

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**EL ARBITRAJE EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA BUENA FE
CONTRACTUAL**

AUTOR:

CUESTA NIEMES JOSÉ PAULO

Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA**

TUTORA:

NUQUES MARTÍNEZ HILDA TERESA

Guayaquil, Ecuador

31 de agosto del 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **CUESTA NIEMES JOSÉ PAULO**, como requerimiento para la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**.

TUTOR (A)

f. _____

NUQUES MARTÍNEZ HILDA TERESA

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

LYNCH FERNÁNDEZ MARÍA ISABEL

Guayaquil, a los 31 días del mes de agosto del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **JOSÉ PAULO CUESTA NIEMES**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **EL ARBITRAJE EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA BUENA FE CONTRACTUAL** previo a la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 31 días del mes de agosto del año 2016

EL AUTOR

f. _____

CUESTA NIEMES JOSÉ PAULO



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **CUESTA NIEMES JOSÉ PAULO**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **EL ARBITRAJE EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA BUENA FE CONTRACTUAL**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría

Guayaquil, a los 31 días del mes de agosto del año 2016

EL AUTOR

f. _____

CUESTA NIEMES JOSÉ PAULO



Documento UTE corregida.doc (02158939)
Presentado por 2016-08-31 10:37 (-05:00)
Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obando@hotmail.com)
Recibido por teresa.niques.uceg@analjps.urkund.com
Mensaje Rv: Para su revisión [Mostrar el mensaje completo](#)
2% de esta aprox. 12 páginas de documentos largos se componen de texto presente en 2 fuentes:

Lista de fuentes	Bloques
Categoría	Enlace/nombre de archivo
<input type="checkbox"/>	EJEMPLAR COMPLETIVO TERESA NIQUES.DOCX
<input type="checkbox"/>	https://www2.congreso.gob.ec/sic/cedocodib/cons4_uibed/af/2C95024B9424A03157E21005949F71571E.DL_1071.pdf
<input type="checkbox"/>	Fuentes alternativas
<input type="checkbox"/>	La fuente no se usa

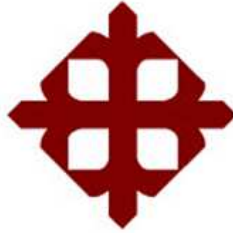
99%

Archivo de registro Urkund: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil/ UTE corregida.doc 99%

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Comparar

FAACULTAD DE JURISPRUDENCIA	FAACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO	CARRERA DE DERECHO
TEMA:	TEMA:
EL ARBITRAJE EN EL SECTOR PUBLICO Y LA BUENA FE CONTRACTUAL	EL ARBITRAJE EN EL SECTOR PUBLICO Y LA BUENA FE CONTRACTUAL
AUTOR:	AUTOR:
CUESTA NIENES JOSE PAULO	CUESTA NIENES JOSE PAULO
Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de	Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR	ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR
TUTORIA:	TUTORIA:
NIQUES MARTINEZ HILDA TERESA	NIQUES MARTINEZ HILDA TERESA
Guayaquil, Ecuador	Guayaquil, Ecuador
26 de agosto del 2016	26 de agosto del 2016
FAACULTAD DE JURISPRUDENCIA	FAACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO	CARRERA DE DERECHO
CERTIFICACION	CERTIFICACION

https://secururkund.com/view/document/21255230-360676-822832/download



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

HILDA TERESA NUQUES MARTÍNEZ

TUTOR

f. _____

JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO

DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

MARITZA REYNOSO GAUTE DE WRIGHT

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

ÍNDICE

RESUMEN	VII
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	2
I. Arbitraje en el sector público.....	2
II. Las solemnidades exigidas para pactar un convenio arbitral entre el sector público y privado.	5
CAPITULO II	9
I. Alcance de la buena fe contractual en los convenios arbitrales.	9
II. La tesis de los actos propios.....	11
CONCLUSIONES	14
Referencias	16

RESUMEN

En el presente ensayo, se evidencia una problemática que aún no ha sido satisfecha de forma uniforme ni vinculatoria, esta es: el carácter obligatorio o no, del informe favorable previo por el Procurador General del Estado en los casos que el Sector Público quiera pactar arbitraje con el Sector Privado, por lo que se realiza un estudio de las normas aplicables a este tipo de arbitraje, y de principios cómo el de Buena fe y consecuentemente de la Teoría de los Actos Propios, que atañen el convenio arbitral, con el fin de darle una interpretación correcta a las disposiciones normativas respecto al arbitraje en el sector público, al igual que reflejar el daño y la vulneración que reciben los particulares, que con expectativas veraces consideraron contratar con el Estado, y que dentro de esa contratación se pactó un convenio arbitral que luego se quiera desconocer y declararlo nulo por falta del informe previo de la Procuraduría General del Estado.

Palabras Claves: Buena fe-Actos Propios-Convenio Arbitral-Informe Previo
Procuraduria

INTRODUCCIÓN

Actualmente el Ecuador reconoce al arbitraje y la mediación como soluciones alternativas a los conflictos. Reconocimiento que inicialmente fue únicamente al sector privado con la oportunidad de recurrir a una solución alternativa, para luego con el devenir de los tiempos y cada vez con el tema del arbitraje más en boga, se empezó a establecer también la oportunidad, y ahora garantía constitucional, de que las controversias que surjan de una relación contractual de las relaciones que puedan existir entre privados y entidades públicas tengan también el derecho de optar por instancias alternativas que a las de la jurisdicción ordinaria.

El presente estudio, tiene como propósito analizar los requisitos de fondo y de forma que exige la normativa nacional para poder contratar con el sector público, precisando y enfocándose exactamente sobre lo que la constitución enuncia acerca del pronunciamiento previo favorable de la Procuraduría General del Estado para que proceda el arbitraje en derecho. Así mismo procurar denotar que las omisiones del referido pronunciamiento de la procuraduría, puede devenir en la falta la declaración de competencia de los árbitros para conocer el pleito, y que en virtud de esa declaración de incompetencia, la cual analizaremos que no es correcta e incluso como se demuestra en el presente ensayo, si así lo fuere, vulneraría los derechos de la parte que de Buena Fe contrato con la entidad pública.

Por lo tanto en el presente ensayo se apreciará un debate doctrinal y normativo, que evidenciara la falta de armonía que puede existir entre las normas constitucionales, la ley de arbitraje y mediación y la falta de atención a principios universales del Derecho.

CAPITULO I

I. Arbitraje en el sector público.

El arbitraje en el Ecuador tiene su cabida en el Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE, estableciendo un derecho constitucional que otorga al ecuatoriano la facultad para optar por una medida alternativa para la solución de conflictos y que no sea la predeterminada justicia ordinaria la única vía que propague justicia sobre los problemas que en la vida cotidiana de las personas puedan suscitarse, y de esta manera beneficiarse de lo que presume ser el arbitraje, es decir que emita una solución más expedita.

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, p. 39).

Hay que distinguir que en nuestro país existe el arbitraje en derecho y en equidad, que básicamente se diferencian porque en el primero los árbitros deben tener la calidad de abogados y deberán expedir un laudo que sea fundado en derecho así como en jurisprudencia y doctrina, mientras que para el segundo no es indispensable que los árbitros sean abogados, y su actuación será conforme a su leal saber y entender así como en los principios de la sana crítica. Aunque esto no quiera decir que los laudos en equidad estarán en desapego y contradicción con el derecho, sino más bien trata de ceder un ámbito más de flexibilidad al árbitro, y que su fallo en equidad signifique tal vez dar una solución incluso más justa de la que podría haberse dado en un arbitraje pactado en derecho.

Tal como menciona el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en adelante LAM, cabe destacar que en caso de que no se mencione el tipo de arbitraje en el convenio, el fallo será en equidad. Esta excepción no tiene la misma suerte en un caso de convenio arbitral en el que contrate el sector público, donde la falta de evocación acerca del tipo de arbitraje al que se procederá en el momento que surja la controversia será, por mandato expreso constitucional del art. 190, únicamente

arbitraje en derecho, lo que supondría suplir este vacío del tipo de arbitraje por lo que expresa la Norma Suprema.

Debemos mencionar que el precedente artículo, es para lo que se conoce en doctrina como arbitraje doméstico, es decir para los procesos arbitrales que se desarrollen dentro del territorio ecuatoriano. Debido a que el Arbitraje Internacional también se encuentra garantizado por la constitución con sus propias reglas en el artículo 422 del referido cuerpo normativo y donde podemos advertir, aunque no sea materia del presente trabajo, una diferencia sustancial la cuál se menciona en el último inciso y nos hace entender, incluso por la ratificación en sentencia interpretativa por la Corte Constitucional en la que afirma que en el Arbitraje Internacional cuando su objeto o controversia es relacionado a la deuda externa se podrá pactar el convenio Arbitral en equidad (Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional No. 0001-09-SIC-CC, 2009), lo que constitucionalmente para el Arbitraje Doméstico está prohibido.

Ahora bien, los organismos y las entidades del sector público que pueden ir a un arbitraje en derecho como lo menciona el inciso segundo del artículo 190 de la CRE, son aquellos que se encuentran comprendidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 1, ya que es la misma constitución es la que limita al Sector Público dentro de éste ámbito.

Art. 1.- 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, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, p. 2)

Lo que predominantemente hay que observar, como también veremos más adelante, es que, *el carácter contractual* que debe tener estas entidades públicas con el sector privado es esencial y es uno de los 4 requisitos que exige la Ley de Arbitraje y Medición, para que se pacte un convenio arbitral y que éste sea en Derecho. La interpretación que hace la Corte Constitucional del art. 190 y 422 ante un criterio erróneo por parte de la procuraduría, como respuesta al pedido de arbitrar en conciencia por parte del ministerio de finanzas, la C.C. manifiesta:

El Procurador General del Estado al emitir su criterio(...) no diferencia el límite expreso que contiene la norma que es referida a la Contratación Pública, entendida ésta, como la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas, por ejemplo con licitaciones, concurso público de ofertas etc. Mismas que según mandato constitucional están obligadas a realizar un arbitraje en derecho. (Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional No. 0001-09-SIC-CC, 2009).

La interpretación nos da luces sobre lo que podríamos asumir de lo que abarcaría la contratación pública y por lo tanto las entidades del sector público enumerado en el art.224 de la CRE como lo incluye también la sentencia interpretativa “es una estructura orgánica vista desde una perspectiva interna” (Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional No. 0001-09-SIC-CC), es decir, para nuestro entender son entidades que conforman el Estado Ecuatoriano en su forma sustancial y no entidades que por el sólo hecho de conformar el sector público tienen propiamente la facultad de poder pactar arbitraje sobre sus actos administrativos.

II. Las solemnidades exigidas para pactar un convenio arbitral entre el sector público y privado.

Cuando se desea activar una cláusula arbitral, debemos esperar a que el Tribunal Arbitral una vez conformado y listo para actuar, lo primero que hará en la Audiencia de Sustanciación es declarar su competencia para conocer la controversia, bajo el principio kompetenz-kompetenz, que no es otra cosa a cómo lo indica Caivano Roque en su obra Control Judicial del Arbitraje “... dar a los árbitros la posibilidad de examinar y decidir en primera instancia sobre los cuestionamientos que se hagan a su competencia”. (Caivano, 2011 p. 42) es decir no necesitan de un examen previo a la constitución de su Tribunal, menos aún de otra jurisdicción para declararse competentes dentro de una causa.

Sin embargo, para el mencionado Tribunal Arbitral, encargado de calificar su competencia, debe verificar que se cumplan una serie de requisitos formales y materiales que se infieren del art. 4 de la LAM la cual trae los presupuestos esenciales para que un convenio arbitral en el que suscriba el sector público tenga validez y sea eficaz.

Debo mencionar que esa declaratoria de competencia afirmativa o negativa debe ser motivada por lo que el jurista Alejandro Ponce Martínez cree que es necesario que al menos el tribunal se pregunté lo siguiente:

¿Existe o no convenio arbitral? 2. ¿Han renunciado o no las partes al convenio arbitral? 3. ¿Es el convenio arbitral válido? 4. ¿Son las partes capaces de acudir al arbitraje? 5. ¿Recae el convenio arbitral sobre un asunto sobre el cual es posible transigir? 6. ¿Existen los requisitos formales para que el convenio arbitral exista y sea válido? 7. ¿Los asuntos que cada una de las partes ha sometido a arbitraje, tanto en la demanda, como en la contestación, reconvención y réplica se hallan comprendidos dentro del convenio arbitral que se lo considera válido? 8. ¿Debe excluirse de la competencia del tribunal uno o más asuntos constantes en los petitorios iniciales de cualquiera de partes por cuanto tales pretensiones, posiciones o excepciones no se hallan comprendidas en el convenio arbitral o no son susceptibles de arbitraje? (Ponce, 2011, p.444).

Al estudiar el art. 4 de la LAM nos encontramos con 4 requisitos esenciales a cumplir so pena de que su incumplimiento provocara nulidad del convenio arbitral, tal como lo dispone el último inciso del artículo referido. Dentro los requisitos tenemos los siguientes:

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;

Podemos darnos cuenta que este primer literal que trae el artículo en mención, tienen consigo 2 formalidades y en sí para 2 tiempos diferentes: el primero, que el convenio haya sido pactado con anterioridad al momento de que surja la controversia; y el segundo momento cuando surgida la controversia y se pretenda pactar un convenio arbitral, se requerirá de una consulta previa al Procurador General del Estado.

Este caso es una exigencia de carácter obligatorio que emana la ley de Arbitraje, y que no ha sido derogada ni reformada con la publicación de la constitución del 2008, es decir que hasta el momento se encuentra en armonía con la legislación nacional.

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

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación se pronuncia en su artículo 1 expresando que podrá ser objeto de arbitraje todo aquello que pueda ser materia de transacción como de igual forma se pronuncia en líneas finales de su primer inciso el artículo 190 de la constitución. Por lo tanto debemos tener en cuenta que el carácter contractual esgrimido en el convenio arbitral supone también que la materia sea susceptible de transacción, debido a la estrecha relación que debe existir entre lo que contractualmente se contraiga deba también tener un carácter o ser susceptible de transacción.

TRANSACCION. Concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propia. Adopción de un término medio en una negociación; ya sea en el precio o en alguna otra circunstancia. Ajuste, convenio. Negocio. Operación mercantil. (Cabanellas, 2003, p. 163)

En el ámbito del Derecho Público, ha quedado determinado que por regla general de aplicación, no son transigibles las potestades propias que le han sido atribuidas y reconocidas por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública, al igual que a las demás funciones del Estado para que cumpla sus fines, es por ello que no es materia de litigio ni de transacción en un proceso arbitral el ejercicio de las distintas potestades cómo la resolutive, normativa o las potestades constitucionales establecidas para legislar, juzgar, investigar delitos entre otras.

En este orden de ideas, la naturaleza contractual, más precisamente en los contratos públicos, es decir entre privados y el que ejerce la función administrativa, manifiesta una voluntad bilateral con la intención de crear efectos jurídicos, sobre una materia transigible que no pueda ser por ejemplo contrarias al orden público.

C) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de árbitros;

Aunque la LAM dentro de su cuerpo normativo si prevé la designación de los árbitros si estos no son señalados en el convenio arbitral, el art. 4 expresamente prescribe que estos requisitos son adicionales para el sector público, por lo que la

omisión de este requisito acarreará nulidad. Vemos la razón de ser de esta normativa tal vez con el fin de precautelar el *interés público*, pero nos deja sin la convicción de una evidente vulneración posible, que incluso sacrifica a su vez la voluntad de las partes de querer ir a resolver sus controversias por vía de arbitraje.

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 convenio arbitral, según el antecedente literal, debe manifestar la renuncia a la jurisdicción ordinaria. La normativa no indica precisamente si la renuncia debe ser expresa o tácita, es decir si se decide pactar en árbitros una controversia futura podemos dar a entender que se ha renunciado tácitamente a la justicia ordinaria, y la ley al no precisar esto, nos atreveríamos a decir que sí cabe la renuncia tácita.

Ahora bien, tal convenio arbitral que manifieste la renuncia a la jurisdicción ordinaria, debe ir firmado por el representante legal, o en su caso los delegados que están ejerciendo cargos de esa función determinada, de la institución que desea arbitrar. La Dra. Nuques nos trae los siguientes ejemplos:

En lo que corresponde a la Administración Pública Central, debemos entonces entender que se refiere al Presidente de la República; a los Ministros Secretarios de Estado en el caso de que el contrato sea de alguna cartera de Estado; en el caso de Régimen Seccional, por ejemplo en el caso de Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, deberá ser firmada por el Alcalde y el Procurador Síndico, en Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales, serán los Prefectos provinciales las personas autorizadas; en el caso de empresas públicas a quienes la ley les confiere esta facultad, en la mayoría de ellas, será el Gerente. (Nuques, 2016, p. 22)

Como se ha podido evidenciar es la firma de la máxima autoridad o del delegado autorizado para el efecto, es decir para contratar, lo que da valor jurídico al convenio arbitral, suponiendo que este confirme la renuncia a la justicia ordinaria.

Cumpliendo con todos estos requisitos de validez el convenio arbitral no tiene porqué verse en la posibilidad de que su conocimiento no sea de competencia

arbitral, y consecuentemente el tribunal arbitral deba declararse competente para conocer el mismo.

La remisión que hace el art. 190 de la CRE a este art. 4 de la LAM, más precisamente en el literal A, nos permite identificar cuando es que verdaderamente se debe exigir y causaría una nulidad en el convenio arbitral por falta del informe previo de la Procuraduría General del Estado y éste es únicamente cuando la controversia ha surgido la controversia y se quiera recurrir a Arbitraje, no cuando se ha pactado arbitraje con anterioridad, lo que hace perfectamente válido el arbitraje aún sin el informe previo.

CAPITULO II

I. Alcance de la buena fe contractual en los convenios arbitrales.

Antes de proseguir con el alcance que pueda tener la Buena Fe en el Derecho, es momento de plantear la problemática que surgió como motivación del presente trabajo. Tenemos sin duda garantías universales del derecho que nos permite dilucidar la correcta interpretación de las normas o al menos cuando se genere una posible duda, recurrir o arrancar por estos principios universales, enseñados en toda escuela de derecho, plasmados en normas nacionales, extranjeras y que universalmente son conocidas por todos, para darle forma y adecuar la normativa sin que se obvien tales principios universales. Entonces, ¿Es posible que un tribunal arbitral desconozca estos principios del Derecho y no se declare competente, por falta del pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado, aun cuando existe la voluntad plasmada de arbitrar por parte del sector público y el sector privado? Ante la interrogante que hemos planteado, nos atrevemos a poner en comparación con la legislación de Arbitraje Peruana, que nos trae justamente en su ley una manifestación de este principio de buena fe, al referirse en lo siguiente:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.- El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que

el convenio está relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos. (Presidencia de la República de Peru, 2008)

Como bien se aprecia según la norma citada, el consentimiento de someterse a arbitraje puede determinarse por una serie de actos, todo aquello visto desde el ámbito de buena fe.

Ahora nuestra jurisprudencia y legislación ecuatoriana no la desconoce y menos aún es la excepción a este principio y es que el alcance de este principio de Buena Fe, no es únicamente para el derecho privado, ya que también tiene ámbito en el Derecho Público donde es incluso fuente de inmediata aplicación como lo sugiere la jurisprudencia ecuatoriana que se ha manifestado de la siguiente forma:

Aplicación de los Principios Generales del Derecho; que como bien se conoce, son una *condensación* de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el 'substractum' mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica, y que como ejemplos bien se pueden señalar: la equidad manifiesta, la racionalidad, la buena fe, la proporcionalidad de los medios a los fines, la naturaleza de las cosas, etc... (Recurso de casación en el juicio seguido por Adolfo Cagua Chamaidán en contra del Banco Ecuatoriano de la Vivienda., 2000)

Así mismo en el siguiente fallo emitido por la antigua Corte Suprema de Justicia muestra que el principio de Buena Fe debe primar en todo acto de administración: "... los más elementales principios de equidad y buena fe, que deben primar en todo acto de administración pública." (Recurso de casación dentro del juicio seguido por la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. en contra del IESS., 2004)

Y si bien es cierto nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, no hace distinción entre si los contratos del sector público son los considerados *contratos administrativos* o *contratos de administración*, al no efectuar esta distinción podemos entender que la ley es para los dos tipos de contratos. Sin embargo son propiamente los contratos administrativos materia del presente estudio ya que cómo define el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, contrato administrativo es: "todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en

ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables.” (Presidencia de la República del Ecuador , 2002) podemos concluir que de esta forma serán contratos administrativos lo que se realicen mediante contratación pública, dado el carácter que tiene la contratación pública que es aquella que coadyuva a cumplir los fines de los distintos entes estatales, y que por lo tanto deben estar sometidos a los principios de Derecho Público.

II. La tesis de los actos propios.

De forma precedente hemos expuesto en el presente trabajo el alcance que tiene la Buena Fe y que por medio de jurisprudencia se ha establecido de obligado reconocimiento por parte de los particulares, como también por la Administración Pública.

Admitiendo está tesis de los *Actos Propios* como consecuencia de la aplicación del principio de Buena Fe, vemos que su regla es:

“sanciona como no admisible toda pretensión, aun cuando lícita de la Administración Pública, pero que es, objetivamente, contradictoria con respecto a su conducta anterior y esto porque se basa en la confianza que se genera en otro sujeto de buena fe a partir de la primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría lesionada si fuese admisible aceptar y dar procedencia a la posterior pretensión contradictoria.” (Zavala Egas, 2007, p. 101)

También existe precedente de fallo jurisprudencial de su aplicación en la justicia ecuatoriana:

Tampoco es jurídico, que las partes aleguen a su favor el dolo, la culpa o el error con que hayan actuado. Resulta insólito que la inobservancia de la Ley por la autoridad nominadora del IESS, pretenda le favorezca, en perjuicio de la actuación de buena fe de la servidora. (Recurso de casación en el juicio que siguió Ana Margarita Racinsa Troncoso en contra del Director General del IESS., 1994)

Cuando las partes han decidido someter sus controversias al arbitraje, por medio de la manifestación libre y voluntaria de las partes, tanto así que existe

renuncia expresa o tácita por la máxima autoridad de la institución de renunciar al justicia ordinaria, debemos hacer hincapié que indudablemente nos han creado, cómo particulares una expectativa cierta y veraz de que efectivamente mi contrato es eficaz y más si como administrado yo he cumplido todos los requisitos que la ley me exige.

Consecuentemente, al manifestar ciertas conductas, entre contratistas y contratantes, encaminadas y apreciadas de forma inequívoca tanto desde la perspectiva del contratista como del contratante, a que surjan efectos jurídicos, nos es imposible creer que al final del día, a los Entes Estatales en calidad de contratista, se los exculpe en el caso de que por la falta de obtener el informe previo de la procuraduría para pactar arbitraje se termine declarando nulo el convenio arbitral y esto peor aun suponiendo el incorrecto criterio sin carácter legal, que ha querido forzar la procuraduría mediante sus pronunciamiento con instructivos o circulares que por ejemplo de forma imperativa ordena: “Se requiere el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado, para proceder a la suscripción de todo convenio arbitral, en materias reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (Oficio Circular No. 09258, 2009).

Sin duda alguna hay algo que definitivamente no se puede desconocer: y es que la regla general que impera en el derecho, es que la buena fe debe presumirse, tanto es así que me parece inconcebible que un tribunal arbitral se declaré incompetente cuando falte el informe previo de la procuraduría y que dicho se le atribuye un carácter de esencial aplicación cuando no se ha comprobado por ninguna interpretación constitucional donde se manifieste que es una solemnidad sin condición para que se pueda pactarse arbitraje.

Como bien afirma Zavala Egas:

La obligación que impone la buena fe de comportarse en forma coherente obliga a sancionar con la inadmisibilidad de la pretensión de la Administración Pública u otro sujeto que los pone en contradicción con su conducta anterior, sin que tenga trascendencia o afecte a ello que la pretensión por sí sola sea legítima y pueda ejercitarse otros casos. (2007, p. p. 101-102).

Sí pudiéramos tomar de ejemplo lo siguiente, en concreto la incompetencia declarada por parte del tribunal arbitral a falta del requisito de informe previo por la

PGE, constituirá una vulneración irreversible al consentimiento de las partes que de buena fe pactaron, ya que con esta resolución la vía para resolver el conflicto será únicamente por la jurisdicción ordinaria más concretamente por el Tribunal Contencioso Administrativo, y no por la vía que principiamente acordaron.

Podemos recomendar que ante esta demanda interpuesta en vía arbitral, los árbitros no dejen de declararse competentes ante la excepción que se expondrá de nulidad por parte del sector público en razón de la falta de informe previo –aunque sostenemos por lo expuesto en el trabajo que no es requisito esencial– y el Tribunal Arbitral verificara que efectivamente se ha omitido dicho informe previo, pero que en virtud de esta tesis de los *actos propios*, el Tribunal Arbitral no puede aceptar dicha excepción de nulidad porque es la administración pública la que debía cerciorarse de conseguir dicho informe favorable previamente a pactar el convenio arbitral, mientras que en lugar de eso le generó expectativas y confianza a la contraparte de pensar y estar en el supuesto de que todo estaba conforme lo acordado por los actos que realizó y vino devengando la administración pública al suscribir y renunciar a la justicia ordinaria. Por tanto y dada la circunstancia de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo ni negligencia, no se puede permitir tal creación de inseguridad jurídica y menos aún la defraudación que existe al vulnerar la confianza que se generó al contratante.

CONCLUSIONES

A nuestro criterio mantenemos que el artículo 190 de la CRE, se remite a la Ley de Arbitraje y Mediación y particularmente a los casos en que si se necesita informe previo de la Procuraduría General del Estado.

Los 4 requisitos que trae la LAM en su art.4, son requisitos sine qua non por parte del Estado en el caso que quiera pactar un convenio arbitral.

Los principios universales del derecho rigen tanto para el Derecho Público, como al Privado.

El administrado no es el encargado de velar por el cumplimiento que por ley podría verse obligada la administración pública. De lo que sí es susceptible: es de observar y contratar con buena fe los actos que realice el administrado para la consecución de un contrato con el estado y que pretenda surtir efectos.

Los tribunales arbitrales, no tienen el deber de declararse incompetentes para conocer la controversia arbitral cuando falte el informe previo de la Procuraduría General Del Estado. Han existido casos en que los tribunales se declaran competentes, como también hay casos en que no.

El Ecuador reconoce los distintos principios de Derecho y los cuales no puede desconocer, como el principio de buena fe.

Las pretensiones que intente alegar el sector público para nulitar el convenio arbitral deben ser deshechas, porque el Estado no se puede beneficiar de su propio dolo, error o culpa, cuando este tenía la obligación de cumplir con sus facultades y de no transgredir la confianza legítima que se le ha entregado al administrado.

Y por último cabe recalcar que en el presente trabajo no se ha discutido el sacrificio que hace el administrado en razón del interés público y que a razón de ello se obligue a resolver el conflicto en la justicia ordinaria. Pero sin embargo mantenemos que no existe interés público vulnerado primeramente porque constitucionalmente el arbitraje es un medio alternativo reconocido para la solución de conflictos, luego nos preguntamos: ¿Cuál es el inconveniente de que una vez ocurrida la controversia el sector público concorra naturalmente a un centro de Arbitraje? ¿Cuál es la vulneración que recibe el interés público? ¿Es acaso que la

justicia ordinaria es considerada más justa? La controversia ya se efectuó por ejemplo por una terminación unilateral del contrato por parte de la Administración Pública, en virtud del interés público. Pero la controversia particularmente que resuelva vía arbitraje no contraviene el interés público y es sin duda una forma más expedita de solucionar las controversias por lo que beneficiaría tanto al administrado como el administrador.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial 499, 20 X 2008.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Montecristi: Registro Oficial No. 395, 4 VIII 2008.
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual* (Vigésima Octava ed., Vol. VIII). Buenos Aires: Heliasta.
- Caivano, R. (2011). *Control Judicial en el Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- H. Congreso Nacional Comisión de Legislación y Codificación. (2006). *Ley de Arbitraje y Mediación*. Quito : Registro Oficial No. 417, 14 XII 2016.
- Oficio Circular No. 09258 (Procuraduría General del Estado 15 de Septiembre de 2009).
- Ponce, A. (2011). *Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación Ecuatoriana, en La. BOGOTA: UNIVERSIDAD DEL ROSARIO*.
- Presidencia de la República de Peru. (2008). *Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje No. 1071*. Lima. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2C9D50264B99434A05257E2F005849F7/\\$FILE/DL_1071.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2C9D50264B99434A05257E2F005849F7/$FILE/DL_1071.pdf)
- Presidencia de la República del Ecuador. (2002). *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativas de la Función Ejecutiva*. Quito, Ecuador: Decreto Ejecutivo No. 2428 publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 536 18 de Marzo de 2002.
- Recurso de casación dentro del juicio seguido por la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. en contra del IESS., Expediente No. 221-04, Registro Oficial No. 496, 4-I-2005 (Corte Suprema de Justicia, Sala Contencioso Administrativo 21 de Julio de 2004).
- Recurso de casación en el juicio que siguió Ana Margarita Racinsa Troncoso en contra del Director General del IESS., Expediente No. 62-94, Registro Oficial

No. 590, 15-XII-94 (Corte Suprema de Justicia: Sala de lo Administrativo 29 de XI de 1994).

Recurso de casación en el juicio seguido por Adolfo Cagua Chamaidán en contra del Banco Ecuatoriano de la Vivienda., Expediente No. 119-2000, Registro Oficial 13 IX 2000 (Corte Suprema de Justicia, Sala Contencioso Administrativo 23 de mayo de 2000).

Se interpreta, que el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales, en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consec, 0001-09-SIC-CC (Corte Constitucional 16 de III de 2009).

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



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **CUESTA NIEMES JOSÉ PAULO**, con C.C: # 0706167418 autor/a del trabajo de titulación: **EL ARBITRAJE EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA BUENA FE CONTRACTUAL** previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **31 de agosto de 2016**

f. _____

Nombre: **CUESTA NIEMES JOSÉ PAULO**

C.C: **0706167418**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN			
TÍTULO Y SUBTÍTULO:	EL ARBITRAJE EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA BUENA FE CONTRACTUAL		
AUTOR(ES)	JOSÉ PAULO CUESTA NIEMES		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	HILDA TERESA NUQUES MARTINEZ		
INSTITUCIÓN:	UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL		
FACULTAD:	JURISPRUDENCIA		
CARRERA:	DERECHO		
TITULO OBTENIDO:	ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	31 de agosto de 2016	No. DE PÁGINAS:	17
ÁREAS TEMÁTICAS:	ARBITRAJE, CONTRATACION PÚBLICA		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	BUENA FE-ACTOS PROPIOS-CONVENIO ARBITRAL-INFORME PREVIO PROCURADURIA		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): En el presente ensayo, se evidencia una problemática que aún no ha sido satisfecha de forma uniforme ni vinculatoria, esta es: el carácter obligatorio o no, del informe favorable previo por el Procurador General del Estado en los casos que el Sector Público quiera pactar arbitraje con el Sector Privado, por lo que se realiza un estudio de las normas aplicables a este tipo de arbitraje, y de principios cómo el de Buena fe y consecuentemente de la Teoría de los Actos Propios, que atañen el convenio arbitral, con el fin de darle una interpretación correcta a las disposiciones normativas respecto al arbitraje en el sector público, al igual que reflejar el daño y la vulneración que reciben los particulares, que con expectativas veraces consideraron contratar con el Estado, y dentro de esa contratación se pactó un convenio arbitral que luego se quiera desconocer y declararlo nulo por falta del informe previo de la Procuraduría General del Estado.			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-5018498	E-mail: JOSE_PAULOC@HOTMAIL.COM	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: REYNOSO GAUTE DE WRIGHT MARITZA		
	Teléfono: +593-4-2200439		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			