



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:  
ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**AUTOR:  
CINDRICH GONZÁLEZ, DANICA POLA**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA  
REPUBLICA**

**TUTOR:  
AGUIRRE VALDEZ, JAVIER EDUARDO**

**Guayaquil, Ecuador**

**29 de agosto de 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

## **CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **CINDRICH GONZÁLEZ, DANICA POLA**, como requerimiento para la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA**.

### **TUTOR (A)**

f. \_\_\_\_\_  
**Aguirre Valdez, Ab. Javier Eduardo**

### **DIRECTOR DE LA CARRERA**

f. \_\_\_\_\_  
**Lynch de Nath, Dra. María Isabel**

**Guayaquil, a los 29 días del mes de agosto del año 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

## **DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **Cindrich González, Danica Pola**

### **DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación, **ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA** 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 29 días del mes de agosto del año 2016**

**LA AUTORA**

f. \_\_\_\_\_  
**Cindrich González, Danica Pola**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

## **AUTORIZACIÓN**

Yo, **Cindrich González, Danica Pola**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 29 días del mes de agosto del año 2016**

**LA AUTORA**

f. \_\_\_\_\_  
**Cindrich González, Danica Pola**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**Javier Eduardo Aguirre Valdez**

TUTOR

f. \_\_\_\_\_

**Dra. María Isabel Lynch de Nath**

DIRECTORA DE CARRERA

f. \_\_\_\_\_

**Maritza Reynoso Gaute de Wright**

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

# ÍNDICE

<b>1. Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>2. Desarrollo.....</b>	<b>8</b>
3. Contratación Pública.....	8
4. Arbitrabilidad.....	10
5. Capacidad del Sector Público.....	11
6. Pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado.....	12
7. Relación jurídica de carácter contractual.....	15
8. Designación de los árbitros.....	16
9. Firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.....	17
10. Laudo fundamentado en Derecho.....	17
<b>11. Conclusiones.....</b>	<b>21</b>
<b>12. Bibliografía.....</b>	<b>22</b>

## RESUMEN

Ante la crisis que sufre en la actualidad el sistema judicial, sobre todo en países como el nuestro, el arbitraje se ha vuelto un método alternativo de solución de conflictos cada vez más utilizado. Las bondades del arbitraje, como su rapidez, economía, especialidad de los árbitros, intermediación, confidencialidad y confiabilidad ponen de manifiesto todas las falencias de la Administración de Justicia Estatal. Tradicionalmente en América Latina se ha visto a esta institución como una invasión a la soberanía del Estado. Por este motivo, países como el nuestro han puesto trabas al desarrollo del arbitraje mediante su legislación en lugar de aprovechar las ventajas de este método alternativo de solución de conflictos, especialmente en el ámbito de la contratación pública, que por su trascendencia se vería beneficiado por todas las bondades del arbitraje.

***PALABRAS CLAVES:*** *ARBITRAJE, CONTRATACIÓN PÚBLICA, PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, CAPACIDAD, POLÍTICA PÚBLICA, EQUIDAD.*

# **ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

## **INTRODUCCIÓN**

Ante la crisis que sufre actualmente el sistema judicial, sobre todo en países como el nuestro, el arbitraje se ha vuelto un método alternativo de solución de conflictos cada vez más utilizado. Las bondades del arbitraje, como su rapidez, economía, especialidad de los árbitros, intermediación, confidencialidad y confiabilidad evidencian todas las falencias de la administración de justicia estatal. (Salcedo Verduga, 2001)

A través del arbitraje las partes, por mutuo acuerdo o por mandato de la ley, excluyen la jurisdicción estatal para someter sus controversias de naturaleza transigible, a decisión de los árbitros. Hay quienes consideran que existe una especie de antagonismo entre el Arbitraje y el Estado debido a la concepción errónea de que el monopolio de la jurisdicción le pertenece al Estado.

Roque J. Caivano en su obra Arbitraje, cita el dictamen del Procurador General de la Nación de fecha 30 de abril de 2009, en el proceso “Gobierno Nacional c/ Cía. Dock Sud de Buenos Aires. En él se puede apreciar desconfianza del sistema arbitral por parte del Estado. “Se explica que los particulares, poco seguros de su derecho pongan más esperanzas en los árbitros y arbitradores que en los jueces permanentes; pero no es, en mi concepto, razonable que los gobiernos procedan lo mismo, con menoscabo del Poder Judicial de la Nación, que aparece apartado como inútil e ineficaz”. (Caivano R. J., 2008)

Este clima hostil hacia el arbitraje es común en América Latina, quien tradicionalmente ha concebido a esta institución como una invasión a la soberanía del Estado. Por este motivo, países como el nuestro han puesto trabas al desarrollo del arbitraje mediante su legislación en lugar de aprovechar las ventajas de este método alternativo de solución de conflictos,



especialmente en el ámbito de la contratación pública, que por su trascendencia se vería beneficiado por todas las bondades del arbitraje.

Un ejemplo que deberíamos seguir es el de Perú, donde se estableció el arbitraje obligatorio en materia de contratación pública debido a la necesidad de que las controversias derivadas de dichos contratos terminen de forma rápida para no entorpecer la actividad de la Administración. Esta reforma, además de revolucionar el sistema judicial peruano, implicó el reconocimiento por parte del Estado Peruano de la crisis que atraviesa el sistema judicial y la aceptación de que no siempre el Estado tiene las herramientas más eficaces para resolver sus propios conflictos.

## **DESARROLLO**

### **Contratación pública.-**

A través de la contratación pública, el sector privado actúa como colaborador del sector público en el cumplimiento de sus finalidades. Pero, como en toda relación contractual, pueden surgir controversias que no puedan resolverse directamente entre las partes. A los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo ordinariamente les corresponde conocer y resolver las controversias derivadas de la contratación pública; sin embargo, la Constitución y la Ley autorizan que dichas controversias puedan ser resueltas por la vía arbitral.

Esto nos lleva a referirnos a la clasificación del arbitraje según su fuente. El arbitraje voluntario es aquel que nace voluntad de las partes mientras que el arbitraje impuesto por la ley se conoce como arbitraje obligatorio o forzoso. En el Ecuador no existe el arbitraje forzoso. El sector público tiene la facultad de acudir a la vía arbitral y no la obligación de hacerlo, por lo tanto hablamos de una potestad facultativa y voluntaria.

A entender de Cuevas (Morales, 2001) el arbitraje obligatorio no va en contra de la naturaleza voluntaria del arbitraje. Si bien el Estado tiene la obligación de incluir la cláusula arbitral dentro de las condiciones del Contrato, nadie se encuentra obligado a contratar con el Estado. La cláusula

arbitral es expresamente aceptada en el momento de la celebración del contrato por lo que la obligatoriedad se refiere a la obligación que tiene el Estado de incluir la cláusula arbitral dentro de las condiciones del contrato.

Podemos definir la contratación pública como *«el acuerdo de voluntades generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas.»* (Marienhoff, 1983)

Un elemento característico de dichos contratos es que nacen sobre la desigualdad de las partes. El interés público otorga a la administración prerrogativas que le confieren una posición más ventajosa, como el privilegio de autotutela. Esas prerrogativas no nacen del contrato sino de la posición jurídica administración, de manera que no son negociables y su origen es extracontractual.

García de Enterría sostiene que "en virtud de este formidable privilegio, la administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista, la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales, en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución de la fianza." (García De Enterría, 2004)

Sin embargo, vale mencionar que La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla disposiciones que expresamente autorizan la vía arbitral para dos actos administrativos de suma importancia en la ejecución de los contratos públicos. Nos referimos a las multas impuestas al contratista y la decisión unilateral de terminación anticipada del contrato las cuales son impugnables en la vía arbitral de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 71 y 95 de dicha Ley. Cabe mencionar

que la interposición de cualquier reclamo o recurso no suspende los efectos de la resolución de terminación unilateral del contrato. (Ley No. 1, 2008)

Si bien las potestades públicas no son transigibles, vemos que éstas se expresan a través de actos administrativos como lo es la resolución de terminación unilateral del contrato, que como ya hemos visto, es susceptible de impugnarse en la vía arbitral. A este respecto, la Doctrina sostiene que no es arbitrable la legalidad del acto administrativo, pero sí lo son sus efectos patrimoniales. “Se parte para ello de la idea de que la imposibilidad de cuestionar la validez de los actos administrativos en sede arbitral, no implica que no sean arbitrables "los efectos" dañosos que estos actos producen a los particulares". (Zumárraga, 2012, pág. 35)

En los procesos arbitrales en los que es parte el Estado, concurren aspectos de orden contractual y aspectos que son una consecuencia de la posición jurídica de la Administración, y por ende extracontractuales. En estos casos, los árbitros deben limitarse a aceptar su competencia exclusivamente sobre las controversias de naturaleza contractual.

### **Arbitrabilidad.-**

El arbitraje voluntario es una consecuencia del principio de la voluntad de las partes, mediante el cual atribuyen jurisdicción a los árbitros para resolver acerca del conflicto que han puesto a su conocimiento. Pero la voluntad de las partes tiene como límite la ley, pues ésta establece que hay materia a las que le corresponden ser conocidas exclusivamente a los jueces y tribunales estatales debido a su naturaleza intransigible. Esto en doctrina se conoce como arbitrabilidad objetiva.

El Jurista Roque Caivano, a este respecto sostiene que *“no todas las cuestiones litigiosas que pueden surgir entre las partes son susceptibles de resolverse por la vía del arbitraje. Hay algunas que la ley reserva al conocimiento exclusivo de los tribunales judiciales.”* (Caivano R. , 2013) Por lo que podemos concluir que la condición para que una materia pueda ser sometida a decisión de árbitros, dependerá esencialmente política legislativa de cada país.

A continuación, menciono algunos ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico de asuntos que no pueden ser sometidos a decisión de árbitros por tratarse de materias no transigibles: el estado civil de las personas, el derecho de alimentos, la acción penal, derechos ajenos o inexistentes, los derechos del trabajador, las prerrogativas estatales y las potestades públicas. En general, los asuntos considerados de orden público no son arbitrables. (Codificación 10, 2005)

La arbitrabilidad subjetiva, por otra parte, se refiere a quienes tienen la capacidad para acudir a la vía arbitral para resolver sus controversias de naturaleza transigible. La ley de Arbitraje y Mediación equipara la capacidad para celebrar el convenio arbitral con la capacidad exigida para celebrar el contrato de transacción, y ésta a su vez con la capacidad necesaria para disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

*“La facultad de disposición jurídica es el poder del sujeto de desprenderse de la cosa, sea o no en favor de otra persona, y sea por un acto entre vivos o por un acto por causa de muerte. Son formas de disposición la renuncia, el abandono y la enajenación.”* (Vodanovich H, 1974)

En la transacción las partes realizan mutuas concesiones a fin de poner fin extrajudicialmente a un litigio pendiente o evitar un litigio eventual, por lo que ésta implica la renuncia de un derecho legítimo y las partes deben estar capacitadas para ello.

En resumen, la arbitrabilidad tiene doble acepción: por una parte, se refiere a la capacidad de una materia de ser sometida a decisión de los árbitros; y, por otra, a quienes tienen la capacidad para acudir al arbitraje para resolver sus conflictos de naturaleza transigible.

### **Capacidad del sector público.-**

Como sabemos, para el Estado -y en general el sector público- la regla es la incapacidad. Esto quiere decir que para poder actuar, se necesita de una norma que faculte para ello. En efecto, el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, al igual que su predecesora, reconoce el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público, determinadas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, puedan someterse al arbitraje, deben tener la capacidad de transigir y cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación. A continuación analizaré los requisitos.

### **Pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado.-**

El artículo 190 de la Constitución establece que "en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley." (Constitución de la República del Ecuador, 2008) Esta norma, sin duda, ha obstaculizado el desarrollo del arbitraje en el Ecuador, al condicionarlo a la venia del Procurador General del Estado, cuya autorización puede verse influida por las políticas del gobierno de turno, que no siempre serían favorables al arbitraje. A criterio de Merchán, el Procurador General del Estado es un funcionario notablemente político que es nombrado por el Presidente de la República. (Merchán)

Antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997, establecía que el sector público puede someterse al arbitraje sin contar con la autorización de la Procuraduría General de Estado, siempre y cuando el convenio arbitral hubiere sido pactado antes del surgimiento de la controversia. Una vez surgida la controversia, para poder someter al estado a arbitraje, los representantes legales de dichas entidades públicas tienen necesariamente que consultar al Procurador General del Estado, bajo pena de nulidad del convenio arbitral. (Codificación 14, 2006)

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en su articulado 11, establece que las entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación que, como ya dijimos, establece que en ciertos caso no es necesaria la autorización del Procurador General del Estado. Asimismo se establece que para el arbitraje internacional en todos los casos es requisito esencial el

informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes. Misma disposición encontramos en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación. (Codificación 15, 2004 )

El Reglamento de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo 2009, en sus artículos 161 y 162 establece, al igual que en la Ley de Arbitraje y Mediación, que sólo se requiere informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado para suscribir un convenio arbitral, en los casos en los que no se pactó una cláusula compromisoria con anterioridad en el contrato.

Estas disposiciones que prevén casos en los que no se requiere de la autorización del Procurador General del Estado para someter al estado e instituciones del sector público a arbitraje han quedado tácitamente derogadas con la entrada en vigencia de la actual Constitución, ya que en la práctica, fundamentándose en el artículo 190 de la carta fundamental, se ha establecido que dicha autorización es necesaria para todos los casos.

En mi opinión, la autorización del Procurador General del Estado constituye un requisito de validez solamente en los casos previstos por la Ley. Me fundamento en que en el artículo 190 de la Constitución se establece claramente que *“en la contratación Pública procederá el arbitraje en derecho previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”*. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La remisión de esta norma constitucional debe entenderse que hace referencia a las normas que regulan la materia de la que trata, como lo son en este caso la Ley de Arbitraje y Mediación, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento. Estas normas, como ya vimos anteriormente, distinguen los casos en los que no es necesaria la autorización del Procurador General del Estado; y, por ende al remitirse la

norma constitucional a dichas normas legales, debería entenderse en ese sentido. De no haber sido ésa la intención del constituyente, debió de haberse obviado la parte final del artículo que indica “conforme a las condiciones establecidas en la ley”, ya que carecería de utilidad práctica.

La Procuraduría General del Estado, manifiestamente no comparte esta posición, lo cual puede evidenciarse en el Oficio No. 09712, de fecha 11 septiembre de 2012 en contestación a una consulta del Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias, INIAP publicado en el Registro Oficial Suplemento 824 de del 6 de noviembre de 2012. En dicho oficio sostiene “*para que proceda el arbitraje en contratación pública, es necesario que previo a la suscripción del convenio arbitral, se cuente con la autorización de la Procuraduría General del Estado.*” (Extractos de consultas septiembre 2012) Y continúa diciendo “*al ser éste un requisito esencial para la validez del convenio arbitral en materia de contratación pública, su omisión vicia de nulidad la cláusula arbitral.*” (Extractos de consultas septiembre 2012)

Asimismo, el Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado publicado en el Registro Oficial Edición Especial 63 de 29 de octubre de 2013, dispone que le corresponde al Procurador General del Estado “emitir pronunciamiento previo favorable para la *suscripción de convenios arbitrales o autorización previa para aceptar otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias existentes o que puedan surgir en el futuro, relativas a contratos celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público.*” (Resolución de la Procuraduría General del Estado No. 94, 2013)

Finalmente, cabe mencionar el oficio número T.1-C.1-SNJ-12-1134 suscrito por el Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia, el 5 de octubre de 2013, dirigido a todas las entidades e instituciones del sector público, en el que dispuso que a partir de la fecha de dicho oficio los diversos contratos que suscriban “*deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y no a la de los tribunales arbitrales*” (Circular\_104\_CGAF\_2012.pdf).

Almeida en su tesis sostiene que la necesidad de la autorización del Procurador General del Estado, se debe a que éste, como patrocinador del Estado, puede considerar los aspectos de oportunidad y conveniencia desde una perspectiva más general que la de cada institución. (Almeida, 2013) Sin embargo, yo considero en base a lo expuesto en este trabajo, que la limitación de contar con el dictamen favorable del Procurador General como requisito esencial para la validez del compromiso o cláusula arbitral, obedece más a una política pública para poner trabas al desarrollo del arbitraje debido a la falta de confianza en el sistema arbitral.

En definitiva, la falta de cumplimiento de este requisito acarrearía la nulidad del convenio arbitral, convirtiéndose así en lo que se conoce como *cláusula patológica* que es aquella que no es suficiente para sustraer las controversias de la justicia ordinaria para someterla a decisión de los árbitros. En la práctica, la omisión de este requisito “esencial” ha causado que los tribunales arbitrales se declaren incompetentes.

#### **Relación jurídica de carácter contractual.-**

El segundo requisito es que la relación jurídica a la cual se refiere el convenio sea de carácter contractual. El artículo 104 de La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que pueden someterse a arbitraje en Derecho las controversias no solventadas dentro del proceso de ejecución, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva. Asimismo, el Reglamento de dicha ley establece que podrán las partes someter a decisión de los árbitros las controversias surgidas que puedan surgir por “*la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación*”. (Decreto ejecutivo 1700, 2009)

En consecuencia, quedan excluidas de la jurisdicción arbitral las controversias que puedan surgir la fase precontractual como la “*publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento*”. (Decreto ejecutivo 1700, 2009) Como ya mencionamos



anteriormente, quedan también excluidas las prerrogativas de la administración, en primer lugar por ser intransigibles y, segundo, por ser extracontractuales.

Desde un punto de vista práctico, esta limitación es discutible, porque puede haber controversias que, si bien no nacen de un contrato, son de naturaleza transigible como, por ejemplo, las que derivan de la responsabilidad extracontractual de una entidad del sector público. En estos casos, el arbitraje podría ser más conveniente que la tramitación del juicio en la vía contencioso administrativa, considerando que éstos toman entre 3 y 6 años, y de liquidarse intereses, el valor de la condena preparatoria en el arbitraje sería menor. (ORELLANA) Habría que ver si con el Código Orgánico General de Procesos esos tiempos se reducen. También es una realidad que no es frecuente que se vean casos de arbitraje en controversias extracontractuales entre particulares.

#### **Designación de los árbitros.-**

El tercer requisito es que el convenio debe incluir la forma de selección de los árbitros. En cuanto a este punto se debe tener en cuenta también la normativa del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, específicamente los artículos Nos. 161 y 162, que establece que las partes de mutuo acuerdo pueden acudir a un único árbitro y, a falta de acuerdo serán tres. Añade que para las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

La designación de los árbitros puede establecerse expresamente convenio o pueden también establecer que se procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la ley de Arbitraje y Mediación que regula la forma de designación de los árbitros, con lo que estarían cumpliendo con este requisito.

En caso de que en el contrato no se hubiere pactado una cláusula arbitral y con posterioridad se desee someter las controversias relativas a dicho contrato a conocimiento de la justicia arbitral, las partes podrán suscribir un convenio arbitral en el que deberá constar la materia objeto del

arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo.

Como ya concluimos anteriormente, en ambos casos se requiere pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado para la validez de la cláusula arbitral o del convenio arbitral. De no pactar la vía arbitral, los jueces competentes para conocer las controversias derivadas de la contratación pública son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado.

### **Firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.-**

Como último requisito, el convenio arbitral debe estar firmado por “la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución”, es decir sus representantes legales o por funcionarios delegados. Este último requisito ratifica la necesidad de que el convenio arbitral sea por escrito.

En este tema debemos recordar que las entidades del sector público, como toda persona jurídica, son incapaces relativos, y por ello necesitan de una persona que las represente. Por lo tanto, para que una institución se someta a arbitraje es necesario que quien suscriba el convenio arbitral tenga la facultad de representar a dicha institución. En caso de arbitraje internacional la ley dispone que el convenio debe de contar con “la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva”.

### **Laudo fundamentado en derecho.-**

El artículo 190 de la Constitución establece expresamente que el arbitraje en materia de contratación pública el laudo deberá fundamentarse en Derecho. La Ley de Arbitraje y Mediación no se dice nada sobre este tema pero como sabemos, en virtud del principio de supremacía constitucional, la Constitución prevalece sobre el resto del ordenamiento jurídico.

De conformidad con la Constitución, el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que “los organismos y

entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho.”

En el arbitraje en Derecho los árbitros, al igual que los jueces, tienen la obligación de resolver las controversias aplicando las fuentes tradicionales del Derecho, esto es la ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina y los principios generales del Derecho. Esta obligación se refiere tanto al procedimiento como al fundamento de su fallo. (Salcedo Verduga, 2001)

Por el contrario en el arbitraje de conciencia o equidad, los árbitros tienen una mayor flexibilidad a la hora de resolver en cuanto no están obligados a aplicar estrictamente el ordenamiento jurídico, sino que resuelven de acuerdo a su “leal saber y entender” y a los principios de la sana crítica. No por ello debe pensarse que se encuentran dispensados de fundamentar su decisión. Es más parecería que esta obligación pesa más sobre ellos ya que a los árbitros en derecho les basta con remitirse a la norma aplicable, partiendo del supuesto de que la norma es justa. (Caivano R. J., 2008)

Los árbitros en conciencia o equidad, a diferencia de los árbitros en Derecho, no requieren ser abogados, lo cual podría ser un potencial riesgo para el debido proceso. A criterio del Ab. Ernesto Salcedo Verduga, *“las personas ajenas a las ciencias jurídicas tienen menos posibilidad de aplicar correctamente la ley que los propios abogados”*. Y fallar en equidad, no significa una autorización para no cumplir las normas que garantizan el debido proceso. (Salcedo Verduga, 2001)

En mi opinión, no cabe el arbitraje en equidad cuando se trata del Estado ya que no se puede dejar a libre discreción de los árbitros la resolución de conflictos en los que están en juego los intereses del Estado. Además, como sabemos, el sector público tiene un estricto margen de actuación ya que sólo puede hacer aquello que le está permitido. Por lo tanto, los fallos deben fundamentarse en Derecho porque lo que se va a juzgar es si se actuó dentro de su competencia o no. Nuestra legislación parece compartir esta posición en vista de las normas ya analizadas que

facultan al Estado y sus entidades a pactar soluciones arbitrales únicamente en derecho.

Sin embargo, en una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 549, de 16 de marzo de 2009, en respuesta a una petición del Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República para que la Corte Constitucional aclarara el alcance del inciso final del artículo 422 de la Constitución, se interpretó que en contratos de préstamo internacionales los fallos podían fundamentarse en equidad.

La duda surgió debido a un préstamo que estaba negociando el Gobierno del Ecuador con el Banco Interamericano de Desarrollo para financiar el "Programa de Competitividad II: Desarrollo Productivo y Acceso a Financiamiento" por el valor de 100 millones de Dólares de los Estados Unidos de América. En dicho contrato se establecía que "el Tribunal fallará en conciencia" por lo que cuando el Ministro de Finanzas solicitó al Procurador General del Estado que emita su pronunciamiento, éste dio la autorización para someter al Estado a Arbitraje Internacional bajo la condición de que se estableciera en el contrato que el fallo sería en Derecho y no en equidad. El Procurador General del Estado fundamentó su decisión en los artículos 190 de la Constitución y 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que establecen el Sector Público puede someterse a arbitraje en Derecho.

En consecuencia, el Secretario Jurídico de la Presidencia solicitó a la Corte Constitucional que interpretara el inciso final del artículo 422 de la Constitución, a fin de determinar si el contrato de préstamo internacional le era aplicable lo dispuesto en artículo 190, o por el contrario, lo previsto en el inciso final del artículo 422; ya que él sostenía que sí era posible que en un contrato de empréstito internacional se estipule la cláusula de arbitraje en equidad.

Las normas objeto de interpretación fueron las siguientes:

*Art. 422.- (...) “En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”*

*Art. 190.- (...) “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.”*

La Corte Constitucional consideró que el Procurador General del Estado en su dictamen se había equivocado al analizar el alcance del artículo 190 de la Constitución que se refiere únicamente 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.”*

Cabe añadir que la contratación pública se encuentra definida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como *“todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría”* (Ley No. 1, 2008)

Finalmente, en la referida sentencia, la Corte Constitucional interpretó, en relación a los contratos de empréstito internacional, lo siguiente: 1) que no es aplicable el artículo 190 a los controversias relacionadas a sino que debe aplicar específicamente lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución y, 2) cuando en dichos contratos se estipulen cláusulas que incorporen la expresión "fallo en conciencia", deberá entenderse como sinónimo de "fallo en equidad".

La crítica a esta sentencia interpretativa se basa en que fue una interpretación forzada para excluir a los contratos de préstamo internacional del resto de contratos públicos a los cuales les es aplicable el artículo 190 de la Constitución, a fin de desconocer la deuda externa. Es importante resaltar que en ninguna disposición se faculta al Estado a pactar soluciones

arbitrales en equidad, por lo tanto no tiene capacidad para hacerlo.

## **CONCLUSIONES**

- Considero que la norma constitucional se ha tergiversado al considerar que artículo 190 exige el pronunciamiento favorable del Procurador General de Estado para todos los casos de contratación pública en lo que se quiera someter al Estado a arbitraje porque la Constitución lo que hace es remitirse tanto la Ley de Arbitraje y Mediación como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento que establecen que no es necesaria la autorización para celebrar el convenio con anterioridad a la controversia. Sin embargo, considero que debido a una política pública anti - arbitraje, en la práctica la autorización del Procurador General del Estado es un requisito esencial sin el cual el convenio arbitral carecería de eficacia para excluir a la jurisdicción estatal y otorgar competencia a los árbitros.

- En los procesos de arbitraje en los que el Estado interviene es necesario que el arbitraje sea en Derecho ya que tratándose de los intereses del Estado no se puede dejar la resolución a la libre discreción de los árbitros. Además en el Derecho Público, la regla es la incapacidad; es decir que el sector público para actuar, requiere de una norma jurídica que lo faculte. Por lo que en el arbitraje, lo que se va a juzgar es si éste actuó o no dentro de su competencia y, para ello, es necesario que el fallo sea fundamentado en Derecho. Considero que, de querer facultar al Estado a someter sus controversias a arbitraje en equidad, debería hacérselo mediante una reforma legal y no mediante una interpretación. La interpretación de la Corte Constitucional, desde mi punto de vista, es - aunque suene contradictorio- inconstitucional ya que viola el principio de legalidad porque no hay ninguna norma jurídica que establezca que, tratándose de contratos de préstamo internacionales, los fallos puedan ser en equidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Almeida, F. P. (2013). *Carácter excepcional del arbitraje nacional en contratación pública*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Caivano, R. (2013). La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos. *El Derecho*, 2.
- Caivano, R. J. (2008). *Arbitraje* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Circular\_104\_CGAF\_2012.pdf*. (s.f.). Obtenido de [http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/01/Circular\\_104\\_CGAF\\_2012.pdf](http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/01/Circular_104_CGAF_2012.pdf)
- Codificación 10. (24 de junio de 2005). *Código Civil*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46.
- Codificación 14. (14 de diciembre de 2006). *Ley de Arbitraje y Mediación*. Ecuador: Registro oficial 417.
- Codificación 15. ( 13 de abril de 2004 ). *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. Registro Oficial No. 312.
- Extractos de consultas septiembre 2012*. (s.f.). Recuperado el 22 de agosto de 2016, de PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: <http://www.pge.gob.ec/images/docman/extractoseptiembre2012.pdf>
- García De Enterría, E. (2004). *Curso de Derecho Administrativo I* (Ducodécima ed.). Madrid: Thompson Civitas.
- González de Cossío, F. (s.f.). *Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles*. Obtenido de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTRIVERSIAS.pdf>
- Ley No. 1. (4 de agosto de 2008). *Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 395.
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- Merchán, J. M. (s.f.). *El tratamiento del arbitraje en la nueva constitución ecuatoriana*. Recuperado el 22 de agosto de 2016, de Universidad San Francisco de Quito: [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenido\\_s/Documents/IurisDictio\\_12/El\\_tratamiento\\_del\\_arbitraje%20.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenido_s/Documents/IurisDictio_12/El_tratamiento_del_arbitraje%20.pdf)

- Orellana, E. N. (s.f.). *Latin Arbitration Law*. Obtenido de La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación.
- Puig, A. S. (3 de octubre de 2008). *El tratamiento del arbitraje en la nueva constitucion del ecuador 2008*. Recuperado el 22 de agosto de 2016, de Instituto ecuatoriano de arbitraje:  
<http://institutoecuatorianodearbitraje.blogspot.com/2008/10/el-tratamiento-del-arbitraje-en-la.html>
- Resolución de la Procuraduría General del Estado No. 94. (29 de octubre de 2013). *Reglamento orgánico funcional de la procuraduría general del estado*. Ecuador: Registro Oficial Edición Especial 63 .
- Rodríguez Unda, M. (2014). La materia arbitrable en el sector público y el rol de la procuraduría general del estado.
- Salcedo Verduga, E. (2001). *El Arbitraje: La Justicia Alternativa* (Primera ed.). Guayaquil, Ecuador: Editorial Jurídica Míguez Mosquera.
- Zumárraga, C. (2012). Arbitraje sobre potestades públicas en el derecho minero ecuatoriano. *Revista ecuatoriana de arbitraje*, 35.





## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Cindrich González, Danica Pola**, con C.C: # **09188851098**, autora del trabajo de titulación: **ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA** 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, **29 de agosto de 2016**

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **Cindrich González, Danica Pola**

C.C: **0918851098**



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Arbitraje en la contratación pública		
AUTOR(ES)	Danica Pola Cindrich González		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Javier Eduardo Aguirre Valdez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y ciencias sociales y políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los juzgados y tribunales de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	29 de 08 de 2016	No. PÁGINAS:	DE 23
ÁREAS TEMÁTICAS:	ARBITRAJE - CONTRATACIÓN PÚBLICA - DERECHO PÚBLICO		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	ARBITRAJE, CONTRATACIÓN PÚBLICA, PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, CAPACIDAD, POLÍTICA PÚBLICA, EQUIDAD.		

**RESUMEN/ABSTRACT:** Ante la crisis que sufre en la actualidad el sistema judicial, sobre todo en países como el nuestro, el arbitraje se ha vuelto un método alternativo de solución de conflictos cada vez más utilizado. Las bondades del arbitraje, como su rapidez, economía, especialidad de los árbitros, intermediación, confidencialidad y confiabilidad ponen de manifiesto todas las falencias de la Administración de Justicia Estatal. Tradicionalmente en América Latina se ha visto a esta institución como una invasión a la soberanía del Estado. Por este motivo, países como el nuestro han puesto trabas al desarrollo del arbitraje mediante su legislación en lugar de aprovechar las ventajas de este método alternativo de solución de conflictos, especialmente en el ámbito de la contratación pública, que por su trascendencia se vería beneficiado por todas las bondades del arbitraje.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-2-383293	E-mail: danicacindrichg@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Cindrich González, Danica Pola	
	Teléfono: +593-4-2118334	
	E-mail: jaguirre@valverdeaguirre.com	
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		