Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

ANÁLISIS SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ARBITRABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DEL CONTRATO

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República

Autor: Francisco José Zamora Fehrs

Director: Dr. Xavier Cordero López

Cuenca – Ecuador

2019

DEDICATORIA

A mis padres;

quienes con su esfuerzo me han dado la oportunidad de formarme como un profesional del derecho y, además, me han apoyado de manera incondicional siendo una fortaleza en mi diario vivir y en la constante búsqueda y realización de mis objetivos e ideales tanto personales como académicos.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, en quien a diario pongo mi fe, mis sueños, metas y objetivos;

a mi padre, mi mejor amigo y consejero más importante;

a mi madre, quien con firmeza y amor me ha formado desde nuestro hogar;

a mi hermano, una persona ejemplar y de quien siempre tengo algo que aprender;

a María Emilia, mi incondicional;

al Dr. Xavier Cordero López, quien me ha apoyado totalmente en la realización del presente trabajo;

al Dr. Juan Pablo Vidal Durán, quien generosamente me comparte sus conocimientos y experiencia en el campo del derecho.

INDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA ..... **II**

AGRADECIMIENTOS ..... **III**

RESUMEN ..... **VI**

ABSTRACT ..... **VII**

INTRODUCCIÓN **1**

1. DE LOS ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS **4**

1.1. EL ACTO ADMINISTRATIVO 4

1.1.1. DEFINICIÓN *4*

1.1.2. ELEMENTOS *7*

1.1.3. CARACTERES *12*

1.2. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO 15

1.2.1. DEFINICIÓN *15*

1.2.2. NATURALEZA Y CARACTERES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO *17*

1.2.3. TERMINACIÓN DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO *21*

1.3. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DEL CONTRATO 26

1.3.1. NOCIONES GENERALES *26*

1.3.2. CARACTERES DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL *28*

2. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: CONTRATACIÓN PÚBLICA **31**

2.1. DEL ARBITRAJE 32

2.1.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS *32*

2.1.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE *38*

2.2. PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 40

2.2.1. REQUISITOS PARTICULARES DE PROCEDIBILIDAD *41*

2.2.2. ARBITRAJE INTERNACIONAL *44*

2.3. EL PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ Y LA ARBITRABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA 47

3. ¿ES ARBITRABLE EL ACTO ADMINISTRATIVO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DE UN CONTRATO PÚBLICO? 50

3.1. EL DEBATE: ARGUMENTOS EN CONTRA, A FAVOR Y JURISPRUDENCIALES 50

CONCLUSIONES 72

BIBLIOGRAFÍA 78

RESUMEN

El presente trabajo analiza si procede resolver mediante arbitraje un conflicto generado por una terminación anticipada y unilateral de un contrato público, esto es, si puede cuestionarse dicho acto por esta vía.

Se realizarán puntualizaciones doctrinarias y legales sobre un acto administrativo, un contrato administrativo, el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, y del acto de terminación anticipada y unilateral del contrato.

Se considerarán varios tratadistas y se harán referencias legales nacionales e internacionales, así como también, un análisis directo del cuestionamiento planteado a partir de los criterios que se desarrollen incluyendo decisiones judiciales ecuatorianas y extranjeras.

ABSTRACT

The present work analyzes if it is necessary to solve a conflict generated by an anticipated and unilateral termination of a public contract through arbitration, i.e., if this act can be questioned this way. Doctrinal and legal points were made regarding an administrative act, an administrative contract, arbitration as an alternative mechanism for resolving conflicts, and the act of early and unilateral termination of the contract. Several writers, and national and international legal references were considered. There was also a direct analysis of the questioning based on the developed criteria, including Ecuadorian and foreign judicial decisions.

Dr. Xavier Cordero López

THESIS DIRECTOR

UNIVERSIDAD DEL AZUAY
Dpto. Idiomas

Translated by

Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN

Con el paso de los años y debido al constante incremento del comercio y de los negocios jurídicos a nivel mundial, surgen las más diversas relaciones jurídicas entre las personas, así como también, en ciertos casos, se generan controversias entre ellas a raíz de estas últimas. Esto, más los tediosos procesos que se tienen que soportar en la vía judicial ha motivado a que el arbitraje se posicione con mucha fuerza como un mecanismo alternativo de solución de conflictos eficiente para quienes optan inclinarse por el mismo.

Supone pues que las personas en virtud de su autonomía de la voluntad y en atención a que se trataría de derechos renunciables que solo miran a sus intereses particulares, deciden por mutuo acuerdo o conveniencia pactar que un determinado conflicto que haya surgido o pueda surgir en lo posterior entre ellas, sea conocido y resuelto por un tribunal arbitral y no por un juez en la vía judicial, esto es, sustraen la jurisdicción a los jueces ordinarios para dotarles de la misma a los árbitros quienes pasaría a ser los competentes para dirimir y resolver sus inconvenientes legales emitiendo incluso un laudo o resolución que vendría a generar lo mismos efectos que produce una sentencia en la vía judicial.

Ahora bien, el inconveniente surge cuando se mezcla el arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos esencialmente de naturaleza privada con asuntos o materias de Derecho Público que involucran cuestiones de orden público.

El Derecho Público tiene distintas vías de manifestación como lo es el Derecho Administrativo -por mencionar una de ellas- en el que además se encuadra la Contratación Pública y, para toda esta grande rama, rige el principio o la máxima de que solamente se podrá hacer en ella lo que expresamente está permitido por el ordenamiento jurídico caso contrario toda actuación que no cumpla con esta condición carecería de validez.

La Administración Pública que se ciñe a lo antes señalado, en aras de cumplir con sus distintas finalidades, tiene a su favor varias formar jurídicas a través de las cuales puede exteriorizar su voluntad, entre estas, las de mayor importancia son los actos y los contratos administrativos.

Los actos administrativos constituyen una manifestación unilateral de la voluntad de la administración que produce efectos jurídicos directos gozando de ciertas presunciones que incluso determinan su validez; por otro lado, los contratos administrativos se los puede considerar como una figura contractual especial en la que el Estado a través de cualquiera de sus órganos públicos se convierte en una de las partes contratantes, siendo la otra un particular del que se vale la primera para cumplir con sus objetivos de interés general para la sociedad.

Dicho esto, cabe señalar que la Constitución de la República del Ecuador que reconoce al arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, así como ciertas leyes orgánicas y sus reglamentos, permiten en conjunto que al celebrar un contrato en general así como también un contrato administrativo, se pacte una cláusula o convenio arbitral para resolver cualquier controversia que se ha generado o pudiese generarse entre las partes contratantes claro que, en materia de Contratación Pública, con ciertas características especiales lo que supone que de surgir un conflicto, tendrán que atenerse al convenio arbitral celebrado otorgándoles competencia a árbitros para que éstos lo diriman.

Un contrato administrativo tiene un régimen jurídico especial para su celebración, ejecución, terminación y demás; precisamente por citar un ejemplo, la Administración Pública dentro de un contrato de esta especie, estando avalada por nuestro ordenamiento jurídico, en caso de un incumplimiento contractual de parte del contratista, puede mediante un acto administrativo dar por terminado anticipada y unilateralmente el mismo. Esto, puede generar conflicto y malestar para el contratista lo que significa entonces que, si este último se encuentra en desacuerdo con esta terminación y si se pactó una cláusula arbitral en esa relación contractual, el problema generado por la terminación unilateral, en principio podría ser llevado a que resuelva vía arbitraje, sin embargo, surgen ciertos cuestionamientos al respecto.

¿Qué pasa si se está queriendo cuestionar un acto administrativo en sede arbitral?; ¿No es acaso un acto administrativo una manifestación unilateral de la voluntad de la administración que se presume válida y estable?; ¿Se podría cuestionar la legalidad del acto administrativo de terminación anticipada y unilateral del contrato ante un tribunal arbitral?; ¿Acaso no es la vía judicial la idónea para cuestionarlo correctamente?; ¿Procede el arbitraje sobre un acto administrativo de terminación anticipada y unilateral de un contrato dictado bajo las facultades exorbitantes de la

administración que se consideran de orden público?; ¿Si se lo cuestiona en sede arbitral, se estaría atentando al orden público y ordenamiento jurídico ecuatoriano?; ¿La manifestación unilateral de voluntad de la administración es materia sobre la que se puede transigir?; ¿Un acto administrativo de declaración anticipada y unilateral de un contrato supone materia de libre disposición para la Administración Pública?; ¿Serían competentes los árbitros en este supuesto?; ¿Qué pasaría si se arbitrara sobre un acto administrativo?.

Estas preguntas y algunas más, son las que precisamente se pretenden esclarecer y zanjar con el presente trabajo, objetivo que se lo buscará haciendo un análisis doctrinario, legal y jurisprudencial al respecto en relación con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

CAPÍTULO I

1. DE LOS ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La Administración Pública está encargada de velar por el bienestar común y general de los administrados y de la sociedad, siendo ésta una de las razones por las cuales existen formas jurídicas que le permiten desarrollar plenamente su función administrativa en la medida que posibilitan lo primero.

En palabras de Dromi, las formas jurídicas: "son los modos de exteriorización o el continente jurídico de la función administrativa. La actividad de la Administración se materializa o canaliza en actos jurídicos (declaraciones de voluntad) y hechos jurídicos (operaciones materiales)"[1].

Entre estas formas jurídicas administrativas se encuentran los actos y contratos administrativos -sin que sean las únicas- como medios para la exteriorización de dicha voluntad o actividad.

1.1. EL ACTO ADMINISTRATIVO

1.1.1. DEFINICIÓN

Dromi define a un acto administrativo como "toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa"[2].

El acto administrativo, como acto jurídico, viene a ser una de las más importantes formas jurídicas que le permite a la Administración Pública manifestar su voluntad tanto en cuanto viene a constituir un amplio cauce de expresión para el efecto.

Por otro lado, es necesario precisar y diferenciar que los hechos jurídicos vienen a ser acciones materiales más no solamente declaraciones de voluntad, es decir, estos son perceptibles física y materialmente lo cual los vuelve inconfundibles respecto de los actos administrativos.

García de Enterría y Ramón Fernández, han concluido en conceptuar al acto administrativo de la siguiente manera: "(…) La declaración de la voluntad, de juicio,

[1] (Dromi, 2004, pág. 262)
[2] (Dromi, 2004, pág. 263)

de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria"[3]. Esta definición, amplía de cierta manera lo que se entiende por acto administrativo y genera la necesidad de realizar la siguiente apreciación al respecto.

Los autores antes citados, manifiestan que un acto administrativo no solo implica declaraciones de voluntad, pues el hecho de que estas declaraciones sean las más normales en las decisiones o resoluciones de procedimientos no son las únicas a su entender, es decir, se trataría de una regla general más no absoluta ya que como se desprende de su concepto existen también declaraciones de juicio, conocimiento, entre otras[4].

Si bien pareciese y pudiese ser correcta esta puntualización que realizan García de Enterría y Ramón Fernández respecto del acto administrativo en cuanto a que existen más declaraciones que solo las de la voluntad de la Administración Pública, al fin de cuentas hay que considerar que de igual manera esas declaraciones específicas a las que se refieren terminan siendo una consecuencia de las primeras ya que siempre va a existir un motivo, una razón sustentada de manifestar, de dar a conocer, de emitir esos juicios, esos conocimientos, esos pronunciamientos en razón de cumplir con su función administrativa y que sobre todo produzcan efectos jurídicos directos en sus relaciones jurídicas.

Herman Jaramillo por su parte, establece que un acto administrativo "es un acto jurídico especial, y uno de los medios que se vale la Administración Pública para expresar su voluntad"[5].

Este concepto más simple pero no menos importante, determina la constante sobre la cual se entenderá entonces al acto administrativo, esta es, la voluntad de la Administración que se manifiesta a través de aquel.

Finalmente, hay que referirse al Art. 93 del Código Orgánico Administrativo, cuerpo normativo que entró en vigencia el pasado mes de julio de 2018 y que en concordancia con lo analizado en este acápite establece que:

---

[3] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008, pág. 526)
[4] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008, pág. 527)
[5] (Ordóñez, 2005, pág. 201)

“Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo”[6].

Vale resaltar la exigencia que impone esta disposición en lo referido a que quedará constancia en el expediente administrativo de manera documental, física o digital del acto; pues autores como García de Enterría y Ramón Fernández sostienen que incluso un acto administrativo como declaración de voluntad, no necesariamente implica una declaración expresa en tanto que el accionar de la Administración podría revelar su previa voluntad que la movió a realizar aquello y entonces se trataría de un acto tácito[7].

Esta posición, perdería sustento en la legislación ecuatoriana con lo sentado por el Art. 93 del Código Orgánico Administrativo que más bien refuerza el carácter formalista del acto administrativo requiriendo que quede constancia expresa de aquel, lo cual se podría comprender si se atiende a uno de los requisitos esenciales de validez del mismo contemplados en el Art. 99 ibídem como lo es la motivación que además viene a ser una garantía de los derechos de los ciudadanos y que de cierta forma podría generar un grado de confianza hacia las actuaciones de la Administración Pública.

No obstante, tampoco excluye de manera absoluta la existencia de actos tácitos como por ejemplo, el silencio administrativo positivo que es precisamente generado por la posición de inactividad que adopta la Administración frente a una petición legítima de un administrado y que genera derechos subjetivos a su favor debido a la falta de contestación oportuna de la misma en un término legal preestablecido, pero hay que entender algo, esto es, que la misma ley es la que le da un efecto a ese acto tácito determinando como contenido del acto el contenido de la petición.

Se concluirá entonces definiendo que un acto administrativo constituye una forma jurídica, un “instrumento” jurídico para que la Administración Pública pueda exteriorizar su voluntad de manera motivada produciendo efectos jurídicos directos en cuanto aquello le permita dirigir, controlar y desarrollar su función administrativa, además, será un acto unilateral del cual deberá quedar constancia necesariamente.

---

[6] (Código Orgánico Administrativo, 2017)
[7] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008, págs. 526, 527)

El acto administrativo también tiene que adecuarse al ordenamiento jurídico positivo en virtud del principio de estricta legalidad y/o juridicidad que rige el Derecho Público; no olvidemos que una de las finalidades primordiales de la Administración viene a ser el desarrollo de la sociedad en general y la efectiva vigencia de los derechos de todos los ciudadanos.

1.1.2. ELEMENTOS

Roberto Dromi afirma que la existencia de un acto administrativo se halla condicionada al cumplimiento de ciertos elementos esenciales que debe reunir dicho acto. Entre ellos resalta la competencia, el objeto, la voluntad y la forma, pero además, expone que también se lo considera como tal a la motivación de esta forma jurídica de exteriorización de la voluntad de la Administración Pública[8].

En primer término, la competencia la define como la esfera jurídica de atribuciones de los entes y órganos de la Administración Pública, atribuciones, facultades y obligaciones que las entidades deben ejercerlas de manera legítima en tanto vienen a estar determinadas de manera reglada por el derecho positivo, es decir, por la ley; además sostiene que reúne ciertos principios entre los cuales están que la competencia es expresa, improrrogable -salvo excepciones legales- e irrenunciable[9].

Se entendería entonces que la competencia es esa porción de jurisdicción que posibilita, valida, autentifica las actuaciones de la Administración Pública, es pues solo ésta la que le permite ejercer ese poder, esas facultades, atribuciones y obligaciones que le son concedidas por disposiciones positivas del ordenamiento jurídico para que así pueda exteriorizar su voluntad a través de actos administrativo que generen consecuencias jurídicas directas.

Al decir que es el ordenamiento jurídico positivo el que le concede la competencia a la Administración, se estaría haciendo referencia a que esta afirmación se encuentra en íntima relación con el principio de estricta legalidad y/o juridicidad que se había resaltado anteriormente, es decir, sus actuaciones son estrictamente regladas entendiendo además que, dentro de la esfera jurídica nacional, esto determina una subordinación de la Administración al derecho teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se trata de una subordinación positiva conforme

[8] (Dromi, 2004, págs. 360 - 378)
[9] (Dromi, 2004, págs. 361 - 363)

manda el Art. 226 de su Carta Magna que recoge la máxima latina del Derecho Público: quae non sunt permissaea, prohibita intelligentur (lo que no está permitido se entiende prohibido) lo que incluso está en relación con el principio de que la competencia debe ser expresa.

Por otro lado, el Código Orgánico Administrativo confirma aquello en tanto en su Art. 14 establece como uno de los principios generales de la función administrativa al principio de juridicidad que se traduce en que: "La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho"[10].

García de Enterría y Ramón Fernández incluyen a la competencia dentro de lo que ellos denominan los elementos subjetivos del acto administrativo sumándole a ésta la Administración, los órganos de la Administración y la investidura del titular del órgano. Generan una especia de cadena entre todos estos elementos subjetivos para explicar la competencia partiendo de que un acto administrativo solamente puede ser dictado por la Administración Pública más no por cualquier tipo de Administración; luego que la Administración está compuesta por distintos órganos y que la competencia reglada positiva le corresponde a cada uno de ellos para que cumplan con sus funciones; finalmente, exponen que no basta solamente con que el acto proceda de la Administración y que sea dictado por un órgano competente, sino que es necesario que el que está al frente de dicho órgano ejerciendo sus funciones directivas y demás, esté legitimado para el efecto[11]. Esta posición amplía o determina de una manera más puntual y clara todo lo que implica la competencia.

El segundo elemento esencial de un acto administrativo es el objeto del mismo; al respecto manifiesta que es la materia o contenido sobre la cual se declara la voluntad de la Administración y que ese objeto debe ser cierto, claro, preciso, y tanto físico como materialmente posible[12].

En cuanto al objeto, su importancia radica en el hecho de que se encuentre en perfecta armonía con el ordenamiento jurídico, es decir, que no sea contrario a éste, ya que si

[10] (Código Orgánico Administrativo, 2017)
[11] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008, págs. 531, 532)
[12] (Dromi, 2004, pág. 367)

lo es, existiría objeto ilícito determinando la falta de un requisito de validez del acto cuya consecuencia indefectible sería un acto nulo.

Luego tenemos a la voluntad. Dromi afirma que en ella concurren a su vez elementos subjetivos y objetivos entendiendo que esto implica una voluntad subjetiva del funcionario y una voluntad objetiva del legislador[13].

La voluntad subjetiva del funcionario vendría a ser el hecho de que éste desarrolle como titular de un órgano de la Administración Pública y en representación de ésta, la función administrativa que le corresponde; mientras que la voluntad objetiva del legislador se refiere a que el acto administrativo que se dicte o emita debe hacérselo atendiendo única y exclusivamente a lo que mandan y facultan de manera específica las normas legales para el efecto, esto es, bajo el estricto principio de legalidad o juridicidad.

Por la forma ha de entenderse el modo de exteriorización de la voluntad de la Administración que involucra formas de instrumentación y formas de publicidad[14].

Las formas de instrumentación se las puede entender como la forma en que se ha de dar a conocer el acto, por ejemplo, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, según se analizó con anterioridad el Art. 93 del Código Orgánico Administrativo, se requiere que se expida por cualquier medio documental, bien sea físico o digital pero que implique como obligación el hecho de que quede constancia del mismo.

Las formas de publicidad en cambio en relación a un acto administrativo, se refieren a la notificación. La notificación no deja de ser de trascendental importancia para la validez del acto, puesto que uno que no ha sido notificado no surte efectos jurídicos[15].

El Art. 101 del Código Orgánico Administrativo, de manera expresa considera a la notificación como condición de eficacia del acto en tanto dispone que la ejecución de uno sin que haya sido debidamente notificado el administrado constituirá un hecho administrativo viciado[16]. Esto es totalmente entendible y correcto debido a que si no se lo hace se estaría vulnerando los derechos de los ciudadanos, pues con el acto administrativo se produce efectos jurídicos directos que incluso muchas de las veces

[13] (Dromi, 2004, pág. 368)
[14] (Dromi, 2004, pág. 374)
[15] (Dromi, 2004, pág. 378)
[16] (Código Orgánico Administrativo, 2017)

afectan o limitan la esfera jurídica del ejercicio de los derechos de los ciudadanos quienes no tiene ninguna obligación de soportar cargas adicionales a las comunes para todos, por lo que en su protección es necesario que de manera previa a una actuación material, conozcan íntegramente el acto administrativo por el cual se va a dar aquella y así poder conocer su objeto, motivación y a su vez esto legitimará la actuación posterior de la Administración.

Finalmente, está la motivación del acto como requisito esencial, a ésta inclusive se la enlista en el Art. 99 del Código Orgánico Administrativo como requisito de validez concordante con lo que ha sostenido la doctrina.

La presentación de la realidad tanto material como jurídica que induce a que se dicte un acto administrativo, es la motivación requerida para su validez[17]. Precisamente es esto con lo que se justificará el por qué de la declaración de la Administración, incluso convirtiéndose, como ya lo sosteníamos en un principio cuando definíamos al acto administrativo, en una garantía para el administrado ya que éste último podrá verificar la pertinencia de la misma y ante todo si el acto es conforme a derecho. Vale destacar en este punto, la relación que esto tiene con la notificación al administrado con el acto, pues como se puede apreciar son requisitos concurrentes para su validez misma.

Adicional a lo señalado, la motivación constituye una garantía básica del debido proceso cuando conforme lo establecido en la Carta Magna del Ecuador en su Art. 76 numeral 7 literal l; todas las resoluciones de los poderes públicos deberán ser debidamente motivadas lo cual significa que se explique la pertinencia de la aplicación de preceptos jurídicos, disposiciones jurídicas, etc., con los hechos que constituyen los antecedentes del caso, es decir, la realidad material del mismo[18].

No se podría entender motivada una resolución o sentencia si solamente se invocan disposiciones jurídicas, precedentes jurisprudenciales, etc., y no se las relacionan a los hechos materia de esa resolución o sentencia, es decir, esta garantía se traduce en que la persona respecto de la cual produce los efectos, entienda claramente el por qué se ha resuelto sobre sus derechos de una u otra manera y cómo esos fundamentos de derecho se ven relacionados y explicados en armonía con la realidad material.

[17] (Dromi, 2004, pág. 376)
[18] (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La Corte Constitucional Ecuatoriana reafirma lo anterior en su sentencia No. 010-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1250-11-EP al sostener que:

"(...) la motivación tiene condiciones mínimas a saber: debe ser razonable, lógica y comprensible; así como también mostrar la conexión entre los enunciados normativos y los deseos de solucionar los conflictos, lo que a su vez implica oportunidad, adecuación y conveniencia de los enunciados normativos utilizados"[19].

García de Enterría y Ramón Fernández, de manera más detalla clasifican los elementos del acto en subjetivos -que ya fueron mencionados al inicio de este apartado- elementos objetivos y elementos formales[20].

Los elementos que se han analizado encajan perfectamente en su clasificación de la siguiente manera: en los elementos objetivos tendríamos entonces al objeto, voluntad y motivación del acto administrativo, mientras que en los elementos formales encontramos a la forma en que ha de exteriorizarse el acto lo que implica el procedimiento y la notificación. Podemos ver entonces que no es nada más que un criterio de clasificación que ellos proponen para dividir a los elementos esenciales del acto administrativo.

El Art. 99 del Código Orgánico Administrativo establece que: "Son requisitos de validez del acto administrativo: 1. Competencia. 2. Objeto. 3. Voluntad. 4. Procedimiento. 5. Motivación".

Como se aprecia, mantiene los elementos esenciales del acto que se han analizado, sin embargo, hace referencia también al procedimiento que como se establecía es otro de los elementos formales en la clasificación de García de Enterría y Ramón Fernández.

Ellos manifiestan: "(…) el acto no puede ser producido de cualquier manera, a voluntad del titular del órgano a quien compete tal producción, sino que ha de seguir para llegar al mismo un procedimiento determinado"[21].

Esto no es más que el hecho de que habrá que seguir un camino reglado y legalmente determinado para poder producir eficazmente el acto administrativo por parte de la Administración Pública a través de un órgano específico representado por su titular,

[19] (Corte Constitucional del Ecuador, 2014)
[20] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008, pág. 530)
[21] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008, pág. 542)

claro, en Derecho Público solamente se puede hacer lo expresamente permitido y es por ello que, si no se sigue el procedimiento correcto indefectiblemente afectaría también la validez del acto.

Estos vendrían a ser entonces los elementos subjetivos, objetivos y formales que debe reunir un acto administrativo en cuanto garanticen su eficacia y por ende permitan que cause efectos jurídicos sin cuestionar su validez.

1.1.3. CARACTERES

Los caracteres jurídicos esenciales de un acto administrativo según Dromi, son la legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad, estabilidad e impugnabilidad[22].

La legitimidad se traduce en la presunción de validez del acto administrativo. Esta legitimidad sin embargo, no debe entendérsela como perfección, pues si se considera que es nulo, aquello debe ser alegado y probado en juicio[23].

Al tratarse de un acto administrativo que como se entendía es dictado conforme a derecho en tanto el titular que lo dicta estaría ejerciendo facultades regladas por la ley, es precisamente aquello lo que determina que se presuma legítimo el mismo y que le permite gozar de ese "beneficio".

El fundamento de esta presunción tiene una doble visión; **i.** una formal en cuanto a todo lo que supone el hecho de poder declarar la voluntad de la Administración, esto es, un origen, una motivación, una causa en principio legítima que concluye con la emisión del acto; y **ii.** una sustancial referida a que la única causa, razón o motivo del acto administrativo es la ley que determina por este extremo, que se presuma legítimo. Vale resaltar que no se trata tampoco de una presunción absoluta, es más bien una presunción legal que acepta prueba en contrario (iuris tantum) e invierte la carga de la prueba hacia quien quisiese desvirtuar esta presunción[24].

La ejecutividad por su parte se traduce en el derecho a la exigibilidad y al cumplimiento del acto a partir de su notificación. Genera la obligatoriedad del acto administrativo respecto de quienes produce efectos jurídicos determinando a su vez una garantía para la Administración Pública de que sus actos serán eficaces[25] para

[22] (Dromi, 2004, pág. 379)
[23] (Dromi, 2004, pág. 380)
[24] (Dromi, 2004, pág. 380)
[25] (Dromi, 2004, págs. 384, 385)

poder cumplir correcta y debidamente con su función administrativa en garantía y beneficio del interés general de los ciudadanos.

Es muy importante este carácter debido a que, si el acto no fuese de obligatorio cumplimiento o la Administración no tendría la seguridad de la eficacia de sus actos, los administrados quienes muchas veces se encontrarán en desacuerdo con los mismos, no los acatarían y aquello supondría un grave menoscabo para la Administración sobre su poder de imperium que sustenta muchas de sus actuaciones.

Luego, está como carácter esencial la ejecutoriedad. El acto administrativo ejecutorio significa que la Administración Pública tiene la capacidad para obtener el cumplimiento de sus propios actos sin ni siquiera necesitar reconocimiento ni intervención judicial. Este carácter está en íntima relación con el poder, su fundamento se lo encuentra en la relación de mando de la Administración y la obediencia que supone debe existir por parte de los administrados[26].

Dromi manifiesta que: "El privilegio de la ejecución de oficio importa una verdadera prerrogativa pública como manifestación concreta del principio de autotutela administrativa"[27].

Hace referencia a una autotutela administrativa, la cual se la puede definir como el poder de la Administración para dictar en este caso unilateralmente sus actos y luego ejecutarlos por sus propios medios.

De lo expuesto, es fácil verificar la interrelación entre estos primeros caracteres en tanto la legitimidad traducida en la validez del acto es el punto de partida que luego determina la posibilidad de que sea ejecutivo, es decir, de obligatorio cumplimiento para que finalmente la propia Administración pueda ejecutarlo por sus propios mecanismos en atención a esa obligatoriedad.

Herman Jaramillo Ordóñez, plantea en su Manual de Derecho Administrativo que:

"los actos administrativos expedidos conforme a derecho, al interés público y a la moral, son imperativos jurídicos, obligatorios. Estos actos por principio de orden público y de necesidad social, estables, irrevocables, inamovibles e inmutables, en

[26] (Dromi, 2004, pág. 385)
[27] (Dromi, 2004, pág. 387)

consecuencia, deben ser respetados, observados y cumplidos por los administradores y administrados"[28].

Un acto administrativo no podría ser "débil" en el sentido de no gozar de esa imperatividad y obligatoriedad que tiene ya que se está hablando de un acto dictado por la Administración Pública cuyo fin último es el de garantizar y velar por el interés general de los administrados quienes han aceptado someterse a su "poderío" que no es más que aquel que ellos mismos le han entregado al Estado para que sea un constante garante del orden público, caso contrario, un acto administrativo que puede ser trastocado sin un procedimiento legal y reglado vulneraría directamente la seguridad jurídica debilitando uno de los pilares fundamentales de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Por otro lado, la estabilidad del acto no es más que la prohibición de revocarlo por la propia Administración Pública en tanto ha generado efectos jurídicos directos[29]. Vale mencionar que, pese a este carácter de estabilidad del acto, existe la posibilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de plantear una acción de lesividad contra aquel; esta acción consiste en la facultad para que la propia Administración por razones de interés público, puede declarar lesivo un acto administrativo que ya ha generado efectos jurídicos[30].

Hay que entender que esta es una facultad excepcional que debe verse justificada de la forma planteada en el Art. 115 del Código Orgánico Administrativo, ya que como se sostenía al momento de definir al acto administrativo, cuando se dicta uno, éste causa efectos jurídicos directos y derechos subjetivos a favor de los administrados, por lo tanto, es la garantía para ellos de que la protección del interés general de ninguna manera significará el sacrificio absoluto de su interés particular.

Finalmente se encuentra la impugnabilidad del acto, característica que va de la mano de la anterior en cuanto la Administración Pública en principio no puede revocar uno que ha producido efectos jurídicos directos, sin embargo, se reconoce el derecho de los administrados a impugnar los actos administrativos siendo esto el fundamento a que se prevea la posibilidad de que puedan ser cuestionado o bien en sede

[28] (Ordóñez, 2005)
[29] (Dromi, 2004, pág. 393)
[30] (Código Orgánico Administrativo, 2017)

administrativa o en sede judicial[31] por aquellos que se consideren afectados por el mismo.

Esta posibilidad es lógica y tiene un fundamento jurídico legal irrefutable, este es que al generar efectos jurídicos de manera directa y entrometerse en la esfera jurídica del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, es necesario que se garantice a ellos su derecho a la defensa y a poder impugnar toda resolución cuando consideren que un acto de la Administración se está excediendo dentro de sus efectos en sus límites razonables y legales; además, la disposición constitucional contenida en el Art. 76 de la Carta Fundamental del Ecuador prevé expresamente garantías a un debido proceso cuando se estén determinando derechos y obligaciones de cualquier persona y el Art. 173 ibídem establece la posibilidad de impugnarlos en sede administrativa o judicial.

1.2. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.2.1. DEFINICIÓN

A un contrato administrativo se lo puede concebir como un instrumento jurídico, una forma jurídica administrativa, que le permite a la Administración Pública cumplir con sus funciones como por ejemplo, la prestación de servicios públicos, construcción y realización de obras públicas y la satisfacción de las necesidades generales de los administrados. Es un contrato celebrado entre la Administración Pública y un particular en tanto la primera se vale del privado para el cumplimiento de las finalidades antes mencionadas[32].

Uno de los elementos característicos de esta especie de contrato es precisamente que una de las partes contratantes sea por un lado la Administración Pública y por otro, un particular o bien otra entidad estatal. Sin embargo, en el segundo caso, se trata de una subespecie denominada contratos interadministrativos[33] que para el efecto del presente trabajo no viene al caso analizarlos.

García de Enterría y Ramón Fernández sostienen que:

"la administración actúa aquí como "cliente" de los empresarios privados, esto es, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial: paga dinero o transfiere

[31] (Dromi, 2004, pág. 398)
[32] (Ordóñez, 2005, pág. 227)
[33] (Dromi, 2004)

posibilidades de actuación frente al público a ella reservadas a cambio de cosas o de servicios que busca y recibe"[34].

Este criterio es muy preciso para entender esta forma jurídica. Es obvio que la Administración Pública no podría de manera unilateral cumplir con todo lo que a ella le corresponde, por lo tanto, esta posibilidad de "colaboración" genera claros beneficios para ambas partes contratantes. Es necesario resaltar el siguiente criterio de los antes citados autores el cual precisa esta necesidad de poder manifestar una especie de voluntad concertada en este caso: "la administración, hecha para mandar, necesita imperiosamente negociar, una vez descubierto que con poder mandar no basta en muchos casos"[35].

Resultaría irreal que con solo el poder que enviste a las actuaciones de la Administración se entienda que puede satisfacer todas las necesidades que la sociedad demanda de ella. Es importante señalar, que esto no significa que dejará de ser la Administración Pública la que actúe, claro que lo hará, sino que lo hace representada por la contraparte que ha celebrado el contrato correspondiente para el efecto.

Dromi presenta una definición más simple al respecto, establece que el contrato de derecho público es un acuerdo -como naturalmente lo son los contratos en general- que más bien se los distingue del resto por gozar de ciertas particularidades especiales, estas son: **i.** El objeto traducido en la realización de obras y prestación de servicios para fines estatales, **ii.** Participación de una entidad de la Administración o que no pertenezca a ésta pero que sea en ejercicio de la función administrativa, y **iii.** Las prerrogativas de las que goza la Administración en relación a la interpretación, modificación y resolución del contrato[36].

La última de las características antes señaladas, supone facultades exorbitantes de las que goza la Administración Pública, tema sobre el cual se volverá con detalle más adelante ya que precisamente son dichas facultades las que avalan que mediante un acto administrativo, la Administración pueda terminar de manera unilateral un contrato de derecho público.

---

[34] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008, pág. 653)
[35] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008, pág. 655)
[36] (Dromi, 2004, pág. 474)

Finalmente, se atenderá a lo que señala la legislación ecuatoriana vigente sobre esta especie de contratos, el Art. 125 del Código Orgánico Administrativo establece que: "Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia"[37].

Esta disposición no es más que una confirmación de lo que se ha analizado; por otro lado, vale resaltar que estos contratos en el ordenamiento jurídico en cuestión se ajustan al régimen del Derecho Público entendiendo que las normas aplicables a los mismos serán aquellas de esta rama y las demás generales que les sean aplicables y no contravengan su naturaleza.

Se puede concluir entonces que un contrato administrativo es en efecto un acuerdo de voluntades en donde una de ellas debe ser de una entidad administrativa, esto es, un órgano de la Administración o cualquier otro órgano que no pertenezca a ella siempre y cuando ejerza una función administrativa, y la otra un particular para que la Administración valiéndose del privado pueda cumplir con sus finalidades que generalmente se traducen en la realización o construcción de obras y/o prestación de servicios.

1.2.2. NATURALEZA Y CARACTERES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como bien se manifestó cuando se definió al contrato administrativo, este tiene ciertas particularidades especiales que lo distinguen de un acuerdo de voluntades privado. Aparte, nuevamente cabe resaltar que un contrato administrativo o de Derecho Público, se verá subordinado al ordenamiento jurídico bajo el principio de igualdad y/o juridicidad.

En primer lugar, Dromi sostiene que en este tipo de contratos su validez y eficacia se verifica por el cumplimiento de formas legales exigidas por el ordenamiento jurídico en relación a formalidades y al procedimiento de contratación[38], es así que se puede decir que una de sus características es pues el formalismo exigido.

[37] (Código Orgánico Administrativo, 2017)
[38] (Dromi, 2004, pág. 483)

Al respecto se debe entender que existen determinados procedimientos de contratación que se prevén en el régimen jurídico aplicable a un contrato administrativo los cuales deben seguirse de manera estricta para que validen precisamente su celebración. Por otro lado, pertenece al régimen de Derecho Público y las normas ecuatorianas aplicables son las contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento, y demás disposiciones generales que no contravengan su naturaleza especial e incluso en algunos casos de ausencia de ley, hasta las normas civiles atinentes a los contratos que son aplicadas de manera supletoria o cuando se remiten a ellas de manera expresa.

Herman Jaramillo, tratadista ecuatoriano ha sostenido que: "En los contratos administrativos se encuentran establecidas condiciones y requisitos precontractuales y contractuales reglados, específicos y solemnes, que rigurosamente tienen que cumplirse para la existencia y validez (…)"[39]. Es pues a esas condiciones y requisitos a los que nos referimos debe verse adecuado el procedimiento de contratación para que al final la validez del contrato no sea vea afectada.

El Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su parte pertinente manda lo siguiente respecto a su objeto y ámbito: "Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría"[40].

En segundo lugar, existen prerrogativas de las que goza la Administración Pública en tanto que la autonomía de la voluntad e igualdad de las partes -relevantes características de un contrato privado- quedan o son dependientes del contrato administrativo, esto es, la ley que determina a su vez el procedimiento de contratación, limitará estos dos aspectos[41].

Dromi explica que esta nota característica del contrato administrativo se ve reflejado en la desigualdad jurídica de las partes y en las cláusulas exorbitantes a las que antes se hizo alusión.

---

[39] (Ordóñez, 2005, pág. 234)
[40] (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)
[41] (Dromi, 2004, pág. 483)

Traduce la desigualdad jurídica en el ius variandi del que goza la Administración Pública en este tipo de contratos, esto es que la inalterabilidad de un acuerdo privado ya no se mantendría como regla general y absoluta en este contrato público. Establece que en 3 aspectos se ve revelado este ius variandi: **i.** La Administración puede adaptar el contrato a las necesidades públicas variándolo dentro de límites razonables por supuesto; **ii.** En caso de que el contratista incumpla, puede ejecutarlo por si misma o por un tercero de forma directa y; **iii.** Terminar unilateralmente el contrato por incumplimientos del contratista[42].

La Administración Pública dentro de este marco de desigualdad jurídica, debe verse ceñida al ordenamiento jurídico positivo; sería inconcebible y no tendría fundamento ese ius variandi si aquel se manifestara de forma arbitraria y sin sustento jurídico legal, más bien por el contrario, se entiende perfectamente que la finalidad que persigue este derecho es el velar por el interés general sobre el privado o particular de tal forma que, el poder generar mejores condiciones contractuales sin afectar derechos adquiridos del contratista, o ejecutar el contrato sustituyendo al contratista o terminarlo unilateralmente por motivo de incumplimientos de éste último; es lo más óptimo en garantía general de los derechos de los ciudadanos.

Por otra parte, se refiere a las cláusulas exorbitantes de las que también goza la Administración, cláusulas que en un contrato privado serían ilícitas por generar una desigualdad entre las partes mientras que en Derecho Público, son perfectamente entendibles y aceptadas en tanto le permiten a la Administración Pública ejercer sobre el contratista un control razonable y excepcional, modificar condiciones de manera unilateral, terminar un contrato unilateralmente, entre otras[43].

Marienhoff define a las cláusulas exorbitantes del derecho común como aquellas que son inusuales por exceder el ámbito de ese derecho, o porque planteadas dentro de un contrato privado serían ilícitas[44]. Es muy acertado este criterio en tanto "grafica" el poder que tienen las cláusulas exorbitantes incluso como nota característica de los contratos administrativos, ya que la ilicitud de plantearlas en un contrato privado es a

[42] (Dromi, 2004, pág. 484)
[43] (Dromi, 2004, pág. 484)
[44] (Marienhoff, 1998)

consecuencia de la perfecta igualdad que existe en ellos entre las partes y bajo la cual suscriben dicho contrato.

Clara estaría entonces la relación de éstas últimas con la desigualdad jurídica y las atribuciones especiales de la Administración; sin esta desigualdad "necesaria" y la posibilidad de plantear cláusulas exorbitantes dentro de un contrato administrativo, podría verse coartado el imperium del que se vale la Administración para mantener la estabilidad y control en sus relaciones con el administrado, más aún cuando se generan efectos jurídicos y específicamente se inmiscuye en la esfera jurídica de sus derechos constitucionalmente reconocidos.

Nelson López Vargas, presenta el siguiente criterio muy acertado sobre el tema de la desigualdad jurídica que existe en la relación Administración y administrado, el cual podría esclarecer un poco más este aspecto en relación con la naturaleza jurídica del contrato administrativo:

"Una de las consecuencias de la naturaleza jurídica del contrato público es la posibilidad de que pueda ser terminado unilateralmente a través de un acto que la doctrina denomina "acto de príncipe", y que en los Estados constitucionales se denominan "actos de imperio", en razón de que la Administración aplica sanciones debido a su mayor cantidad de facultades respecto al administrado que posee facultades limitadas, sin que exista una visión de equilibrio entre una entidad contratante y el contratista quien actúa como un colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines y de la satisfacción del interés común, que actúa de buena fe, confiando en que los insumos y especificaciones técnicas entregadas por parte de la Administración para la ejecución de un contrato son completos, lo que le permitirá el cumplimiento de sus obligaciones"[45].

Finalmente, un contrato administrativo es también un contrato intuito personae por un lado y, por otro, tiene efectos respecto de terceros en determinadas circunstancias específicas[46]. Estos dos últimos caracteres se traducen en que las obligaciones que se generan, así como también los derechos mantienen una relación personal con el contratista que ha suscrito el mismo, ya que, de ninguna manera este último podría actuar sobre su autonomía de voluntad al momento de la ejecución del contrato. En

[45] (López Vargas, 2016, pág. 11)
[46] (Dromi, 2004, págs. 485, 486)

relación a que sí genera efectos contra terceros, esto se debe a que el beneficio de la función administrativa supone la prevalencia del interés general sobre el particular, ya que mal podría solo causar efecto entre las partes si por ejemplo se trata de una construcción de una obra pública o prestación de un servicio público que en ambos casos se convierten en beneficios para todos los ciudadanos.

Se puede determinar entonces que la naturaleza de un contrato administrativo es de Derecho Público, lo que a su vez supone que la celebración de éste contrato debe hacérselo en estricta atención a las normas jurídicas pertinentes más aún cuando no va a existir una igualdad entre las partes debido a la jerarquía de la que se ve investida la Administración para actuar como parte contratante en relación con su función administrativa. De esta forma se evitaría el que se vulneren los derechos de los contratistas y de los ciudadanos mientras que la Administración al suscribir un contrato administrativo, puede beneficiarse plenamente de todos los caracteres atinentes al mismo.

1.2.3. TERMINACIÓN DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 92 enumera las causales por las cuales se puede terminar un contrato administrativo; estas son:

"Art. 92.- Terminación de los Contratos.- Los contratos terminan: 1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales; 2. Por mutuo acuerdo de las partes; 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista; 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y, 5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica"[47].

Jaramillo, tratadista ecuatoriano, a más de analizar las causales, precisa que un contrato administrativo puede terminar en circunstancias normales cuando se ha cumplido cabalmente las obligaciones recíprocas y de forma anormal, cuando han existido incumplimientos o han existido circunstancias que determinen su terminación pero ajenas a la voluntad de quienes suscribieron el contrato[48]. Esta distinción será muy importante, por ejemplo, al momento de terminar un contrato de manera unilateral por

[47] (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)
[48] (Ordóñez, 2005, pág. 263)

parte de la entidad contratante, ya que supondrá una justificación de aquella para que proceda de esa manera incluyendo todo lo que supone esa declaración de terminación que se analizará en lo posterior.

La forma más común y normal de terminación de un contrato administrativo efectivamente será el cumplimiento cabal de las obligaciones contractuales. Es absolutamente claro este supuesto en cuanto obviamente lo que se busca con la suscripción de un contrato público es el cumplir con el objeto del mismo, que como se veía en un principio, se traduce en la construcción de una obra pública o prestación de un servicio público y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se incluye el servicio de consultoría.

Este criterio no es ajeno al planteado en el Derecho Privado respecto de los modos de extinguir las obligaciones, por ejemplo, el Art. 1585 del Código Civil, establece como uno de esos modos la solución o pago efectivo[49], que atendiendo al sentido literal de la palabra, según la RAE significa el desenlace o término de un proceso[50]. Jaramillo manifiesta que del contrato surgen obligaciones recíprocas para las partes contratantes, siendo entonces a estas obligaciones recíprocas a las que se hacía referencia sobre que deben verse cabalmente cumplidas tanto por la entidad contratante como por el contratista para que se termine por este modo un contrato administrativo[51].

La segunda forma de terminación que se plantea según el Art. 92 de la LOSNCP es por mutuo acuerdo de las partes; al respecto vale recordar que se está dentro de la rama de Derecho Público por lo que este acuerdo no gozará de una libertad absoluta para llevarlo adelante. El Art. 93 ibídem, establece al respecto:

"Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren. La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la

[49] (Código Civil, 2005)
[50] (Real Academia Española, 2017)
[51] (Ordóñez, 2005, pág. 263)

Entidad Contratante o del contratista. Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista".

Bajo la premisa de que en Derecho Público solamente se puede hacer lo expresamente permitido, se entiende que las únicas razones por las que se puede terminar de mutuo acuerdo el contrato son por las expresadas en el artículo anterior.

Respecto a la tercera causal, esta es que, por pedido del contratista mediante sentencia o laudo, se declare la nulidad del contrato o su resolución determinando su terminación y dejándolo sin efecto. El Art. 96 de la LOSNCP ha establecido las causales por las que el contratista puede demandar la resolución[52], sin embargo, para efectos del presente trabajo no se ahondará en las mismas. En cuanto a la nulidad, a ésta se la puede concebir como una sanción que impone la ley a aquellos contratos administrativos que se hallen viciados, vicios que según Jaramillo pueden ser de fondo y de forma[53]. Esto se traduce en que los contratos obviamente deben tener un objeto y causa lícita y real además de cumplir con todos los requisitos formales y legales preceptuados por el ordenamiento jurídico para su celebración en tanto se trata de un contrato público.

Cabe referirse al último inciso del Art. 96 antes citado; éste establece el requisito necesario para que un contratista pudiese alegar mora de la entidad contratante. A su vez, esto guarda estrecha relación con el objeto de análisis del presente trabajo ya que dentro del procedimiento de terminación unilateral de un contrato mediante acto administrativo de la entidad contratante, se establece en el Art. 95 de la LOSNCP, que el contratista no podrá alegar mora en el cumplimientos de las obligaciones económicas de dicha entidad en caso que el anticipo que le fue entregado en razón del contrato no estuviese totalmente amortizado lo que por ende supone que una vez

---

[52] 1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta (60) días; 2. Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y, 4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad.

[53] (Ordóñez, 2005, pág. 264)

verificado que sí se lo haya hecho y que la entidad mantiene obligaciones económicas de pago pendientes, solamente ahí servirá este argumento para defensa del contratista[54].

Lo anterior es lógico en cuanto se le entrega el anticipo al contratista de manera anterior a la ejecución del contrato, esto significa que tiene a su favor un valor de manera previa con la finalidad de que pueda hacer frente a situaciones que no se pueden prever ni de manera exacta ni antes de la ejecución de un contrato de tracto sucesivo como lo son uno de construcción de obra pública o uno de prestación de servicios públicos; por lo tanto, en caso de que la entidad contratante no hubiese cumplido con alguna obligación de pago a favor del contratista, se entiende que podría cruzarse esta obligación con el anticipo que previamente le fue entregado lo cual incluso facilitaría la resolución de inconvenientes de índole económico que pudiesen presentarse dentro de la marcha, sin embargo, si el anticipo ya ha sido debidamente utilizado por el contratista en ciertos aspectos y de manera justificados referidos al contrato administrativo suscrito, este sin problema alguno podría franquear una defensa alegando mora de la entidad.

Para el efecto, el Reglamento a la LOSNCP en su Art. 139 define qué se entiende por anticipo devengado, lo que no es más que en los contratos de tracto sucesivo, en cada planilla entregada por el contratista, se descontará el valor correspondiente del anticipo que le fue entregado hasta devengarlo totalmente. Por otro lado, establece que para efectos probatorios el contratista puede aportar todos los medios jurídicos y procesales de los cuales se crea asistido para justificar que el anticipo que le fue entregado ha sido empleado y devengado en la ejecución del contrato, lo que tiene igual consecuencias y efectos jurídicos que la amortización[55] como figura necesaria para que se pueda alegar mora de la entidad contratante.

La cuarta causal y la que más interesa para el análisis central del presente trabajo es la declaración unilateral del contratante en caso de incumplimientos del contratista para dar por terminado el contrato administrativo. Se trata precisamente de un acto administrativo debido a que no es más que la manifestación de la voluntad de la Administración Pública que causa efectos jurídicos directos.

---

[54] (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)
[55] (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009)

En este orden de ideas, vale resaltar lo que establece el Art. 94 de la LOSNCP:

"Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos: 1. Por incumplimiento del contratista; 2. Por quiebra o insolvencia del contratista; 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley; 6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y, 7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido"[56].

Se puede apreciar que esta declaración de voluntad de la Administración, tampoco queda al arbitrio de la misma, pues debe encuadrarse en una de las causales antes citadas y que son taxativas. Además, este acto administrativo supone un procedimiento reglado del cual no se puede prescindir si se quiere que sea válido y que además también genere todas las obligaciones y derechos que surgen a raíz del mismo tanto para la entidad contratante como para el contratista.

Hay que considerar en este punto, la importancia que se resaltaba de la motivación de los actos administrativos, pues es una condición de validez de los mismo y, además, será el presupuesto para que estos generen los efectos requeridos.

García Falconí, como antecedente histórico de la motivación de los actos de la Administración Pública, manifiesta que se lo encuentra a partir Revolución Francesa, puesto que antes en el derecho Romano no existía ninguna obligación a que los juzgadores expresen los motivos de sus convencimientos, es decir, quedaban sus resoluciones totalmente a su arbitrio. Luego, llegada dicha Revolución se impuso esta obligación con la finalidad de evitar el exceso discrecional por la arbitrariedad[57].

---

[56] (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)
[57] (Falconí, 2012)

Finalmente, como última causal se tiene a la muerte del contratista o disolución de la persona jurídica. Sobre la disolución de la persona jurídica es necesario considerar que no puede ser causada por decisión interna de la misma, ya que mal podría beneficiarse de su propia culpa en el supuesto de que considere que el disolverla le sería ventajoso para terminar un contrato público.

1.3. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DEL CONTRATO

1.3.1. NOCIONES GENERALES

De lo analizado hasta este punto, se sabe que una de las formas de terminación de un contrato administrativo es el procedimiento de terminación anticipada y unilateral del contrato por parte de la entidad contratante. En el Art. 94 de la LOSNCP que contempla esta posibilidad, se encuentra expresamente establecido que la entidad contratante "podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley (…)"[58].

Al tratarse entonces de una declaración de voluntad de la entidad contratante como órgano de la Administración, claramente se puede deducir que se está haciendo referencia a un acto administrativo de terminación anticipada y unilateral del contrato.

Celebrado un contrato administrativo, este podría terminar de manera normal o en su defecto, de manera anormal. De manera normal sería cuando se ha cumplido efectivamente con el objeto del contrato lo que significaría que ambas partes contratantes cumplieron con sus obligaciones recíprocas mientras que de manera anormal, sería entonces cuando no ha cumplido el objeto del contrato y existe alguna razón legalmente establecida para terminarlo[59].

La ley no ha definido de manera clara que se debe entender por declaración de terminación anticipada y unilateral del contrato, solamente se refiere a que ésta constituye una forma de terminación de un contrato público y en qué supuestos procede ya que solamente cabe frente a causales tasadas en el Art. 94 antes mencionado.

---

[58] (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)
[59] (Ordóñez, 2005)

De la Puente y Lavalle, realiza un análisis para distinguir los contratos administrativos de los privados y, al igual que Dromi, según lo que se estableció en párrafos anteriores, manifiesta que un criterio de distinción son las cláusulas exorbitantes que son posibles incluirlas en los primeros, incluso establece que hay unas implícitas y otras que se las incluye de manera expresa. Dentro de las implícitas, tenemos a la declaración de terminación anticipada y unilateral del contrato[60].

Atendiendo entonces a que la ley ecuatoriana no establece una definición concreta al respecto y al argumento recién citado, se puede esbozar un primer criterio sobre esta declaración determinando que se trata entonces de una cláusula exorbitante de un contrato administrativo en virtud de las prerrogativas de las que goza la Administración en aras de velar por el interés general.

Con la terminación unilateral del contrato, se genera ciertas veces una duda respecto al principio de fuerza obligatoria de los contratos. Sin embargo, para no poner en duda aquello, primero se debe partir teniendo claro que se trata de un contrato público más no uno de derecho privado lo que supone que existe una desigualdad jurídica totalmente aceptada y que en principio fundamentaría el proceder unilateralmente con la terminación.

La doctrina clásica francesa entiende justificada la terminación unilateral del contrato a raíz de la voluntad común de los contratantes en tanto que este acto unilateral es una consecuencia de la intención común de las partes, pues ellas desde la celebración conocen el régimen jurídico aplicable al contrato que están suscribiendo y es precisamente una prerrogativa legal o contractualmente pactada esta forma de terminación, lo que supone que son conscientes de sus consecuencias jurídicas consintiendo en aquello con la suscripción del contrato[61].

De lo manifestado entonces, es incuestionable que en este caso el contratista conoce y entiende el régimen al cual se somete con la celebración del contrato público sabiendo que podría terminar con la sola voluntad de la Administración si es que incumple sus obligaciones contractuales. Claro, lo importante aquí es que esta declaración obviamente se vea justificada en las causales tasadas en la ley, además de que se exige una motivación correcta del acto siendo la única forma mediante la cual se entendería

[60] (De la Puente y Lavalle, 1999)
[61] (De la Puente y Lavalle, 1999, pág. 31)

debidamente justificada la terminación unilateral del contrato y que sobre todo respeta y está en armonía con los derechos de ambas partes.

Ahora bien, desde un análisis etimológico de la palabra podemos deducir lo siguiente; la RAE define a la palabra "terminación" como "la acción y efecto de terminar o terminarse algo", en este caso, se referiría a la terminación o extinción de las obligaciones contractuales; luego, por "unilateral" establece que se refiere a "una sola parte o un aspecto de algo"[62]. Por otro lado, la misma RAE en su diccionario del español jurídico establece que por "acto unilateral" se entiende que: "Declaración de un Estado que no depende de la decisión de ningún otro pero crea obligaciones jurídicamente exigibles para el declarante, aunque no para terceros"[63]. Es así entonces que se puede concluir que la declaración o acto de terminación anticipada y unilateral del contrato supone una forma de extinguir las obligaciones contractuales por la sola voluntad de la Administración Pública encausada en una de las causales determinadas legalmente a causa de un incumplimiento del contratista que determina la obligación de que la Administración garantice el interés general de los administrados.

1.3.2. CARACTERES DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL

Molina Morales, manifiesta que la terminación unilateral se caracteriza por tener un carácter unilateral, potestativo, liberatorio y recepticio[64].

En cuanto a la característica de unilateralidad no hay mucho más que analizar, pues claramente se refiere a que en este caso se está ante la voluntad individual de la entidad contratante que, a causa de los incumplimientos en las obligaciones contractuales por parte del contratista, justificada en la ley, declara anticipada y unilateralmente terminado el contrato buscando precautelar los intereses generales de la sociedad en cuanto aquello le posibilita incluso contratar a uno nuevo de manera directa para finalizar con el objeto contractual lo antes posible. Molina, acertadamente puntualiza que si concurren ambas voluntades para terminar el contrato estaríamos frente a una terminación de mutuo disenso más no unilateral[65].

[62] (Real Academia Española, 2017)
[63] (Real Academia Española, 2017)
[64] (Molina Morales, 2006, pág. 135)
[65] (Molina Morales, 2006, pág. 135)

La segunda característica de la declaración de terminación unilateral, es que es potestativa. La RAE establece que por potestativa se refiere a que "está en la facultad o potestad de alguien"[66]. De lo referido en párrafos anteriores, el acto de terminación anticipada y unilateral del contrato es así, pues constituye una potestad, facultad o prerrogativa de la Administración Pública. Sin embargo, el citado autor considera dentro de éste carácter que quien goza de esta potestad ni siquiera "está obligado a motivar la ruptura del contrato"[67].

En relación al ordenamiento jurídico ecuatoriano, este último criterio es totalmente errado puesto que su propia ley como se analizaba, establece en el Art. 94 de la LOSNCP las únicas y exclusivas causales por las que puede terminarse de esta forma un contrato administrativo, caso contrario sería ilícito hacerlo acarreando responsabilidades para la Administración Pública.

Además, se resaltaba que la motivación de un acto administrativo en general, y en este caso del acto de terminación anticipada y unilateral como una especie de acto administrativo, vendrá a ser un requisito de validez del mismo por lo que no cabe lo sostenido por Molina, de serlo así, se generaría la ilicitud de la declaración acarreando la nulidad de ésta a más de la arbitrariedad que existirían para el efecto.

En cuanto a que es liberatoria se refiere a que permite a la Administración liberarse de una relación contractual[68], claro que se entiende que con el contratista que motivó esta declaración, ya que esto no significa que la Administración Pública se libera también de su obligación de terminar con el objeto contractual incluso facultada legalmente a contratar de manera directa a un nuevo contratista.

Finalmente, cuando manifiesta que tiene un carácter recepticio, se refiere a que debe ser puesta en conocimiento de la otra parte que se ve afectada por la misma para que surta los efectos requeridos[69]. Esto se encuentra en perfecta armonía con la legislación ecuatoriana, pues el Art. 95 de la LOSNCP respecto de la notificación y trámite de la declaración de terminación unilateral, establece en su parte pertinente que:

---

[66] (Real Academia Española, 2017)
[67] (Molina Morales, 2006, pág. 135)
[68] (Molina Morales, 2006, pág. 135)
[69] (Molina Morales, 2006, pág. 136)

"Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que, de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato. Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante (…)"[70].

Es imperante que se cumpla con lo previamente citado, en tanto dotará de validez a este procedimiento de terminación; además hay que considerar que en un principio lo que se buscó con la celebración del contrato administrativo fue cumplir con un objetivo de interés general y en todo caso, para no desnaturalizar esa voluntad inicial, se le da la posibilidad al contratista de que en un determinado período de tiempo legal justifique o remedie la situación por la que se le acusa de incumplido y por la cual se quiere terminar el contrato de esta forma. De ahí entonces la importancia de la notificación al contratista para que el acto administrativo de terminación anticipada y unilateral del contrato surta los efectos jurídicos requeridos.

[70] (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

CAPÍTULO II

2. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Constitución de la República del Ecuador reconoce los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MASC). En su Art. 190, establece:

"Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos serán con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir. En la Contratación Pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme las condiciones establecidas en la ley"[71].

De esta disposición antes invocada, surgen ciertas conclusiones importantes sobre el arbitraje, en relación al objeto de análisis en el presente trabajo. **i.** En caso de conflicto, una controversia solamente se podrá someter a la decisión de un tribunal arbitral si versa sobre una materia sobre la cual se pueda transigir. **ii.** La disposición antes invocada impone y condiciona, limita la posibilidad y el contenido de lo transigible como requisito esencial exigido para que se pueda arbitrar o someter a arbitraje una controversia. **iii.** En Contratación Pública, esto es, dentro del régimen de Derecho Público, solamente se podrá arbitrar en derecho y previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.

Es por ello, que resulta relevante analizar determinadas cuestiones relativas al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos de carácter esencialmente privado cuando éste se ve relacionado a cuestiones sometidas al régimen de Derecho Público.

[71] (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

2.1. DEL ARBITRAJE

2.1.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Etimológicamente, la palabra Arbitraje significa "Tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia"[72].

El diccionario razonado de legislación y jurisprudencia realizado por el magistrado Don Joaquín Escriche define al arbitraje como: "La acción o facultad de arbitrar; y el juicio arbitral"[73].

El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en adelante LAM, establece que por arbitraje se puede entender:

"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"[74].

De esta definición legal invocada, se puede deducir algo importante, esto es, que son las partes quienes de mutuo acuerdo, es decir, por su sola voluntad deciden regirse por este mecanismo en caso de que surjan controversias entre ellas para que las mismas sean resueltas; claro esto en virtud de ciertas características que se analizarán más adelante y que podrían considerarse más beneficiosas que las que ofrece la jurisdicción ordinaria.

El Dr. Ernesto Salcedo Verduga, tratadista ecuatoriano, presenta un primer criterio sobre el arbitraje; considera a éste como una solución privada, informal, económica y rápida, así, pone de manifiesto estas primeras características por las cuales las partes generalmente optan por este mecanismo, además, hace una puntualización importante diciendo que evita el distanciamiento de las partes como resultado de que sea llevada una controversia surgida entre éstas ante los jueces ordinarios[75].

---

[72] (Tello Rosales, 2006)
[73] (Escriche, 1991)
[74] (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)
[75] (Salcedo Verduga, 2007, pág. 19)

Luego, para esbozar una definición, de entre varias citas que hace en su obra sobre doctrina extranjera al respecto, una muy precisa que brinda un entendimiento claro del arbitraje, es la de Jean Robert, quien dice que se trata de: "la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar"[76].

En este orden de ideas, se puede ir apreciando una nota esencial del arbitraje, esta es que se trata sobre todo de un acuerdo o convenio privado lo que a su vez supone o ya plantea una idea respecto de la autonomía de la voluntad de las partes para poder someter sus controversias a la justicia arbitral.

Por su parte, San Cristóbal Reales, sostiene que por arbitraje se ha de entender que se deja el conflicto o controversia suscitada entre las partes a la resolución de otras personas que vienen a ser los árbitros, quienes son elegidos por las partes mismas o por el juez o por la institución encargada de administrar el arbitraje si se han sometido a ella[77].

En definitiva, nuevamente se resalta la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes ya que son ellas quienes dejan -por su sola y única elección en base a un acuerdo- sus controversias y discrepancias a la resolución de terceros, y en cuanto a la elección de los árbitros, dependerá de cómo se haya resuelto sobre este punto al momento de redactar el acuerdo o convenio arbitral.

De lo analizado entonces, se puede definir al arbitraje, como un mecanismo privado y alternativo a la justicia ordinaria por el cual, de conformidad con la sola y única voluntad manifiesta de las partes respecto de las cuales se ha generado la controversia, pueden someter la misma a la resolución de uno o varios árbitros, resolución o laudo propiamente dicho que tendrá el mismo efecto que una sentencia de la justicia ordinaria.

En cuanto a las características de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, Salcedo Verduga, de manera compatible con la legislación ecuatoriana, manifiesta que son las siguientes: es un mecanismo de solución de conflictos presentes o futuros, susceptibles de transacción; las decisiones son tomadas por el árbitro o árbitros; tiene

[76] (Salcedo Verduga, 2007, pág. 28)
[77] (San Cristóbal Reales, 2013, pág. 48)

su origen en la voluntad de las partes; sustrae la controversia del ámbito de la competencia judicial y; el laudo es definitivo e inapelable[78].

Respecto a la primera característica, puede ser apreciada como obvia y clara ya que las partes acuden ante un tribunal arbitral precisamente por causa de un conflicto que se ha generado entre ellas, caso contrario no lo harían; sin embargo, el citado autor sobre este aspecto hace una precisión muy importante, manifiesta que no cabría el arbitraje sobre materias que no son susceptibles de transacción ya que esto determinaría la imposibilidad de que la controversia sea materia de una decisión arbitral[79].

Tanto la Constitución del Ecuador como sus leyes pertinentes, establecen este criterio limitativo, por lo cual es importante analizar este requisito antes de encaminar un conflicto a un tribunal arbitral o en su defecto, de ser llevada a arbitraje una controversia sobre materia no susceptible de transacción, debería mediar un análisis del tribunal cuando vaya a pronunciarse sobre su competencia de acuerdo a los principios que se estudiarán en lo posterior.

El Art. 5 de la LAM, confirma lo antes expuesto al definir al convenio arbitral como: "el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual"[80].

En cuanto a que la decisión es tomada por un árbitro o árbitros no es más que el hecho de hacer hincapié en que el conflicto generado, la controversia surgida entre las partes, están sometidas a la decisión de un tercero o terceros imparciales quienes tienen delimitado su campo de acción por el convenio arbitral suscrito que fijará los límites y, además, tendrán las restricciones legales correspondientes para que de esta manera se garantice los derechos constitucionales de las partes.

El arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes lo cual va de la mano con otra característica que se trata de que se sustrae la controversia del ámbito de la competencia judicial, pues está claro que el convenio arbitral surge de un preacuerdo de carácter contractual de las partes quienes confiados en ciertas ventajas del arbitraje

[78] (Salcedo Verduga, 2007, págs. 51-53)
[79] (Salcedo Verduga, 2007, pág. 52)
[80] (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

como la celeridad en los procesos, el menor gasto económico, entre otras; suscriben bien sea en un mismo contrato o en un documento aparte un convenio arbitral que regulará sus controversias que surjan o puedan surgir durante su relación jurídica contractual o no contractual. Es así entonces, que una vez surgido de su sola y exclusiva voluntad, por ser legalmente permitido, otorgan la competencia a un tribunal arbitral quitándola por así decirlo, a los jueces ordinarios.

Según el criterio de Roque Caivano el acuerdo o convenio arbitral:

"(…) implica el sometimiento de las partes a la decisión de los árbitros respecto de aquellas cuestiones que ellas mismas han identificado como la materia a resolver en el juicio arbitral. Las partes convienen allí que ciertas cuestiones serán resueltas por árbitros, en lugar de ser decididas por los tribunales judiciales. Al pactar de ese modo, las partes: (i) Renuncian a que esas cuestiones sean decididas por los tribunales de justicia, y (ii) Le asignan funciones y facultades jurisdiccionales a particulares (los árbitros)"[81].

Del citado pensamiento, se aprecia sin duda alguna que es por la decisión autónoma y propia de ambas partes que suscriben el convenio arbitral el hecho de renunciar expresamente a la justicia ordinaria y son pues ellas mismas -las partes-, las que a través de la cláusula compromisoria estarían dotando de competencia a los árbitros quienes no podrán excederse en su campo de actuación más allá de los límites fijados por ésta última.

Además, lo anterior vendría a ser uno de los argumentos que sustentan la obligatoriedad del laudo respecto de las partes involucradas dentro del arbitraje ya que, de ser verdaderamente competentes los árbitros -situación que puede también no ser así como se la analizará posteriormente- su decisión vendría a ser una verdadera sentencia que produce efectos jurídicos directos tal y como ya se dijo en párrafos anteriores.

El arbitraje también se caracteriza porque su laudo -resolución- es definitiva e inapelable. La LAM en sus Arts. 30, 31, 32 establece varias cuestiones respecto de los laudos que permiten afirmar lo siguiente; el laudo pronunciado dentro de un arbitraje viene a ser la resolución del mismo y esto supone o se asemeja a una sentencia de los

[81] (Caivano, 2012)

jueces ordinarios lo que a su vez significa que tiene la misma fuerza obligatoria de la misma. En el Art. 30 expresamente consta la inapelabilidad de los laudos[82], inapelabilidad en la vía jurisdiccional, pues inclusive se refiere a que no cabe recurso alguno respecto de éstos salvo los ahí previstos, siendo posible interponer solamente los recursos de aclaración y ampliación.

Cabe hacer referencia a cuáles son las finalidades de estos dos recursos antes citados; de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos, en adelante COGEP, establece que la aclaración procede cuando se está ante una sentencia obscura, esto es, se preste para confusiones o no sea clara sobre lo que está resolviendo, situación que puede tranquilamente presentarse en un laudo arbitral; y por ampliación, cuando no se haya resuelto sobre todos los puntos de la controversia o no se pronuncie sobre frutos, intereses o costas[83]. Es así entonces, que es preciso considerar estos particulares cuando se pretenda interponerlos respecto de un laudo arbitral ya que, si no se cumple con estos requisitos de procedibilidad, la interposición de estos recursos entorpecería el procedimiento y sería contrario a ciertas ventajas que represente el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Ahora bien, es muy importante y trascendental que no se confunda la inapelabilidad del laudo con la acción de nulidad del mismo la cual sí puede plantearse en la vía jurisdiccional siempre y cuando se considere que esa resolución arbitral se encause en una de las causales tasadas del Art. 31 de la LAM[84].

Luego, como ya se dijo anteriormente, el laudo produce los mismos efectos de una sentencia expedida por jueces ordinarios, es decir, es de cumplimiento inmediato en

---

[82] (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)
[83] (Código Orgánico General de Procesos, 2015)
[84] a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

relación a las partes, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y adquiere también fuerza de cosa juzgada. Es por ello que incluso el Art. 32 de la LAM prevé que cualquiera de las partes puede acudir a la vía jurisdiccional para que se ordene la ejecución del laudo o del acta transaccional habida entre las partes.

Como se aprecia, existen varias diferencias que nos permiten esbozar un panorama amplio respecto de lo que se puede entender por arbitraje en cuanto mecanismo alternativo de la vía jurisdiccional y sus características esenciales, así como sus ventajas que en la mayoría de las ocasiones son las que hacen que sea sumamente atractiva para las personas y que éstas opten por seguir esta vía para resolver sus conflictos o controversias.

El tratadista Salcedo Verduga establece también ciertas ventajas respecto del arbitraje, ventajas que se convierten también en características que resaltan esta vía alternativa; entre las más importantes podemos mencionar la rapidez y sencillez del procedimiento, la economía procesal del arbitraje, la privacidad y confidencialidad, y la inmediación que si bien es un principio procesal característico también de la justicia ordinaria en su "nuevo" sistema predominantemente oral, se puede establecer que en el arbitraje este principio se ve más acentuado[85].

Cuando se habla de la rapidez y sencillez del procedimiento, supone que innegablemente se piense en los formalismos y retardos que suelen presentarse cuando se trata de la administración de justicia común la cual está conformada por distintas unidades judiciales que deben resolver diversas causas a la vez cuando por el contrario, un tribunal arbitral, se constituye específicamente para un conflicto determinado sin más carga laboral que resolver esa controversia lo que significa que ponga su entera y completa atención a la misma. Además, un tribunal arbitral tiene un término para resolver el conflicto, es decir, para dictar el laudo luego de haberse cumplida la audiencia correspondiente y haberse declarado su competencia, término que no puede sobrepasar 150 días según el Art. 25 de la LAM o de acuerdo a lo que se fije en la cláusula arbitral que obviamente no sobrepasará ese límite legal.

En cuanto al tema de la economía procesal, cabe entender que no se trata de que el arbitraje sea un procedimiento gratuito, sin embargo, la rapidez y sencillez con la que se resuelve la controversia en circunstancias normales, implica una potencial

[85] (Salcedo Verduga, 2007)

reducción de costos económicos para las partes procesales en tanto que dentro de la administración de justicia común, las tantas y variadas diligencias que deben llevarse a lo largo del proceso que como ya se dijo suele alargarse en el tiempo, implica o exige una erogación económica mayor para las partes en conflicto.

La privacidad y confidencialidad del procedimiento arbitral, suele ser una de las características más atractivas para que los sujetos obtén por esta vía; pues en la justicia ordinaria la publicidad es un principio que reina los procesos ahí ventilados salvo marcadas excepciones que no requieren ser analizadas para efectos del presente trabajo, mientras que en el arbitraje las decisiones y las controversias en general, están revestidas por esta característica de confidencialidad que protege a los involucrados siendo su solo consentimiento y decisión lo que determine el poder o no acceder a la información relacionada a su controversia y esto incluso en estrecha relación con el principio de la autonomía de la voluntad que rige una relación o un convenio arbitral.

Salcedo Verdugo, considera también que generalmente por la naturaleza misma de los conflictos que son resueltos en esta vía, esto es, según su criterio, asuntos comerciales, demanda que la privacidad prime en todo el procedimiento puesto que de conocerse los detalles del mismo, terceros podrían beneficiarse generando información mal intencionada al respecto atacando así a su competencia comercial[86].

Finalmente, en cuanto a la inmediación, como se decía es de por sí una característica de los procesos ventilados en la justicia ordinaria, se traduce en el contacto directo que debe haber entre los sujetos procesales con el juez, pruebas y resolución; sin embargo, en un procedimiento arbitral este principio se encuentra mucho más desarrollado toda vez que por las propias informalidades y propios mecanismos y parámetros bajo los cuales se desarrolla un arbitraje, permite que tanto las partes como el árbitro o árbitros, estén más conectados entre sí e incluso con la materia de la controversia en relación a pruebas, consensos, discusiones, etc.

2.1.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Para poder determinar la naturaleza jurídica del arbitraje, la doctrina ha establecido distintas tesis que tratan de explicar la misma; estas son **i.** contractualista, **ii.** la jurisdiccionalista, **iii.** la mixta o ecléctica y **iv.** la autónoma.

---

[86] (Salcedo Verduga, 2007)

i. Con respecto a la tesis o teoría contractualista, esta se fundamenta a raíz del principio de la autonomía de la voluntad de las partes quienes suscriben el convenio arbitral para solucionar sus controversias en base a la misma. Esta naturaleza contractual, incluye a todo el procedimiento arbitral lo que supone que el laudo no revista la calidad de una verdadera sentencia restándole así jurisdicción a la actuación de los árbitros[87]. En este sentido, se entiende que despojados de ese imperio deben incluso acudir a la justicia ordinaria para que se ejecuten sus laudos o resoluciones arbitrales[88].

ii. La teoría jurisdiccionalista en cambio, establece que a pesar que el convenio arbitral surge de manera convencional por el acuerdo de las partes, luego de su origen contractual, el laudo que llegase a dictarse por los árbitros adquiere efectos tanto de sentencia ejecutoriada como de cosa juzgada tal y como si hubiese sido dictada por jueces de la justicia ordinaria[89].

iii. Por su parte la teoría mixta o ecléctica, sostiene en cambio como su nombre lo dice, una mixtura del arbitraje en tanto que nace por un convenio contractual de las partes y luego es el mismo ordenamiento jurídico el que da paso al procedimiento arbitral[90]. Es pues la ley la que prevé entonces la posibilidad de que las partes contratantes por su voluntad, acuerden someter cualquier controversia que pueda presentarse durante su relación presente o futura, a que sea resuelta por árbitros. Salcedo Verduga, manifiesta que hace una distinción entre el acuerdo arbitral de indudable carácter contractual y privado, respecto de la eficacia del laudo de naturaleza pública como expresión de la jurisdicción de los árbitros en virtud de la ley[91].

---

[87] (Salcedo Verduga, 2007)
[88] (Tello Rosales, 2006)
[89] (Salcedo Verduga, 2007)
[90] (Tello Rosales, 2006)
[91] (Salcedo Verduga, 2007)

iv. Finalmente se encuentra la teoría autónoma, la que no conforme con ninguna de las tesis antes analizadas, plantea que la naturaleza jurídica del arbitraje dependerá totalmente del ordenamiento jurídico particular bajo el cual se haya suscrito el convenio o cláusula arbitral[92].

Como criterio propio, se puede afirmar que la naturaleza jurídica que tiene el arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la planteada por la teoría mixta o ecléctica, ya que en este caso en particular, si bien el arbitraje tiene un origen convencional su naturaleza jurídica misma es procedimental por lo tanto, se evidencia esta mixtura que comprende el pactar una cláusula compromisoria por conveniencia y la sola voluntad de las partes para resolver un conflicto entre ellas, avaladas legalmente para hacerlo en cuanto esto suponga la eficacia del laudo o resolución que se dicte para el efecto.

Puede decirse también que el arbitraje en el Ecuador tiene una naturaleza autónoma, pero parecería que aquello no supondría nada en particular puesto que esta última tesis no delimita bajo ningún criterio en específico a la naturaleza a la que se refiere, sino que más bien deja abierta la posibilidad de que el arbitraje adopte una u otra en virtud de un ordenamiento jurídico en específico.

2.2. PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Vale partir estableciendo que, luego de lo ya analizado y definido respecto del arbitraje de manera general, quienes optan por esta vía de solución de conflictos lo hacen nada más y nada menos que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de libertad contractual, sustrayendo de jurisdicción a la administración común para que su conflicto sea resuelto por un juicio de árbitros de una u otra forma según una cláusula arbitral o cláusula compromisoria.

Ahora bien, luego de haberse estudiado en el primer capítulo los contratos administrativos, entendiendo que la Administración Pública se vale de aquellos para satisfacer necesidades en general de los administrados en tanto que sola no podría hacerlo; en este tipo de contratos también se puede pactar una cláusula arbitral para poder solucionar posibles conflictos que pudiesen presentarse entre las partes, sin

[92] (Salcedo Verduga, 2007)

embargo, como se analizará a continuación, el arbitraje en materia de Contratación Pública, a más de las características del arbitraje ya señaladas previamente, tiene ciertas particularidades especiales como requisitos de procedibilidad.

2.2.1. REQUISITOS PARTICULARES DE PROCEDIBILIDAD

El tratadista Trayter, ha definido al arbitraje de Derecho Administrativo -rama del derecho en la que se encuadra la Contratación Pública- como "aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros"[93].

De este concepto se debe resaltar que el autor sostiene que se somete a arbitraje materia de su libre disposición, lo cual está en relación con lo que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano al respecto sobre que se arbitrará solo aquellas materias que por su naturaleza se pueda transigir condición que en lo posterior será analizada por su relevancia para el presente trabajo.

Por otra parte, en materia de Contratación Pública, esto es, dentro del régimen de Derecho Público, solamente se podrá arbitrar en derecho y previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado conforme manda el Art. 190 de nuestra Constitución de la República en su inciso segundo. Del referido inciso, se puede vislumbrar ya dos características adicionales, estas son, que solamente se arbitrará en derecho y la otra, que se lo hará previo pronunciamiento favorable de la Contraloría General del Estado.

Cabe entonces referirse a qué se entiende por arbitraje en derecho; pues esta característica está en relación con la forma de actuación de los árbitros y sobre la naturaleza de la decisión que deben emitir. Puede darse un arbitraje en derecho o un arbitraje en equidad y su nota diferenciadora viene a ser que el análisis, motivación y pronunciamiento del laudo en derecho se lo hará estrictamente sustentado en normas jurídicas, mientras que en el de equidad se lo hace según el leal saber y entender de los árbitros de conformidad con el Art. 3 de la LAM sin que se excluya la posibilidad de que en equidad también atiendan y se fundamenten en disposiciones normativas.

[93] (Trayter, 1997)

Otro particular importante, es que quienes conformen el tribunal arbitral tendrán que ser indiscutiblemente profesionales del derecho situación prevista así mismo en el Art. 3 de la LAM. El arbitraje en derecho determina que el campo de actuación del tribunal arbitral se vea ceñido a leyes sustantivas y procedimentales, y claro pues, es lo más lógico y no podría ser de otra manera ya que al estarse arbitrando sobre cuestiones relacionadas a Derecho Público, se debe atender al principio general de que solamente se puede hacer lo estrictamente permitido por lo cual aquello sería el fundamento para que solo se pueda arbitrar en derecho como limitante de procedencia del arbitraje en materia de Contratación Pública.

La segunda característica adicional que se apreciaba que se desprende del Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador, es que se podrá arbitrar en materia de Contratación Pública solamente previo pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establece en su Art. 2 que el Procurador es quien representa judicialmente al Estado[94]. Específicamente manifiesta que a éste le corresponde el patrocinio, asesoría legal y demás funciones que determine la ley en defensa del patrimonio nacional y del interés público. Luego, en el Art. 11 literal C ibídem, está expresamente establecido que para patrocinar al Estado el Procurador puede supervisar los procesos arbitrales en los que se encuentren inmiscuidas entidades públicas en tanto suponga la defensa de los intereses del Estado ecuatoriano[95].

Esta facultad de supervisar los procesos arbitrales viene a ser entonces la consecuencia de lo que determina la Carta Magna del Ecuador en un primer momento como un requisito para que proceda el arbitraje en materia de Contratación Pública, y es menester aquello en cuanto los intereses del Estado no son particulares de aquel sino de todos los ciudadanos, y al ser el Procurador quien debe velar por estos intereses estatales en atención a sus funciones, es imperante que lo haga y lo haga bien siendo preciso que previo a la suscripción de un convenio arbitral en un contrato público, revise la cláusula y determine que no vaya a perjudicar al Estado ecuatoriano.

[94] (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004)
[95] (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004)

En este orden de ideas, el Art. 4 de la LAM ha establecido respecto de la capacidad para acudir a arbitraje de las entidades que conforman el sector público lo siguiente:

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

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

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral"[96].

En relación al literal a) del citado artículo, éste reitera la importancia de la labor del Procurador General del Estado que ya se analizó en tanto es el encargado de representar judicialmente al Estado ecuatoriano, pues en materia de Contratación Pública se tendrá que pactar el convenio arbitral de manera previa al surgimiento de la controversia siendo esta la excepción a la regla general, ya que si se lo quisiera hacer de manera posterior, esto no podrá realizárselo si previamente el convenio arbitral no es revisado por el Procurador a más de que exista luego de esa revisión, un pronunciamiento favorable por parte de este servidor para el efecto.

De la lectura del Art. 5 de la LAM, es de fácil deducción el hecho de que cuando se trata de materia sobre la que pueden transar las partes involucradas en una controversia a raíz de una relación en un negocio jurídico, aun cuando haya comenzado ya un litigio sobre la misma en la vía judicial, por la naturaleza propia del derecho de libre

[96] (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

disposición que se entiende controvertido en esa relación, se puede solicitar el archivo de la causa para optar por el arbitraje a fin de resolver su problema; es así que se puede concluir entonces que la regla general es que se pueda pactar un arbitraje como medio de resolución de conflictos antes, durante o después de surgida una controversia más no cuando se trate de un conflicto en donde se halle involucrado una entidad del sector público que deberá atenderse a este primer requisito o condición de procedibilidad.

En segundo lugar, el literal b) limita aún más la posibilidad de arbitrar sobre materias de Derecho Público, pues la relación jurídica susceptible de someterse a ésta vía únicamente podrá ser de carácter contractual lo cual permite considerar y entender aquello en el sentido de que los actos de imperium, actos administrativos de la Administración Pública como manifestaciones unilaterales de la voluntad de aquella, ya desde este primer criterio, no podría ser objeto de discusión ante un tribunal arbitral, situación sobre la cual se ahondará aún más en lo posterior.

En relación al literal c), no cabe hacer mayor reflexión alguna, en todo caso hay que tener presente que cuando se defina la forma de selección de los árbitros éstos deben ser estrictamente profesionales del derecho como ya habíamos manifestado en relación a que solamente se podrá arbitrar en derecho, particular que no podrá ser obviado porque cualquier omisión de cualquiera de estos cuatro requisitos acarrearía la nulidad del pacto arbitral.

Finalmente, respecto al literal d), cabe referirnos a lo determinado por el Art. 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, esto es, que las entidades del sector público e instituciones autónomas del Estado que tengan personería jurídica, deben comparecer a través de sus representantes legales o procuradores judiciales, así mismo, sobre su patrocinio que corresponderá a sus representantes legales, síndicos, directores o asesores jurídicos o procuradores judiciales quienes serán civil, administrativa y penalmente responsables sin perjuicio de las obligaciones y funciones que incumben al Procurador según lo que ya se analizó en un principio[97].

2.2.2. ARBITRAJE INTERNACIONAL

Es necesario también hacer referencia en este punto a que un arbitraje puede ser de carácter internacional, pues es la propia Ley de Arbitraje y Mediación la que en el Art.

[97] (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004)

41 establece ciertos criterios que determinan que un arbitraje sea de esta naturaleza; los criterios son los siguientes:

"a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad"[98].

Lo que presenta el Art. 41 de la LAM, tiene como base la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI (UNCITRAL)[99], sin embargo, la legislación ecuatoriana habla de manera general del arbitraje internacional por lo cual se entendería que posibilita resolver por este mecanismo de resolución de conflictos controversias que versen no solamente sobre materia comercial, pero eso sí, manteniendo la constante de que sean susceptibles de transacción.

Se hace esta reflexión precisamente por sus implicaciones en materia de Derecho Público en relación a que un laudo dictado por un tribunal arbitral dentro de un arbitraje internacional, jamás podrá contravenir el ordenamiento jurídico interno ecuatoriano si se celebró un contrato al amparo del mismo y es de esa relación contractual de la que precisamente ha surgido la controversia que está siendo sometida a arbitraje.

Al respecto, Salcedo Verduga manifiesta sobre el orden público internacional que "un laudo no debe contravenir el orden público del Estado en que se pide su reconocimiento o ejecución, pues eso provoca que el ordenamiento legal del juez que

---

[98] (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

[99] Art. 1.- 3) Un arbitraje es internacional si: *a)* las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o *b)* uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o *c)* las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

conoce la petición de reconocimiento, permite a éste que la deniegue inmediatamente"[100].

El Ecuador ha ratificado el Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1985, el cual, en su Artículo V, numeral 2., literal a), dispone:

"También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución, comprueba: Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje"[101].

El último autor citado, hace una apreciación muy interesante en este sentido; manifiesta el tratadista que los criterios de internalización del arbitraje al fin de cuentas quedan vinculados al reconocimiento y ejecución forzosa de los laudos extranjeros[102], siendo muy acertada su afirmación debido a que es indiscutible que un laudo en un arbitraje internacional tendrá igual valor que uno emitido en el Ecuador pero claro, siempre que no altere el orden interno del país en garantía y protección a la primacía del interés general de los ciudadanos.

Por último, cabe añadir lo que determina el Art. 42 de la LAM sobre la posibilidad de que el Estado ecuatoriano o sus instituciones del sector público puedan someterse a un arbitraje internacional; se puede decir que se trata de un requisito adicional al tratarse de un arbitraje de esa naturaleza que una vez cumplido en nada impide aquello, pues establece que se requerirá autorización de la máxima autoridad de dicha institución a más de que exista de manera previa un informe favorable del Procurador General del Estado[103], poniendo nuevamente de relieve la importancia que tiene en estos supuestos su representante judicial para el efecto.

---

[100] (Salcedo Verduga, 2007)
[101] (Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 2005)
[102] (Salcedo Verduga, 2007)
[103] (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

2.3. EL PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ Y LA ARBITRABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA

El Art. 22 de la LAM establece que: "Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia"[104].

Al referirse a que el tribunal arbitral resolverá sobre su propia competencia es lo que la doctrina lo conoce como el principio kompetenz-kompetenz. Salcedo Verduga, sostiene sobre este principio que se trata de "la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia"[105].

Vale señalar que los árbitros tienen delimitado su campo de acción por la cláusula o convenio arbitral, esto es, deben circunscribirse a lo que exclusivamente las partes acordaron que ellos resuelvan sobre una controversia que surgió o pueda surgir en su relación jurídica.

El convenio arbitral es la fuente y el límite de la competencia de los árbitros, así como también lo es que el asunto sometido a su decisión sea susceptible de transacción.

Ahora bien, retomando lo establecido por el Art. 22 de la LAM, el tribunal antes de comenzar el trámite del arbitraje como tal, debe determinar si es competente o no para conocer y laudar sobre la materia sometida a su conocimiento. Es importante este particular debido a que precisamente una de las causales de nulidad del laudo que podría plantearse en lo posterior, es que el mismo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado de conformidad con el literal d) del Art. 31 ibídem[106] situación que puede evitarse si los árbitros analizan correctamente lo antes señalado.

Por otro lado, si el tribunal no cumple adecuadamente con este análisis y se declara competente para conocer y resolver la controversia, en el supuesto de que prospere la acción de nulidad por la causal antes referida, significaría una transgresión al principio

[104] (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)
[105] (Salcedo Verduga, 2007)
[106] (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

de economía procesal y se convertiría en una absoluta pérdida de tiempo para las partes procesales.

El análisis que deben hacer abarca dos aristas, la primera sobre la arbitrabilidad subjetiva que se trata de la capacidad de la persona de someterse al arbitraje. Esto se traduce en que es la capacidad de una parte para disponer del derecho u obligación fruto de la controversia que se quiere someter a arbitraje y, la segunda, sobre la arbitrabilidad objetiva que se refiere en cuanto a las controversias que por ley pueden ser sometidas a arbitraje[107]. Lo dicho se traduce en que el Tribunal Arbitral debe pronunciarse y verificar, previo a conocer el asunto materia de la controversia, que **i.** Subjetivamente las partes puedan disponer libremente del derecho en cuestión y **ii.** Objetivamente la materia sea de tal naturaleza que permita transigir sobre aquella.

Sin embargo, según Salcedo Verduga, doctrinariamente incluso se ha facultado al tribunal arbitral a que a más del análisis sobre las dos cuestiones previamente planteadas, pueda verificar cualquier excepción relativa a la existencia o validez del acuerdo arbitral o cualquier circunstancia que en principio pudiese poner en duda su competencia para conocer el conflicto[108].

Por último, en el análisis que realiza el citado tratadista sobre el principio kompetenz-kompetenz, deja sentado lo siguiente:

"Esta facultad es inherente al nombramiento de un tribunal arbitral; de hecho, es una facultad esencial para que el tribunal arbitral lleve a cabo su tarea de manera adecuada. (…) En otras palabras, el principio de la kompetenz-kompetenz significa que el tribunal arbitral tiene la prioridad para decidir acerca de su competencia sin que esta decisión pueda someterse al control por parte de la justicia común como acto previo a la expedición de la sentencia arbitral"[109].

Es así entonces, que se concluye resaltando la importancia de este principio procesal que debe ser estrictamente atendido por los árbitros que conforman el tribunal a cuyo conocimiento ha sido sometida la controversia a que sea resuelta, pues el determinar preliminarmente si son o no competentes, será un beneficio para todos ya que evitan un desgaste innecesario para las partes en conflicto así como también el suyo propio

[107] (Restrepo Soto, 2014)
[108] (Salcedo Verduga, 2007)
[109] (Salcedo Verduga, 2007)

en tanto un proceso arbitral, a pesar de su flexibilidad respecto de un proceso en la vía judicial, igual supone que se inviertan varios recursos para su desarrollo tanto económicos como humanos.

CAPÍTULO III

3. ¿ES ARBITRABLE EL ACTO ADMINISTRATIVO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DE UN CONTRATO PÚBLICO?

Toda vez que se ha analizado y estudiado las nociones básicas y características de un acto administrativo, un contrato administrativo y del acto administrativo de terminación anticipada y unilateral de un contrato, último que se lo ha revisado desde dos enfoques, el primero como acto mismo y el segundo como una forma de terminación de un contrato público, es posible adentrarse en la cuestión planteada sobre si un acto administrativo de esta naturaleza puede ser arbitrable, esto es, si puede discutirse sobre aquel ante un Tribunal Arbitral en virtud de una cláusula arbitral incorporada en un contrato en materia de Contratación Pública que haya terminado en estas circunstancias "anormales".

3.1. EL DEBATE: ARGUMENTOS EN CONTRA, A FAVOR Y JURISPRUDENCIALES

Es necesario que a breves rasgos se recuerde ciertas cuestiones relacionadas al acto administrativo de terminación anticipada y unilateral de un contrato público para que, desde sus distintas características, requisitos y efectos, se pueda determinar si procede o no cuestionarlo en sede arbitral, esto es, que se resuelva sobre su legalidad o ilegalidad mediante un laudo arbitral.

Como se manifestó en un principio, la ley ecuatoriana no trae una definición específica y concreta sobre el acto administrativo de terminación anticipada y unilateral del contrato, sin embargo, entendiendo que se trata de una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración Pública, encuadra perfectamente en la conceptualización general de un acto administrativo solamente que supone algunos efectos jurídicos especiales.

Por otra parte, se había concluido en que la declaración o acto de terminación anticipada y unilateral del contrato supone una forma de terminar un contrato administrativo de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública [110] por la sola y única voluntad de la Administración Pública, terminación que imperativamente deberá sustentarse en una causal legalmente establecida para el efecto y ser motivada por un incumplimiento del contratista que, al afectar el interés general de la sociedad por el que debe velar la Administración, habilita a ésta para que opte por este procedimiento.

Cabe hacer referencia al privilegio de autotutela del que goza la Administración Pública el mismo que comprende dos aristas; una potestad de autotutela declarativa en cuanto sus actos son dictados de manera unilateral y constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial; y, una potestad de autotutela ejecutiva, es decir, dispone de medios propios de ejecución sin necesidad de acudir a los tribunales para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos[111].

Se ha de resaltar el criterio ya citado en un inicio de Dromi concordante con el del párrafo inmediato anterior, según el cual, la Administración Pública en virtud del privilegio de autotutela administrativa puede ejecutar de oficio un acto administrativo, es decir, abarca tanto la unilateralidad del acto -que constituye otro carácter del mismo- así como el hecho de poder ejecutarlo por sus propios medios sin necesidad de la intervención de órgano judicial alguno presumiendo que el contenido del acto que dictó en uso de sus atribuciones o prerrogativas exclusivas es perfectamente conforme a derecho.

Sin embargo, es preciso puntualizar que lo anterior no quiere decir que los administrados no puedan contrariar dicha presunción ya que precisamente, en garantía de su derecho constitucional a la defensa y a la posibilidad de impugnar los actos del poder público en sede administrativa o sede judicial, quien se crea afectado por los efectos jurídicos que produce, dispone de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano de los mecanismos adecuados y necesarios para que pueda rebatir y de ser el caso destruir dicha presunción conforme se expondrá a continuación.

Partiendo del Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, es derecho de todos los ciudadanos el poder impugnar tanto en sede administrativa como en sede judicial un acto administrativo -como el de terminación anticipada y unilateral de un

---

[110] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Art. 92.- Terminación de los Contratos.- Los contratos terminan: 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista;

[111] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008)

contrato- de cualquier autoridad del Estado[112]. Al tratarse de un derecho constitucional se entiende que deberá ser garantizado y protegido en todo momento y es por ello que en relación a esta premisa, tanto el Código Orgánico Administrativo como el Código Orgánico General de Procesos contemplan el cómo ejecutar este derecho en vía administrativa y en vía judicial respectivamente.

El COA establece en su Art. 217 que un acto administrativo puede ser impugnado en vía administrativa por las personas interesadas (…) mediante el recurso de apelación y teniendo en cuenta que cuando el acto haya causado estado cabe también el recurso extraordinario de revisión[113]. Por su lado, el Art. 303 del COGEP, hace lo propio respecto de la vía judicial, pues contempla en su numeral 1 la posibilidad de que quienes tengan interés directo en demandar la nulidad o ilegalidad de los actos administrativos, en este caso, de materia administrativa, se encuentran plenamente habilitado para hacerlo mediante el procedimiento contencioso administrativo[114].

De lo referido, se puede afirmar que nuestro ordenamiento jurídico mantiene entonces los medios o vías de impugnación de un acto administrativo plenamente identificados, todo esto en garantía del derecho a la defensa de los ciudadanos y en particular, para efectos del presente trabajo, del contratista que pueda verse afectado por la declaración de terminación unilateral y anticipada del contrato que celebró con una entidad pública la misma que representa al Estado.

Ahora bien, al centrarse en el acto administrativo de terminación anticipada y unilateral de un contrato vale recordar que este constituye una facultad exorbitante de la Administración Pública, facultad que se entiende de esta manera bajo la idea de una desigualdad aceptada y necesaria entre la entidad contratante y el contratista. Recordemos que se trata de una cláusula que, aplicada a una relación jurídica privada sería ilícita, sin embargo, por la naturaleza de la materia en cuestión caben respecto de un contrato público incluso considerándolas de forma implícita ya que es la propia ley la que prevé incorporada la misma para todas las relaciones contractuales de esta clase, pudiendo efectivizarse esta causal de terminación cuando concurran los requisitos también legales para el efecto posibilitando además a la Administración Pública

[112] (Constitución de la República del Ecuador, 2008)
[113] (Código Orgánico Administrativo, 2017)
[114] (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

ejercer un control razonable y desde una óptica de superioridad totalmente aceptada en garantía del interés general de la sociedad.

La finalidad de un contrato administrativo según lo que se había estudiado sobre esta forma jurídica, consiste en términos generales en brindarle apoyo a la Administración Pública en el cumplimiento y desarrollo de su función administrativa reconociendo que ésta por sí sola, no posee los suficientes recursos tanto materiales como económicos para poder abarcar satisfactoriamente todos los frentes que ello implica, razón por la cual necesita que sea un tercero el que le facilite los medios para el efecto convirtiéndose en un "cliente"[115] de los privados en base a un plan de simple colaboración tal y como manifiestan García de Enterría y Ramón Fernández.

Al ser un contrato administrativo o público un acuerdo de voluntades que concurren para cumplir con determinados objetivos, es precisamente en virtud de dicho acuerdo que también cabe el pacto de una cláusula compromisoria o arbitral para la solución de controversias que puedan surgir entre las partes, ya que este hecho no es ajeno a la realidad de estos contratos.

Sin embargo, se dejó sentando que en materia de Contratación Pública para que proceda el arbitraje se tiene que cumplir con ciertos requisitos particulares que, primeramente, según la Carta Constitucional de Montecristi, establece como indispensables que el arbitraje que se lleve a cabo para resolver un conflicto que haya surgido, se desarrolle en derecho y previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado al ser el Procurador el representante judicial del Estado. Luego, también se deberá cumplir con los establecidos en el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación al tratarse en este caso de una entidad del sector público[116].

---

[115] (García de Enterría & Ramón Fernández, 2008, pág. 653)

[116] Art. 4.- "(…) Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral".

Celebrado un contrato administrativo en el cual se haya pactado una cláusula arbitral respecto del cual ha surgido efectivamente una controversia, en principio no habría imposibilidad a que las partes renuncien a la justicia ordinaria y sometan su conflicto a que sea resuelto por un tribunal arbitral por ser el propio ordenamiento jurídico el que lo permite en virtud de dicha cláusula.

Pero el problema surge cuando, por ejemplo, un contrato administrativo, el cual contiene una cláusula compromisoria, ha terminado en condiciones anormales, esto es, por una declaración de terminación unilateral y anticipada dictada por la única y exclusiva voluntad y autoridad de la entidad contratante debido a que se verificó uno de los casos taxativamente establecidos en el Art. 94 de la LOSNCP para el efecto. Esta forma de terminar un contrato público, perfectamente lícita de acuerdo a dicho cuerpo normativo, podría causarle mucho malestar al contratista ya que su voluntad no participó ni incidió en esta situación al menos directamente.

La circunstancia antes descrita, atendiendo al pacto arbitral que contiene el contrato, podría a priori, permitir que el contratista "afectado" -entre comillas ya que supone que fue por el hecho de que éste mismo se encuadró en una de las causales lo que permitió terminar el contrato de esta manera- con la decisión, interponga una demanda arbitral para que sea mediante este método alternativo de solución de conflictos por el cual se ventile y se decida sobre la controversia o afección misma que le haya producido la terminación unilateral.

Se dice a priori, porque como segundo paso se tendría que valorar de manera estricta si la controversia surgida entre las partes es susceptible de ser llevada ante un tribunal arbitral ya que, por más cláusula arbitral que exista para aquello, no todas las materias de un conflicto son susceptible de arbitrarse, pues el acto administrativo de terminación anticipada y unilateral de un contrato parecería que no lo es por las implicaciones y características que se han destacado de un acto administrativo y que sirven de sustento y fundamento a quienes se mantienen en la posición radical de la no arbitrabilidad de un acto administrativo por tratarse de una potestad pública.

En este orden de ideas, nuevamente se debe entonces atender a lo que establece la Ley de Arbitraje y Mediación al respecto; ésta en su Art. 1 de forma expresa impone como requisito para arbitrar sobre una u otra cuestión, que la controversia sea susceptible de transacción. En el mismo sentido el Art. 41 ibídem, al tratar el arbitraje internacional, establece como uno de los requisitos para que proceda que el objeto del litigio sea

susceptible de transacción incluso con una particularidad adicional, este artículo delimita mucho más el campo de acción de esta clase de arbitraje al sostener que dicho objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional.

Por lo señalado, es necesario precisar entonces qué se entiende por transacción al tratarse de un requisito o característica indispensable para que proceda un arbitraje sobre una materia determinada. En materia administrativa, específicamente en relación a un acto administrativo, no hay un pronunciamiento expreso sobre qué debemos entender por transacción por lo que se debe acudir a su sentido etimológico.

La Real Academia Española define a la transacción como trato, convenio o negocio[117] y, específicamente, según su diccionario del español jurídico se trata de la "posibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes de un proceso que ponga fin a la controversia judicial"[118]. Estas dos definiciones son muy precisas y permiten tener una primera idea clara al respecto sobre todo en relación con el arbitraje como una parte central del presente análisis.

La RAE expresamente habla del hecho de llegar a un acuerdo o convenio que permita a las partes contendientes de un litigio terminarlo sin más controversia y por el solo hecho de su decisión personal en razón de su autonomía de la voluntad. Es lógico que, si las partes logran conciliar sus intereses respecto de sus derechos en conflicto, se les permita a éstas tranzar sobre el mismo y terminarlo de una manera amigable siendo ésta la nota diferenciadora de la transacción.

El Código Civil, considerado como norma supletoria en materia de Contratación Pública, según su Art. 1583, contempla a la transacción como un modo de extinguir las obligaciones[119], luego, la define como "un contrato en virtud del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual"[120], pues implícitamente de conformidad con estos criterios jurídicos - legales se puede inferir el papel que juega al respecto la autonomía de las partes involucradas en un litigio para disponer libremente de sus derechos, en resumen, se faculta a las partes a que puedan transigir sobre su conflicto.

---

[117] (Real Academia Española, 2017)
[118] (Real Academia Española, 2017)
[119] (Código Civil, 2005)
[120] (Código Civil, 2005)

Hay que precisar eso sí, que dicha autonomía de la voluntad jamás podrá ir en contra del orden público, es por ello que el Art. 2349 ibídem, establece de manera clara que no puede transigir la persona que no es capaz sobre el objeto materia de la transacción[121].

Por lo señalado, cabe comparar aquello con la Administración Pública respecto de un acto administrativo legalmente dictado. Entre los elementos que se desprenden de lo que implica la transacción el más importante es que el objeto de la misma se refiera a una determinada relación jurídica controvertida, pero es condición sine qua non que las partes puedan negociar sobre aquella.

Ahora bien, el accionar de la Administración Pública está estrictamente determinado por el principio de legalidad o juridicidad por lo que carece de autonomía de voluntad entendiendo que, como en reiteradas ocasiones se ha señalado, en Derecho Público solamente puede hacerse lo estrictamente permitido. Esto significa que su única causa, razón y motivo para manifestar su voluntad a través de un acto administrativo es la Constitución y la ley por lo cual, ¿cómo podría ser posible que la Administración Pública libremente someta a un control de legalidad por un Tribunal Arbitral un acto administrativo como lo es el de declaración de terminación anticipada y unilateral de un contrato público que se dicta estrictamente ceñido a un procedimiento reglado por nuestro ordenamiento jurídico y en virtud de una potestad pública?

La respuesta al planteamiento previo parecería ser obvia y las Cortes de Justicia del Ecuador se han inclinado por ésta la cual se refiere a la no arbitrabilidad de un acto administrativo incluso declarando la nulidad de laudos arbitrales que han resuelto sobre aquellos. Tal es caso de la acción de nulidad del laudo arbitral signada con el número 17100-2013-0042 propuesta por la SENAE ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha frente a la resolución arbitral a favor de COTECNA INSPECTION.

A breves rasgos como antecedentes, COTECNA INSPECTION había celebrado un contrato con un determinado objeto contractual con el Estado ecuatoriano, luego por circunstancias que no son necesarias relievar en este momento, el gerente general de la SENAE (entidad estatal), mediante acto administrativo sanciona a la primera

[121] (Código Civil, 2005)

imponiéndole una multa e indemnizaciones que debía cubrir por supuestos incumplimientos contractuales.

COTECNA INSPECTION disconforme con la resolución, demanda ante el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito la ilegalidad de la resolución en cuestión fundados en el convenio arbitral estipulado en su contrato siendo criterio de dicho Tribunal declarar la ilegalidad del acto administrativo.

Planteada la acción de nulidad del laudo arbitral por la SENAE y la Procuraduría General del Estado de conformidad con el Art. 31 de la LAM, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resolvió de la siguiente manera:

"Administrando justicia (...) por haber incurrido en la causal del literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se declara la nulidad del laudo arbitral pronunciado por la mayoría del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, el 21 de noviembre del 2012, sin derecho de reposición"[122].

la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, hizo ciertas consideraciones importantes para llegar a su resolución:

"En este caso la acción tiene que ver con el hecho de que, según los accionantes, los árbitros, por un fallo de mayoría, resolvieran revocar un acto administrativo, decisión que no podía someterse a arbitraje, porque no es materia transable lo relacionado con asuntos de orden público. (…) La resolución 0223, que fue declarada ilegal e improcedente, es un acto administrativo sancionatorio (…) emitido dentro de la actividad jurídica de la administración, se trata de una declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales de forma directa (…) Por principio de orden público el acto administrativo emitido el 15 de marzo del 2000 no pudo ser impugnado u "objetado" en sede arbitral, aun cuando las partes hubieran previsto convencionalmente esta posibilidad (…) es un acto administrativo efectuado en ejercicio de la función administrativa y, por tanto, impugnable únicamente en sede administrativa o judicial"[123].

En el mismo sentido, se ventiló nuevamente ante la Corte Provincial de Pichincha una acción de nulidad de un laudo arbitral signada con el No. 17100-2018-00006, la cual

[122] (Corte Provincial de Pichincha, 2018)
[123] (Corte Provincial de Pichincha, 2018)

fue planteada por ARCOTEL y la Procuraduría General del Estado contra el laudo expedido por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación-CIAM de las Cámaras de Industria y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias de Pichincha mediante el cual se aceptó la demanda planteada por la Compañía OTECEL S.A. en contra de los primeros.

Sucede que OTECEL demandó en sede arbitral que se deje sin efecto el requerimiento de pago por parte de ARCOTEL sobre la multa que les fue impuesta por un incumplimiento contractual. La accionante había sido sancionado a reparar los daños por redondeos tarifarios en el período comprendido entre el año 1999 y 2000. OTECEL fundó su demanda en la cláusula arbitral suscrita en el año 2008 para resolver sobre esta vía "cualquier desavenencia que surja de la ejecución del contrato"[124].

Según ellos, por tratarse de un "requerimiento de pago", se trataba de una controversia contractual en cuanto esta figura no se considera de Derecho Público más es una de Derecho Privado a más de que se trata de valores que devienen de la ejecución contractual.

El Tribunal Arbitral aceptó la demanda planteada por OTECEL y dentro de su análisis, una de sus consideraciones es que efectivamente el requerimiento de pago no constituye ningún acto administrativo por lo que se declararon competentes y resolvieron a favor de la demandante, sin embargo, ARCOTEL y Procuraduría General del Estado, plantearon una acción de nulidad del laudo arbitral fundados en las causales c) y d) del Artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación[125], siendo la segunda la que nos interesa para efectos del presente trabajo.

La Corte Provincial de Pichincha, resolvió: "aceptar la demanda, por haber incurrido en la causal del literal d) del Artículo 31 de la LAM, y declara la nulidad del laudo arbitral"[126].

Consideraciones como: que la controversia tiene su origen en la ejecución de una resolución administrativa -acto administrativo-, que dicha resolución requiere el pago en virtud de una disposición legal, que en el caso sub judice se cumplen tanto los

[124] (Corte Provincial de Pichincha, 2018)
[125] Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral cuando: d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.
[126] (Corte Provincial de Pichincha, 2018)

requisitos subjetivos, objetivos y formales que deben reunir un acto administrativo cumpliendo de esta forma con el principio de legalidad, de reserva de ley y seguridad jurídica, que el requerimiento se trata de un acto administrativo en ejercicio de la función administrativa, que por principio de orden público el acto no podía ser impugnado en sede arbitral, que la imposición de la multa y recaudación de valores derivan de una potestad pública y que por lo tanto el acto administrativo solo era impugnable únicamente en sede administrativa o judicial;[127] fueron las más relevantes que la Corte Provincial de Pichincha realizó para adoptar su posición y resolver de la manera señalada.

Estos dos casos a los que se ha acudido para ilustrar de mejor manera la cuestión, sin duda alguna son la manifestación o evidencia más clara de aquella corriente de pensamiento que se mantiene en el argumento tajante de la no arbitrabilidad de un acto administrativo, es decir, de la imposibilidad de resolver sobre la legalidad o no del mismo por esta vía; y la realidad ecuatoriana, no ha sido ajena a esta corriente y más bien a través de los administradores de justicia se ha reafirmado en la plena vigencia y absoluta convicción de los criterios, incluso jurídicos, que son el sustento del rechazo a la posibilidad de acudir a este método de heterocomposición para resolver un conflicto originado a raíz de una manifestación unilateral de voluntad de la Administración Pública en virtud de una potestad pública que la avala como por ejemplo, la declaración de terminación anticipada y unilateral de un contrato público.

No está demás, por la pertinencia para el análisis en curso, reiterar nuevamente el Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1985 al cual ya se había hecho referencia en el capítulo anterior, mismo que en su Artículo V, numeral 2., literal a), dispone:

"También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución, comprueba: Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje."[128]

[127] (Corte Provincial de Pichincha, 2018)
[128] (Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 2005)

Este argumento es el fiel sustento y una vía de salida para que los administradores de justicia en atención al ordenamiento jurídico particular de un Estado, puedan rechazar la ejecución de un laudo en un país por el hecho de haberse arbitrado sobre una materia que según dicho ordenamiento no podía ser sujeta de resolución de árbitros. Contrastando esta apreciación con el Ecuador y su ordenamiento jurídico, podría utilizarse sin ningún problema el Convenio antes citado para argumentar que un laudo sobre un acto administrativo por la naturaleza de éste último, es inejecutable en dicho territorio fortaleciendo así la corriente clásica de la imposibilidad de arbitrar sobre potestades públicas aun cuando exista un contrato con pacto arbitral para el efecto.

Ahora bien, existen también criterios que cuestionan lo expuesto en los párrafos anteriores y se inclinan más bien por razonamientos totalmente contrarios y pro arbitraje, unos que defienden la posibilidad de arbitrar los actos administrativos contractuales de contenido económico, y otros que defienden dicha posibilidad sin distinción respecto de todo acto administrativo lo cual sin duda genera una tensión entre el Derecho Público y sus premisas con el arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos de carácter netamente privado.

El arbitraje como una especie de los medios alternativos de resolución de conflictos debe o pretende proveer de ciertas ventajas según su naturaleza a las partes contractuales que optan por ésta vía; en palabras de Tornos, un medio alternativo de resolución de conflictos -como es el caso del arbitraje- debe ofrecer ciertas ventajas tales como celeridad en los procesos, costos sumamente menores a las erogaciones que normalmente se tienen que realizar en vía judicial, expertos que resuelvan los conflictos, soluciones razonables y acordes para cada problema en específico[129].

A más de las ventajas citadas, es importante destacar dos particularidades por las que el arbitraje mucha de las veces se vuelve sumamente seductor para quienes lo miran como una alternativa de la vía judicial en caso de hallarse en desacuerdo sobre tal o cual relación contractual que celebren; estas particularidades son la independencia y la imparcialidad.

Toda vez que se ha abarcado las implicaciones, naturaleza y característica de este método de heterocomposición, al parecer no cabe discusión sobre las dos notas características antes señaladas, pues son precisamente éstas las que lo diferencian de

[129] (Tornos, 2016)

la vía judicial permitiendo que las partes encuentran su voluntad reflejada en particulares a quienes otorgan jurisdicción para que diriman su controversia o guíen como hacerlo, sin embargo, es justamente ahí en donde radica el problema objeto de análisis del presente trabajo.

Siendo entonces el arbitraje un medio sumamente eficaz según lo analizado para dirimir ciertas controversias, han partido de esta premisa aquellos que defienden los criterios a favor del mismo; pues es el caso de los que aceptan la posibilidad de arbitrar sobre los actos administrativo contractuales siendo uno de sus argumentos el que si bien la legalidad de esta clase de actos no puede cuestionarse vía arbitraje, si se lo puede hacer cuando se tratan de actos administrativos netamente derivados de la relación contractual.

Francisco Larrea Naranjo, quien hace algunas puntualizaciones sobre este criterio, sostiene que esta posición podría tratarse de una solución ecléctica ya que la misma no desconoce la legalidad del acto administrativo y que aquello solo podría ser revisado por jueces ordinarios, sin embargo, serán los árbitros los que se encuentren limitados a conocer solamente las consecuencias económicas de dichos actos sin posibilidad alguna de extender más allá su competencia adquirida en virtud de la cláusula arbitral correspondiente[130].

Es precisamente la relación contractual la nota característica para que tenga sustento esta posición, el contrato vendrá a ser el argumento a que la Administración Pública en virtud de que utiliza este instrumento privado cumpla con sus objetivos a través de actos administrativos contractuales que según los que defienden este criterio, sí serían arbitrables. Larrea se refiere a esta posición como la de los "efectos patrimoniales"[131].

Vladimir Fernández Andrade, en su obra "Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales" ha sostenido que dicha clase de actos administrativos:

"Pueden ser fuente de daño y, como tales, generar una obligación indemnizatoria en cabeza de la administración que los expide. Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que las cláusulas excepcionales, las multas, las declaraciones de incumplimiento (…)

[130] (Larrea Naranjo, 2015)
[131] (Larrea Naranjo, 2015)

son estipulaciones del contrato, que se materializan en una actuación administrativa susceptible de una tensión anulatoria y restablecedora".[132]

Este autor, siguiendo la realidad colombiana sobre el tema en base a sus disposiciones legales y evidencia jurisprudencial, se permite afirmar lo anterior haciendo una distinción de los actos administrativos con los actos administrativos contractuales, denominándolos a los segundos de esa manera por el hecho de que tienen lugar a raíz de la actividad contractual identificándolos como una especie de esta última clase de actos a "d. Los que expide el representante legal de una entidad Estatal para dar por terminado en forma unilateral el contrato (…)".[133]

Es precisamente este acto el que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como en el colombiano constituye una potestad pública, sin embargo, en el primero nos hemos de referir a los actos administrativos sin más ni menos consideraciones por más que resulten de la actividad contractual, entendiendo esto bajo el tan reiterado principio de legalidad que rige las actuaciones de la Administración Pública puesto que por más que se derive de la actividad contractual habida entre una Entidad Pública y un particular contratista, la primera no puede ejercer esta facultad si no estuviera determinada por la ley.

Al remitirse a la Jurisprudencia colombiana sobre esta posición, es pertinente poner atención específicamente al siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado Colombiano el cual pone de relieve varios aspectos trascendentales de esta corriente a más de resaltar otros sobre los que se ha venido hablando a lo largo del presente trabajo:

"Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción; dicho de otra manera, solamente el juez de lo contencioso administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, sí puedan ser solucionados por la justicia arbitral, cuando las

[132] (Fernández Andrade, 2018)
[133] (Fernández Andrade, 2018)

partes los sometan a su resolución, y por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual solución a través del negocio jurídico transacción"[134].

Este pronunciamiento demuestra fehacientemente el sentido que adoptan los criterios que admiten el arbitramento sobre actos administrativos contractuales en cuanto a sus efectos patrimoniales, pues no discute el hecho de que la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo le es de conocimiento exclusivo para los jueces de lo contencioso administrativo, pero si admite que un tribunal de árbitros resuelva sobre los efectos que éstos producen en una relación contractual.

Además, con este criterio, se realzan ciertos aspectos que vendrían a adquirir ya una característica de indiscutibles como por ejemplo, el hecho de que al tratarse de potestades exorbitantes de las que goza la Administración y le son naturales a ella elimina la posibilidad de transar sobre éstas, situación que incluso es acorde con lo que manda el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por otro lado el hecho de que al no haber prohibición expresa en la ley para arbitrar sobre los efectos patrimoniales de los actos administrativos no habría impedimento alguno para el efecto, evidenciando por este extremo que la "voluntad" de la Administración viene determinada por el principio de legalidad que rige el ordenamiento jurídico.

Rafael Bielsa, quien es citado por Larrea Naranjo, se ha pronunciado en este mismo y de forma muy clara haciendo la siguiente apreciación:

"La conveniencia del arbitraje en ciertas cuestiones, aún de la administración pública, es evidente. Ninguna incompatibilidad puede alegarse respecto del arbitraje en el derecho administrativo tratándose de cuestiones puramente patrimoniales sobre las cuales puede haber transacción o renuncia. En el arbitraje se trata de examinar no la legitimidad de los actos administrativos sino y tan solo consecuencias patrimoniales"[135].

Analizada la corriente de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales, corresponde ahora referirse a la corriente que se apega a la arbitrabilidad de los actos administrativos sin distinción alguna; Alfredo Bullard quien es partidario de estos

---

[134] (Fernández Andrade, 2018). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 12 de noviembre de 1993, expediente 7.809 C.P.

[135] (Larrea Naranjo, 2015)

criterios actuales pro arbitraje que cuestionan la línea tradicional de no arbitrabilidad de los actos administrativos, se ha permitido afirmar en su obra titulada "Enemigos íntimos: el Arbitraje y los contratos administrativos" lo siguiente:

"El arbitraje comercial y el Derecho Administrativo han sido tradicionalmente vistos como ocupantes de las antípodas uno respecto del otro, a nivel tal que se les ha llegado a considerar enemigos. Parecieron por décadas instituciones imposibles de juntar. Pero hoy las cosas están cambiando radicalmente"[136].

Personalmente, el hecho de que el citado autor se refiera a que "hoy las cosas están cambiando radicalmente" se debe a una realidad irrefutable y que se trata nada más y nada menos del fenómeno de la globalización. El tráfico jurídico tanto a nivel nacional como internacional cada vez se encuentra mayormente intensificado por lo que implica la necesidad de que las relaciones contractuales se vean ajustadas a las necesidades cambiantes y que con premura mantienen las personas, no siendo ajeno a este particular, el hecho de resolver posibles conflictos que podrían derivarse de esas mismas relaciones.

En este mismo sentido, sobre que el Estado si podría someter a arbitraje ciertos aspectos que por regla general no debería; el autor afirma:

"Pero luego el Estado se animó a contratar sobre aspectos que usualmente hubiéramos considerado "soberanos" y por tanto "no negociables" (…) La consecuencia natural de la contractualización de estos aspectos es su "arbitrarización". Así, si el Estado puede contratar sobre estos aspectos, ¿Qué lo excluiría de someterlos a arbitraje?"[137].

Pareciera que este argumento no tendría por qué ser cuestionado, pues si se lo ata con lo que se sostenía anteriormente de que el tráfico jurídico y las relaciones comerciales exigen apresuradamente soluciones a sus problemas en tanto no se vean detenidas, es razonable que sea aceptado su criterio.

Sin embargo, aquí el tema se trata de las implicaciones internas y repercusiones que traería el arbitrar sobre determinadas materias de Derecho Público respecto de cada ordenamiento jurídico en particular y, en este caso, sobre una potestad pública toda

[136] (Bullard González, 2016)
[137] (Bullard González, 2016)

vez que debilitaría la seguridad jurídica al restarle fuerza a dicha potestad o prerrogativa exclusiva de la Administración Pública.

Bullard considera que la posibilidad de los Estados de imponer sus leyes de manera autoritaria, en la actualidad va perdiendo fuerza a medida que las personas que los componen empiezan a expandir sus relaciones comerciales y de inversiones fuera de sus fronteras, y al ser dichas personas quienes pueden inyectar fuertes capitales en países que así lo requieran, los Estados se ven seducidos por procesos competitivos en donde lo privado se encargue de lo público[138].

Por otro lado, a raíz del estudio de la teoría de la inmunidad soberana que se refiere a que el Estado por ser tal impide que se someta a Cortes distintas a las de su Jurisdicción y, de la teoría de los actos de Estado que se refiere a la naturaleza objetiva del tema o materia que será sometida a arbitraje, se refiere a los actos de iuri imperii y a los actos de iuri gestinonis de un Estado[139] que se identifican con esta última teoría, entendiendo que de aquella diferenciación se tiene que partir para poder estudiar las implicaciones que traería el arbitrar sobre potestades públicas o sobre actos de gestión o comerciales en caso de relaciones de esta índole.

Lo importante de la referencia del párrafo anterior radica en poner de manifiesto, acudiendo al derecho comparado para efectos del presente análisis, dos instrumentos que permiten derruir la inmunidad soberana que en la mayoría de ocasiones es alegada por los Estados para liberarse de un arbitraje y que más bien resaltan las nuevas tendencias de que lo Público empieza a empatar con el arbitraje como mecanismo privado al menos en temas de actos Estatales netamente relacionados a las relaciones comerciales; estos son la Foreign Sovereign Immunities Act de los Estado Unidos de 1976 y el State Inmmunities Act del Reino Unido.

La Foreign Sovereign Immunities Act es una ley de los Estados Unidos de América que a grandes rasgos rechaza la inmunidad de un Estado cuando éste renuncia a la misma bien sea implícitamente o por implicación y, en este mismo sentido el State Inmmunities Act que establece que un Estado se encuentra sometido a las Cortes Inglesas si se ha acordado someter a arbitraje previo acuerdo escrito[140].

---

[138] (Bullard González, 2016)
[139] (Bullard González, 2016)
[140] (Bullard González, 2016)

Esta situación entonces no parece traer mayores dificultades, pues la inmunidad soberana de los Estados es fácilmente superable a partir de las leyes antes citadas ya que principalmente se está tratando de actos de iuri gestinonis dentro de una relación contractual diferentes a las que constituyen potestades públicas que tienen por nota característica que vienen determinadas por la ley de cada Estado lo que en cambio sí genera un cuestionamiento en el sentido de que no hay libertad de voluntad de la Administración Pública respecto de estos últimos y esto se identifica con lo que Bullard expone sobre la teoría de los actos de Estado.

Centrándose en los actos de imperium, Bullard manifiesta que las limitantes para que una materia sea o no arbitrable de conformidad con legislaciones internas de cada Estado, poco a poco están perdiendo fortaleza y cediendo frente a los principios del Derecho Internacional, sobre todo el de buena fe en las relaciones contractuales internacionales[141].

Juan Pablo Aguilar Andrade, reconocido profesional del derecho del Ecuador, tampoco se ha quedado atrás en el análisis de las posibles tesis, argumentos o teorías, que debilitarían el argumento de que un acto administrativo no puede ser susceptible de arbitraje.

En su artículo, "Derecho administrativo y transigibilidad", publicado en la revista Ecuatoriana de Arbitraje, hace una apreciación importante sobre el tema. Se había definido el tema de la transigibilidad como requisito indispensable para que prospere un arbitraje a partir de lo que el Código Civil ilustra sobre la transacción. Precisamente, a raíz de ese concepto, es que Aguilar analiza la relación de la transacción o transigibilidad de una materia con el Derecho Privado y con el Derecho Público.

Advierte que en principio, transigibilidad y arbitraje no son compatibles, en tanto lo uno supone que en virtud de la autonomía de la voluntad se ponga fin a un conflicto mientras que el segundo, se conviene en él para establecer los lineamientos a seguirse para finalizar la controversia[142].

[141] (Bullard González, 2016)
[142] (Aguilar Andrade, 2014)

En otro acápite de su artículo que se refiere a la Administración Pública y el arbitraje, estableciendo como un cuestionamiento trascendental a la tesis tradicionalista, establece lo siguiente:

"En el ámbito del Derecho Público, será la legislación la que evalúe qué competencias se deben asignar a los entes administrativos (…) En otras palabras, conferida una potestad, no hay que buscar en ella límite alguno; es la ley la que regula la potestad, (…) La potestad de someter una controversia a arbitraje, entonces, incluye todo lo relacionado con ella, salvo excepción expresa"[143].

El citado autor, parte de una premisa irrefutable en Derecho Público para validar su criterio, esta es: la Administración solamente puede regirse y actuar bajo el principio de estricta legalidad o juridicidad. Luego, concatena lo primero con el hecho de que, si se permite por parte de nuestro ordenamiento jurídico arbitrar en materia de Contratación Pública, es decir, pactar cláusula arbitral en un contrato de esta naturaleza atendiendo incluso a la autorización previa que debe existir necesariamente de parte de Contraloría General del Estado como requisito para el efecto, no debería desconocerse que todas las controversias relacionadas al mismo sean susceptibles de arbitrarización.

En la legislación ecuatoriana, específicamente en el Art. 161 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, parecería que más bien da asiento a esta teoría que se está analizando, pues establece que: "En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación (…)".

Si se atiende entonces al principio de legalidad tal y como se lo debe hacer en Derecho Público, la disposición antes citada podría ser una puerta entreabierta para la arbitrarización de los actos administrativos y en este caso respecto de la declaración de terminación anticipada y unilateral de un contrato público pues la norma al parecer es sumamente general y abstracta en el sentido de que franquea la posibilidad de que los árbitros decidan sobre las cuestiones en ella expresadas sin más ni menos

[143] (Aguilar Andrade, 2014)

consideraciones al haberse pactado en un contrato público una cláusula compromisoria.

El problema es que de la interpretación inicial que se puede dar a esta disposición fácilmente se podría inferir que el arbitraje es procedente, sin embargo, es necesario realizar un análisis detenido de la cuestión en base al ordenamiento jurídico ecuatoriano en su conjunto y en relación con las consideraciones que ya se han expuesto por las cuales se afirma que no se podría arbitrar sobre la legalidad del acto administrativo en cuestión como por ejemplo, el hecho de que se trata de materia sobre la cual no se puede transigir, que se trata de una potestad pública, entre otras; lo que sin duda alguna pondrá límites a esta idea primigenia que trae el Art. 161 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y por lo tanto debilitaría este argumento.

Por otro lado, si se revisan los Arts. 160 y 163 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, parece ser que la voluntad del legislador al incluir la posibilidad de pactar arbitraje en la Contratación Pública, fue el hecho de poder sobrellevar de manera ágil, rápida y directa los problemas y desavenencias contractuales que puedan presentarse entre las partes tal y como expresamente se establece en la primera línea del Art. 160.

Luego, en el Art. 163 se comienza indicando que: "De no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo (…)" y, de ésta referencia más la del párrafo anterior, se deduce que lo primero que se buscó fue la pronta resolución de los conflictos contractuales, pero claro, sin ser voluntad del legislador el que se sacrifiquen las normas claras y previamente establecidas que existen sobre la materia Arbitral so pretexto de encontrar dicha celeridad, lo cual se evidencia de lo que el Art. 161 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su inciso tercero dispone sobre que para la suscripción de la cláusula arbitral se deberá necesariamente atender a lo determinado en la Ley de Arbitraje y Mediación.

En este orden, nuevamente hay que remitirse a lo que la Ley de Arbitraje y Mediación consagra en su Art. 43 y que de manera inequívoca expresa que solamente se puede arbitrar sobre materia transigible lo que a su vez reafirma el argumento de que no se

puede realizar un análisis aislado de las disposiciones legales y que la idea primigenia del Art. 161 no puede tomársela de manera aislada.

Cabe mencionar a Ulises Montoya, quien sobre el tema que se está analizando, sostiene a favor de esta postura que: "(…) una vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y en forma irrevocable"[144].

Por su parte, Ragnwaldch manifiesta:

"No es la incapacidad o la falta de facultades para someterse a una cláusula arbitral lo que es contrario al orden público internacional, sino por el contrario el acto del Estado para entrar en tal acuerdo sin revelar su incapacidad o falta de facultades para hacerlo y subsecuentemente invocar su ley interna para escapar de su obligación contractual a ir a arbitraje"[145].

Las dos apreciaciones previas, se asientan sobre todo en el principio contractual de buena fe, pues es en base a la confianza recíproca que generan las partes contratantes sobre su voluntad lo que precisamente permite concretar un acuerdo; por ello, es que los autores afirman y, sobre todo Ragnwalch, que lo reprochable sería que un Estado oculte su incapacidad de acudir a un arbitraje y pacte hacerlo ya que estaría faltando al mencionado principio.

Además, lo anterior puede incluso interpretarse en conjunto con la teoría de los actos propios la cual, a breves rasgos, se traduce en que:

"Existe el deber jurídico del Estado, a través de los actos y contratos de la Administración Pública, de actuar con buena fe y, por ello, existe la norma que determina su responsabilidad por incumplirlo y nace como regla de derecho la de los actos propios que sanciona como no admisible toda pretensión, aun cuando lícita de la Administración Pública, pero que es, objetivamente, contradictoria con respecto a su conducta anterior (…)"[146].

Sin embargo, es pertinente tener en cuenta que por más que se refieran al principio de buena fe contractual dentro un contrato público, éste no sería incompatible con el

[144] (Montoya, 1988)
[145] (Bullard González, 2016)
[146] (Zavala Egas, 2007)

mismo sino que más bien significaría que las cláusulas de dicho contrato se hallen regidas bajo la juridicidad y legalidad que viene determinada por la Constitución y la ley, más no puede aceptarse que este principio sea utilizado como un argumento para tratar de dar validez a estipulaciones contractuales que contravengan un marco jurídico de Derecho Público.

No está por demás hacer referencia al Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados CIADI. Dicho convenio en general viene a ser una puerta de entrada para que los inversionistas a través de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, puedan reclamar en sede arbitral la responsabilidad de un Estado sobre un acto de éste que los afecte.

Bullard, afirma que el objetivo del CIADI se traduce básicamente en despolitizar la solución de conflictos sobre inversiones internacionales mediante la vía arbitral, de tal forma que se logre alcanzar un nuevo sistema perfectamente estructurado que no pueda ser influenciado por las presiones democráticas de cada Estado sobre los derechos de propiedad, libre contratación y libre empresa de los inversionistas[147], es decir, el respeto de los derechos citados frente a las potestades públicas de la Administración cuando hay contratos o relaciones jurídicas entre ésta y particulares.

Como evidencia jurisprudencial, es posible hacer referencia al conflicto generado entre la empresa Alcoa Minerals of Jamaica Inc y el Estado de Jamaica en 1968. Se trató de un contrato que habían celebrado ambas partes cuyo objeto se traducía en que la primera invertiría en el Estado de Jamaica para la construcción de una planta de aluminio siendo una condición contractual un acuerdo de estabilidad tributaria lo cual significaba que Jamaica no pueda hacer uso de una potestad pública para alterar el régimen tributario. Obviamente se había pactado una cláusula arbitral sujeta al CIADI, y años después, cuando Jamaica cambió el régimen tributario incumpliendo su acuerdo, ALCOA demandó ante un tribunal arbitral aquello siendo excepción del demandado que se trata de una potestad pública no arbitrable. Luego, constituido el tribunal, éste sostuvo que el consentimiento que se había dado por las partes no podía ser cambiado de manera unilateral[148].

---

[147] (Bullard González, 2016)
[148] (Bullard González, 2016)

Como se puede apreciar, esta posición a la que se ha hecho referencia en esta última parte tiene ciertos fundamentos -sobre todo internacionales- que parecerían legitimarla, pues si bien también es compatible con criterios ecuatorianos como en el caso de los de Juan Pablo Aguilar, sin embargo, es menester realizar un juicio crítico y legal en relación a que si los argumentos que la defienden pueden ser compatibles con el ordenamiento jurídico ecuatoriano en su conjunto en el sentido de que no se vea alterado el orden público, considerando personalmente, que una alteración de aquel implicaría consecuencias graves para un Estado afectando el interés general que necesariamente debe ser protegido por la Administración.

Para concluir, se puede evidenciar entonces las tres corrientes que se han esgrimido sobre la arbitrabilidad de un acto administrativo las cuales compaginan con el objeto de estudio del presente trabajo, es decir, sobre el arbitraje del acto administrativo de terminación anticipada y unilateral de un contrato público. Lo importante de este debate, es el hecho de encontrar qué argumentos empatan con el ordenamiento jurídico ecuatoriano analizado en su conjunto a más de sus implicaciones jurídicas, pues por más redundante que sea, no se puede olvidar que el límite de que se acepte o no tal o cual posición o postura, será el respeto del interés general garantizado a través de la seguridad jurídica y el orden público que no puede ser transgredido.

CONCLUSIONES

Abarcadas las aristas más importantes sobre el planteamiento, así como también desarrollados y analizados todos los puntos del presente trabajo, corresponde ahora hacer determinadas puntualizaciones necesarias a manera de conclusión en relación con el tema planteado.

Las distintas posiciones doctrinarias así como jurisprudenciales que se han esgrimido sobre el planteamiento previo las cuales las hemos abordado en el último capítulo de este trabajo contrastadas con la legislación ecuatoriana, ha sido el motivo del presente análisis, pues consideramos que existen ciertas razones por los cuales las premisas de unas y otras no empatan con el ordenamiento jurídico del Ecuador lo cual determina que se siga más bien la corriente que si lo hace, siendo importante y necesario hacer al menos el intento de esclarecer dichas razones y servir de referencia para cuando se busquen criterios sobre el problema.

La línea jurisprudencial sobre el tema tampoco ha sido uniforme conforme lo pudimos apreciar comparando la nacional y la internacional, sin embargo, según nuestro criterio, aquello tendría una justificación razonada ya que debemos entender y reconocer que estamos tratando un tema que atañe al orden público interno de cada Estado por lo cual las decisiones que se tomen al respecto deberán buscar conciliarse con dicho orden público así como también conciliar en el caso materia de nuestro análisis, el interés general de un Estado con el interés particular del contratista, siendo sumamente importante tener presente que en el Ecuador, es la ley la que posibilita terminar anticipada y unilateralmente un contrato público siguiendo el trámite que en la misma se establece para el efecto, el cual dotará de validez al procedimiento.

Respecto de la teoría que acepta la arbitrabilidad de los efectos patrimoniales o económicos de los actos administrativos contractuales, consideramos que aún no está lo suficientemente desarrollada como para empatar completamente con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues supondría una separación por así decirlo del acto administrativo de terminación anticipada y unilateral respecto de los efectos económicos que éste produce, los cuales a nuestro modo de ver forman parte integral del acto en tanto son pasos a seguir concatenados entre sí dentro del procedimiento reglado de terminación, es decir, son parte de dicho procedimiento que es uno solo el

cual involucra el acto administrativo y sus consecuencias, y por más que el tribunal arbitral se "centre" en dichos efectos, indefectiblemente va a tener que analizar la validez y eficacia del acto administrativo con el que se inició, porque un laudo que cuestione los efectos económicos, pondrá en duda si fue debidamente dictado dicho acto.

Por ejemplo, la liquidación económico financiera del contrato a la que tiene derecho la entidad contratante constituye un efecto patrimonial mediante el cual se puede determinar los incumplimientos del contratista y a su vez supone el reconocimiento de todo lo que por efecto de la terminación recibe materialmente la Administración, es decir, por un lado viene a ser un tipo de recepción de lo que efectivamente se ha cumplido mientras que por otro, determinará lo incumplido por el contratista convirtiéndose en sustento de la terminación unilateral y, luego, si dicha liquidación es cuestionada y desconocida por un tribunal arbitral, lógicamente esta liquidación que venía siendo el sustento de los incumplimientos por los cuales la entidad contratante inició el procedimiento de terminación unilateral, pondría en duda el acto administrativo que dio origen al mismo.

Por otro lado, la teoría de la arbitrabilidad de los efectos económicos de los actos administrativos obligaría a litigar en dos jurisdicciones diferentes, pues claro, si se acepta la misma, de ser la voluntad del contratista que se considere afectado por la terminación unilateral, los efectos patrimoniales que deriven de ésta, serían revisados en la jurisdicción arbitral y luego, correspondería desvanecer la legalidad del acto administrativo que los produjo en la vía judicial lo cual indudablemente contraviene los principios de inmediación, economía procesal y celeridad.

Ahora bien, en relación con la teoría que acepta el arbitraje de un acto administrativo como el de terminación unilateral y anticipada de un contrato público sin más ni menos apreciaciones, consideramos que es mucho menos aceptable si atendemos al ordenamiento jurídico ecuatoriano partiendo desde el hecho que en Derecho Público hay que regirse por el tan reiterado principio de legalidad que a nuestro modo de ver revista de seguridad las actuaciones estatales tanto para tranquilidad de ellos como para la de los administrados.

Si se atiende a los argumentos de esta teoría, fácilmente podemos contrarrestarlos con posiciones sólidas y jurídicas bien fundadas, pues de manera general la idea sobre la cual quiere desarrollarse esta posición, es el hecho de que la Administración al pactar

una cláusula arbitral en un contrato público, nada la impide llevar a arbitraje todo lo relacionado con ese contrato, sin embargo, reafirmamos lo sostenido en el desarrollo del presente trabajo sobre que la voluntad de la administración no es libre, no existe autonomía de su voluntad porque no se trata de Derecho Privado, pues incluso nos atrevemos a decir que no tiene una verdadera voluntad ya que todo lo que ella pueda o no realizar, viene determinado por la Constitución y la ley.

El procedimiento de terminación unilateral y anticipada de un contrato iniciado mediante un acto administrativo, no es ajeno a la realidad antes descrita, pues está totalmente reglado y no hay dudas sobre sus implicaciones y los pasos a seguirse para su perfecta validez, así mismo, encontramos en la ley claramente establecidos los medios o mecanismos de defensa para los contratistas sin que se les deje desamparados en virtud de su derecho a la defensa constitucionalmente reconocido a más del respeto al debido proceso.

Otro argumento importante a considerar sobre esta teoría que en principio serviría para defenderla, es el hecho de buscar ciertos espacios en donde la ley pareciera ser obscura en relación a qué nomás podría la Administración Pública someter a arbitraje sobre una relación contractual, posición que a nuestro modo de ver es sumamente débil ya que como nos referíamos en un acápite del presente trabajo, específicamente en cuanto a lo dispuesto en el Art. 161 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que parece que no establece límite alguno y permite someter a arbitraje todo lo relacionado a un contrato en donde se haya pactado una cláusula compromisoria, no es suficiente el análisis de esta norma de manera aislada y peor aún sin considerar su inciso tercero, ya que para dilucidar si es posible o no someter a revisión de un tribunal arbitral la legalidad de un acto de terminación anticipada y unilateral de un contrato, se deben considerar otros aspectos muy importantes que ya los resaltamos en su momento como el hecho de que se trata de una potestad pública reglada, que se trata de una facultad exorbitante constitucional y legalmente reconocida de la Administración, que se trata de un acto administrativo que goza de ciertas características que lo revisten de plena validez, que se encuentran establecidos los mecanismos de defensa correspondientes en la norma procesal para que el contratista que se crea afectado los haga efectivos, todo lo cual, considerado en su conjunto y analizado además con las disposiciones pertinentes que las hemos expuesto también a lo largo de este análisis, terminará reafirmando la imposibilidad de arbitrar

sobre lo señalado y supone entonces que los árbitros deberían declararse incompetentes luego de haber cumplido con el análisis objetivo y subjetivo que deben hacer de su competencia en atención al principio kompetenz-kompetenz, respetando así el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuando se ha puesto en su conocimiento una controversia de esta naturaleza a consecuencia de una cláusula arbitral dentro de un contrato público.

En este orden de ideas, expuestos los argumentos y las razones por las cuales consideramos que las dos anteriores teorías no se podrían aceptar en relación con el objeto de análisis de la presente investigación, es de nuestro criterio que la teoría que si es compatible con el ordenamiento jurídico del Ecuador es la que sostiene la posición de la no arbitrabilidad del acto administrativo de terminación anticipada y unilateral de un contrato público por los argumentos que expondremos a continuación.

La exigencias sociales, económicas, tecnológicas, entre otras, son las responsables directas de que la Administración Pública cada vez se vea más y más comprometida a desarrollar su función administrativa con el auxilio de particulares, lo cual no es una novedad sino más bien una realidad indiscutible e indispensable para la garantía de los derechos de los ciudadanos y, sobre todo, en beneficio del interés general de la sociedad.

Como analizábamos en un inicio, la Administración Pública puede cumplir con sus funciones solamente al reconocer en primer lugar la necesidad de que los particulares le briden "apoyo" en las mismas, ya que es física y materialmente imposible pretender ella sola abarcar todas por sus propios medios, aparte de cumplirlas satisfactoriamente y peor aún hacerlo de manera eficaz y con calidad.

Por la razón anterior, es necesario que una figura muy característica del Derecho Privado sea usada frecuentemente por la Administración Pública como herramienta para celebrar contratos públicos, cuyos objetos obviamente no podrán salirse de los márgenes legales establecidos de manera previa para el efecto y que vienen determinados por la ley, siendo esto justamente donde radica la diferencia sustancial entre lo público y lo privado en el sentido de que si bien se utiliza la figura de un contrato, instrumento característico del segundo ramo, las estipulaciones que en éste se realicen, jamás podrán ir en contra del ordenamiento jurídico y del orden público en atención al principio de legalidad o juridicidad que implica que la Administración solamente puede hacer lo expresamente permitido.

Por otro lado, otro aspecto que no se presta para discusión, es que el régimen jurídico que se aplica a este tipo de contratos es especial y obviamente su regulación también lo es, siendo en nuestro país, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General los pertinentes para el efecto.

Comprendido lo anterior, centrándonos en el tema materia del presente trabajo, cuando la Administración Pública ha celebrado un contrato público, a este le es perfectamente aplicable los artículos 92, 94 y 95 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública y los pertinentes de su Reglamento General en lo que a la terminación unilateral de dicho contrato se refiera por los supuestos taxativamente establecido en la ley en relación a que proceda o no esta forma de terminación tal y como lo hemos expuesto hasta la saciedad.

Evidenciada y aceptada la posibilidad de que en un contrato público se puede pactar perfectamente una cláusula arbitral para la resolución de conflictos entre las partes, la clave del asunto es determinar si todo lo concerniente a dicho contrato es arbitrable y en este caso en particular, si lo es la declaración de terminación anticipada y unilateral de uno considerando que esta manifestación unilateral de voluntad de la Administración Pública, constituye perfectamente un acto administrativo y que además abarca todas las consecuencias e implicaciones de uno en general.

Cuando estamos frente a un acto administrativo de esta naturaleza, en primer término, debemos tener presente el tema de la legalidad del mismo, es decir, que dicho acto no queda a discreción ni al arbitrio de la Administración Pública, pues esta afirmación se deriva de una premisa lógica y fundamental analizada oportunamente en el presente trabajo que es el hecho de que la función administrativa tiene una vinculación directa con el interés general de la sociedad.

Es por ello que, precisamente los casos en los que la Administración puede optar por una terminación unilateral están taxativamente establecidos en la legislación ecuatoriana e incluso consideramos que justamente esto es lo que armoniza y permite conciliar el interés general con el interés particular del contratista, porque a fin de cuentas, le brinda seguridad a este último de que el Estado no actuará usando sus prerrogativas en detrimento suyo.

Así mismo, como veíamos a lo largo de nuestro análisis, no por el hecho de tratarse de un acto administrativo ceñido al principio de legalidad quiere decir que el contratista

no pueda rebatirlo, es más, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto los mecanismos para ello respetando y garantizando el derecho a la defensa del contratista, derecho de rango constitucional.

Si se permitiera discutir en sede arbitral la legalidad de un acto administrativo de terminación anticipada y unilateral de un contrato, consideramos que se estaría afectando y vulnerando a la seguridad jurídica consagrada en la Constitución, ya que sobrevendría la duda sobre qué fuerza o eficacia tendría el acto en cuestión en relación con las presunciones de validez y legitimidad que lo revisten, si pese a existir como decíamos los mecanismos adecuados en la vía judicial para cuestionarlo, luego queda al arbitrio de un Tribunal Arbitral el declararse competentes para revisarlo o laudar sobre su legalidad o ilegalidad sin respetar un marco jurídico previamente establecido y un régimen especial bajo el cual ha sido dictado el acto, cuando aquello más bien determinaría que los árbitros deban declararse incompetentes para conocer una controversia de esta naturaleza.

Finalmente, es de resaltar que en el caso de que el tribunal arbitral de manera previa no llegase a analizar su competencia conforme el principio kompetenz-kompetenz y la arbitrabilidad subjetiva y objetiva para resolver sobre la legalidad o ilegalidad de una terminación unilateral y anticipada de un contrato tal y como lo explicamos en este trabajo, y efectivamente se declaren competentes para el efecto, los problemas posteriores para ejecutar el laudo que se llegue a dictar dentro de ese proceso arbitral serían múltiples en atención a las normas internas tal y como quedó demostrado mediante las sentencias analizadas previamente de la Corte Provincial de Pichincha que declararon la nulidad de laudos arbitrales que se encontraban sustentados en este sentido, y, por otro lado, no es menos importante y cabe tener presente lo que establece el Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras al respecto, que ha sido ratificado por el Ecuador y al que también ya nos referimos oportunamente y que a breves rasgos para recordarlo, supone o faculta a los administradores de justicia el poder negar la ejecución de un laudo arbitral en nuestro país, cuando fundadamente se verifique que el mismo contraviene el orden interno del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Andrade, J. P. (2014). Derecho administrativo y transigibilidad. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 249-269.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (24 de junio de 2005). Código Civil. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (7 de julio de 2017). Código Orgánico Administrativo. Quito, Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (22 de mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. Quito, Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (19 de octubre de 2010). Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Quito, Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (13 de abril de 2004). Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Quito, Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (04 de agosto de 2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Quito, Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (14 de diciembre de 2006). Ley de Arbitraje y Mediación. Quito, Ecuador: Registro Oficial.

Bullard González, A. (2016). Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. En B. e. al., *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva* (págs. 667-714). Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.

Caivano, R. (2012). La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene. *Revista de Derecho Privado*, 3-53.

Corte Constitucional del Ecuador. (15 de enero de 2014). *Corte Constitucional del Ecuador*. Recuperado el 2019, de Portal de servicios constitucionales: http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2014/010-14-SEP-CC/REL_SENTENCIA_010-14-SEP-CC.pdf

Corte Provincial de Pichincha. (16 de 05 de 2018). *Consejo de la Judicatura*. Recuperado el 26 de 02 de 2019, de Función Judicial de Pichincha: http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf

Corte Provincial de Pichincha. (02 de 08 de 2018). *Consejo de la Judicatura*. Recuperado el 26 de 02 de 2019, de Función Judicial de Pichincha: http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf

De la Puente y Lavalle, M. (1999). *Themis Revista de Derecho.* Obtenido de Themis Revista de Derecho: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10365/10818.

Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo* (Décima edición ed.). Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.

Escriche, J. (1991). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Vol. I). México D.F.: Cardenas editor y distribuidor.

Falconí, J. G. (03 de diciembre de 2012). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 30 de noviembre de 2018, de Derecho Ecuador: https://www.derechoecuador.com/la-motivacion

Fernández Andrade, V. (2018). *Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales.* Bogotá, Colombia: Instituto latinoamericano de altos estudios.

Función Ejecutiva. (12 de mayo de 2009). Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial.

García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (2008). *Curso de Derecho Administrativo.* Bogotá D.C., Colombia: Temis S.A.

Larrea Naranjo, F. (2015). Arbitrabilidad de actos administrativos contractuales. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, *7*, 256-298.

López Vargas, N. O. (2016). Problemas jurídicos en torno a la contratación directa en el Ecuador, originados como consecuencia de una terminación unilateral. 79. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.

Marienhoff, M. S. (1998). *Tratato de Derecho Administrativo* (Cuarta edición ed., Vol. III A). Buenos Aires, Argentina: Abeledo - Perrot.

Molina Morales, R. (2006). La terminación unilateral del contrato ad nutum. *Revista de Derecho Privado*, 125 - 158. Obtenido de Universidad Externado de Colombia.

Montoya, U. (1988). *El arbitraje comercial.* (C. Cuzco, Ed.) Lima.

Naciones Unidas. (junio de 2005). Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, Estados Unidos: Registro Oficial.

Ordóñez, H. J. (2005). *Manual de Derecho Administrativo* (Quinta edición ed.). Loja, Ecuador: Unidad de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja.

Real Academia Española. (diciembre de 2017). Recuperado el 27 de noviembre de 2018, de Diccionario de la lengua española: http://dle.rae.es/?id=YJYpM0U

Real Academia Española. (diciembre de 2017). Recuperado el 03 de diciembre de 2018, de Diccionario del español jurídico: http://dej.rae.es/#/entry-id/E9680

Restrepo Soto, D. (2014). La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje. *EAFIT - Journal of International Law, V*, 63-80.

Salcedo Verduga, E. (2007). *El Arbitraje: la justicia alternativa.* Quito, Ecuador: Distrilib.

San Cristóbal Reales, S. (2013). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 39-62.

Tello Rosales, M. V. (2006). El Arbitraje en el Sector Público. Cuenca, Azuay, Ecuador.

Tornos, J. (2016). Medios alternativos de resolución de conflictos en el derecho administrativo. *Anuario de justicia alternativa*, 109-118.

Trayter, J. M. (1997). *Dialnet.* Recuperado el 6 de diciembre de 2018, de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17354.pdf

Zavala Egas, J. (2007). La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano. *Iuris Dictio Revista de Derecho, 7*, 100-107.