del comercio internacional.

Autores han considerado incluso que la nacionalidad o el lugar donde se celebre el arbitraje de las partes es intrascendente, ya que los elementos de naturaleza internacional incorporados en los contratos son la calidad de inversor extranjero y un árbitro cuya nacionalidad sea diferente a la de las partes. Sin embargo, nadie podría

³² Obra Citada (19).

pensar que un Tribunal Arbitral constituido en el exterior y que conozca casos en los que están involucradas partes de diferentes Estados, no sea internacional.

El Dr. Ramiro Borja y Borja manifiesta que los Estados por medio de una convención crean normas de carácter internacional y que son aplicables a la materia administrativa, regulando una actuación uniforme. El fin al que se llega, concluye, es la Confederación de Estados, una institución internacional administrativa³³. Es así que los Estados celebran convenios de distinta naturaleza y aplican las normas en ellos contenidas no solo a nivel internacional, sino también en el orden interno; de esta forma en los tratados incorporan las llamadas cláusulas compromisorias para resolver los posibles conflictos que pudiesen surgir.

El Art. 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que un arbitraje puede ser internacional si las partes así lo han pactado; sin embargo, se deben cumplir ciertos requisitos:

- Que al momento de celebrar el convenio, las partes tengan domicilios diferentes.
 - Cuando el lugar del cumplimiento de una parte importante de las obligaciones o el lugar del objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que, por lo menos, una de las partes, tiene su domicilio.
 - Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional, susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses Nacionales o de la colectividad.
- a) Que al momento de celebrar el convenio, las partes tengan domicilios diferentes.

³³Obra Citada (31) 3546.

La Dra. Silvana Gagliero³⁴ sostiene que los casos en que las partes tengan su sede o domicilio en Estados distintos o cuando la controversia es multinacional, hablamos de materia arbitral.

La ley no se refiere a que tengan nacionalidades diferentes, sino domicilios distintos al momento de la celebración del convenio. El Art. 126 de la Ley General de Arbitraje de Perú manifiesta que las partes tienen la facultad de renunciar en forma total o parcial al recurso de anulación en caso de un Arbitraje Internacional si es que no son de nacionalidad peruana o no tienen su domicilio fijado en ese país.

Tampoco hace nuestra ley una distinción entre domicilio civil o domicilio comercial, lo que implica que es un término general que puede aplicarse en cualquiera de estas situaciones.

De todas formas, sea cual sea el caso que se presente, en la actualidad se cuentan con varios instrumentos que procuran una solución eficaz al conflicto entre las partes cuyo domicilio no es el mismo; por ejemplo, hoy contamos con las reglas de los INCOTERMS, con las que no solo se facilita el comercio sino que se prevén situaciones que normalmente ocurrirían y que producirían un problema, pero que se resuelven de manera ágil y fácil con su introducción al contrato principal.

Con las reglas del arbitraje de la Ley UNCITRAL también se ha dado un paso enorme porque se promociona el comercio entre los Estados y se protege a las partes que intervienen en el intercambio y, de esta manera, permite que las partes cuyos domicilios (establecimientos) son distintos puedan acogerse a su normativa y solucionar un conflicto bajo las normas de arbitraje de la Ley UNCITRAL.

Esta ley agrega que si una de las partes tiene más de un domicilio (establecimiento), éste será el que tenga relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Continúa y manifiesta que si una parte no tiene domicilio, se considerará como tal a su residencia habitual

³⁴ Gagliero Silvana, *El Laudo Arbitral*.

b) Cuando el lugar del cumplimiento de una parte importante de las obligaciones o el lugar del objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que, por lo menos, una de las partes, tiene su domicilio.

La Ley Modelo UNCITRAL agrega una posibilidad más, la misma que se refiere a que las partes hayan determinado en el acuerdo un lugar de arbitraje diferente.³⁵

c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional, susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses Nacionales o de la colectividad.

La cuestión relativa al comercio internacional no ofrece duda alguna, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil contiene una nota al Art. 1, la misma que señala que:

Debe darse una interpretación amplia de la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

³⁵ Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil; Art. 1, numeral 3, literal b),inc. I)

Sin embargo, aquí se habla nuevamente de que sea susceptible de transacción. El Código Civil en su Art. 11 señala que “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

La legislación argentina establece varias excepciones para que se lleve a cabo la transacción, manifiesta que no son objeto de compromiso arbitral por no ser materia de transacción: las cuestiones referentes al estado civil y la capacidad de las personas, lo referente a los bienes públicos o municipales, las que requieran intervención fiscal, las referentes a la validez o nulidad de las manifestaciones de última voluntad, aquellas sobre las cuales existe una prohibición especial. Además, establece que no está prohibido a los árbitros intervenir en procedimientos relativos a la aplicación de un principio constitucional.

Tratándose el caso concreto de materia de derecho público es necesario recordar otro principio, el de legalidad: en derecho público se puede hacer lo que se halla expresamente permitido. Siendo así, es necesario tener la certeza de que las distintas normas de carácter administrativo concedan competencia para renunciar a ciertos derechos y por lo tanto someter un conflicto a árbitros.

Pero no solo eso porque estamos hablando de derechos que no miran al interés individual sino, más bien, es un interés colectivo, por ello las normas de derecho público y la misma Ley de Arbitraje y Mediación establecen una serie de limitaciones y requisitos que deben cumplirse imperativamente para que pueda ser válida tal renuncia y la consecuente transacción; además los requerimientos exigidos para las entidades o instituciones del sector público son mayores todavía y deben cumplirse inexorablemente.

La Ley UNCITRAL manifiesta al respecto que las partes pueden haber convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo del arbitraje está relacionada con más de un Estado.

En este punto es importante abordar lo referente a la lesión que se pueda ocasionar al interés del Estado o de la colectividad. Como bien sabemos la actuación estatal se presume legítima, es decir, que no podría considerarse que se está atentando contra los intereses, mucho menos que se estarían vulnerando los derechos de los particulares. Sin embargo, para que no ocurra ninguna lesión la ley prevé tres situaciones que deben cumplirse cabalmente.

Primero, la obediencia a la Constitución y a las leyes de la República, esto otorga competencia a quien actúe en representación del Estado. En segundo lugar, para que una entidad del sector público pueda someterse al arbitraje internacional se debe tener la autorización de la máxima autoridad de la institución respectiva. Tercero, es preciso contar con el dictamen favorable del Procurador General del Estado que es quien representa legalmente al Estado.

Bajo estos límites señalados por la misma ley, al cumplirse todos los requisitos exigidos por la normativa jurídica vigente, se podría acudir a un arbitraje internacional sin que se afecten los intereses del Estado ni de la colectividad, porque, para ser más claros sobre el tema, el Procurador General del Estado no puede emitir un dictamen favorable al arbitraje internacional si este procedimiento atentase contra los intereses propios del Estado o de la colectividad; en igual sentido podemos manifestarnos respecto a la autorización de la máxima autoridad de la entidad respectiva, quien no puede permitir que se de un trámite bajo esas condiciones. Sin el dictamen favorable del procurador o la autorización no es posible ni que se piense en la posibilidad de un arbitraje de esta naturaleza.

El Art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación manifiesta que el arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, puede estipular todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, tramitación,

idioma, legislación aplicable, jurisdicción y sede del tribunal, la misma que podrá ser en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse a un arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y a las Leyes de la República; sin embargo, las entidades que conforman el sector público requerirán la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje esté previsto en instrumentos internacionales vigentes.

El Art. 92 de la Ley de Arbitraje de Perú tiene una regulación muy diferente a la nuestra en cuanto manifiesta que:

Podrá someterse a arbitraje internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes. Tratándose de actividades financieras, el arbitraje internacional podrá desarrollarse dentro y fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados. Para los efectos de este artículo, el Estado Peruano comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias. Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje internacional dentro o fuera del país. En todos estos supuestos, el arbitraje deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio o ante árbitros designados en procedimientos contemplados en tratados, que formen parte del derecho nacional.

Como vemos, la legislación peruana no exige la previa autorización que es de indispensable cumplimiento en nuestro ordenamiento jurídico para que pueda darse un arbitraje internacional. Si bien el procedimiento arbitral libera a las partes del cumplimiento de algunos formalismos que se exigen en la justicia ordinaria, hay determinadas solemnidades que, al menos tratándose de este caso, del arbitraje internacional con participación del sector público (o como bien se lo ha denominado en el Perú, Arbitraje Estatal o Arbitraje Administrativo), en el que están de por medio los intereses nacionales y de la colectividad, es necesaria la exigencia y, por lo tanto, el cumplimiento de requisitos que otorgan mayor seguridad a las partes y que determinan la validez del proceso.

Debemos considerar que el arbitraje del que habla nuestra Ley de Arbitraje y Mediación no se refiere únicamente a un arbitraje de tipo comercial, sino que, más bien, lo regula de una manera general, de tal manera que pueda ser aplicado a las distintas materias sobre las cuales sea posible la transacción.

El arbitraje internacional confiere a las partes mayor certeza jurídica, porque el tribunal que resolverá sobre el asunto en conflicto será neutral; además, las partes no se someten a una jurisdicción extraña sino que el procedimiento con el cual se lleva a cabo el arbitraje permitirá que se resuelva de manera equitativa y ajustándose a las normas y principios de derecho universal, mas no a una normativa jurídica nacional que puede menoscabar los derechos de la parte extraña a la nación que tramita el proceso.

Lo que los Estados procuran y lo que en la práctica se observa es que los países prefieren someterse no a una jurisdicción extraña sino a organismos internacionales, los que aplicarán las normas vigentes para todos los Estados Parte del tratado o del convenio que ha creado el mismo organismo, sin que pueda existir una posibilidad de beneficiar a un Estado, como tal vez podría ocurrir en caso de que se someta a un tribunal de una nación y que sea considerado como una vía judicial en determinado

país y se tramite mediante la aplicación de normas nacionales o parcializado hacia el Estado al cual pertenece.

Agustín Gordillo manifiesta que en los conflictos entre Estados, lo esencial es la constitución de árbitros para el caso o, la creación de tribunales permanentes³⁶. Considera que se debería celebrar un tratado general para las inversiones extranjeras y que con éste se cree un tribunal estable o permanente al que los países que se han adherido al convenio, puedan concurrir en forma libre y segura, y que además pueda elaborar precedentes en esta área. Agrega que el tratado celebrado con los países del MERCOSUR tiende conseguir este objetivo.

El autor Colaiacovo sostiene que el arbitraje surge como una alternativa para la solución de conflictos ante distintas clases de comerciantes y en respuesta a los problemas entre empresas que tienen domicilios en diferentes jurisdicciones. Ambas partes se oponen a someterse a los tribunales de la otra. Agrega que la falta de confianza en las jurisdicciones nacionales obedece a los criterios de soberanía y nacionalidad.³⁷

Tanto se ha expandido el arbitraje que existen centros de carácter internacional que pueden no solo solucionar los conflictos, sino que además brindan asesoría a las partes y promueven un ejercicio más amplio para el abogado; es así que, por ejemplo, existe la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o también el Centro Interamericano de Arbitraje Comercial (CIAC) que tienen una alianza de cooperación con la American Arbitration Association. Existen las Cortes de La Haya, cuya existencia es ya bastante larga, esto demuestra la importancia y la aplicación de este mecanismo desde hace varias décadas y que, sobre todo, tiene plena vigencia tanto práctica como jurídica.

La CIAC se creó en el año de 1934 por la Organización de los Estados Americanos, esta entidad procura la implementación de un Arbitraje Comercial Internacional, cuenta con una normativa que regula su propio procedimiento y además con oficinas

³⁶ Obra Citada (34) XVIII-7

³⁷ Colaiacovo Juan, *Negociación y Contratación Internacional* 171.

regionales en algunos países, entre ellos: Argentina, Bolivia, República Dominicana, Costa Rica, Estados Unidos, México, España, Portugal, Ecuador, etc.

Entre sus principales objetivos encontramos los de promover la institucionalización del Arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos, el desarrollo de Cortes Internacionales de Arbitraje y la ejecución de laudos arbitrales. Todos estos propósitos están estrechamente vinculados ya que el primero de los objetivos se logrará con el cumplimiento de los demás y éstos, a su vez, requieren de normas más concretas que permiten que el arbitraje se aplique de manera adecuada.

En España funciona la Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación, ACAM, esta es una institución sin ánimo de lucro que se orienta al desarrollo del Arbitraje y la Mediación como mecanismos alternativos de resolución de conflictos, para ello se capacita tanto a árbitros como a abogados y se tiende a la especialización de quienes conforman los tribunales arbitrales.

Una recopilación hecha por Scott, con el auspicio de la Oxford University Press, nos muestra el Proyecto de la Convención Relativa al Establecimiento de una Corte de Justicia Arbitral³⁸

En el Art. 1 de este Proyecto se establece que las Potencias contratantes acuerdan organizar una Corte de Justicia Arbitral, integrada por jueces que representen los diversos sistemas jurídicos del mundo y que asegure la continuidad de la jurisprudencia arbitral. El Art. 11 señala que la sede de la Corte será en La Haya y que solo por cuestiones de fuerza mayor puede trasladarse a otro lugar. El Art. 17 dispone que la Corte es competente para todos los casos que sean llevados ante ella, en virtud del acuerdo arbitral u otro acuerdo especial. La Corte debe seguir las reglas de la Convención para el arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, salvo lo prescrito en esta convención.

³⁸ OXFORD University Press, *Las Convenciones y Declaraciones de la Haya de 1899 y 1907* 32 .

La Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales de 1907, al igual que la de 1899, surge de la necesidad de precaver la paz entre los Estados y establece que la institución que efectivamente pueda cumplir con este propósito es la del arbitraje. Para someter el conflicto a la Corte las partes deberán entregar un acuerdo por escrito, en el que se haga constar su voluntad y, por lo tanto el consentimiento de las partes, de resolver el conflicto mediante el arbitraje, la mediación o la indagación

El arbitraje surge como respuesta a la masificación de los conflictos, debido al desarrollo que experimentan las naciones en cuanto al tema económico especialmente; son cada vez más las partes que se ven envueltas en conflictos y que tienen nacionalidades o domicilios diferentes y que encuentran la respuesta práctica, idónea y eficaz en el arbitraje internacional, evitando que jurisdicciones ajenas se involucren en la solución.

El derecho comparado sostiene que el carácter de arbitraje internacional es una cuestión que encuentra su origen en el derecho nacional. La razón en la que sustentan esta aseveración es que el laudo arbitral carece de *imperium* y debido a esta circunstancia es que todo lo que se ha actuado tiene que regresar a ese punto de partida, al derecho nacional, para que ese laudo sea ejecutado. Sin embargo, no por estos argumentos podemos decir que no hay sentido de acudir a un Tribunal Arbitral Internacional, el mismo hecho de que se sigan dando casos, en los que las partes resuelven sus conflictos, a pesar de este obstáculo, mediante este mecanismo, le otorga ya gran validez. Además, la concurrencia a este tipo de procedimientos es el resultado de las falencias que encontramos en la jurisdicción ordinaria.

En el Capítulo I, cuando hablábamos de los antecedentes históricos del arbitraje, veíamos que el arbitraje surgió principalmente para dar solución a los conflictos entre comerciantes, en los puertos. Se dio un arbitraje de carácter comercial que conforme fue avanzando también fue regulando nuevas situaciones.

Resultado del cambio que se ha dado en las relaciones, no solo entre los comerciantes y los particulares, sino también entre los Estados que son los que promueven el arbitraje al incorporarlo a la normativa jurídica y al celebrar tratados y

convenios que permitan su ejercicio; hoy se cuenta no con una figura jurídica sino con una institución que procura una solución rápida y efectiva para las partes, pero sobre todo, con un mecanismo que se practica no solo para resolver los conflictos, sino también para no afectar las relaciones entre los comerciantes y entre los Estados, los mismos que prefieren romper fronteras y conseguir acuerdos que proporcionen a las personas mejores formas de vida.

Es así que los Estados, en virtud de su soberanía han adoptado leyes que mejoren las relaciones comerciales y que prevean soluciones de paz para que no se afecte el intercambio comercial, lo que implicaría una alteración en la economía de los países; por ello han incorporado como parte de la normativa vigente de cada uno de ellos, leyes que tienen un ámbito de aplicación internacional y que promueven una igualdad entre las naciones. Entre esas leyes, encontramos a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL).

Esta ley es muy importante, ya que por el solo hecho de ser una norma que rige internacionalmente tiene una vigencia más práctica entre las naciones. Los conflictos sometidos a un tribunal son resueltos de tal manera que las relaciones de las cuales han surgido permanezcan y continúen; este es el sentido del arbitraje, por ello a los árbitros se los ha llamado también amigables compondores, porque mantienen ligadas las relaciones que se vieron afectadas por un conflicto.

En el arbitraje comercial es más necesario todavía que se mantengan intactas esas relaciones para que los acuerdos a los que han llegado las diferentes empresas o instituciones no se queden trancos y más bien puedan retomarse e incluso convenir nuevamente entre las partes en lo futuro; además que las inversiones que se realizan quedan de cierta manera garantizadas porque el tribunal procurará el cumplimiento del contrato o la indemnización por su incumplimiento.

Respecto al arbitraje internacional mismo, según lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación y, desde un punto de vista subjetivo, es decir, tomando en

cuenta al sujeto o los sujetos de la relación, es posible el arbitraje internacional cuando las partes tienen domicilios diferentes.

Sin embargo, se pueden dar otros casos, como el conflicto que puede surgir entre Estados o entre un extranjero y un Estado, sobre estos la ley mencionada no se pronuncia, pero cabe que hagamos un breve análisis.

La ley prevé el caso en que las partes tengan domicilios diferentes, siguiendo lo dispuesto por la norma, las partes debieron haber pactado que se someterán a un arbitraje de esta naturaleza con anterioridad y que tengan domicilios diferentes al momento de la celebración del convenio arbitral.

Respecto a este caso concreto debemos decir lo que la jurisprudencia francesa ha manifestado, ésta corriente se pronuncia en contra del domicilio o residencia como factores determinantes del sometimiento del conflicto a un tribunal arbitral internacional; se pronuncia, más bien, a favor del comercio internacional como el elemento que configura que el arbitraje sea internacional, eso es para los casos en los cuales las partes que intervienen son inversores extranjeros en un mismo país. De tal manera que no se elimine la posibilidad de que dos personas que vivan en el mismo lugar pero cuya nacionalidad no sea la misma, resuelvan su problema mediante un tribunal internacional.

Puede surgir otro tipo de conflicto, aquel que se da entre Estados, por ejemplo problemas de tipo limítrofe que no interesan a esta investigación pero que de hecho ocurren o, también conflictos que puedan surgir por el incumplimiento de una norma internacional que lesione a otro Estado. Debemos observar la normativa vigente, lo que incluye los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador; no olvidemos que la Constitución y los tratados y convenios internacionales tienen la misma jerarquía jurídica.

El Art. 66 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Registro Oficial Suplemento 166, 15/Diciembre/2005), numeral dos, señala que:

Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación de esta Convención que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estado Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estado Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

Otro ejemplo lo encontramos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Registro Oficial 6, 28/Abril/2005), cuyo Art. 66, literal a) señala que:

Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Registro Oficial 386, 3/Marzo/1986), en el Preámbulo declara que es necesaria la cooperación internacional para el desarrollo económico y que, considerando la posibilidad del surgimiento de diferencias entre los Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con inversiones de carácter internacional, se le otorga “particular importancia” a la conciliación y al arbitraje internacional como medios para solucionar tales diferencias. Agrega que es necesario el consentimiento de los Estados para someter los conflictos a cualquiera de estos mecanismos de solución.

El Convenio de Inversión Extranjera con Paraguay (Codificación 12305, Registro Oficial Suplemento 153,25/Noviembre/2005), en su Art. 8 dispone que en caso de controversia entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante, las partes interesadas celebrarán consultas para solucionar el caso por vía amistosa en lo posible. Sin embargo, si éstas consultas no logran resolver la controversia en un plazo de seis meses, el inversionista puede someter la misma a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o a el arbitraje internacional. En este último caso el inversionista puede acudir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o, a un Tribunal Ad-hoc establecido bajo las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). El numeral cinco del mismo artículo señala que:

El tribunal arbitral podrá decidir en base al presente Convenio y a otros Acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes; en base a los términos de algún acuerdo específico que puede ser concluido con relación a la inversión; a la Ley de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, inclusive sus normas sobre conflicto de Ley y aquellos principios y normas de Derecho Internacional que fueren aplicables.

Por último, el numeral seis manifiesta que las decisiones del tribunal son definitivas y obligatorias para las partes en controversia.

La Convención sobre Sentencias Arbitrales Extranjeras (Codificación 1221, Registro Oficial Suplemento 153, 25/Noviembre/2005) en el Art. 2 dispone que todos los Estados Contratantes reconocerán el acuerdo por escrito (cláusula compromisoria), por el cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto a una relación jurídica contractual o no contractual.

El Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Ecuador para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones en el Art. 13, numeral 1 señala que cualquier disputa entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, relacionada con una reclamación por el inversionista de que una medida tomada o no tomada por la primera Parte Contratante viola este Convenio y por las pérdidas y daños incurridos como consecuencia de tal violación, se resolverá amistosamente si es posible. Si esto no logra conseguirse en un término de seis meses, la disputa podrá someterse a arbitraje.

La disputa inicia con la notificación por escrito por parte del inversionista de la una Parte Contratante a la otra, alegando que la medida que se tomó o no se tomó violó el Convenio y que, por lo tanto, se han ocasionado daños y pérdidas al inversionista.

El literal b) del numeral 6 del mismo artículo señala que cualquier procedimiento de arbitraje que se haya iniciado al tenor de este artículo, tendrá lugar en un Estado que sea signatario de la Convención de Nueva York.

Como vemos, los convenios internacionales prevén el arbitraje como un mecanismo que puede solucionar un conflicto de manera efectiva. Los Estados parte del convenio o tratado están en posibilidad de optar por este procedimiento con el fin de que las controversias no afecten el cumplimiento del tratado ni alteren las relaciones mantenidas entre las naciones lo que implicaría una afectación tanto en la vida interna de los países mismos como en las relaciones internacionales.

Se puede decir que es posible encontrarnos con otro caso u otro tipo de conflicto, aparte de los que ya hemos analizado, se refiere a que ha surgido una controversia entre un Estado y un extranjero.

Como bien sabemos, el Art. 46 de la Ley de Modernización del Estado dispone que en todo contrato se debe incorporar el convenio arbitral. De esta manera, al surgir una controversia entre el Estado y un inversionista extranjero, se tendrá que analizar

lo establecido en ese convenio como también lo que señalen la Constitución, los tratados y convenios internacionales y las demás leyes vigentes en el Estado.

Esta última situación se halla en la enumeración del Art. 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en el literal c), pero en este caso, no se toma en cuenta al sujeto sino al objeto del litigio, el mismo que se refiere a una operación de comercio internacional. Pero para que exista una interpretación precisa de comercio internacional y, por lo tanto, un resultado efectivo mediante el laudo, debemos recordar la ampliación del término “comercial” que hace la Ley Modelo Uncitral.

Para los dos últimos casos, si se somete a arbitraje internacional, es necesario la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución del sector público parte del conflicto, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje esté previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Para reiterar este principio es necesario recordar la regla del Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en el último párrafo de la referida norma se establece que para el caso del arbitraje internacional se debe contar con el dictamen favorable del Procurador General del Estado.

El Ecuador ha suscrito dos convenios importantes sobre el arbitraje, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) celebrada el 10 de junio de 1958 y con la reserva de que se trate únicamente de cuestiones de carácter comercial, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (Convención de Panamá) celebrada el 30 de enero de 1975.

La primera de estas convenciones regula lo relativo al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. El Art. 1 señala que:

La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se

pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución.

La segunda de las convenciones regula lo referente al arbitraje comercial internacional, el Art. 1 dice que:

Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por teles.

Además, debe observarse lo establecido en la Constitución y en las leyes de la República, así, el Art. 63 de la Ley de Modernización del Estado señala que los asuntos que versan sobre materia comercial pueden resolverse mediante arbitraje nacional o internacional, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las leyes vigentes.

El Dr. Xavier Andrade Cadena en un análisis acerca del arbitraje internacional³⁹ sostiene que al surgir una controversia comercial entre partes cuyas nacionalidades o domicilios son diferentes, éstas tienen el legítimo derecho de que el conflicto se resuelva de manera neutral, lo que significa que exista igualdad de condiciones y que ambas partes gocen de las mismas prerrogativas y oportunidades procesales. Esta igualdad y el proceso neutral es muy difícil que llegue a cumplirse por medio de la justicia ordinaria de determinado país, el cual seguramente fallará a favor de la parte cuya nacionalidad o domicilio sea el mismo que el tribunal que juzga y más

³⁹ Andrade C. Xavier, *Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana*

tratándose del Estado o de sus entidades (según estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional del año 2003, por lo menos en el 30% de los arbitrajes internacionales que se suscitaban participaba el Estado o una de sus instituciones).

Además, este procedimiento concede a las partes una flexibilidad que no la encontramos en la justicia ordinaria, ya que las mismas partes pueden designar quiénes integrarán el tribunal, el idioma, el lugar donde se llevará a cabo, etc.

3.2.- El Laudo Arbitral.

Jorge Caivano define al laudo arbitral de la siguiente manera:

El laudo es la decisión emanada de los árbitros que ponen fin al litigio, resolviendo definitivamente el diferendo que las partes les habían sometido. Constituye la expresión más acabada de la jurisdicción que ejercen los árbitros, al imponer a las partes una solución para las diferencias que los separaban, y es el acto que finalmente tuvieron en mira las partes al pactar el arbitraje como medio de resolución de conflictos⁴⁰.

Gabriela Romero también define al laudo arbitral y considera que “Es la decisión que profieren los árbitros designados para decidir un conflicto en concreto⁴¹”.

Silvana Gabriela Gagliero define al laudo como “la decisión que emite el árbitro y que resuelve la controversia sometida a su conocimiento. Es la última, y sin duda, la más importante fase del proceso arbitral”⁴².

El Art. 26 de la Ley de Arbitraje y Mediación manifiesta que:

⁴⁰ Obra citada (19) 219.

⁴¹ Romero, Gabriela *Exequátur de Sentencias y Laudos* 70.

⁴² Obra citada (67), 45.

El laudo y demás decisiones del tribunal se expedirán por mayoría de votos. Las resoluciones deberán firmarlas todos los árbitros; el que no estuviere conforme con la opinión de los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución anterior y consignará su voto salvado, haciendo constar sus fundamentos.

De acuerdo con lo dispuesto por el Art. 25 de la misma ley, el laudo debe expedirse en un término máximo de ciento cincuenta días. Este término puede prorrogarse, en determinados casos, por un período igual, ya sea por acuerdo de las partes o porque el tribunal lo declare de oficio.

El Art. 7 de la ley de la materia establece que el convenio arbitral obliga a las partes a acatar el laudo que se expida e impide someter el caso a la justicia ordinaria, esto significa que el laudo arbitral es vinculante para las partes y además obligatorio.

El secretario anotará si es que uno de los miembros del tribunal se rehúsa o está inhabilitado para firmar el laudo o cualquier otra providencia o resolución; firmarán los demás y la resolución sigue siendo válida y libre de vicio.

Si el arbitraje termina por transacción, ésta tiene los mismos efectos que el laudo arbitral y se hará constar por escrito según lo establecido en el Art. 26.

El laudo se hará conocer a las partes en una Audiencia, en ésta se dará lectura del laudo y se entregará una copia a cada una de las partes.

La legislación argentina es más explícita pues manifiesta que los árbitros se pronunciarán respecto a todos los puntos sometidos a su decisión, además de que debe ser conforme a derecho y a lo alegado y probado.

Los laudos son inapelables, pero podrán ampliarse o aclararse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecute y tres días después de que las partes hayan sido

notificadas. Los laudos no son susceptibles de ningún otro recurso que la Ley de Arbitraje y Mediación no establezca.

El hecho de que no sea posible ningún recurso sobre los laudos, por regla general y, que por excepción, en los casos previstos en la ley, sean susceptibles de la acción de nulidad, según el criterio de Galindo Cardona⁴³, obedece a que de esta manera se puede precautelar el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes; pues como bien sabemos los árbitros al igual que los jueces son seres humanos y por lo tanto pueden incurrir involuntariamente en algún error que pueda perjudicar a una de las partes.

La Ley General de Arbitraje de Perú establece que el juez anulará el laudo arbitral cuando este se haya dado sobre cuestiones no transigibles o si atenta contra el orden público. Esta norma es imperativa y no deja un ámbito de actuación discrecional al juez, pues él tiene la obligación de precautelar el respeto y el cumplimiento a las leyes y por lo tanto debe obedecer esta regla para no atentar contra la legalidad. En nuestra ley no se establece esta prerrogativa del juez, el criterio que justifica esta diferencia es que el árbitro debe actuar conforme a las leyes vigentes y respetando el orden público nacional, aun cuando decida en equidad, puesto que es la ley la que le atribuye competencia para solucionar un conflicto, además que son personas probas y su actuación debe ajustarse a la ética y a la moral.

Sin embargo, debemos recordar lo que dispone el Art. 274 de la Constitución Política del Ecuador que dice que cualquier juez o tribunal, de oficio o a petición de parte puede declarar inaplicable un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales. De esta manera, se precave el respeto al principio de legalidad, principio muy importante en la actuación pública.

La legislación argentina establece la posibilidad de apelar el laudo arbitral, incluso va más allá por cuanto concede al laudo todos los recursos que se pueden intentar sobre

⁴³ Galindo C. Alvaro, Tesis Doctoral *Medios Alternativos de Solución de Conflictos: Mandato Constitucional y Desafío Legal* 75.

las sentencias que dictan los jueces ordinarios. El recurso que se interponga sobre el laudo se lo hará ante el mismo árbitro.

El Dr. Luciano Parejo Alfonso en su artículo *Algunas Reflexiones sobre el Arbitraje en el Derecho Administrativo* anota también que en Grecia la Corte Suprema Especial establece la apelación al arbitraje en materia administrativa, conforme con lo establecido en la Constitución⁴⁴.

Es posible que cualquiera de las partes intente una acción de nulidad del laudo arbitral en los casos determinados en el Art. 31 de la ley de la materia. La parte que solicite la nulidad del laudo arbitral puede también pedir que se suspenda la ejecución del laudo, para ello, deberá rendir caución suficiente sobre los perjuicios por la demora que la ejecución del laudo pueda causar. Las entidades del sector público no tienen la obligación de rendir esta caución.

La legislación argentina tiene una regla distinta, establece que la ejecución del laudo no se suspende mientras no se declare su nulidad, por cuanto se presume que el laudo es válido hasta que el juez competente declare lo contrario.

La Ley de Arbitraje y Mediación habla de acción de nulidad, pero a partir del segundo párrafo del Art. 31 se refiere a un recurso de nulidad; sin embargo, debemos entender que se trata de una acción de nulidad por cuanto la misma ley señala que sobre los laudos arbitrales no es posible interponer ningún recurso.

Se ha planteado la interrogante acerca de si los laudos arbitrales son susceptibles del recurso de casación, siguiendo la secuencia de ideas de Álvaro Galindo Cardona⁴⁵ primero debemos analizar si los árbitros tienen la facultad de hacer ejecutar lo juzgado; segundo, saber si los árbitros gozan de jurisdicción y; por último, son o no son los laudos arbitrales susceptibles del recurso de casación.

⁴⁴ Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo 2.

⁴⁵ Obra citada (85), 62.

Luego del análisis seguido por el autor, se concluye primero que los árbitros carecen de imperio que es la facultad que permite que las decisiones a las que han llegado los funcionarios jurisdiccionales se cumplan en forma coercitiva; es necesario que para que se ejecutorie el laudo arbitral las partes acudan a la jurisdicción ordinaria.

Muchos autores se han manifestado en el sentido de que es necesario que se de total independencia a los tribunales arbitrales para que realmente sean eficaces, para conseguir esto, dicen, se debería atribuir a los tribunales arbitrales esta facultad de imperio, porque de otra manera se sigue acudiendo a la justicia ordinaria que es justamente lo que determina que las partes decidan someter su controversia a un tribunal arbitral.

La segunda cuestión es la relativa a saber si los árbitros tienen jurisdicción, según lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil en el Art. 3, último párrafo, es jurisdicción convencional aquella que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley.

El arbitraje se trata indudablemente de una jurisdicción convencional, pues las partes acuerdan que de surgir una controversia (sobre cuestiones transigibles) someterán la misma a la resolución de un tribunal arbitral. Entonces, si la jurisdicción es la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Art. 1, *ibidem*) se podría decir que los árbitros tienen jurisdicción; sin embargo, debemos continuar con lo señalado en la norma adjetiva: esa potestad o facultad le corresponde a los jueces o magistrados establecidos por las leyes, los árbitros se escapan de esta atribución de la ley, puesto que la misma Ley de Arbitraje y Mediación manifiesta que para ejecutar el laudo arbitral las partes deben solicitar a los jueces ordinarios, para que ellos en virtud de la facultad de administrar justicia, ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas.

Por último, ¿son o no son los laudos arbitrales susceptibles del recurso de casación? El Art. 2 de la Ley de Casación señala los casos en que es procedente el recurso y, se refiere exclusivamente a las sentencias y autos dictados por los órganos que integran

la Función Judicial; los tribunales arbitrales no dictan sentencias ni autos y tampoco pertenecen a esta Función del Estado. El mismo artículo, más adelante, enumera los casos en los que no cabe la casación, pero se excluye de esta lista al arbitraje. La razón por la cual no se incluyó al arbitraje dentro de estos casos es porque no “se creyó necesaria esta salvedad ya que esta es una justicia privativa, que no depende de ninguno de los poderes (funciones) del Estado⁴⁶”.

Además debemos recordar lo dispuesto en el último párrafo del Art. 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que se refiere a que los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que esta ley no establezca; y en ningún precepto la ley se manifiesta en el sentido de que las decisiones arbitrales pueden ser objeto de casación.

Luego de este análisis, podemos concluir diciendo que definitivamente no es posible plantear el recurso de casación en contra de los laudos arbitrales.

Una vez que el laudo esté ejecutoriado, las partes deberán cumplirlo de inmediato, pueden solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando la copia certificada del laudo o del acta transaccional con la razón de hallarse ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio y sin que el Juez acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo (Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación).

Gilberto Peña Castrillón y Néstor H. Martínez⁴⁷ sostienen que una vez ejecutoriado el laudo, su contenido no puede volverse a discutir ante ningún juez, la decisión tomada por el tribunal “se convierte en el título ejecutivo por antonomasia”.

⁴⁶ Obra citada (85), 62.

⁴⁷ Obra citada (25), 14.

La jurisprudencia peruana contiene fallos importantes respecto al carácter de cosa juzgada de los laudos arbitrales, en este sentido la Sala de Procesos Ejecutivos de Lima se ha pronunciado en el sentido en que los laudos arbitrales “deben ejecutarse en sus propios términos por tener la calidad de cosa juzgada... y se ejecuta como una sentencia”⁴⁸. Otro fallo dictado por la misma sala se refiere a que “la decisión contenida en el laudo, debe ejecutarse en sus propios términos, sin entrar a calificar su contenido o sus fundamentos y sin restringir sus efectos o interpretar sus alcances”⁴⁹.

El laudo dictado por el tribunal puede ser en derecho o en equidad. El laudo en derecho requiere que se den las razones o motivos de la decisión tomada, es decir, se deben apreciar las pruebas y sustentar el mérito que le asiste a cada una de ellas. En este caso los árbitros deben atenerse a lo dispuesto en la ley, a los principios universales de derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Es necesario que para este tipo de arbitramento se cuente con profesionales del derecho.

El laudo en equidad es aquel que se dicta en conciencia y, en este caso concreto, los árbitros carecen de la obligación de exponer el mérito que se le asigna a cada prueba. La Ley de Arbitraje y Mediación señala que en los laudos en equidad los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender, además que deben atenerse a los principios de la sana crítica. Tampoco es necesario que los árbitros sean abogados.

En el caso del arbitraje del sector público, el laudo que deberá expedirse será en derecho, pues así lo determina el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Así que es necesario que los árbitros que vayan a dictar el laudo sean abogados, además que se debe contar con el informe del Procurador General del Estado que es el representante del Estado y el que ejerce el patrocinio del mismo.

3.3.- El Laudo Arbitral Extranjero.

⁴⁸ Sentencia del 24 de agosto de 1999, CANTUARIAS S. Fernando *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros en el Perú*

⁴⁹ Sentencia del 30 de junio de 1999.

En lo que respecta a los laudos extranjeros, podemos mencionar algunos convenios que han sido ratificados por el Ecuador al respecto y que aclaran cualquier duda que pueda presentarse.

La Convención de Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Codificación 1244, Registro Oficial Suplemento 153, 25/Noviembre/2005) manifiesta que los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos consideran que la administración de justicia entre estos Estados exige la cooperación de todos ellos para asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales dictados en las diferentes jurisdicciones territoriales. El último párrafo del Art. 1 señala que las normas de esta Convención se aplicarán en lo referente a los laudos arbitrales, respecto de todo aquello que no ha sido previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá.

La Ley Modelo UNCITRAL en el Art. 28, numeral cuatro señala que “En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

El artículo siguiente dispone que toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de los miembros.

El laudo será por escrito y además debe ser firmado por el o los árbitros. Deberá ser motivado, a menos que las partes hayan acordado otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en base a la transacción a la que han llegado las partes. Se debe hacer constar en el laudo la fecha en la que ha sido dictado y el lugar del arbitraje. Luego de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante la entrega de la copia firmada por los árbitros; en las actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros, pero se debe dejar constancia de las razones de la falta de las firmas (Art. 31).

Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada cuando:

- a) El demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga y se reconozca su interés a obtener la solución del conflicto.
- b) Las partes acuerden terminar con las actuaciones.
- c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

El tribunal arbitral cesa en sus funciones cuando termine las actuaciones arbitrales, sin embargo, puede prorrogar el plazo en el que hará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional, en caso de que una parte lo haya solicitado y que será respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales y omitidas en el laudo.

El Proyecto para la Corte de Justicia Arbitral en el Art. 27 dispone que toda decisión será tomada por mayoría de votos de los jueces presentes, si se trata de un número par de jueces y existe empate, el último voto, según el orden de precedencia, no será contado. El Art. 28 señala que las decisiones o decretos de la Corte deben ser motivados, contendrán los nombres de los jueces que los han dictado y se firmarán por el Presidente y el escribano.

Otra Convención importante es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de Nueva York (10 de junio de 1958), de acuerdo con lo establecido por el Art. 1, numeral uno, ésta se aplica para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en un Estado diferente a aquel en que se solicita su reconocimiento y ejecución; también respecto a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

La expresión “sentencia arbitral comprende las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados y también para aquellas dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

El Art. 3 de la Convención dice:

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada... Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Al respecto cabe que hagamos un análisis primero respecto a los términos imperativos utilizados en la norma y; segundo, en cuanto a la normativa jurídica interna a la que hace referencia para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

Respecto del primer punto, debemos decir que la norma transcrita es imperativa. Se refiere a que los Estados **reconocerán**⁵⁰ la autoridad de las sentencias y que se **concederá** su ejecución de acuerdo con la legislación interna vigente. La segunda parte de esta regla también reitera la obligatoriedad de que no se **impondrán** condiciones más rigurosas, ni honorarios o costas que los aplicables para la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Esto otorga mayor validez y eficacia a la sentencia arbitral dictada en el extranjero, ya que ninguna de las partes podrá valerse de que es una sentencia extranjera o invocar diferencias en cuanto a la aplicación con el objetivo de que no se cumpla lo decidido por los árbitros, esto obviamente refleja una actitud de mala fe que ha sido prevista por esta Convención Internacional y que tiene la misma jerarquía constitucional con la finalidad de que sus preceptos se cumplan a cabalidad y, en este caso específico que las sentencias arbitrales extranjeras se cumplan de la misma forma que las nacionales, sin la posibilidad de que cualquiera de las partes intente dilatar el reconocimiento de las sentencias o de obstaculizar su ejecución. La misma

⁵⁰ El resaltado es mío.

Convención establece los casos de excepción en los que la parte basará su solicitud de denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral. Esto lo revisaremos más adelante.

En cuanto al segundo tema de análisis referente a los procedimientos internos para el reconocimiento y ejecución y, como vimos en el punto anterior, anotemos lo establecido en el último párrafo del Art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación: los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

En este caso, el laudo dictado dentro del territorio se ejecuta de forma inmediata por las partes; sin embargo, cualquiera de ellas podrá solicitar a jueces ordinarios la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas con la presentación de la copia certificada del laudo o acta transaccional. Los laudos tienen efecto de sentencia ejecutoriada y fuerza de cosa juzgada y se ejecutarán de la misma manera que las sentencias de última instancia.

Siendo así, el Código de Procedimiento Civil señala que la sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio. La sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa; pero se puede corregir el error de cálculo. La sentencia se ejecutoria:

- 1.- Por no haberse recurrido de ella dentro del término legal.

El término establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación para que se aclare o amplíe el laudo es de tres días después de la notificación y, de diez días para plantear la acción de nulidad.

- 2.- Por haberse desistido del recurso interpuesto.

Recordemos que respecto al laudo arbitral no cabe ningún recurso que la ley no establezca y, solo es posible la acción de nulidad en los casos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación.

3.- Por haberse declarado desierto el recurso.

4.- Por haberse declarado abandonada la instancia o el recurso.

5.- Por haberse decidido la causa en última instancia.

El laudo arbitral se ejecuta de la misma forma que la sentencia de última instancia., siguiendo la vía de apremio y sin que el Juez pueda aceptar excepción alguna.

La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho.

El Art. 5 de la Convención de Nueva York dispone que solo es posible denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, si la parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- Que las partes que han acordado el arbitraje se encontraban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable; o, que el acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido; o, en virtud de la ley del país en que se hubiera dictado sentencia.
- Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento del arbitraje o no ha podido ejercer su defensa.
- Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria; o, contiene decisiones que exceden los términos del compromiso o de la

cláusula compromisoria⁵¹. No obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

- Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no son los establecidos en el convenio arbitral o la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.
- Que la sentencia todavía no es obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por la autoridad competente del país en donde se ha dictado la sentencia. En este caso, la autoridad ante la cual se invoca la anulación o la suspensión de la sentencia puede, si considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y también podrá ordenar a la otra parte que rinda garantías apropiadas.

También se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país donde debe reconocerse y ejecutarse la sentencia comprueba:

- Que conforme a la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución mediante arbitraje.
- Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

El Convenio de Inversión Extranjera con Paraguay en su Art. 8, numeral cinco establece que el tribunal arbitral puede decidir en virtud del Convenio u otros acuerdos entre las partes contratantes o, en base a un acuerdo específico referente a la

⁵¹ La Convención de Panamá no preve esta última posibilidad referente a las decisiones que exceden los términos del compromiso.

inversión, a la ley de la Parte Contratante parte en la controversia, además de normas sobre conflicto de ley, normas y principios de Derecho Internacional aplicables.

Este convenio, incluso reitera el principio consagrado en nuestra ley en el Art. 32, ya que también considera que las decisiones del tribunal son definitivas y obligatorias para las partes en la controversia.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (CIAC), Convención de Panamá (30 de enero de 1975) en el Art. 4 dispone que:

Las sentencias o laudos no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

Esta norma otorga a las sentencias o laudos arbitrales, dictados por tribunales tanto nacionales como extranjeros, la misma validez jurídica; pero se refiere además a que no sean impugnables conforme a la ley o reglas procesales aplicables, lo que significa que la sentencia o laudo arbitral debe respetar la normativa legal y el orden público vigente, ya que de lo contrario serían impugnables y, por lo tanto, no podrían reconocerse ni ejecutarse.

Además, tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Panamá establecen la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia o laudo arbitral cuando la autoridad competente del país en donde se pretende tal reconocimiento o ejecución, comprueba que aquello sería contrario al orden público del país; por lo tanto, las sentencias o laudos arbitrales tienen fuerza de sentencia judicial ejecutoriada si es que no contrarían la legislación interna del Estado al cual se invoca su reconocimiento y ejecución.

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos (Convención de Uruguay) en el Art. 1 señala que la convención se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados Partes. El último párrafo dispone que las reglas de la Convención de Uruguay se aplicarán en lo referente a los laudos arbitrales en todo lo no previsto por la Convención de Panamá.

El Art. 2 de la Convención dispone que las sentencias y laudos arbitrales extranjeros deben cumplir ciertos requisitos para su reconocimiento y ejecución:

- Deben cumplir con las formalidades del Estado que las dictó.
- Deben estar traducidos al idioma oficial del país donde debe surtir efecto.
- Que estén legalizados conforme a la ley del Estado donde deba surtir efecto. El Código de Procedimiento Civil señala que las sentencias extranjeras se ejecutan si no contravienen el Derecho Público Ecuatoriano o cualquier ley nacional y si están arregladas a los tratados vigentes. Si es que no existen tratados, se cumplirán si no contravienen el Derecho Público o las leyes ecuatorianas y, si constare en el exhorto respectivo:
 - a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada en el país en que se expidió.
 - b) Que la sentencia recayó sobre acción personal.
- Que la autoridad que emitió el fallo o dictó el laudo tenga competencia internacional para ello conforme a la ley del país donde deba surtir efecto.
- Que se haya asegurado la defensa de las partes.
- Que tengan el carácter de ejecutoriados o fuerza de cosa juzgada en el Estado donde se dictaron.
- Que no atenten contra los principios y leyes de orden público del Estado en que se solicita su reconocimiento y ejecución.

El jurista, Ulises Montoya Alberti⁵² citado por Fernando Cantuarias,⁵³ manifiesta que en derecho internacional rige el principio *regle d'efficacité maximale*, que significa regla de máxima eficacia; en virtud de este principio se permite aplicar el tratado más favorable al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales.

Los laudos arbitrales pueden ejecutarse en los diferentes Estados al amparo de cualquiera de estos convenios internacionales, los mismos que le otorgan una categoría fundamental al arbitraje a nivel tanto nacional como internacional.

Las naciones procuran la plena vigencia y aplicación de este mecanismo, lo que se refleja en la ratificación de los diferentes tratados que lo han regulado y que crean organismos de carácter internacional con competencia para resolver los conflictos que se presenten, para ello las reglas internacionales cuya aplicación es uniforme para todos los países; además, se establece un proceso general que debe ser cumplido por todas las naciones que sean parte y que permite que realmente pueda existir y regir el principio de igualdad entre los Estados, pero que principalmente, la práctica del arbitraje sea efectiva para las naciones que opten por este mecanismo.

⁵² Montoya, Ulises *El Arbitraje Comercial*.

⁵³ Obra citada (89).

CAPÍTULO IV

CASO PRÁCTICO

4.1.- Contrato Administrativo.

El 26 de Marzo de 1999, ante el Notario Quinto del Cantón Cuenca se eleva a Escritura Pública el Contrato de Concesión de Servicio de Parqueamiento Tarifado en el Centro Histórico de Cuenca, otorgado por la I. Municipalidad de Cuenca a favor de Autoparque S. A.

De la escritura pública celebrada se desprende que la clase de contrato que se está celebrando es el de concesión, pues como se lo describe es un Contrato de Concesión de Servicio de Estacionamiento Tarifado en el Centro Histórico de Cuenca.

Además las diferentes cláusulas que integran el documento señalan que el objeto del contrato es la prestación de un servicio, el mismo que ha sido concesionado por la I. Municipalidad de Cuenca a favor de la Empresa Autoparque S. A.

Como se analizó en el segundo capítulo uno de los contratos administrativos de mayor utilización en la actualidad es el de concesión de servicios públicos. En el concepto que se dio vimos que se trataba de aquel que el Estado delegaba en forma temporal a una persona física o jurídica o a un ente administrativo las facultades que se requerían para la prestación del servicio público.

En este caso en concreto el Contrato de Concesión del Servicio de Parqueamiento Tarifado se otorga por un período de quince años a partir del día de su celebración, pero este plazo puede ser ampliado por la Concedente por cinco años más.

Como he manifestado en capítulos anteriores, a pesar de que el servicio no sea prestado directamente por el Estado, éste tiene la obligación de hacer cumplir el mismo, precautelando los intereses de los ciudadanos. La cláusula trigésima cuarta

establece que la Unidad de Tránsito Municipal será la encargada de fiscalizar la prestación de los servicios de la Concesionaria.

Las partes que intervienen en la celebración del contrato son por un lado la I. Municipalidad de Cuenca, por medio de sus representantes legales el Arq. Fernando Cordero, Alcalde de Cuenca y, el Dr. Tarquino Orellana, Procurador Síndico y; por otro la empresa Autoparque S. A., a través de su representante legal el Sr. Rubens Botteri Gomes de Castro, Presidente Ejecutivo y Representante Legal de la empresa Autoparque.

La voluntad de las partes para celebrar este contrato proviene del marco legal, ya que como analizamos anteriormente se trata de una actividad reglada en la que la voluntad debe someterse a lo establecido en la ley para que su actuación sea legal. El ordenamiento jurídico es el que le permite a la administración intervenir para prestar un servicio público a través de la figura de la concesión. Las normas que se aplicaron al contrato son las siguientes:

- El 30 de diciembre de 1997 se expide la Ordenanza que Regula la Concesión de Espacios Públicos y su Contratación.
- Los Arts. 14, 263, 276 y 278 de la Ley de Régimen Municipal.
- La Ley de Arbitraje y Mediación.

La capacidad de las partes se determina en base a los nombramientos de cada una de ellas, estos últimos conforman los documentos habilitantes para la celebración del contrato.

El Art. 14 de la Ley de Régimen Municipal señala:

Son funciones primordiales del municipio, sin perjuicio de las demás que le atribuye esta Ley, las siguientes:

2ª. Construcción, mantenimiento, aseo, embellecimiento y reglamentación del uso de caminos, calles, parques, plazas y demás espacios públicos.

13ª. Regular el uso de la vía pública en áreas urbanas y suburbanas de las cabeceras cantonales y en las áreas urbanas de las parroquias rurales del cantón.

19ª. Podrá planificar, organizar y regular el tránsito y transporte terrestre, en forma directa, por concesión, autorización u otras formas de contratación administrativa, en coordinación con los organismos de tránsito competentes, de acuerdo con las necesidades de la comunidad.

El objeto del contrato es la Concesión exclusiva del Servicio de Estacionamiento Tarifado en el Sector del Centro Histórico – Etapa I, esto incluye algunas obligaciones por parte de la Concesionaria como la implementación y operación de los equipos ofertados, el cobro al usuario de las tarifas determinadas (1500 sucres la fracción o media hora para el caso de parqueo, 100.000 sucres la inmovilización y desbloqueo de vehículos, 200.000 sucres por el retiro del vehículo y 1500 sucres la media ora o fracción por la custodia del mismo), la instalación de señalización en la respectiva zona y la inmovilización de vehículos y retiro de la vía pública y su respectiva custodia.

La Concesionaria está también obligada a mantener la continuidad del servicio de control del estacionamiento, de lunes a viernes de 07H00 a 19H00 y los sábados de 08H00 a 14H00.

La cláusula décima primera determina las obligaciones de la Concesionaria, ésta debe instalar dentro de la zona concesionada por lo menos 3 puestos fijos de atención al usuario, contar con un mínimo de 6 móviles y una grúa para la prestación de los servicios, someter a aprobación de la concedente una campaña publicitaria que

explique el sistema previamente al inicio de las operaciones, los diseños de la señalización a instalar también deben ser sometidos a aprobación.

El servicio se prestará en el Sector que se halla delimitado en el plano anexo a las Bases y Términos de Referencias para el Concurso de Concesión, el mismo que corresponde al norte la calle Pío Bravo, al sur la calle Larga, de los Molinos y río tomebamba, al Oeste la calle Tarqui y, al Este la calle Huayna Cápac, todo esto compromete la utilización de 1534 plazas para el parqueamiento.

Las plazas en las que se ejecutará el contrato son 1200, de las cuales 22 son para taxis y 193 se reservan para las entidades del Sector Público, lo que da un total de 985 plazas para la implementación.

Las máquinas expendedoras de tickets se ubicarán en cada cruce de la zona concedida (cláusula décima sexta), excepto en los lugares que no se justifique y no podrán ser menos que 55 máquinas, con un promedio de 28 plazas por máquina expendedora.

Respecto a la inmovilización de los vehículos en el contrato se establece que la Concesionaria debe utilizar móviles y personal con equipos de radio, además de contar con equipos que permitan la inmovilización, desmovilización o retiro de la vía pública de vehículos infractores (cláusula vigésima primera).

El retiro de los vehículos se realizará en las oportunidades en que sea posible de acuerdo con las normas de tránsito, también en caso de estacionamiento indebido que afecte la normal circulación de otros vehículos y peatones, cuando signifique un peligro o se obstaculice o perturbe la circulación (cláusula vigésima quinta.- veinte y cinco punto uno).

Algunos autores establecen como requisito de los Contratos celebrados por el Sector Público el fin o la utilidad pública, el contrato que se analiza dice textualmente en la cláusula segunda, dos punto cuatro, último párrafo:

Son objetivos de la concesión disminuir la contaminación en el Centro Histórico, la demanda de estacionamientos, liberar del estacionamiento de vehículos a los carriles de circulación de las unidades de transporte urbano, **mejorando en general las condiciones de habitabilidad**⁵⁴ del Centro Histórico de la Ciudad.

Se cumple el propósito público, ya que se procura satisfacer una necesidad colectiva a través del mejoramiento de las condiciones de habitabilidad en la zona donde se ejecutará el contrato.

Tratándose este caso de un contrato en el que participa el Sector Público, sabemos que deben cumplirse las formalidades que las leyes han establecido para este caso, así la Ley de Modernización del Estado en el Art. 46 dispone que “Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente”.

El Art. 4 de la Ley de Contratación Pública enumera las fases precontractuales, las mismas que son las siguientes:

- a) Licitación.
- b) Concurso Público de Ofertas.

El Art. 52 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado señala que la preparación de la licitación pública será de coordinación del CONAM, salvo que otras leyes atribuyan en forma expresa esta facultad a otro organismo o entidad; sin embargo, el CONAM ejercerá una función de control. Una vez concluidos los estudios, el CONAM o el organismo correspondiente procederá a publicar la convocatoria

⁵⁴ El resaltado es mío.

El Art. 11 de la Ley de Contratación Pública ordena la creación de un Comité de Contrataciones integrado por tres técnicos, dos de los cuales sean designados por la entidad y otro por el colegio profesional a cuyo ámbito de actividad corresponda la mayor participación del proyecto, de acuerdo con el valor estimado de la contratación. Este Comité interviene en la fase precontractual, para que se cumpla con el proceso y la documentación necesaria.

Sin embargo, el Art. 56 del Reglamento de la Ley de Modernización del Estado señala que el Comité estará integrado por 2 técnicos, un abogado y un especialista económico financiero designado por la máxima autoridad de la entidad o del organismo o por el CONAM, esta Comisión debe entregar un informe en un plazo no mayor a 60 días para que la máxima autoridad del CONAM adjudique el contrato en los siguientes 10 días. Este Comité es sustituido por el Comité de Contrataciones.

El Comité de Contratos de Concesión se crea en sesión del 3 de diciembre de 1988 y, en este caso, conjuntamente con el Ilustre Consejo Cantonal, convocan a personas naturales, jurídicas nacionales o extranjeras, o asociaciones de estas legalmente capaces y con experiencia en la operación de parqueamiento tarifado en otras ciudades, para participar en el Concurso de Concesión del Servicio de Parqueamiento Tarifado en el Sector del Centro Histórico Etapa Uno de la ciudad.

El Art. 14 de la Ley de Contratación Pública establece que la entidad debe contar con los estudios, diseños, incluidos planos y cálculos, especificaciones generales y técnicas, debidamente concluidos, recibidos, previa fiscalización, por la entidad correspondiente, y aprobado por ella con la programación de los presupuestos y documentos necesarios dependiendo de la naturaleza del proyecto.

El Art. 16 dispone que la autoridad de la entidad para iniciar el trámite que corresponda debe contar con ciertos documentos precontractuales:

- a) Convocatoria.- La misma que se efectuó de acuerdo con lo que ordena el Art. 17, con 3 publicaciones los días 20, 21 y 22 de diciembre de 1998 en

los diarios “El Mercurio” y “El Tiempo” de la ciudad de Cuenca y “El Hoy” de la ciudad de Quito.

- b) Modelo de carta de presentación y compromiso.-
- c) Modelo de formulario de propuesta.- Los términos de referencia son aprobados por el Comité y por el Consejo Cantonal.
- d) Instrucciones a los oferentes.-
- e) Proyecto de contrato.-
- f) Especificaciones generales y técnicas.-
- g) Planos.-
- h) Valor estimado.-
- i) Plazo estimado de ejecución del contrato.-
- j) Lista de equipo mínimo requerido, si fuere del caso.-
- k) Principios y criterios para la valorización de las ofertas.-

Todos los documentos serán elaborados por la entidad y únicamente los descritos en los literales a), b), c), d), e) y k) los aprobará el Comité de Contrataciones.

El Art. 24 dispone que el Comité designará una Comisión Técnica para la licitación y concurso público, con el fin de evaluar las ofertas, además debe elaborar cuadros comparativos y un informe para la adjudicación.

El Comité adjudicará el contrato al oferente que haya presentado la propuesta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales. Siendo así, el 2 de marzo de 1999 por Resolución del Comité para el Concurso de Concesión del Servicio de Parqueamiento Tarifado en el Centro Histórico de Cuenca, se adjudica al oferente AUTOPARQUE S.A. la Concesión del Espacio Público determinado en las bases.

De acuerdo con lo que señala el numeral 16to. del Art. 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el Contralor debe emitir un informe razonado previo a la celebración de cualquier contrato por parte de alguna institución del Estado que afecte al recurso público o implique egreso de recursos públicos. El numeral 27mo. del mismo artículo establece la obligación de esta autoridad de controlar los procesos en los que el Estado delegue o concesione sus atribuciones al sector privado.

Por su parte el Art. 158 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado dispone que si no hay egreso de fondos públicos el Contralor General del Estado se inhibirá o se reservará el derecho a emitir un informe previo a la celebración del contrato.

4.2.- Convenio Arbitral.

El Art. 46 de la Ley de Modernización del Estado establece que los contratos de delegación deben contener cláusulas que aseguren que la prestación del servicio público atienda a los intereses de los usuarios y a la preservación del ambiente. La última parte de la norma dice que en todo contrato de delegación debe incluirse una cláusula de arbitraje para la solución de controversias.

El Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establece que los organismos y entidades del sector público podrán someterse a arbitraje de derecho previa suscripción del convenio.

El párrafo segundo del Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que en el caso de que las entidades del sector público se sometan a arbitraje éstas deben cumplir con estos requisitos:

- Pactar un convenio arbitral previo al surgimiento de la controversia, si éste ya ha ocurrido debe consultarse al Procurador General del Estado.
- La relación jurídica a la que se refiere el convenio debe ser de carácter contractual.
- En el convenio arbitral debe incluirse la forma de selección de los árbitros.
- El convenio arbitral debe ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución.

La norma concluye diciendo que si no se cumplen estos requisitos el convenio será nulo.

El contrato que estamos analizando, en la parte correspondiente establece:

CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA PRIMERA: CONTROVERSIAS.-

“Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes de o relacionados con este Contrato, así como cualquier incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá ser resuelto por medio de arbitraje según la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial Nro. ciento cuarenta y cinco de fecha cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y siete, con la intervención de los Árbitros calificados.

El primer requisito que establece la Ley de Arbitraje y Mediación es que se pacte un convenio con anterioridad al surgimiento de un conflicto, tal cual como ha sucedido en este caso ya que se celebra el Contrato de Concesión en el que se incorpora el convenio arbitral el 26 de marzo de 1999 y la controversia ocurre en el año 2000.

Respecto al segundo requerimiento cabe decir que la relación jurídica es de carácter contractual puesto que para solucionar un posible conflicto en la ejecución del Contrato de Concesión del Servicio de Estacionamiento Tarifado, las partes contratantes acuerdan someter el mismo a la solución de un tribunal arbitral, es así que dice “Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes de o relacionados con este contrato...”

Además que la imposición de las multas, sobre lo que trata la controversia, es una sanción que se establece en el contrato mismo, como una facultad de la Concedente por incumplimientos de la Concesionaria en la ejecución del mismo.

En la cláusula transcrita no se señala la forma en la que se seleccionarán los árbitros que integrarán el tribunal, por lo que este convenio podría considerarse incompleto; sin embargo, cabe hacer un análisis más profundo para emitir un criterio.

Sabemos muy bien que la ley es supletoria de la voluntad de las partes y, en este caso, con el convenio se hace referencia evidente a la Ley de Arbitraje y Mediación que es la que establece la forma en la que se designarán a los árbitros, que es lo que no se especifica en la cláusula transcrita.

Entonces, pese a que se podría considerar una omisión de este requisito en el convenio, éste se halla incorporado implícitamente en el mismo con la referencia legal, además recordemos la regla número 18 del Art. 7 del Código Civil, la misma que dice que: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

El último requisito señalado en la ley ordena que el convenio debe ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución, en este caso nos referimos a las partes contratantes que son, por un lado el Ilustre Municipio de Cuenca, en las personas del Alcalde de Cuenca, Arq. Fernando Cordero y del Procurador Síndico, Dr. Tarquino Orellana y; por otro, la Empresa Autoparque S. A., a través de su representante legal, el Sr. Rubens Botteri Gomes de Castro.

Con esto se cumple además con lo que dispone el Art. 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, esto es que, las entidades y organismos del sector público e instituciones autónomas del Estado comparezcan mediante sus representantes legales o procuradores judiciales.

4.3.- Procedimiento Arbitral.

Siguiendo lo que dispone el Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hayan establecido en el convenio.

El numeral 1 del artículo mencionado señala que debe designarse el centro o el árbitro ante quien se propone la demanda, en este caso la acción se dirige ante la Directora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cuenca.

Debe además identificarse al actor y al demandado. El señor Rafael Serrano Puig, Gerente General y representante legal de Autoparque S. A. comparece como demandante. La parte demandada es la Ilustre Municipalidad de Cuenca, se cita al Alcalde el Arq. Fernando Cordero Cueva y al Procurador Síndico el Dr. Tarquino Orellana.

Los fundamentos de hecho expuestos en la demanda son los siguientes:

- Mediante oficio UMT-200 (14 de abril de 2000 mil) el Director de la Unidad de Tránsito y Transporte Terrestre de la I. Municipalidad de Cuenca solicita al Director Financiero y al Procurador Síndico la imposición de multas a la Compañía Autoparque por incumplimientos del Contrato de Concesión⁵⁵. Los componentes de la Concesionaria equivalen el 70% a las plazas implantadas, el 20% a la inmovilización y el 10% al guinchado; las multas se calculan – inicialmente- en dos períodos desde el 13 de septiembre al 14 de noviembre de 1999 y del 15 de noviembre de 1999 al 31 de enero de 2000 en base a estos porcentajes⁵⁶.
- El 3 de mayo de 2000 mil la empresa Autoparque presenta una reclamación dirigida al Alcalde, solicitando la revisión de las multas impuestas⁵⁷. Respecto a las plazas alegan que en el segundo período (en realidad el tercero) estaban habilitadas 1044 y no 946 como se establece en el cuadro elaborado por la Unidad Municipal de Transporte. Acerca de la inmovilización, así mismo, plantean que a la fecha tenían más candados que los que constan en el oficio, por lo tanto el incumplimiento no es del 100%. Al referirse al guinchado sostienen que el Patio de Custodia se hallaba habilitado, habían adquirido el camión y la guincha estaba por instalarse, por lo que el incumplimiento tampoco es total.

Por último, solicita la comprensión por parte de la Municipalidad para que no aplique el máximo de la multa y que se considere la situación dentro de la

⁵⁵ Anexo 1.

⁵⁶ Anexo 2

⁵⁷ Anexo 3.

cual se ejecutan las operaciones previstas en el contrato y las condiciones en las que se halla el país.

- El 12 de mayo de 2000 se notifica a la ahora parte actora con la carta de crédito Nro. 5521 emitida por la suma de 285. 158.487 en base al oficio UMT-200, por incumplimiento del contrato.
- El 19 de mayo de 2000 la Concesionaria presenta una solicitud dirigida al Director Financiero para que suspenda el cobro de la carta de crédito en base a la reclamación presentada el 3 de mayo y que aún no había sido resuelta.
- El 8 de junio de 2000 se notifica a Autoparque la aceptación parcial del reclamo que había sido presentado⁵⁸.

El Director Financiero resuelve disponer la baja del título de crédito Nro. 5521, ya que se acepta en forma parcial el reclamo presentado por la Gerente Regional de Autoparque S.A.; se ordena la emisión de un nuevo título de crédito.

- El 9 de junio de 2000 se notifica a la parte demandante con la nueva carta de crédito Nro. 5568⁵⁹ por USD 9839,84.
- El 12 de junio se apela la resolución en base a que la fecha en la que se emite la carta de crédito última, fue cuando había culminado el término (15 días) para que el I. Municipio se pronuncie según lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.
- El 23 de junio el Alcalde ratifica la Resolución Nro. 082, considerando que Autoparque se halla obligado al pago de las multas impuestas.
- El 4 de julio de 2000 Autoparque es notificado con el auto de pago⁶⁰ con el que se inicia el proceso coactivo Nro 196, en base al título de crédito

⁵⁸ Anexo 4.

⁵⁹ Anexo 5.

⁶⁰ Anexo 6.

Nro.5568. La empresa que demanda argumenta que el título se emite con fecha anterior (3 de junio) a la Resolución Nro. 082 (8 de junio) en la que se ordena la emisión del título Nro 5568.

Como fundamento de derecho la parte actora se basa en lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, norma que citada dice:

Todo reclamo solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el Art. 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que les confiere las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.

Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

La forma, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

En la demanda, en la parte correspondiente a los fundamentos de derecho se agrega que los árbitros deberán decidir en derecho. Con esto se da cumplimiento a lo que dispone el Art. 11 de la Ley de Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

La parte actora invoca además la cláusula que incorpora el convenio arbitral y se ampara en lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación.

La pretensión de la acción es que se deje sin efecto el acto administrativo, es decir, la Resolución Nro. 082 dictada por el Director Financiero Municipal el 8 de junio de 2000 y que, además se rectifique el cálculo de las multas impuestas en atención a los planteamientos expuestos en la reclamación presentada el 3 de mayo (los mismos que, se alega, se han aceptado porque se ha producido el silencio administrativo).

Se demanda también que se suspenda el proceso coactivo Nro. 196 por la aceptación tácita del reclamo administrativo y porque el 3 de junio aún no existía el título de crédito Nro. 5568.

La cuantía es indeterminada.

Se señala el domicilio para las citaciones a la parte demandada y para las notificaciones que se deban realizar al actor.

De acuerdo con lo que señalan los numerales 3 y 4 del Art. 72 del Código de Procedimiento Civil, a la demanda se acompaña los documentos que determinan la representación legal –en este caso de Autoparque S. A.- y los demás que se harán valer en el transcurso del procedimiento y que tienen un valor preparatorio.

En el Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación se exige que además se acompañe a la demanda el instrumento en el que conste el convenio arbitral o una copia auténtica del mismo, así, en este caso se adjunta el Contrato de Concesión del Servicio de Estacionamiento Tarifado, celebrado ante el Notario Quinto del Cantón Cuenca.

Presentada la demanda ante el Centro correspondiente se debe calificar la misma y también se cita a la parte demandada para que conteste a la acción que se ha planteado en su contra en un término de diez días.

La demanda es efectivamente calificada por la Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Cuenca, quien dispone que se cite a la I. Municipalidad de Cuenca para que se continúe con el trámite.

La parte demandada es citada con la demanda arbitral el día 11 de julio de 2000, en las personas de sus representantes legales: el Alcalde Arq. Fernando Cordero Cueva y Dr. Tarquino Orellana, Procurador Síndico.

La contestación que se realice debe cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, además se deben adjuntar las pruebas y se debe solicitar la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo argumentado en la contestación.

La contraparte no da contestación a la demanda en el término establecido, por lo que conforme establece el segundo párrafo del Art. 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se considera la negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda.

El arbitraje continúa con su trámite de acuerdo con lo que dispone el Art. 14 de la misma ley, por lo que se convoca a las partes a Audiencia de Mediación, señalando día y hora para que ésta se lleve a cabo y el mediador procure un avenimiento entre las partes.

La Audiencia de Mediación se lleva a cabo el 28 de agosto de 2000, intervienen las partes a través de sus abogados defensores, además actúa el mediador designado por el Director del Centro quien tratará de que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin a la controversia y esto se hace constar en un acta⁶¹.

Como antecedentes, en el acta se hace constar que la I. Municipalidad de Cuenca emitió una carta de crédito por USD 9.839,84 por concepto de multas a la empresa AUTOPARQUE S. A., ésta última apela la resolución y demanda a la primera.

Las partes llegan a un acuerdo y resuelven:

- 1.- Someterse al laudo arbitral que determine el valor que Autoparque S. A. debe pagar por las multas impuestas a la I. Municipalidad de Cuenca, renuncian a cualquier acción que impida el procedimiento arbitral y el cumplimiento del laudo arbitral. Se comprometen a presentar conjuntamente un escrito que ratifique la voluntad de las partes.
- 2.- La parte actora se compromete a pagar todos los gastos del proceso hasta el valor de la Audiencia de Mediación.

⁶¹ Anexo 7.

3.- Las partes se comprometen a cubrir por partes iguales todos los gastos procesales que surjan luego de la Audiencia de Mediación, conforme la tarifa del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Cuenca.

Las partes otorgan al acuerdo valor de cosa juzgada y de sentencia ejecutoriada de última instancia y se comprometen a no iniciar acciones que tiendan a la nulidad del Acta de Mediación.

Por último, los comparecientes y el mediador suscriben el documento.

De conformidad con lo que dispone el Art. 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación, si no ha habido un acuerdo total en la Audiencia de Mediación, el Director del Centro de Arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros para que de común acuerdo designen en un término de tres días los árbitros principales y el alerno para que integren el tribunal.

La Directora del Centro de Arbitraje y Mediación con fecha 5 de septiembre de 2000, resuelve enviar la lista de árbitros para que en tres días sean designados los principales y alternos por las partes procesales, quienes solicitan un único árbitro de acuerdo con el inciso cuarto del Art. 16 ibídem según el cual un solo árbitro (cuenta con su alerno) conocerá la controversia.

El 12 de septiembre la Directora del Centro resuelve convocar a los abogados defensores para el sorteo del profesional que actuará como Árbitro y su alerno para el día 15 de septiembre, para esta diligencia se cuenta con el Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación.

Realizado el sorteo, tanto el árbitro principal como el árbitro alerno, aceptan la designación y toman posesión de sus cargos el 26 de septiembre.

El 28 de septiembre de 2000 el Árbitro Principal avoca conocimiento de la causa y convoca a las partes a Audiencia de Sustanciación, en esta diligencia tomará

posesión de su cargo la Secretaria designada. La Directora del Centro conforme la providencia del Árbitro Principal convoca a las partes para la Audiencia de Sustanciación el día 4 de octubre de 2000.

El Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que en la Audiencia de Sustanciación se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y se resolverá sobre la competencia del tribunal, en este caso del Árbitro Principal; si se declara competente se ordena la práctica de las diligencias probatorias solicitadas por las partes en el término que señale el árbitro.

A la Audiencia de Sustanciación y ante el Árbitro Principal comparece la que se ha designado Secretaria y el Lcdo. Rafael Serrano Puig, representante legal de Autoparque S.A., con su abogado defensor; la otra parte no comparece. El Árbitro declara instalada la Audiencia y solicita que se dé lectura al convenio arbitral, se lee además el acta de mediación. El árbitro se declara competente para conocer este trámite, no concede término de prueba por cuanto las partes no han solicitado la práctica de diligencias probatorias.

Conforme el último inciso del Art. 22 ibídem, solicita a las partes que precisen las pretensiones y los hechos en los que se fundamenten y concede la palabra al abogado defensor de la parte actora quien se abstiene de argumentar por la inasistencia de la otra parte, manifiesta que en la demanda no se pide término de prueba, que no hay contestación a la demanda y que la única prueba es la documental por lo que solicita que se agregue la documentación (fotocopias no autenticadas) que presenta y que se entregue también al defensor de la I. Municipalidad para que presente las objeciones procedentes en un término perentorio (el árbitro le concede cuatro días). Por último solicita que se convoque a Audiencia de Estrados para sustentar el valor de los documentos.

Se declara concluida la diligencia, pero en este estado comparece el Procurador Síndico del Municipio, quien manifiesta que las partes en la Audiencia de Mediación consideraron la necesidad de una solución arbitral en derecho para “determinar las multas y fijar su valor”, además que se alegó que “el silencio administrativo era un

asunto ajeno a este trámite”. Agrega que la Municipalidad considera que el contrato de concesión establece las facultades de Fiscalización Municipal a la Unidad de Tránsito Municipal, por lo que las multas se ajustan a lo que establecen las cláusulas décimo segunda literal f) y a la determinación de la fiscalización según lo dispone la cláusula trigésima cuarta:

DÉCIMA SEGUNDA: PENALIDADES.- Doce punto uno.- En caso de deficiencias no justificadas en la prestación del servicio, la CONCEDENTE podrá imponer a la CONCESIONARIA las penalidades respectivas de acuerdo a la siguiente escala: f) Incumplimiento en el suministro del equipo o personal necesarios para cumplir con las obligaciones de este contrato: diez a cincuenta U. V. C.

TRIGÉSIMA CUARTA: FISCALIZACIÓN.- La Unidad de Tránsito y Transporte de la CONCEDENTE, de manera directa o por contrato, tendrá a su cargo la fiscalización de la prestación de los servicios de la CONCESIONARIA.

Concluye manifestando que en el tiempo señalado presentará más documentación y que ejercerá los derechos de la Municipalidad en la Audiencia de Estrados.

En fecha posterior el Alcalde ratifica la intervención del Procurador Síndico en la Audiencia de Sustanciación y emite un pronunciamiento respecto a la documentación presentada por el abogado defensor de Autoparque S. A. en la diligencia mencionada, sostiene que se trata de documentos que se han intercambiado con la concesionaria internamente y que se tenga presente el período o fecha de los mismos.

Se convoca a Audiencia de Estrados para el día 23 de octubre de 2000, diligencia en la que las partes presentan sus alegatos.

Para conocer el laudo se convoca a una Audiencia en la que se dará lectura al laudo y se entregará copias a cada una de las partes. Dando cumplimiento al Art. 29 de la ley

de la materia, se convoca a Audiencia con el propósito manifestado para el 4 de diciembre.

“El proceso se encuentra en estado de resolución y para ello se considera” Uno.- Se declara válido el proceso Dos.- El laudo se limita a resolver sobre el valor que Autoparque debe pagar por concepto de multas al I. Municipio de Cuenca. Tres.- El árbitro debe decidir en derecho (esto en virtud no solo del convenio de las partes sino porque así ordena el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado). Cuatro.- Para resolver sobre el valor de la multa el árbitro establece claramente los siguientes datos:

- Fecha de inicio de la operación del sistema
- El valor de la pena que debe aplicarse dentro de la escala que consta en el Contrato de Concesión.
- Porcentaje de incumplimiento de los diferentes rubros.

En la cláusula trigésima novena del Contrato de Concesión se establece que el plazo máximo de implementación del sistema es de 135 días calendario a partir de la suscripción del contrato, pero de los documentados presentados por ambas partes (reclamo de Autoparque S. A. y el oficio UMT-299)⁶² se observa que se empieza a operar desde el 13 de septiembre de 1999.

El Árbitro hace una distinción de tres subperíodos, el primero de los cuales se halla entre el 13 de septiembre y el 18 de octubre de 1999, en el cual aún no se implementaba el sistema; el segundo periodo está entre el 19 de octubre y el 14 de noviembre del mismo año, en éste se cumplen las pruebas y la capacitación a la ciudadanía; el tercer período empieza el 15 de noviembre de 1999 y termina el 31 de enero de 2000, en este se cumple el servicio tarifado.

Respecto al segundo punto se analiza la cláusula décima segunda literal f) y trigésima cuarta, anteriormente citadas. Según lo manifestado en el laudo arbitral la facultad de imponer multas corresponde efectivamente al Alcalde, pero por el

⁶² Anexos 8.

acuerdo al que llegan las partes en la Audiencia de Mediación ésta se transfiere al Árbitro Principal, pero este tiene un límite de actuación de acuerdo con lo que establece el contrato; es decir, tiene una escala entre diez y cincuenta UVCs.

Como analizamos, cuando en un trámite arbitral una de las partes es del Sector Público, es posible únicamente un arbitraje en derecho, por lo que el Árbitro conforme el último inciso del Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación debe basarse en la ley, en el contrato, los principios universales de derecho, la jurisprudencia y la doctrina. La cláusula décima segunda del contrato, si bien establece la escala de la penalidad que se aplicará, no expresa si será una penalidad diaria o por una sola vez.

Siguiendo los principios contractuales plasmados en el Código Civil, el Árbitro invoca los que se refieren a que se debe estar a la voluntad de las partes más que a lo literal de las palabras y aquel que se refiere a que si no se expresa voluntad contraria se estará a la voluntad que se apege más a la naturaleza del contrato. Luego, podemos concluir que la intención de las partes fue la de fijar una penalidad diaria por el incumplimiento.

El Árbitro analiza también factores externos muy importantes y determinantes en la ejecución del contrato, tales como “la grave crisis económica, política e institucional” que afectó al país en el año de 1999, además de la ejecución de obras públicas por parte del Municipio como el readoquinamiento del Centro Histórico, lugar en el que debía también ejecutarse el Contrato de Concesión celebrado con Autoparque S. A.; los retrasos en cuanto al establecimiento de criterios definitivos de señalización.

Otro criterio que aplica el árbitro en el caso que analizamos es que considera que la empresa actora no había reincidido en los incumplimientos sancionados y también la reacción de la ciudadanía aceptando o rechazando el nuevo sistema, lo que ocasionó que la Municipalidad disponga la inmovilización y guinchado en forma progresiva.

La cuantía de la multa a criterio del árbitro no amerita ser la mínima pero tampoco la máxima, sino la mitad de la máxima, esto 25 UVCs diarios.

Respecto al último punto, esto es, el porcentaje de incumplimiento de los últimos rubros, de acuerdo con el oficio UMT-200 se desprende que la valoración de las multas se calcula según el número de Plazas de estacionamiento implantadas (70%), Operación de inmovilización (20%) y Operación de guinchado (10%). Pero se requiere hacer el cálculo de incumplimiento en cada uno de los subperíodos.

En el primer subperíodo, es decir, entre el 13 de septiembre y el 18 de octubre de 1999 (36 días) en el que no se inició la operación del sistema, respecto a las plazas implantadas se establece el 100% del incumplimiento, no había operación de inmovilización ni de guinchado ya que éstos inician en el último subperíodo. La multa se fija entonces de la siguiente manera: $36 \text{ días} \times 25 \text{ UVCs} \times 70\% = 630 \text{ UVCs}$.

En el segundo subperíodo, comprendido entre el 19 de octubre y el 14 de noviembre de 1999, se inicia la operación sin costo para los usuarios, con operaciones de capacitación, son en total 27 días. Respecto a las plazas que se habían previsto eran 1200, de las cuales 22 corresponden a taxis, 193 son reservados por la Municipalidad, es decir deberían operar 985 pero solo operaban 946, esto equivale a un incumplimiento del 3.96 del 70 % que representa el 5.65%.

Los rubros por las operaciones de inmovilización y de guinchado tampoco han iniciado por lo que no son considerados para calcular el incumplimiento. La multa se fija así: $27 \times 25 \text{ UVCs} \times 70\% \times 5.65\% = 32.03 \text{ UVCs}$.

En el último subperíodo que va desde el 15 de noviembre de 1999 hasta el 31 de enero de 2000 (78 días), las plazas concesionadas ascendían a 1534, 22 de ellas las utilizaban taxis y 193 eran reservadas por la Municipalidad, llegando a un total de 1319 y de las cuales operaban solo 946, lo que representa un incumplimiento de 28.28 del 70% que equivale al 40.4%.

Respecto a los rubros por operación de inmovilización y de guinchado Autoparque acepta el 10% del incumplimiento en cada uno de ellos. La multa sobre las plazas en

este tercer subperíodo se fija de la siguiente manera: $78 \times 25 \text{ UVCs} \times 70\% \times 44.4\% = 606.06 \text{ UVCs}$. La multa de inmovilización: $78 \times 25 \text{ UVCs} \times 20\% \times 10\% = 39 \text{ UVCs}$. La de guinchado $78 \text{ días} \times 25 \text{ UVCs} \times 10\% \times 5\% = 9.75 \text{ UVCs}$. En el tercer subperíodo la multa total de todos los componentes del contrato es de 654.81 UVCs. Se establece como el valor total que por multas Autoparque S. A. debe pagar al Municipio de Cuenca el de 1.316.84 UVCs (cantidad obtenida de la suma de todos los resultados de los subperíodos) que de acuerdo con lo que disponía el Art. 12 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador cada UVCs tiene un valor de USD 2,6289, dando un valor total a pagar de USD 3461.84.

Este es el valor que Autoparque S. A. debe pagar a la ilustre Municipalidad de Cuenca por concepto de multas, conforme el Acta de Mediación suscrita por ambas partes y en la que decidieron someterse al laudo que dicte el Árbitro Único en este proceso.

Conclusiones

Para concluir este trabajo investigativo debo traer una frase que mi Director me dijo cuando le pedí que ocupara este cargo y le advertí del tema que escogí, al final, más bien él terminó advirtiéndome que no sería un trabajo fácil ya que no hay bibliografía ni mucha regulación al respecto y, que lo que debía hacer para conseguir mi objetivo era proyectar los conceptos y elaborar unos que sean propios para el tema, basándome en las distintas leyes y en la bibliografía.

Sin embargo, pese a esas dificultades que se presentaron los retos se hacen más importantes y el esfuerzo es más valioso, pues qué sería de los abogados y de la sociedad si por falta de libros, como en este caso, no se abarcaran temas tan importantes como el que trata esta investigación. Sencillamente, nos estancaríamos y tal vez nos sintiéramos perdidos y mediocres.

El Arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, tal como lo hemos revisado en el desarrollo de este análisis, pero en el Sector Público los beneficios que se obtienen con éste son más amplios que la solución pacífica de las controversias, ya que también significa que se garantizan las inversiones de las partes contratantes para que en lo posterior puedan surgir relaciones de igual importancia tanto para la administración pública como para la sociedad en general, por lo tanto esto significa otra ventaja, pues se precaven las relaciones contractuales, tal como dice Fernando Cantuarias⁶³ citando a Frank E. Nattier (“International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards”): se hace justicia conservando la amistad.

Otra de las ventajas que otorga este mecanismo es la falta de formalidades por cumplir como existe para la justicia ordinaria, aunque tratándose del Sector Público también deben cumplirse ciertos requisitos y observarse algunas formalidades, sin embargo, es un trámite más ágil que no exige sino el convenio arbitral y lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación. Los plazos son más cortos lo que significa que el proceso será más rápido, esto al final conlleva que el costo que se invierta sea menor que si se acude a la justicia ordinaria.

Las partes son las que designan el tribunal que dará solución a la controversia, lo que hace que sea un trámite personalizado y especializado, esto es importante también en este proceso, pues es una de las ventajas que ofrecen los diferentes centros y lo que procuran los organismos encargados de la solución pacífica de las controversias a nivel internacional. Además, en el tema en cuestión, la especialización es importante ya que las normas que regulan la actividad pública son diferentes a las que regulan la conducta de los particulares, ya que hablamos del bien común y de satisfacer necesidades colectivas, por lo tanto es conveniente que los profesionales que integren el tribunal resuelvan de tal manera la controversia que la sociedad no se vea afectada por la decisión a la que se ha llegado.

⁶³ Cantuarias S. Fernando, *Razones por las cuales el Arbitraje es Inevitable*.

Una grave desventaja, no del proceso sino de la sociedad es la falta de conocimiento de los procesos, lo que hace que algunas personas recurran a la acción de nulidad para incluso dilatar el procedimiento.

Como se ha explicado esta figura ha existido desde años atrás, la regulación, como en todas las áreas, ha ido adecuándose a las diferentes realidades en donde será aplicada. De esta manera, por ejemplo, la Ley de las XII Tablas contenía disposiciones sobre el arbitraje, con la Revolución Francesa (1789) se incorpora normativa sobre el mismo en la Constitución, etc.

Los países han celebrado un sin número de convenios en los que la mediación y el arbitraje se han convertido en figuras importantísimas para precautelar tanto las relaciones entre los Estados Parte y además cumplir el objetivo que se plantean.

En el Ecuador también existe regulación al respecto, pero en lo concerniente a la participación del Sector Público falta mucho por analizar, existen vacíos legales que provocan todo lo contrario de lo que persigue este mecanismo, la agilidad y la efectividad, ya que mientras la ley no establezca ciertas circunstancias o límites para la aplicación del arbitraje, se intentará acudir a la justicia ordinaria para hacer efectivo el laudo arbitral, por ejemplo.

Bien sabemos que la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que tratándose del Sector Público se debe cumplir con los requisitos enumerados en la ley, eso no es suficiente para su aplicación pues en el derecho público rige el principio de legalidad y por lo mismo se debe cumplir con lo que la ley establece, pero es necesario que se incorporen normas que no dejen una amplia interpretación a los árbitros, con lo que se podrían emitir criterios que distorsionan el sentido del Arbitraje y su efectiva aplicación en los conflictos acontecidos en la contratación pública.

Es necesario que la ley defina lo que se entiende por Arbitraje en el Sector Público y que además se establezcan condiciones básicas para su correcta aplicación, no basta los requisitos y referencias generales cuando en la gestión pública toda

actuación debe ajustarse a la ley y no solo a las interpretaciones que se puedan realizar en casos concretos.

El Sector Público o Administración Pública tiene un concepto muy amplio, sin embargo, conlleva una sucesión de actos, con lo que se la definiría en forma superficial pero concreta. La actividad a la que me refiero la realizan todas las instituciones que integran el Sector Público y que están enumeradas en el Art. 118 de la Constitución Política. De cierta manera este concepto limita mucho la gestión pública, pero ésta tiene un significado muy amplio, difícil de abarcar en forma total y que no es el objeto de esta investigación.

Los contratos administrativos son el eje principal del Arbitraje en el Sector Público, ya que en ellos se incluye el convenio arbitral que es el que le otorga validez al proceso arbitral, además es clara la Ley de Arbitraje y Mediación cuando dice que la relación jurídica a la que se refiere el convenio debe ser de carácter contractual. El convenio también es muy importante, ya que dependiendo de éste el tribunal se declarará competente o no para solucionar el conflicto, y así determinar la efectividad del proceso.

Sin embargo, es en este punto en el que surgen los problemas causados por los vacíos en la ley, ya que si bien la normativa jurídica que regula la actividad de la Administración Pública se refiere también al arbitraje, es más no solo se refiere sino que ordena a que se incorpore el convenio arbitral a todos los contratos de delegación (Art. 46 de la Ley de Modernización del Estado), no se prevé lo referente al ámbito de actuación de las autoridades, la misma que debe apegarse a la ley y que debe surgir de la ley también, siguiendo el principio de legalidad.

Esto provoca que se cuestione la aplicación de este mecanismo cuando una de las partes es el Estado y es una cuestión que debe ser resuelta de forma inmediata pues este mecanismo no solo que se aplica para la solución de las controversias entre un particular y el Estado, sino entre Estados, lo que significa un problema de carácter internacional.

Una reflexión al respecto es que mediante estos problemas, se observa que nuestro país no está cumpliendo con requisitos internacionales, lo que hace que también corramos el riesgo de quedarnos relegados, pues sencillamente si no existe una regulación precisa sobre el tema, nadie deseará contratar con el Estado ecuatoriano porque no regula reglas cuya aplicación sea uniforme y de aplicación general para el resto de naciones, causando problemas económicos, sociales y políticos graves no solo internamente sino fuera de sus fronteras.

Respecto al procedimiento arbitral cabe decir que no solo el Árbitro actuó en derecho, sino las partes también, apegándose ambas, especialmente, al convenio arbitral y a la Ley Arbitraje y Mediación. Recordemos que se comprometieron a someterse a lo que se resuelva en el laudo arbitral y renunciaron a ejercer cualquier acción que impida este procedimiento. Así, sin que ninguna de las partes haya solicitado la práctica de diligencia probatoria alguna, sin embargo, ambas aportaron con la documentación adecuada que permitió que el profesional emita una decisión que recogió la demanda del actor, esto es que se deje sin efecto el acto administrativo (emisión del título de crédito Nro. 5568 en base a la Resolución Nro. 082) y se rectifique el cálculo de las multas, y las consideraciones del demandado, la determinación y fijación de las multas.

El procedimiento se cumple a cabalidad, el laudo determina y fija una multa que debe ser cubierta por la empresa Autoparque S.A. y que con ello, se deja sin efecto el proceso coactivo que diera inicio con el título de crédito Nro. 5568. Para concluir de tal manera el Árbitro considera el convenio arbitral, las leyes y principios universales de derecho, los documentos presentados, aunque se basa también en circunstancias que se dieron durante la ejecución del contrato y, de cierta manera, se aplica la equidad para la resolución. Sin embargo, podemos decir que en el laudo se aplican leyes que motivan la imposición de la multa y que el criterio sigue siendo válido.

Sabiendo que el Arbitraje tiende a la resolución pacífica de los conflictos, vemos que en este caso este propósito se cumplió, además de haber sido un trámite ágil que

permitió la continuación del servicio y de las relaciones entre las partes, lo que veíamos como ventajas de este procedimiento.

Como he manifestado en repetidas ocasiones, falta mucho por analizar y regular, pero el hecho de acudir a este mecanismo pese a los vacíos legales, hace que se confirme no solo la necesidad de que la ley de la materia abarque este tema de una manera más concreta, sino que afirma que su aplicación es actual y reconoce además las falencias en las que ha incurrido el legislador y que deben ser rectificadas para que se pueda hablar de un Arbitraje como institución propia en el derecho público, en el que las normas le den la vigencia que la sociedad y la práctica le ha otorgado.

Bueno, al culminar este trabajo concuerdo con mi director con que no era una tarea fácil, recuerdo los comentarios de mis ejemplares maestros cuando en las aulas nos decían que falta mucho por hacer, en realidad más de lo que me imaginaba, pero después de todo, de las carencias, de los obstáculos; esta investigación tomó forma y ahora concluye con ideas precisas plasmadas en conceptos concretos, que hacen valedero mi criterio de que es posible la participación de las diferentes instituciones del Sector Público en los procesos arbitrales, porque la normativa interna lo permite, porque la Constitución prevé el arbitraje como un mecanismo de solución de controversias, porque los convenios internacionales también prevén a este mecanismo para los posibles conflictos que puedan surgir y sobre todo porque la práctica jurídica lo demuestra sin que quepa duda alguna.

Obviamente falta una regulación más concreta, pero eso no es un impedimento para su aplicación, es más bien una exigencia de la sociedad y que debe resolverse lo más pronto posible pues es un mecanismo que se está utilizando con mayor frecuencia y que requiere normas claras y precisas que permitan que los resultados que se obtengan sean realmente efectivos. Además, las leyes deben reflejar lo que la sociedad necesita para regularla y dar soluciones, por eso el derecho debe ir de acuerdo con la realidad.

No solo la sociedad exige normas claras al respecto, para que haya una aplicación efectiva y legítima, esta institución debe ampliar su normativa para regular lo que en la práctica se está realizando no a expensas de la ley, pero sí haciendo interpretaciones, como lo he dicho, que se alejan del sentido del arbitraje y que contravienen el principio de legalidad, que debe ser observado obligatoriamente por las instituciones del Sector Público.

El propósito de esta investigación era precisamente el de verificar la aplicabilidad del arbitraje para los conflictos del Sector Público, como un mecanismo idóneo y efectivo para la solución de los mismos, a través de los diferentes conceptos y razonamientos considero que se ha demostrado que así resulta, pese a los inconvenientes a los que me he referido y que de igual manera deben ser analizados para que pueda existir no solo una legislación adecuada sino una jurisprudencia que sirva para casos futuros.

A pesar de los vacíos legales, este mecanismo está siendo aplicado con mayor frecuencia en nuestro medio e, inclusive de conformidad con la Ley de Modernización del Estado, todos los contratos de delegación deben contener un convenio arbitral tendiente a la solución de las posibles controversias que puedan surgir, esto nos lleva a concluir que definitivamente la ley debe contemplar estos hechos que no están regulados y que requieren una solución pronta.

Bibliografía

- BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires. Editorial Desalma. 1980. Segunda Edición.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires. Sociedad Anónima Editora e Impresora. 1964.
- BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Editorial Desalma. 1966.
- BORJA Y BORJA, Ramiro. *Síntesis del Pensamiento Humano en Torno a lo Jurídico*. Tomo VIII. Ecuador. Fondo Editorial C. C. E. 2005.
- BORJA Y BORJA, Ramiro. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Argentina. 1985. Editorial Depalma.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomos I y II. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1984.

- CAIVIANO, Roque. *Arbitraje: Su Eficacia como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos*. Buenos Aires. Editorial AD- HOC. 2000. Segunda Edición.
- COLAICOVO, Juan. *Negociación y Contratación Internacional*. Argentina. Ediciones Macchi. “sin año”.
- Contrato de Concesión del Servicio de Estacionamiento Tarifado.
- *Diccionario Anbar*.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Argentina. Ciudad Argentina Editorial. 2004. Décima Edición Actualizada.
- DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 1995. Segunda Edición.
- *Enciclopedia Diccionario Salvat*. Salvat Editores.
- *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Tomos I, VI, XVII. Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina.
- ENTRENA C., Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. Editorial Tecnos. 1976. Octava Edición.
- FRAGA P., Luis. *El Arbitraje en el Derecho Administrativo*. Venezuela. Editorial Torino. 2000.
- FRANCO G., Omar. *La Contratación Administrativa*. Biblioteca Jurídica Drive. “sin año”. Primera Edición.
- GALINDO, Álvaro. Tesis Doctoral: *Medios Alternativos de Solución de Conflictos: Mandato Constitucional y Desafío Legal*. Quito. 1997.
- GARCÍA E., Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. Editorial Civitas. 2002. Cuarta Edición.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomos I y II. Buenos Aires. 2003. Octava Edición.
- HARVARD BUSINESS REVIEW. *Negociación y Resolución de Conflictos*. Barcelona. Ediciones Deusto. “sin año”.
- IDROBO A., Marco. *La Contratación Pública*. Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador. 1993. Segunda Edición.
- Información otorgada por el Centro de Mediación y arbitraje de las Cámaras de la producción de Cuenca del Seminario Internacional “Arbitraje Nacional e Internacional – Reglas de Procedimiento”.

- INSTITUTO DE COOPERACIÓN IBEROAMERICANA Y EL CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS OFICIALES DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA. *Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid. 1982.
- JARAMILLO O., Hernán. *Manual de Derecho Administrativo*. Ecuador. Latina Editores. 1986. Segunda Edición.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Abeledo Perrot.
- Oxford University Press. *Las Convenciones y Declaraciones de la Haya de 1899 y 1907*. New York. 1916.
- PAREJO, Luciano. *Algunas Reflexiones sobre el “Arbitraje” en el Derecho Administrativo*. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Costa Rica. 2001.
- PEÑA C., Gilberto, MARTÍNEZ N., Néstor. *Pacto Arbitral y Arbitramento e Conciencia*. Colombia. Editorial Temis S. A. 1988.
- PÉREZ L., Hernán. *Contratación Administrativa y El Derecho Internacional*. Ecuador. Editorial Jurídica Míguez y Mosquera. 2005. Primera Edición.
- RIVERA R. Juan. *Un Mundo Nuevo*. Buenos Aires. Imprenta López. 1945.
- ROJAS, Enrique. *Código Administrativo Actualizado y Ampliado*. Costa Rica. Editorial Porvenir. 2002. Segunda Edición.
- ROMERO, Gabriela. *Exequátur de Sentencias y Laudos*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 1987.
- VIMOS R., Holger. *Reajustes y Conflictos en los Contratos Públicos*. Ecuador. Universidad Simón Bolívar. 2001.

Convenios y Leyes

- Código Civil (Codificación 11. R. O. Suplemento 58. 12 de Julio de 2005)
- Código de Enjuiciamiento Civil de 1899.
- Código de Procedimiento Civil (Codificación 11. R. O. Suplemento 58. 12 de Julio de 2005).
- Constitución Política del Ecuador (Decreto Legislativo. s/n. R. O. 1. 11 de Julio de 1998).

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convenio 1. R. O. Suplemento 166. 15 de Diciembre de 2005).
- Convención de Nueva York.
- Convención de Panamá.
- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos (Convención de Uruguay).
- Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales de 1907.
- Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados, Nacionales y de otros Estados (Registro Oficial 386, 3/Marzo/1986).
- Convención sobre Sentencias Arbitrales Extranjeras (Codificación 1221. R. O. Suplemento 153. 25 de Noviembre de 2005).
- Convenio de Inversión Extranjera con Paraguay (Codificación 12305. R. O. Suplemento 153. 25 de Noviembre de 2005).
- Convenio entre los Gobiernos de Ecuador y Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones.
- Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (Decreto Ejecutivo Nro. 1332. R. O. 257. 25 de Abril de 2006).
- Ley Orgánica de Aduanas (Codificación 1. R. O. Suplemento. 219. 26 de Noviembre 2003).
- Ley de Arbitraje y Mediación (Ley Nro. 48. R. O. 532. 25 de Febrero de 2005).
- Ley de Compañías (Ley Nro. 27. R. O. 196. 26 de Enero de 2006).
- Ley de Consultoría (Codificación 24. R. O. 455. 05 de Noviembre de 2004).
- Ley de Contratación Pública (Codificación s/n. R. O. 272. 22 de Febrero de 2001).
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley Nro. 56. R. O. 483. 28 de Diciembre de 2001).
- Ley de Mercado de Valores (Codificación 1. R. O. Suplemento 215. 22 de Febrero de 2006).
- Ley de Modernización del Estado (Ley Nro. 56. R. O. 483. 28 de Diciembre de 2001).
- Ley de Propiedad Intelectual (Ley 83. R. O. 320. 19 de Mayo de 1998).
- Ley Orgánica de Régimen Municipal (Codificación 16. R. O. Suplemento 159. 05 de Diciembre de 2005).
- Ley de Seguridad Social (Ley Nro. 50. R. O. 317. 20 de Julio de 2006).

- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Ley Nro. 44. R. O. 267. 10 de Mayo de 2006).
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (Codificación 15. R. O. 312. 13 de Abril de 2004).
- Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (Ley s/n. R. O. Suplemento 144. 18 de Agosto de 2000).
- Ley para la Transformación Económica del Ecuador (Ley Nro. 39. R. O. Suplemento 387. 28 de Julio de 2004).
- Ley UNCITRAL.
- Reglamento a la Ley de Consultoría (Decreto Ejecutivo 1123. R. O. 204. 07 de Febrero 2006).
- Reglamento a la Ley de Modernización del Estado (Decreto Ejecutivo Nro. 1768. R. O. 361. 22 de Junio de 2004).
- Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (R. O. 657. 06 de Septiembre de 2002).
- Reglamento Sustituto de la Ley de Promoción y Garantías de las Inversiones (R. O. 252. 25 de Enero de 2001).

Documentos Electrónicos

- Revista Judicial. derechoecuador.com. Diario La Hora. Quito Ecuador. Editor Dr. José Luis Pérez. Todos los derechos reservados. judicial@uio.satnet.net [En línea] Disponible en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/> (15 de Enero de 2006).
- VARGAS, Karina. Derecho. [En línea]. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos10/derec/derec.shtml> (21 de enero de 2006).
- Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana (CD-ROM). SILEC PRO LEXIS V.4.21. [Consulta 7 de marzo de 2006].
- TAPHRA. Tribunal Arbitral de Propiedad Horizontal de la República Argentina. [En línea]. Disponible en: <http://www.taphra.org.ar/historia.htm> (14 de Marzo de 2006).
- Wikipedia® es una marca registrada de Wikimedia Foundation, Inc. [En línea]. Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/arbitraje> (25 de Marzo de 2006).

- REVISTA IBEROAMERICANA DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. [En línea]. Disponible en: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje> (30 de Abril de 2006).
- SICE. Sistema de Información sobre Comercio Exterior. [En línea]. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/Disputes.asp> (14 de Mayo de 2006).
- Derechos Reservados de ASESORANDINA S.R.L teleley@asesor.com.pe. Asesores y Consultores Empresariales. [En línea]. Disponible en: <http://www.teleley.com/arbitraje.htm> (22 de Mayo de 2006).
- National Law Center for Inter-American Free Trade. Alternative Dispute Resolution [En línea] Disponible en: <http://www.natlaw.com/projects/alternative.htm> (10 de Junio de 2006).
- Badell, Grau y De Grazia. Diseñado por 72di & Desarrollado por Venecom. Despacho de Abogados. [En línea]. Disponible en: <http://www.badellgrau.com.ve> (7 de Julio de 2006).
- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. [En línea]. Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html> (17 de Septiembre de 2006).



30

OFICIO NO. UMT-200

Cuenca, 14 de abril del 2000

Dr. Tarquino Orellana S.,
PROCURADOR SINDICO MUNICIPAL
Eco. Diego Pozo C.,
DIRECTOR FINANCIERO
Sra. Margarita Arias V.,
GERENTE REGIONAL AUTOPARQUE S.,
Presente

De mi consideración:

Por medio del presente, remito a ustedes el Cuadro de Valoración de las Multas grabadas de la Concesionaria Autoparque S.A., calculado al 31 de enero del 2000.

La valoración de las multas se encuentran calculadas con respecto al precio de los tres principales componentes de la Concesionaria:

- Plazas de estacionamiento implantadas (70%)
- Operación de la inmovilización (20%)
- Operación de guinchado (10%)

Por lo tanto, solicito se realicen las gestiones pertinentes tanto legales, administrativas y financieras para el cumplimiento de estas multas.

Atentamente,

Arq. Rodrigo Torres B.,
DIRECTOR DE LA UMT

RTB/cb



Ilustre Municipalidad de Cuenca
UNIDAD MUNICIPAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE



VALORACION DE LAS MULTAS GENERALES DE AUTOPARQUE S.A.

COMPONENTES DEL SERT		MULTA DEL 13-09-99 AL 14-11-99			MULTA DEL 15-11-99 AL 31-01-00		
		PESO	INSTALADO	CUMPLE	INCUMPLE	MULTA	MULTA
PLAZAS	1534	70%	0	0%	70%	946	43,4%
IMOVILIZACION	70	20%	0	0%	20%	30	8,6%
GUINCHADO	PATIO Y GRUA	10%	0	0%	10%	PATIO	11,4%
	100%						5%
							57%
							43%
		63 DIAS Y 3150 UVC			78 DIAS Y 1677 UVC		



AUTOPARQUE S.A.

Sistema de Estacionamiento Rotativo Tarifado

Terminado
3-22

Cuenca 29 de abril de 2000

Oficio No. APIIS-1X

Señor Doctor
IVAN PIEDRA
ALCALDE (E) DE LA I. MUNICIPALIDAD DE CUENCA
Ciudad.-

De mi consideración:

Habiendo recibido copia del Oficio No. UMT-200, de 14 de abril del 2000, enviado por el Director de la Unidad de Transporte Terrestre (UTT) al Procurador Sindico Municipal, oficio por medio del cual se grabaría con multas a Autoparque S.A., calculadas al 31 de enero del 2000, a nombre de Autoparque S.A. y por creer que para la imposición de dichas multas no se ha considerado algunos elementos importantes que fueron expuestos oportunamente por nosotros, me permito insistir en la necesidad de que sean revisadas y, que si hay lugar a las mismas, estas se ajusten a las reales condiciones de operación del SERT (Sistema de Estacionamiento Rotativo Tarifado) y del País.

De acuerdo con el cuadro de valoración de las multas, estas se dividen en dos grupos: A.- correspondiente al periodo que va del 3 de septiembre al 14 de noviembre de 1999 (63 días), y; B.- correspondiente al periodo que va del 15 de noviembre de 1999 al 31 de enero del 2000 (78 días).

A.- Para el primer periodo (del 3 de septiembre al 14 de noviembre de 1999, 63 días) se considera que Autoparque S.A. ha incumplido el contrato en el cien por cien y por consiguiente las multas que se le imponen son de cincuenta UVC por día, que es el valor máximo de multas que se podían calcular de acuerdo con el contrato (la letra F de la cláusula Décima Segunda, Doce punto Uno dice: Incumplimiento en el suministro del equipo o personal necesarios para cumplir con las obligaciones del contrato: diez a cincuenta UVC).

Si bien es correcto el hecho de que el 15 de noviembre de 1999 iniciamos las operaciones tarifadas del SERT, esto es la operación con pago por parte de los usuarios, razón por la cual es esta la fecha hasta la que la I. Municipalidad calcula el 100 % de las multas, porque considera que con anterioridad el sistema estaba sin operar, no es menos cierto que las operaciones demostrativas y de capacitación para la ciudadanía (sin costo) se iniciaron el día 19 de octubre de 1999, y esto se lo hizo en coordinación con la misma Municipalidad, por consiguiente como fecha de inicio de las operaciones se debería fijar el día en que se iniciaron estas operaciones demostrativas y sin costo para el usuario, y por consiguiente las multas se deberían calcular hasta ese día, siendo por lo tanto el atraso de 18 días y no de 63 días. De aceptarse este criterio, el cálculo de las multas debería ser de 18 días por 50 UVC por día, con un total de 900 UVC.

Sin embargo de lo señalado anteriormente, consideramos que aun ese monto es excesivo, ya que en los atrasos de Autoparque en la implementación del sistema incidieron factores externos que estaban fuera del control de la empresa, como son:

Recibido: 03 Mayo 2000
Hora: 5:30
Fecha: 03 Mayo 2000
Firma: UB
SECRETARIA
4001
03 Mayo 2000
ASISTENTE JURIDICA
RECEPCIONARIA
75

AUTOPARQUE S.A.

Sistema de Estacionamiento Rotativo Tarifado

Hoja No. 2 del Oficio AP115-IM

a.- La situación económica y financiera del País que volvía prácticamente imposible el tramitar operaciones de crédito y principalmente el obtener las cartas de crédito necesarias para la importación de gran parte de los bienes que se requerían para poner en marcha este sistema, especialmente las expendedoras de tickets.

b.- Existen varias actividades que Autoparque S.A. no pudo ejecutar con la oportunidad del caso, retrasando la puesta en marcha del Sistema, debido a la falta de toma de decisiones oportunas por parte de la I. Municipalidad y que por consiguiente son imputables a la I. Municipalidad. A manera de ejemplo se permite señalar las siguientes: b.1.- El 21 de septiembre solicitamos que, en consideración a que se estaba realizando trabajos de readoquinado en la calle General Torres y otras del sector, se nos apruebe la reubicación de la máquinas expendedoras. Estos equipos llegaron a Cuenca el 29 de septiembre pero tan solo el 7 de octubre pudimos iniciar su instalación debido a la falta de respuesta sobre su ubicación. La instalación de los equipos se terminó el 12 de octubre y las operaciones se iniciaron el 19 de ese mes.

b.2.- El cálculo del porcentaje en que deben reajustarse las tarifas para el SFRT fue solicitado por Autoparque el 7 de septiembre de 1999 (documento No. 93AP-21) y aprobadas por la I. Municipalidad tan solo el 20 de septiembre, mal se puede entonces pedir que el SFRT este operando el día 13 de ese mes.

c.- Por otra parte y si bien es cierto que no estábamos operando, a efectos de calcular las multas sobre este periodo, se debería considerar que el incumplimiento tampoco era del cien por cien, puesto que con anterioridad a esa fecha teníamos implementados varios de los trabajos que corresponden al sistema, tales como: la señalización horizontal y vertical, el personal estaba capacitado, los sistemas de computación completos, los sistemas de radiocomunicación completos, las oficinas (CAU) instaladas y funcionando, etc. sin embargo la multa si se la esta considerando a su máximo valor.

d.- Para el segundo periodo (del 15 de noviembre de 1999 al 31 de enero del 2000, 78 días) se considera que Autoparque ha incumplido un 43 % del contrato y consiguientemente se imponen multas por 1.677 UVC, que son el resultado de calcular el número de días incumplidos por la multa máxima (50 UVC) y por el 43 % de incumplimiento.

El incumplimiento de Autoparque S.A. al 31 de enero del 2000 era inferior al 43 % señalado en el Oficio de nuestra referencia por las siguientes consideraciones:

1.- Plaza: La cantidad de unidades de estacionamiento habilitadas a la fecha no era de 846, sino de 1044, de acuerdo con nuestro oficio No. 99-AP-76-IM del 19 de Noviembre de 1999, aclarando que la diferencia se debe a reservas de espacio para Instituciones Oficiales, a reservas para taxis y vehículos de transporte público, y a espacios de seguridad que, por instrucciones de la I. Municipalidad, dejados en los frentes de Instituciones que tienen asistencia masiva de personas, tales como Iglesias, cines, casa de salud, etc., faltando también en este dato el incluir los puestos correspondientes a la plazoleta de San Francisco (35 unidades) y a la Plaza Cívica o 9 de Octubre (99 unidades) con lo que el número de unidades de estacionamiento a esa fecha ascendía a 1.178. Consiguientemente el porcentaje cumplido en este rubro que representa un 70 % del total, asciende al 51.751 y no al 43.41 y el incumplimiento sería del 16.251. A mas de esto conviene señalar que al 17 de enero (carta AP-17-IM) la cantidad de unidades de estacionamiento habilitadas ascendían a 1.270, con lo que el porcentaje cumplido ascendía al 57.95 %.

SECRETARIA

DIRECCION FINANCIERA

2 OCT 2000
2 MAR 2001



AUTOPARQUE S.A.

Sistema de Estacionamiento Rotativo Tarifado

Foja No. 3 del Oficio APIIS-1M

2.- Inmovilización: La cantidad de bandados que teníamos a la fecha era de 38 y no de 30 como consta en el Oficio, consiguientemente el porcentaje de cumplimiento en este rubro era de 10.351 y el de incumplimiento de 9.151.

3.- Guinchado: A la fecha a la que se calculan estas multas el Patio de Custodia se encontraba habilitado, el camion adquirido y la guincha se encontraban en etapa de instalación, razón por la cual se debería considerar que el incumplimiento, en razón de que no estaban operando, debía ser no mayor al 50% del componente, por lo que los porcentajes de incidencia deberían ser los siguientes: 5.01 como cumplido y 5.01 como incumplido.

De aceptarse estos criterios, el porcentaje de incumplimiento sería del 10.401 y consiguientemente las multas calculadas sobre 78 días ascenderían al equivalente de 1.185,6 UVC, esto considerando que la multa impuesta sea de 50 UVC por cada día que es la máxima imponible y que de acuerdo con el contrato esta sujeta al criterio que al respecto tenga el señor Alcalde.

Por otra parte es importante señalar que, de acuerdo con el contrato de concesión, el día 29 de enero de este año se debió hacer un nuevo reajuste de las tarifas, el mismo que no se implementó, entre otras razones, por considerar que el SEPT no estaba implementado en su totalidad, tarifas que se mantienen hasta la presente fecha. Si a este hecho le añadimos las multas, Autoparque estaría recibiendo una doble sanción. El valor no cobrado por Autoparque a causa de no haber reajustado las tarifas, durante este periodo, excede los US \$ 13.000, valor que es mayor que lo que se debería pagar por concepto de multas.

Autoparque S.A. consciente de las especiales condiciones por las que atraviesa el País, accedió en varias oportunidades a trabajar con tarifas inferiores a las contractuales, sin embargo es importante que en la Ilustre Municipalidad también se manifieste una actitud de comprensión y por consiguiente, en lugar de aplicar el máximo de la multa, se considere una sanción razonable que también este acorde con la situación dentro de la cual se ejecuta las actividades de Autoparque y las condiciones del País, recordando que, de acuerdo con el contrato, la fijación del valor de las multas es potestad exclusiva del señor Alcalde.

De Usted, muy atentamente.



Margarita Arias de Maldonado
Margarita Arias de Maldonado
Gerente Regional
AUTOPARQUE S.A.
Manuel Vega 2 27 y Calle Larga Esq.
Cuenca - Ecuador
Teléfono: (593 7) 837-522 844-444 841-988
E-mail: autoparq@etapa.com.ec

Original: DESTINATARIO
C.C.F. RECIBIDO
MADON 15/01/2009

CERTIFICADO
SECRETARIA

4 OCT 2009

80



Ilustre Municipalidad de Cuenca

DIRECCION FINANCIERA

TELEFONOS:

822-005 - 845-499 - EXT 135

RESOLUCIÓN #082

Econ. Diego Pozo Castro
DIRECTOR FINANCIERO (E)

CONSIDERANDO:

Que la Sra. Margarita Arias de Maldonado, Gerente Regional de "AUTOPARQUE S.A.", indica que con fecha 12 de mayo del presente año, ha sido notificada por la Tesorería Municipal para el pago de la carta de crédito No. 5521 emitida en contra de Autoparque S.A., por \$ 285.158.487, por concepto de multas por incumplimiento del contrato, agregando que con fecha 3 de mayo presentó un reclamo ante el señor Alcalde, en el sentido de que se revisen las multas impuestas.

Que el Dr. Iván Piedra Abril, Alcalde de Cuenca, Enc., mediante oficio No. 1434, de fecha junio 2 del 2000, remite a esta Dirección el informe suscrito por el Arq. Rodrigo Torres, Director de la Unidad de Transporte y Procurador Sindico, Dr. Tarquino Orellana Serrano, para que se proceda a dar cumplimiento a la liquidación de multas que debe pagar la Cía "AUTOPARQUE S.A."

Que en informe No. UMT-299, de fecha mayo 29 del 2000, suscrito por los señores: Director de la Unidad de Transporte y Procurador Sindico, luego de analizar punto por punto el reclamo presentado por la Sra. Margarita Arias, Gerente de Autoparque S.A., manifiestan textualmente lo siguiente: "Por lo expuesto, siendo este el criterio de la Fiscalización, en Autoridad, de estar de acuerdo con el mismo, dispondrá que la Dirección Financiera Municipal, proceda a la baja del título de crédito antes emitido y se emita otro en sustitución con la rectificación de la multa en los términos indicados."

En uso de las atribuciones que le concede la Ley de Régimen Municipal

RESUELVE:

Disponer se proceda a la baja del título de crédito No. 5521 emitido a nombre de "AUTOPARQUE S.A.", por concepto de multas por incumplimiento del contrato, en razón de que ha sido aceptado parte del reclamo presentado por la Sra. Margarita Arias de Maldonado, Gerente Regional de "AUTOPARQUE S.A.". En su lugar Rentas Municipales procederá a la emisión de un nuevo título por el valor que corresponda.

Dada en Cuenca a los ocho días del mes de junio del dos mil.

Diego Pozo Castro
Director Financiero

CERTIFICADO
SECRETARIA

70

MUNICIPALIDAD DE CUENCA

DIRECCION FINANCIERA
MULTAS (Valores Exigibles)

Nº 05508

por Autoparque S.A.
pagó la suma de NOVE MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE (9,159.26) DOLARES
Impuesto por INCUMPLIMIENTO AL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LA 1. MUNICIPALIDAD DE
CUENCA Y LA 2. AUTOPARQUE S.A.
CONDOMINIO INTELVA Y JUAN MANSUETO FACHIVA

Valor \$ 9,159.26
Intereses \$ ---
TOTAL \$ ---

valido para coactivas.

Este TITULO se expide en Cuenca a, 3 de JUNIO de 2000

Orden DE LA SUBDIRECCION FINANCIERA Of. Nº 666 DF.

EL JEFE DE LA DIRECCION FINANCIERA,

[Firma]
EL TESORERO,

La fotocopia que antecede es igual que su original que reposa a cargo del Custodio en la Sección de TESORERIA DEL 1. MUNICIPIO DE CUENCA. Lo Certifico.

Libro	Fecha	Valor	Saldo	Tasa
367.97	12/07/00	10,121.26	8,153.29	2.86%

cte # 0207000077-4. - PRODUBANCO

CUENTA Bco del Pacifico
291450-6

Comprobos { Debito -
Credito -

En el Procedimiento Coactivo N° 168 seguido en contra de EMPRESA
KATACORSA S.A. Concepto Multa
Clave Catastral 5/ Años

RAZON DE CITACION PERSONAL

RAZON: En Guayaquil a 4 de Julio de 2001 a las...
... cité con el Auto de Pago que antecede, en Persona a... Señor...
... EMPRESA KATACORSA S.A.
de acuerdo a lo que disponen los Arts. 81 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y
art. N° 162 del Código Tributario, en su Domicilio que lo
tiene ubicado en la Casa N° 250 de la calle Bolívar y Juan Domínguez
... de esta Ciudad quien enterándose de su contenido y advertido que fue de
la obligación que tiene de señalar domicilio, dijo que así lo hará, para constancia de lo cual
firma con el Secretario.

Cúmplase con lo que dispone el art. N° 166 del Código Tributario en su numeral 4.



[Signature]
EL SECRETARIO ABOGADO

Por cuanto se niega a firmar la persona a quien se le cita, lo hace por él (ella) el testigo presencial.

UNICO QUE ES FIEL
AL ORIGINAL

[Signature]
EL TESTIGO

INTENDENTE MUNICIPAL



ACTA DE MEDIACION

Comparecen a la suscripción de la presente Acta de Mediación como instancia procesal dentro del proceso de arbitraje, por una parte el Dr. Jorge Maldonado de la empresa Autoparque S.A., como abogado autorizado y el Dr. Tarcuno Orrellana por la I. Municipalidad de Cuenca, como Procurador Síndico Municipal, conforme consta de los documentos justificativos que se adjuntan para ser parte integrante de esta Acta.

El convenio lo celebramos al tenor de las siguientes cláusulas:

ANTECEDENTES.-

a) LA I. MUNICIPALIDAD DE CUENCA, emite una carta de crédito por la cantidad de \$3.839,64 dólares por concepto de multas a la empresa Autoparque Sociedad Anónima.

b) AUTOPARQUE S.A., apela dicha resolución y decide demandar a la I. Municipalidad de Cuenca, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación.

Con estos antecedentes las partes han concurrido ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Cuenca, para dar cumplimiento a la Audiencia de Mediación tendiente a llegar a un acuerdo dentro del procedimiento de arbitraje según lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación.

ACUERDO.-

Las partes de común acuerdo resuelven:

1. Someterse al laudo arbitral que resuelva sobre el valor que en concepto de multas deba pagar Autoparque S.A. a la I. Municipalidad de Cuenca renunciando a cualquier acción que impida el procedimiento arbitral y consecuentemente el cumplimiento de la decisión del árbitro o árbitros nombrados por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Cuenca, comprometiéndose a presentar de manera conjunta un escrito que ratifique la voluntad de las partes aquí expresadas.
2. Autoparque S.A., se compromete a pagar todos los gastos del proceso hasta el valor de la Audiencia de Mediación.
3. Autoparque S.A. y la I. Municipalidad de Cuenca se comprometen a cubrir por partes iguales todos los gastos procesales que se originen con posterioridad a la Audiencia de Mediación, de conformidad con la tarifa que establece el Centro de

Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Cuenca

DECLARACION.-

Las partes aceptan las estipulaciones contenidas en las cláusulas precedentes, en fe de lo que suscriben el presente documento, al tenor de lo dispuesto en el Art. 43 y siguientes de la Ley de Arbitraje y Mediación, solicitando el término de tres días para ratificar su actuación.

Adicionalmente, las partes dan al presente acuerdo el efecto de cosa juzgada y de sentencia ejecutoriada de última instancia y se comprometen a no iniciar acciones tendientes a obtener la nulidad de la presente acta de mediación.

VALIDEZ.-

Los comparecientes y el mediador, suscriben el presente documento al amparo del artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación y por lo tanto tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Para constancia de lo escrito, las partes firman en tres originales, con fecha veinte y ocho de agosto del dos mil.

P. Autoparque S.A.

P. I. Municipalidad de Cuenca


Dr. Jorge Maldonado


Dr. Tarmino Ordoñez
PROCURADOR SINDICO

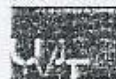

Dr. Julio C. Castro
MEDIADOR CENTRO ARBITRAJE
Y MEDIACION CAMARA COMERCIO CUENCA





REPUBLICA DEL ECUADOR
Ilustre Municipalidad de Cuenca

UNIDAD DE TRANSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE



OFICIO NO. UMT- 299

Cuenca, 29 de mayo del 2000

Doctor
Ivan Piedra Abril
ALCALDE DE CUENCA (E)
Presenta

De mi consideración:

En referencia al oficio No. AP115-IM, enviado por la empresa Autoparque S.A. solicitando una revisión de las multas aplicadas por la Municipalidad de Cuenca, debo manifestar lo siguiente:

1. Con respecto a la fecha de inicio de operación tarifada en la Zona Piloto, a partir del 15 de noviembre de 1999, la Concesionaria solicita revisar esta fecha de inicio ya que el día 13 de octubre estuvieron colocadas las 25 máquinas para esta zona y el 19 de octubre inició el proceso de instrucción a los usuarios, el mismo que fue efectuado hasta el 14 de noviembre de 1999, según término contractual y la determinación municipal.

Este periodo entre el 19 de octubre y el 14 de noviembre correspondiente a la instrucción al usuario, esta previsto en el contrato, en la cual aún no está operativo el sistema, sin embargo fueron implementados los elementos necesarios para el inicio de operación.

La Concesionaria solicita la reducción de la multa de estos 27 días, con respecto a los 63 días de multa entre el 12 de septiembre y el 14 de noviembre, con una penalidad de 50 UVC por día de incumplimiento y un 100% de incumplimiento global en la operación del sistema.

Es criterio tanto de la Sindicatura Municipal como de la Unidad Municipal de Tránsito que, luego de revisar el contrato y la implementación del sistema, durante este periodo solicitado, es procedente el reclamo de la concesionaria toda vez que por disposición municipal, pese a estar implementado el sistema, para garantía de los usuarios, se había extendido el proceso de instrucción a la ciudadanía. Es nuestro criterio que la reducción de la multa en estos veinte y siete días debe aplicarse por lo tanto no en un cien por ciento sino en un cincuenta por ciento, por este periodo de veinte y siete días.

2. En referencia a la multa aplicada entre el 15 de noviembre y el 31 de enero del año 2000, con una penalidad del 43% de incumplimiento, la Concesionaria solicita una reducción de esta multa exponiendo la implementación de más plazas y candados, de los constantes en el cálculo de la multa.

Sobre la fiscalización de estos elementos: plazas y candados, la Unidad Municipal de Tránsito contabilizó 946 plazas efectivas, es decir las plazas habilitadas a través de las 25 máquinas canceladoras, ya que otras plazas se estaban implementando para taxis.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
Ilustre Municipalidad de Cuenca

UNIDAD DE TRANSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE



instituciones oficiales, reservas tarifadas y tramos viales con estacionamiento prohibido, las mismas que fueron implementadas posteriormente al 15 de noviembre de 1999.

La Concesión considera 1.534 plazas operadoras por 55 máquinas y un promedio de 28 plazas por máquina canceladora.

El 15 de noviembre iniciaron operación las 25 máquinas con un promedio de 38 plazas por máquina, existiendo una deficiencia del servicio que obliga a los usuarios a utilizar áreas más extensas de caminata para requerir el servicio.

Para comparar, hoy en día, están operativas 40 máquinas, habiendo sido necesario incrementar 4 dentro de la Zona Piloto y 11 en las nuevas zonas oeste y norte recién incorporadas. Las 40 máquinas habilitan 1.281 plazas con un promedio de 32 plazas por máquina.

Por lo tanto se demuestra que la aplicación de la segunda multa por máquinas y plazas efectivas implementadas es correcto.

En lo que respecta a los candados la Concesionaria había implementado 30 en operación otros, entre 8 y 12 estaban siendo construidos localmente.

Por lo tanto en lo que se refiere a la solicitud de reducción de multas por plazas implementadas dentro del área piloto si bien las 946 estuvieron en operación otras han sido modificadas de conformidad con la estructura de circulación y las correspondientes secciones transversales en los diferentes tramos viales.

3. En lo que respecta a las tarifas y la solicitud de considerar la diferencia tarifaria como una multa doble impuesta a la Concesionaria, el criterio de la Municipalidad de Cuenca ha sido de que las tarifas serán actualizadas al momento de que la Concesionaria implemente la totalidad del sistema ofertado y el mismo esté en operación.
4. Concluyendo, es criterio tanto de la Sindicatura Municipal como de la Unidad Municipal de Tránsito que únicamente es pertinente reducir la multa entre el 19 de octubre y el 14 de noviembre con una reducción máxima de hasta el 50% en la penalidad impuesta a Autoparque S.A.
5. Por lo expuesto, siendo este el criterio de la Fiscalización, su Autoridad, de estar de acuerdo con el mismo, dispondrá que la Dirección Financiera Municipal, proceda a la baja del título de crédito antes emitido y se emita otro en sustitución con la rectificación de la multa en los términos indicados.

Arq. Rodrigo Torres B.
DIRECTOR DE LA UMT

Atentamente,

Dr. Tarquino Orgellana Serrano
PROCURADOR SINDICO MUNICIPAL