



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
“ANDRÉS F. CÓRDOVA”

TESIS DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO  
DE ABOGADO

TEMA:

“EL JUZGAMIENTO ARBITRAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS  
DICTADOS EN VIRTUD DE LAS POTESTADES EXORBITANTES DE  
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL EJERCICIO DE LA  
ACTIVIDAD CONVENCIONAL DEL ESTADO”

AUTOR:

**SEBASTIÁN IBARRA GONZÁLEZ.**

DIRECTOR DE TESIS:  
DR. EDISON TORO CALDERÓN

QUITO, ECUADOR  
AÑO 2017

## CERTIFICACIÓN

Yo, Sebastián **Ibarra González**:. con cédula de ciudadanía número 171774861.8 egresado de la Facultad de Jurisprudencia “Andrés F. Córdova” de la UIDE, declaro que soy el autor exclusivo de la presente investigación y que ésta es original, auténtica y personal. Todos los efectos académicos y legales que se desprenden de la presente investigación, serán de mi sola y exclusiva responsabilidad.

San Francisco de Quito D.M., 07 de marzo de 2017

-----  
**Sebastián Ibarra González**:.  
AUTOR

## **DEDICATORIA**

A mis padres, pilares fundamentales de mi formación personal, de quienes recibí la mejor enseñanza, el valor de la JUSTICIA y la VERDAD. A Martina y Natalia, fuente inagotable de AMOR e INSPIRACIÓN.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a los profesores Diego Zambrano, Andrés Salazar y Edison Toro, por la rigurosidad técnica y académica con la que analizaron cada uno de los argumentos expuestos en el presente trabajo de titulación y por los valiosos aportes realizados para enriquecer su contenido. En el mismo sentido agradezco a la decana de la Facultad de Jurisprudencia “Andrés F. Córdova” de la Universidad Internacional del Ecuador -UIDE- abogada María Paula Romo.

*«Los hombres no somos más que la  
suma de nuestros propios actos:  
llega a ser quien eres»*

## RESUMEN

La jurisdicción contencioso administrativa surgió con el propósito de dirimir los conflictos entre la Administración y los administrados. Constituye por antonomasia el órgano jurisdiccional competente para administrar justicia en la materia; y con ello ejercer el control de la potestad reglamentaria -recurso de anulación u objetivo- y la voluntad administrativa -recurso de plena jurisdicción o subjetivo- que incluye su actividad convencional.

Por otro lado, el arbitraje en derecho público, ha inaugurado un nuevo sistema de solución de conflictos entre el Estado y los ciudadanos, especialmente en contratación pública. Aunque, gran parte de la producción jurídica ha limitado la competencia de los árbitros a aquellas materias transigibles y por ende ha restringido la posibilidad de juzgar aquellas potestades exorbitantes de la Administración en el ejercicio de su actividad convencional, lo anterior nos obliga a replantear el alcance de la justicia arbitral.

La hipótesis que planteamos frente al problema identificado en líneas anteriores se inclina a favor del juzgamiento arbitral de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del

Estado, ya que para nosotros la competencia arbitral en contratación pública atiende fundamentalmente a consideraciones normativas; es decir, potestades reconocidas en la ley, y no simplemente a aquello que la Administración puede disponer libremente -transigibilidad-.

La resistencia de los teóricos clásicos en la materia ha sido muy bien recogida por el profesor (Parada, 2012, pág. 473 y 474) cuando señala que “dejar en manos de terceros, simples súbditos, la posibilidad de resolver los conflictos en que la Administración es parte, tradicionalmente se contemplaría como una abdicación del poder propio del Estado”, pero al ser nuestro Estado de derechos y justicia es necesario deconstruir algunos conceptos anacrónicos por el bien superior de nuestra organización social, que no es otro que la justicia.

## **INTRODUCCIÓN**

El motivo del presente trabajo de titulación nació a partir de un caso práctico de arbitraje signado con el Nro. 009-11 que fue presentado el 14 de marzo de 2011; a las 13h30 por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT -EP- en contra de ZTE Corporation en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, en donde la institución accionante luego de haber terminado anticipada y unilateralmente el contrato, en uso de su potestad exorbitante rescisoria frente al incumplimiento contractual de la compañía accionada, demando la declaración de incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales por parte de ZTE Corporation y el correspondiente daño causado. ANEXO 1

El laudo arbitral a través del cual el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil resolvió la controversia, en el punto 23 hace un análisis sobre la competencia del tribunal para el control del acto administrativo por el cual la empresa pública demandante termina anticipada y unilateralmente la relación contractual en virtud de su potestad exorbitante rescisoria en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, ya que es esto lo que le permitió posteriormente a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT -EP- demandar la indemnización de daños correspondiente.

Con el fin de demostrar la hipótesis del presente trabajo de titulación, relacionado con la competencia de los árbitros para el juzgamiento de las potestades exorbitantes en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, se ha dividido la presente investigación en cuatro capítulos, cada uno de ellos encaminado a responder una pregunta respectivamente: Capítulo I ¿Qué es el arbitraje?, Capítulo II ¿Qué es el acto administrativo?, Capítulo III ¿Cuáles son las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado? y el capítulo IV ¿Son competentes los árbitros para juzgar las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado?.

El Estado es el espacio geográfico en donde el ser humano convive en sociedad de forma jurídicamente organizada. Dicha convivencia supone la existencia de diferentes puntos de vista, diversidad de criterios e intereses muchas veces contrapuestos; los cuales pueden degenerar en un conflicto. El orden jurisdiccional constituye un mecanismo racional y reglado para la solución de conflictos, de forma civilizada, en aras de garantizar la justicia, la equidad, y sobre todo conservar la armonía de los asociados al evitar rupturas en la comunidad. De no resolverse los conflictos en un plazo razonable, esta finalidad también queda demorada hasta el punto de no ser capaz de satisfacer a las partes.

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. En ese sentido la justicia constituye un valor supremo -motivo y razón de ser del Estado. “La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional” (Ferrajoli, 2009, pág. 55). Mismo que en principio asume exclusivamente la potestad de administrar justicia, aquella titularidad implica la existencia de mecanismos y formulas institucionalizadas para la protección de los derechos, de tal modo que los imperativos de la justicia queden mínimamente garantizados con el fin de evitar el ejercicio arbitrario y abusivo de la autotutela jurídica.

En el Estado moderno, la figura del juez representa uno de los elementos del concepto de soberanía, el mismo que está investido de autoridad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y como tal, es la piedra angular de lo que conocemos como sistema judicial. El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos reconocido por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 190. Es un mecanismo de orden adversarial, que por la voluntad de las partes, sustrae circunstancialmente el litigio de la jurisdicción común. Así, el árbitro se presenta como un tercero imparcial cuyo pronunciamiento es

vinculante y obligatorio para los litigantes en lo atinente a los hechos, pretensiones y excepciones que marcan la traba de la litis.

En ese sentido, el árbitro al igual que el juez está obligado a garantizar la tutela efectiva de los derechos atendiendo los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 75 y 76 de la Carta Fundamental del Ecuador, de tal forma que sus pronunciamientos constituyan verdaderas declaraciones de administración de justicia, dentro del marco del derecho a la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 de la Constitución ecuatoriana.

Aunque lo anteriormente expuesto es promisorio para el arbitraje, debe advertirse que los árbitros no están habilitados para juzgar sobre toda cuestión; tal es el caso, de las potestades exorbitantes de las que goza la Administración pública en el ejercicio de su actividad convencional. En consecuencia, esta materia es de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativo. Pese a que esta posición parece ser categórica, no resulta concluyente; y esto porque tal parece que el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, reconoce a los árbitros la competencia para resolver aquellos conflictos relacionados con el control y fiscalización de la potestad sancionatoria -multas- en la relación contractual del Estado con los administrados.

Cabe cuestionarnos entonces, frente a la problemática que aborda este trabajo de investigación, si los árbitros, ¿son competentes para juzgar las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de su actividad convencional? En cuyo caso las fronteras tradicionales del arbitraje serían superadas y con ello reafirmaríamos el control pleno de la justicia arbitral, sin cortapisas al quehacer administrativo. Finalmente nos preguntamos si ¿Es posible que los árbitros pueden juzgar asuntos relacionados con el orden público?, en caso de ser positiva la respuesta estaríamos frente a la liberación del arbitraje en derecho administrativo, particularmente en contratación pública y con ello la identificación de los actos administrativos arbitrales.

## CAPÍTULO I

### **EL ARBITRAJE**

El capítulo I denominado “El arbitraje” está compuesto por tres subtítulos y tiene como propósito responder la siguiente pregunta: ¿Qué es el arbitraje? El primero se titula “Naturaleza jurídica del arbitraje”; el segundo “El convenio arbitral”; y, el tercero “El laudo arbitral”. La importancia del tratamiento de este capítulo radica en la necesidad de identificar las particularidades del arbitraje, en la medida que éste sería potencialmente el mecanismo alternativo para el juzgamiento de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración en el ejercicio de la actividad convencional del Estado.

#### **I. Naturaleza jurídica del arbitraje.**

El poder público llamado soberanía es una unidad indisoluble y constituye un elemento fundamental del Estado, en su acepción clásica se la entiende como el poder que no está sujeto a otro poder, tal como lo expresa en su obra el profesor (Seara, 2009, pp. 89 - 101). Por razones funcionales, éste es encargado a distintos órganos, a través de los cuales el Estado manifiesta su voluntad y concreta su actuación. “En las organizaciones sociales modernas el Estado ha provisto a ciertos órganos la facultad de resolver controversias” (Caivano, 2000, pág. 91).

Los tribunales judiciales de carácter público son los que naturalmente están facultados para administrar justicia. “La función jurisdiccional -independiente de otros poderes del Estado- es considerada como propia de la esencia de la autoridad y el poder estatal, como una de las manifestaciones de la soberanía” (Caivano, 2000, pág. 91).

La Jurisdicción puede ser definida como el Poder Judicial, integrado por Jueces y Magistrados, quienes, por su independencia y sumisión a la Ley y al Derecho, ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente están legitimados para la resolución jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para la protección de los derechos, el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico (Gimeno, 2010, pág. 29).

El arbitraje es alternativo a los tribunales estatales porque las partes deciden componer un eventual conflicto ante un tercero imparcial llamado árbitro, que no forma parte del Poder Judicial. Este tercero no está de ninguna manera subordinado a los litigantes, ni tampoco los auxilia para que acuerden una solución, ese comportamiento independiente y autónomo favorece a la composición imparcial del proceso.

El arbitraje es un sistema de resolución de conflictos hetero-compositivos. En los sistemas hetero-compositivos, un tercero imparcial dirime la controversia de manera definitiva, tomando la decisión que estima oportuna ante el conflicto planteado entre ellas evitando que el conflicto se reproduzca [...] (Gisbert, 2015, pág. 22).

Con el único propósito académico de distinguir el arbitraje de la mediación es preciso señalar que éste último es un método alternativo de solución de conflictos asistido, en donde un tercero imparcial ayuda a las partes a encontrar una solución al conflicto mutuamente aceptable. El mediador no actúa como árbitro ya que no puede imponer una decisión, más bien su papel es el de facilitador que permite identificar los puntos de controversia y explorar las posibles soluciones.

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos intersubjetivos [...] -es un mecanismo de solución de controversias adversarial y adjudicativo en manos de un tercero denominado árbitro- Cuando se recurre al arbitraje las partes buscan la solución de un conflicto presente o por presentarse y, en consecuencia, que las discrepancias surgidas o que puedan surgir entre ellas sean resueltas en forma definitiva (Salcedo, 2001, pág. 11 y 12).

En su obra el profesor Caivano (2000, pág. 22) establece que: “Para determinar la naturaleza jurídica del arbitraje hay que definir si efectivamente el servicio jurisdiccional corresponde exclusivamente al Estado, o por el contrario puede encarnar en personas ajenas orgánicamente a este, a través de un árbitro”. La doctrina relacionada con la materia ha desarrollado dos teorías encaminadas a explicar la naturaleza jurídica del arbitraje. La primera responde al derecho privado y se la conoce como “*Teoría contractualista*” y la segunda relacionada con el derecho público se la denominada “*Teoría jurisdiccionalista*”. (Salcedo, 2001, págs. 53-59)

## 1.1 Teoría contractualista.

La teoría contractualista explica la naturaleza jurídica del arbitraje haciendo énfasis en el carácter privado y convencional de la institución. Para este sector de la academia, el nacimiento de todo proceso arbitral se sitúa en el convenio de las partes; es decir, en la facultad que tienen éstos en virtud de su voluntad, para confiar a un tercero llamado árbitro, la composición del conflicto -autonomía de la voluntad-. “El arbitraje tiene una naturaleza privada. Proviene de un acuerdo de voluntades entre las partes; que convienen en someter sus diferencias a la decisión de los árbitros” (Montoya, 1988, pág. 34).

El arbitraje tiene su origen en un acuerdo de voluntades -convenio arbitral- mediante el cual las partes someten sus controversias susceptibles de transacción a la decisión de uno o varios terceros; estos terceros se obligan a resolver el asunto controvertido a través de una aceptación expresa de tal encargo; una vez efectuada dicha aceptación, la actividad de los árbitros se desarrolla a través de un procedimiento que culmina con el laudo, el cual produce efectos idénticos al de cosa juzgada (Salcedo, 2001, pág. 53).

Para la profesora Gisbert (2015, pág. 45) “La naturaleza jurídica del arbitraje es convencional en cuanto al origen y legitimación” y, por lo tanto, para la *teoría contractualista* resulta impreciso señalar que la facultad de los árbitros para resolver el conflicto es delegada por el Estado, ya que la función jurisdiccional es una de las formas en las que se exterioriza la soberanía y como tal es un atributo indelegable.

En efecto, la jurisdicción no puede ser en ningún caso de naturaleza privada, la jurisdicción es esencialmente pública y exclusiva del Estado. En palabras del profesor Chiovenda (1992, pág. 127) “el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada [...]; sus facultades se derivan de la voluntad de las partes expresadas de conformidad con la ley [...]”. Otro elemento que abona la idea de que los árbitros no gozan de plena jurisdicción, y por lo tanto no son jueces en estricto sentido, sino simplemente particulares que administran justicia por voluntad de las partes, es la imposibilidad de ejercer coerción en el cumplimiento del laudo arbitral.

Para el profesor Mohorade (2001, pág. 45 y 46) el árbitro en el ejercicio de sus atribuciones está investido de las siguientes facultades: «*Notio*» (derecho de citar al demandado); «*Vocatio*» (disponer la producción de pruebas); «*Iudicium*» (facultad de dictar sentencia); más no de «*Imperium*» (facultad para hacer cumplir su decisión) -ejecución del laudo arbitral-, esta última exclusiva del juez común. “A los árbitros sólo se les concede la posibilidad de ‘juzgar’ pero no de ‘ejecutar lo juzgado’, ya que, en cualquier caso, la ejecución del laudo está siempre atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado” (González J. , 1991, pág. 770).

La imposibilidad de ejercer coerción en los particulares para obtener el cumplimiento forzado de una determinada conducta, robustece la concepción de que el árbitro no ejerce una verdadera jurisdicción, por cuanto esta lleva implícita la fuerza coercitiva emanada del poder del Estado, -por lo tanto se vislumbra que la efectividad de la decisión arbitral radica en el compromiso de acatarla que las partes asumieron- (Caivano, 2000, pág. 95).

## **1.2 Teoría jurisdiccionalista.**

La *teoría jurisdiccionalista* se sostiene sobre la base de la posibilidad de desplazar la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales. Aquella delegación permite que unos terceros llamados árbitros ostenten la potestad de administrar justicia para la solución de una controversia en concreto.

El arbitraje constituye un proceso semejante al jurisdiccional en cuanto a la posibilidad de componer las controversias suscitadas entre las partes por medio de la emisión de un laudo arbitral, el mismo que será considerado por el ordenamiento jurídico como una genuina sentencia judicial. En ese sentido “[...] los árbitros detentan plena jurisdicción siendo, en este sentido perfectamente equiparables a los jueces estatales” (Mohorade, 2001, pág. 47).

El acuerdo de arbitraje es una limitación al monopolio del Estado respecto de la justicia, pero es una limitación aceptada y autorizada por el Estado, lo que explica no sólo que se puede concebir esa limitación únicamente con la permisión de la ley estatal, que puede

prohibirla en ciertos ámbitos de la misma manera que puede dictar condiciones de validez más o menos estrictas, sino que también el Estado ejerce un control jurisdiccional sobre el laudo que necesita ser ejecutado por parte del juez estatal (Larroumet, 2005, pág. 14).

Si bien los árbitros son nombrados por las partes para componer el conflicto -principio de autonomía de la voluntad-, es preciso señalar que aquella titularidad que les faculta administrar justicia se debe a la delegación de funciones que el Estado reconoce por ley, a favor de los éstos; es decir, su origen es siempre estatal. Cuestión que fue advertida por el propio profesor Caivano (2000, pág. 96) “No es sólo la voluntad de las partes la que atribuye jurisdicción a los árbitros, es también el Estado como titular de esa jurisdicción quien la posibilita a través del ordenamiento jurídico”. De tal forma que el convenio arbitral no es más que un elemento operativo, a través del cual se materializan los postulados legales.

[...] el árbitro, en el ejercicio de su menester, actúa con innegable holgura llegando a concretar un acto pleno de jurisdiccionalidad como es el laudo. En ese sentido, cabe conceder debido relieve a la circunstancia de que, Juez y árbitro, tal como a quedado apuntado -salvo expresas limitaciones legales para ejecutar sus resoluciones-, son perfectamente equiparables (Mohorade, 2001, pág. 47).

De acuerdo con esta corriente, se podría inferir que los árbitros ejercen la función jurisdiccional de forma semejante y equiparable a la actividad de los jueces estatales de la justicia ordinaria. Esto explicaría la razón por la cual los laudos arbitrales están revestidos de la misma

fuerza que las sentencias pasadas por autoridad de cosa juzgada, de última y definitiva instancia. En consecuencia, los laudos se ejecutorían del mismo modo que las sentencias; esto es, siguiendo la vía de apremio. En definitiva, la teoría jurisdiccionalista concibe al arbitraje como un instituto de naturaleza jurisdiccional y el laudo arbitral como una autentica sentencia judicial.

En el Ecuador fue el Código de Procedimiento Civil de 1953 publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro.133 de 07 de febrero de 1953 el que incorporó el arbitraje en nuestra legislación. Adicionalmente estaba vigente la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo Nro. 735 de 23 de octubre de 1963 publicada en el Registro Oficial Nro. 90 de 28 de octubre de 1963. Las normas anteriores fueron derogadas y sustituidas por la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial Nro. 145 de 04 de septiembre de 1997. Aunque finalmente fue con la Constitución de Montecristi de 2008 publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008 que el arbitraje alcanzó el rango constitucional.

El Código Orgánico de la Función Judicial -COFJ- publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 544 el 09 de marzo de 2009, ha superado el debate académico abordado anteriormente, al establecer la función jurisdiccional de los árbitros, tal como lo señala el artículo 7 del

cuerpo normativo en referencia: “PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley [...] Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley [...]”.

## **II. El convenio arbitral.**

El acuerdo de voluntades por el cual las partes deciden componer su conflicto ante unos terceros imparciales llamados árbitros, dejando a un lado la justicia ordinaria se conoce como “acuerdo arbitral”, “pacto arbitral”, “convenio arbitral” o “cláusula arbitral”, mecanismo a través del cual las partes deciden solucionar sus diferencias presentes o futuras. En palabras del profesor Gil (1993, pág. 14 y 15) a través del convenio arbitral “[...] las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual o en situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria”.

El convenio o cláusula arbitral es el acto concreto mediante el cual las partes ejercen su libertad contractual y autonomía de la voluntad para someter a un procedimiento arbitral las diferencias que provienen de una relación jurídica contractual o extracontractual determinada. La autonomía de la voluntad, como poder creador de normas individuales entre los contratantes, como máxima ley entre las partes, autorizada por el ordenamiento jurídico, determina las condiciones en que debe resolverse dicha controversia (Gisbert, 2015, pág. 36).

Para el profesor Salcedo (2001, pág. 64) “el pacto de arbitraje se estructura en dos acuerdos diferentes: primero la cláusula compromisoria y cronológicamente posterior a aquella el compromiso arbitral”. La cláusula compromisoria es aquella expresión de la voluntad de las partes que constituye un acto jurídico por el cual deciden componer sus cuestiones litigiosas presentes o futuras producto de una relación jurídica ante un tercero imparcial llamado árbitro.

Posteriormente, y si se verifica dicho conflicto se determinará concretamente los puntos sobre los cuales deberán pronunciarse los árbitros -compromiso arbitral-. Así podemos reconocer los dos tipos de actos que comprenden el convenio arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Tanto el uno como el otro persiguen el mismo fin, y es el traslado del pleito a decisión de los árbitros. En palabras de Gisbert (2015, pág. 47). “el objeto de este acuerdo es procesal: las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales e investir a uno o más árbitros con la autoridad para decidir”.

La cláusula compromisoria, por la que se someten a arbitraje -en términos más o menos genéricos- todas las cuestiones que eventualmente pudieran surgir de una relación jurídica de base que une a las partes; y el compromiso arbitral, cronológicamente posterior a aquélla, cuyo propósito es concretar en forma completa los aspectos operativos del arbitraje, con referencia a un litigio que ya se ha presentado (Caivano, 2000, pág. 108).

Finalmente, el convenio arbitral produce dos efectos o acciones fundamentales: el primero, conocido teóricamente como *efecto positivo*, que consiste en el compromiso nacido del convenio arbitral para someter al arbitraje aquellas controversias surgidas producto de una relación contractual entre las partes; y el segundo, denominado *efecto negativo, impeditivo o preclusivo*, que se traduce en la prohibición de la justicia ordinaria para conocer dichas controversias.

Así, la existencia del convenio arbitral constituiría la excepción dilatoria por la cual los tribunales ordinarios están obligados a inhibirse del conocimiento de la causa; y consecuentemente, declinar la competencia a favor de un árbitro.

Desde el punto de vista procesal, el convenio arbitral constituye el fundamento de una excepción de arbitraje, en virtud de la cual, los jueces ordinarios son incompetentes para conocer del arbitraje que surja del pacto compromisorio. El efecto negativo, se refiere en sentido estricto, al deber de abstención de los jueces ordinarios en no continuar la tramitación del proceso judicial iniciado ante ellos para permitir que sea resuelto por un tribunal arbitral (Salcedo, 2001, pág. 79).

## **2.1 La cláusula compromisoria.**

Esencialmente, la cláusula compromisoria es el acuerdo de voluntades; es decir, una declaración de naturaleza convencional por la cual las partes deciden componer su controversia a través del arbitraje;

en definitiva ésta, “expresa la voluntad de las partes para someter al arbitraje controversias presente o futuras que puedan suscitarse por el contrato en el que la cláusula está inserta [...]” (Briseño, 1989, pág. 27). Cabe puntualizar que aquellas divergencias son meras expectativas, por lo tanto inexistentes al momento de suscribir la relación convencional.

Lo anterior demuestra el carácter preparatorio de la cláusula compromisoria, por lo que, en el caso de verificarse la existencia de un conflicto, será necesario celebrar un compromiso arbitral, el mismo que las partes se habían prometido celebrarlo en el futuro. En este punto es importante señalar que la cláusula compromisoria forma parte de un contrato principal, y son justamente los conflictos que puedan surgir de aquella relación jurídica los que se pretenden componer a través del arbitraje, por lo tanto, resultaría equivocado componer un conflicto ajeno a la relación convencional de las partes. Para el profesor Caivano (2000, pág. 127) “Las cuestiones litigiosas para las que se prevé la cláusula deben surgir de una relación jurídica de fondo que une a las partes, que habitualmente será de naturaleza convencional”.

## **2.2 El compromiso arbitral.**

Una vez verificado el conflicto, y con fundamento en la cláusula compromisoria, las partes deberán establecer los aspectos puntuales para

la composición arbitral del pleito, y aunque si bien esto no implica el inicio del proceso, las partes podrán ponerlo en marcha, en cualquier momento, por medio de la presentación de la correspondiente demanda arbitral. Así, a través del compromiso arbitral se procederá a instrumentalizar el arbitraje.

El contenido del compromiso arbitral complementa la cláusula compromisoria y perfecciona el convenio arbitral, sustrayendo la competencia de los jueces estatales al arbitraje. El régimen de doble acuerdo del convenio arbitral; esto es, cláusula compromisoria y después un compromiso arbitral, podría significar un obstáculo para el ejercicio del arbitraje, cuestión que ha sido superada gracias a la noción de convenio arbitral único que nuestra legislación recoge en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación:

El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter al 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 [...] (Registro Oficial Nro. 417 de 14 de diciembre de 2006).

### **III. El laudo arbitral.**

La decisión de los árbitros que pone fin al pleito se denomina *laudo arbitral*, el cual no es sino un acto decisorio investido de una

fuerza vinculante para las partes, es el equivalente a una auténtica sentencia judicial. “La sentencia arbitral o laudo es el acto jurisdiccional por el cual los árbitros cumplen con su encargo, declaran el derecho o la equidad del caso, resuelven las cuestiones prometidas y transforman la inconformidad en satisfacción jurídica” (Barrios, 1996, pág. 61).

El laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone término al proceso arbitral, resolviendo en forma definitiva la controversia que las partes sometieron a su conocimiento. Tanto por su contenido formal como por el sustancial, el laudo equivale a una verdadera sentencia y, por esta razón, su alcance y efecto son idénticos (Salcedo, 2001, pág. 131).

Con el laudo arbitral concluye la facultad de los árbitros para componer el conflicto, puesto que la ejecución de lo decidido corresponde a la justicia ordinaria por medio de la vía de apremio. “La emisión del fallo arbitral significa dejar cumplido su cometido; es decir, imponer a las partes una solución para las diferencias que los separaban. Para eso fueron llamados” (Salcedo, 2001, pág. 131).

La competencia de la autoridad jurisdiccional no se agota con su pronunciamiento -sentencia-; sino que además, el juez cuenta con la potestad para ejecutar lo juzgado, esto último determina una diferencia fundamental entre jueces y árbitros respectivamente. Al respecto el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece:

[...] Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo (Registro Oficial Nro. 417 de 14 de diciembre de 2006).

### **3.1 Contenido y ejecución del laudo arbitral.**

La decisión arbitral, que pone fin al conflicto debe resolver cada una de las pretensiones y los puntos controvertidos que las partes pusieron en conocimiento de los árbitros, caso contrario nos enfrentamos a una eventual declaración de nulidad del laudo arbitral. La exposición de los argumentos sobre los cuales se apoya la decisión de los árbitros para resolver el pleito debe ser clara y lógica. Ya sea el arbitraje en derecho o equidad, la decisión arbitral deberá resolver únicamente las cuestiones planteadas por las partes.

Existe consenso en que puede definirse como laudo la decisión que pone fin al proceso arbitral, ya sea porque el Tribunal arbitral resuelve en forma definitiva la controversia que se le ha sometido, que versa sobre el fondo, sobre la jurisdicción o sobre un aspecto de procedimiento que da lugar a finalizar el proceso. Asimismo, el laudo deberá emanar de los árbitros designados por las partes (o de acuerdo al mecanismo que éstas pactaron) y será obligatorio y vinculante para ellas (Macchia & Zapiola, 2009, pág. 131).

Para el profesor Caivano (2000, págs. 76 y 77) en el arbitraje en derecho, los árbitros deben argumentar su decisión con total apego a las normas de derecho positivo, mientras que en el caso de que las partes

hayan decidido someterse al arbitraje en equidad los árbitros no están relevados de fundamentar su decisión o peor aún resolver el conflicto arbitrariamente, cuando en efecto la intención de las partes en este último caso es que su pronunciamiento de fondo se desarrolle en virtud de la equidad y leal saber y entender. Lo anterior no impide que los amigables componedores apoyen su decisión en las normas de derecho positivo.

La letra l), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008 establece:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Adicionalmente, la argumentación del laudo arbitral debe apoyarse en el “*principio de congruencia*” para evitar su posterior nulidad; es decir, “la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso más la oposición u oposiciones que delimitan este objeto” (Guasp, 1998, pág. 517).

De tal forma que como lo sostiene el profesor Salcedo (2001, pág. 136) el árbitro al momento de resolver el conflicto no vaya más allá de lo pedido por las partes «*ne eat iudex ultra petita partium*»; o lo contrario, que resuelva menos de lo pedido por las partes «*ne eat iudex citra petita partium*»; y peor aún, que resuelva algo distinto a lo demandado por las partes «*ne eat iudex extra petita partium*», caso contrario podría la decisión de los árbitros adolecer de nulidad conforme lo establece la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. “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 [...]”.

El laudo arbitral no solo debe atender la necesidad de resolver los conflictos, también ha de tutelar los derechos inmersos en él; y con ello, revestir de legalidad y legitimidad el pronunciamiento del árbitro. En tal virtud, el Estado reconoce en el laudo arbitral fuerza de cosa juzgada «*res iudicata pro veritate habetur*»; lo cual significa que “no puede ser impugnada; esto es, atacada en el mismo proceso en que se dictó, en un grado ulterior del procedimiento o en un recurso extraordinario” (Guasp, 1998, pág. 987 y 988); y de ser necesario, la aplicación coercitiva estatal para su ejecución.

La asimilación del laudo arbitral con la sentencia judicial no es sólo en cuenta a su naturaleza: alcanza también a sus efectos, desde

que las legislaciones, en general, le reconocen idéntica eficacia jurídica, al permitir su ejecución. Esto significa, en otras palabras, que el Estado pone a disposición de quien haya resultado beneficiado, su *imperium*, su fuerza coactiva, su estructura, y la posibilidad de ejercer coerción para lograr la satisfacción de los derechos que el laudo le atribuye (Caivano, 2000, pág. 268 y 269).

Si bien el laudo arbitral tiene el valor equivalente al de la sentencia dictada dentro de un proceso judicial, con los mismos efectos de ejecutoriedad y cosa juzgada -característica propia de los actos jurisdiccionales-, los árbitros sólo tiene facultades cognoscitivas -juzgar- ; es decir, valorar los fundamentos de hecho y de derecho para resolver el conflicto, pero de ninguna manera ejecutar lo juzgado, lo cual es atributo exclusivo de los jueces estatales, conforme lo establece el primer inciso del artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, al señalar que una vez ejecutoriada la decisión de los árbitros, cualquiera de las partes podrá promover la correspondiente ejecución del laudo arbitral a los jueces ordinarios siempre y cuando ésta no haya sido cumplida espontáneamente.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada (Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008).

A manera de conclusión y con el objetivo de responder la pregunta planteada para el desarrollo del presente capítulo, diremos que el

arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos, en el que las partes eligen a un tercero imparcial llamado árbitro para que resuelva su conflicto a través de un laudo arbitral, decisión que tiene fuerza de sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada.

La institución jurídica del arbitraje se justifica doctrinalmente como medio de solución de conflictos mediante el que el Estado, al conceder a los particulares libertad para disponer de la suerte de sus intereses materiales, les permite que la resolución de sus litigios civiles, en los que no se halle implícito un interés público de tal naturaleza que lo haga imposible, se entregue por ellos para su resolución, no a los tribunales de justicia estatales, sino a un organismo especial y privado que se encargue de tutelarlos a través de la institución de referencia, bien sea en la variante del llamado arbitraje en derecho, en el que los árbitros deben fallar con arreglo al mismo, o bien en la del arbitraje de equidad, en el que la resolución del conflicto interindividual de intereses se alcanza por los árbitros con arreglo a su leal saber y entender, sin necesidad de proceder a la aplicación de normas jurídicas estatales que regulan la materia en la que se ha suscitado discrepancia [sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1990 RJ 1990,2711] (Gisbert, 2015, pág. 27).

Si bien para el profesor (Bullard, 2016, pág. 684) la doctrina de los actos de Estado impide la fiscalización de éstos ante los tribunales arbitrables, ya que son la expresión del ejercicio del poder público, la evolución favorable del arbitraje en contratación pública ha provocado la discusión de la materia. Lo anterior se debe a la participación del Estado en la economía y su vinculación convencional con los particulares. En ese sentido, el encuentro del arbitraje y el derecho administrativo, particularmente la contratación pública ha provocado varias reacciones y sobre todo cuestionamientos:

¿Cómo explicar que árbitros privados puedan resolver asuntos que atañen al orden público? ¿Puede el Estado renunciar a su inmunidad soberana y aceptar que las controversias derivadas de los contratos administrativos que celebra, y que afectan el uso de recursos públicos, sea decidido por un tribunal arbitral privado, sustrayendo el tema del conocimiento de las Cortes Ordinarias? [...] El encuentro aparece entonces como uno en el que las cosas son puestas al revés y la soberanía del Estado y sus potestades públicas, quedan sometidas a un sistema privado de solución de controversias (Bullard, 2016, pág. 668).

Aunque en otros tiempos se consideraba al derecho administrativo y el arbitraje como términos opuestos, en el caso de contratación pública en el Ecuador se lo reconoce en derecho conforme lo dispone el segundo inciso del artículo 190 de la Constitución de la República; esto significa, que los árbitros deberán ser abogados y estarán obligados a sustentar su decisión conforme al derecho positivo interno, a los principios universales de derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina.

## **CAPÍTULO II**

### **EL ACTO ADMINISTRATIVO**

El capítulo II del presente trabajo de investigación, tiene como título “El acto administrativo”, mismo que está encaminado a resolver el siguiente cuestionamiento ¿Qué es el acto administrativo? En ese sentido está estructurado por tres subtítulos. El primero “Noción conceptual del acto administrativo”; el segundo “Características del acto administrativo”; y, el tercero “Elementos del acto administrativo”. El desarrollo de este capítulo tiene como propósito definir la noción misma del acto administrativo, identificar sus características conceptuales y analizar sus elementos.

#### **I. Noción conceptual del acto administrativo.**

El acto administrativo es considerado la piedra angular del derecho administrativo; sin embargo, los esfuerzos académicos por delimitar la noción conceptual del acto administrativo han sido insuficientes, provocando que los debates sobre la materia permanezcan vigentes debido a las diferentes nociones conceptuales del instituto en referencia. Así, tenemos, la noción formal, la noción material y la noción funcional.

Desde el punto de vista formal serían actos administrativos todos aquellos que emanaren de un órgano administrativo. Desde un punto de vista material, serían actos administrativos todos aquellos

actos que tuvieren contenido administrativo, independientemente de la naturaleza del órgano que emanaran, [...] y tomando en consideración el derecho aplicable -derecho administrativo- podríamos deducir la noción funcional del acto administrativo (Diez M. , 1963, págs. 203 - 204).

Para el profesor Escuín (2009, pág. 71) la doctrina administrativa ha enfrentado diversos problemas a la hora de construir un concepto homogéneo de acto administrativo debido en gran medida a que este ejercicio se ha desarrollado sobre la base de una de las instituciones nucleares del derecho privado conocida como acto jurídico. Aunque por otro lado justamente las diferencias entre uno y otro han justificado la existencia de una teoría propia del acto administrativo. En este punto cabe precisar las diferencias sustanciales entre acto jurídico y acto administrativo las cuales son perfectamente identificadas por Bielsa:

Por lo menos uno de los sujetos en el acto administrativo es de derecho público, en cuanto a la causa y objeto es de interés público; y, finalmente que en el régimen de formación, modificación y extinción prevalece siempre la voluntad de la Administración pública (1964, pág. 16).

### **1.1 Definición del acto administrativo.**

Acto administrativo es la declaración unilateral de la voluntad administrativa realizada por la autoridad pública competente en el ejercicio material del quehacer administrativo encaminado a producir aquellos efectos jurídicos establecidos en la norma de derecho público;

es decir, “[...] toda declaración de voluntad unilateral y concreta, dictada por un órgano de la administración pública, en ejercicio de su competencia administrativa, cuyos efectos jurídicos son directos e inmediatos” (Pérez A. , 2003, pág. 53).

Lo anterior nos revela que el acto jurídico dictado en el ejercicio de la potestad pública constituye una verdadera expresión de la voluntad administrativa, misma que está encaminada a producir efectos jurídicos directos e individuales para la consecución de un fin administrativo determinado. Cabe resaltar que la potestad pública aludida anteriormente no es más que la expresión de la voluntad del legislador contenida en la Constitución y la ley, conforme lo establece el artículo 226 de la Constitución del Ecuador; en definitiva, el acto administrativo es un instrumento para atender el interés social y colectivo confiado a la administración pública.

La noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen administrativo exorbitante, propio y típico del derecho público, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto (Cassagne, 2013, pág. 124).

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE-, define al acto administrativo como “toda declaración unilateral

efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa” (Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo de 2002).

Cabe aclarar que la función administrativa no es exclusiva de la Función Ejecutiva, sino de cualquiera de las otras funciones del Estado en el ejercicio de una potestad administrativa. Para el profesor Pérez E. (1998, págs. 180-182) “Los actos administrativos no son únicamente expedidos por órganos del Poder Ejecutivo, pues ya se ha establecido que los otros Poderes, en sus respectivos ámbitos de competencia, pueden llegar a emitirlos”.

Es una declaración ya que constituye el resultado de un proceso intelectual exteriorizado, unilateral debido a que emanan únicamente de la Administración pública que responde al ejercicio material de la función administrativa encaminado a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de forma individual y directa. Sin estos últimos - efectos jurídicos- mal podría decirse que existe un acto administrativo.

[...] al lado de la declaración de voluntad destinada a la producción de efectos jurídicos subjetivos, pero que puede ser de juicio, conocimiento o deseo, o un hecho u operación material, entre los elementos del acto administrativo se incluye que su expedición sea el fruto del ejercicio de una función administrativa; conforme al criterio material esta puede estar a cargo de autoridad de otra rama del poder, y aun de particulares, de manera excepcional (Vidal, 1997, pág. 150)

El inciso segundo del artículo 364 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización -COOTAD- define la acto administrativo como “[...] toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa [...]” (Registro Oficial Suplemento Nro. 303 de 19 de octubre de 2010).

## **II. Características del acto administrativo.**

Fruto de la investigación se ha podido evidenciar la dispersión doctrinaria de la materia a la hora de establecer las características principales del acto administrativo, sin embargo, para los profesores Penagos (1977, págs. 37 - 68), Díez M. (1963, pág. 273), Pérez A. (2003, págs. 61 - 73) y Gordillo (2000, págs. V1 - V54) son las siguientes: ejecutividad, legitimidad y revocabilidad. Vale la pena advertir, antes de revisar individualmente cada una de ellas, que el acto administrativo emana únicamente de la Administración en el ejercicio de una potestad pública, por parte de una autoridad competente.

Los actos administrativos sólo pueden ser declarados por la Administración, lo que excluye la posibilidad de considerar actos administrativos a los actos de los entes públicos que no son la Administración -v. gr. cortes, cuyos representantes dictan actos jurisdiccionales- como actos de los particulares -sin atribuciones delegadas expresamente- (Bocanegra, 2002, pág. 68 y 69).

## **2.1 Principio de ejecutividad del acto administrativo.**

El principio de ejecutividad del acto administrativo tiene dos connotaciones: la primera responde a su carácter obligatorio; es decir, debe cumplirse irremediamente, mientras que la segunda entraña una fuerza irresistible por los intereses públicos que representa, de tal forma que incluso puede oponerse en contra de la voluntad de los obligados o destinatarios y con ello ejecutarlo coactivamente, sin la necesidad de acudir o contar con el auxilio del órgano jurisdiccional u otras autoridades. La ejecutividad o ejecutoriedad “expresa la prerrogativa de la Administración para proceder por sí misma, sin intervención previa de los tribunales a la ejecución forzosa de sus actos, empleando incluso la coacción” (Garrido, 2002, pág. 483).

La ejecutoriedad toma, como, fundamento la idea de que, debiendo la ley recibir ejecución, la Administración pública se perfila como el ente jurídicamente competente y capaz para poner en ejercicio la voluntad del legislador, realizando en el mundo de los actos, el supuesto hipotético de la norma. La característica de ejecutoriedad del acto administrativo, finalmente, se perfila como aquella fórmula y medida de respecto a la ley, aun en contra de la voluntad de los gobernados (Pérez A. , 2003, pág. 68).

El principio de ejecutividad corresponde al ejercicio de auto tutela de la Administración pública. Para que el acto pueda ser objeto de ejecución forzosa. Según el profesor Diez M. (1963, pág. 280) es

necesario: a) que sea un acto administrativo; b) que sea perfecto o jurídicamente eficaz; es decir, que ninguno de sus elementos adolezca de vicio alguno; y, c) que sea exigible; o sea, capaz de producir los efectos jurídicos a los que está destinado y no resulten materialmente imposibles.

En ese sentido la protección y verificación de los intereses confiados a la Administración frente a una manifestación contraria tendiente a obstaculizar el interés público que persigue el Estado son algunos de los elementos que justifican la ejecutividad del acto administrativo, ya que en estricto sentido, la satisfacción del interés general y colectivo de la comunidad no consiente demora alguna.

Los potenciales efectos jurídicos creados por el acto administrativo deben hacerse eficaces, para lo cual el ordenamiento le reconoce suficientes poderes de ejecución a la Administración, no sólo para que los dé a conocer, sino también, y de manera principal, para que los haga efectivos y eficaces unilateralmente, a través de los procesos o procedimientos operativos coherentes con lo dispuesto en ellos (Cassagne, 1971, págs. 49 - 55)

## **2.2 Principio de presunción de legitimidad del acto administrativo.**

Para el profesor Béjar (2011, pág. 15) el principio de legitimidad del acto administrativo advierte su validez y legalidad. Para que el acto administrativo sea considerado como legítimo en cuanto a la ley y válido respecto a los efectos jurídicos que produce, es necesario que sus elementos sean regulares. “La presunción de legitimidad de la actividad

administrativa se basa también en la idea de que los órganos administrativos son en realidad instrumentos desinteresados, que sólo persiguen la satisfacción de los intereses generales dentro del orden jurídico” (Diez M. , 1963, pág. 289).

El acto administrativo se perfecciona cuando en su producción concurren todos los elementos esenciales, lo que lleva consigo que se le atribuya presunción de validez. Ésta dispensa a la Administración autora del acto de seguir ningún tipo de proceso declarativo si alguien, en cualesquiera instancias, pusiera en duda o pretendiera su invalidez, presumiéndose válidos mientras su nulidad no haya sido declarada administrativa o judicialmente (Parada, 2012, pág. 141).

Para la verificación del principio de legitimidad del acto administrativo deben considerarse tres elementos: un hecho que sirve de antecedente, un razonamiento y un hecho que se presume, lo anterior integra la noción conceptual de la debida motivación del acto administrativo. En cuyo caso el administrado no podría sustituirse de los efectos jurídicos que éste produce hasta que no se demuestre y declare lo contrario administrativa o judicialmente.

Para el profesor Diez M. (1963, págs. 296 y 297) “los actos administrativos emitidos dentro de los límites de sus atribuciones y con sujeción a las formas legales, están amparados por una presunción de legitimidad, que sólo cede ante las pruebas fehacientes en contrario”.

La suposición de que, por principio, todo acto administrativo se encuentra emitido conforme a Derecho, es una circunstancia que obedece, indudablemente, a un postulado de índole práctico pues, de no operar tal presunción, la actividad jurídica de la Administración sería inicialmente objetable, requiriéndose entonces de otro acto de autoridad que, en forma previa, validara el actuar público. En ese orden de ideas, los vocablos (validez o legitimidad) toman un significado equivalente al de perfección, esto es, llevado al actuar administrativo, este último se presume perfecto, es decir, dictado de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables (Pérez A. , 2003, pág. 62).

El artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE- reconoce la presunción de legitimidad y ejecutividad de los actos administrativos en los siguientes términos “Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto” (Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo de 2002), norma de derecho positivo concordante con el artículo 366 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización -COOTAD- publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 303 de 19 de octubre de 2010.

### **2.3 Principio de revocabilidad del acto administrativo.**

La revocatoria es un acto, a través del cual, la propia autoridad administrativa que produjo el acto administrativo, lo elimina del mundo jurídico por motivos de legalidad, constitucionalidad, legitimidad o de

mérito -interés público-. Los caracteres de la potestad de revocación son: irrenunciabilidad, intransmisibilidad e imprescriptibilidad. Para el profesor Diez M. (1963, pág. 311) “En el Estado de derecho, la Administración debe observar la ley y, por ello, eliminar del mundo jurídico los actos que nacieron inválidos o que, si en su origen fueron validos se tornan luego inválidos por modificación del ordenamiento jurídico”.

Los actos de revocación por razones de oportunidad o legitimidad son propiamente actos administrativos. En el caso de la revocación por razones de oportunidad, los efectos jurídicos no tienen carácter retroactivo; esto significa, que no se pueden adquirir nuevos derechos en virtud del acto revocado, pero los ya adquiridos deben ser honrados y respetados, mientras que en el caso de la revocación por razones de legitimidad, sí tiene el carácter retroactivo; esto es, que los efectos jurídicos del acto administrativo se sustraen, retrotrayendo las cosas al estado anterior.

[...] la revocación opera por criterios de administración, como inconveniencia del acto, inoportunidad, su imposición con el interés público; en otros por criterios puramente jurídicos, como inconstitucionalidad o ilegalidad. Esa inoportunidad o ilegalidad pueden ser congénitas, digamos así, o sea del mismo nacimiento del acto, o sobrevenir posteriormente, por ejemplo, por razón de una nueva ley (Vidal, 1997, pág. 160).

Nuestro ordenamiento jurídico recoge el principio de revocabilidad de los actos administrativos por razones de oportunidad y legitimidad en los artículos 91 y 93 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE- publicado en el Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo de 2002, en concordancia con los artículos 368 y 370 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización -COOTAD- publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 303 de 19 de octubre de 2010.

### **III. Elementos del acto administrativo.**

Uno de los problemas que presenta la determinación de los elementos del acto administrativo pese a los ingentes esfuerzos académicos, es la falta de uniformidad teórica en la materia. “Doctrinariamente hay gran desconcierto en cuanto a los elementos del acto administrativo. No sólo los tratadistas no están de acuerdo acerca de cuáles son dichos elementos, sino que tampoco lo están acerca del significado de algunos de ellos [...]” (Marienhoff, 1983, pág. 249 y 250). Aunque para el profesor Garrido (2002, pág. 587) “[...] muchas de las discrepancias son sólo aparentes por entrañar una mera cuestión terminológica”; es decir, simples convenciones semánticas.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo que sí existe coincidencia es en la importancia de la presencia de los elementos del acto administrativo ya que gracias a éstos se puede determinar, o no su validez y legalidad. Así, el análisis de los vicios debe realizarse con estricta relación y observancia de sus elementos, para de ahí establecer potenciales defectos capaces de provocar su nulidad o ilegalidad. En palabras del profesor Bocanegra (2002, pág. 67 y 68) “[...] resulta indispensable su análisis para determinar su apego a la legalidad, y por tanto, deberá decretarse su ilegalidad si no cumple con alguno de ellos”.

La doctrina ha distinguido los elementos esenciales del acto administrativo, de aquellos que revisten un carácter accesorio o accidental. Los elementos subjetivo, causa, objeto, forma y finalidad tienen un carácter esencial en cuanto su inexistencia provoca la invalidación del acto administrativo, mientras que con relación a aquellos que tiendan a completar o condicionar un acto cabe advertir que, en principio, su defecto sólo genera la invalidación de la respectiva cláusula, siempre que ésta pueda ser separada sin afectar la esencia del acto (Cassagne, 2013, págs. 190 - 191).

El artículo 121 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE- publicado en el Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo de 2002, establece cuales son los elementos sustanciales del acto administrativo, aunque a nuestro juicio, la distinción propuesta por Gamero & Fernández, (2008, pág. 377) y Garrido (2002, pág. 588) representa una postura adecuada para explicar los elementos esenciales o constitutivos del acto administrativo. En ese

sentido, los profesores nombrados en líneas anteriores distinguen los siguientes elementos: a) el sujeto o elemento subjetivo; b) las formas, o elemento formal; c) el objeto, o elemento objetivo; y, d) el fin, o elemento teleológico o causal.

### **3.1 El sujeto o elemento subjetivo.**

Para el profesor (Fernández, 1997, pág. 130 y 131) el elemento subjetivo, hace referencia a la presencia de un sujeto activo y otro pasivo, así como a una serie de características inherentes a ellos. El sujeto activo será siempre la autoridad administrativa, la cual declara unilateralmente su voluntad y el sujeto pasivo será el administrado sobre quien recaen los efectos jurídicos del acto administrativo. La ausencia de uno u otro implicaría necesariamente la inexistencia del acto administrativo.

El acto administrativo es, como lo hemos visto, una manifestación de decisión; es decir, que tan solo interviene en su construcción la voluntad de la Administración, imponiéndose incluso contra el querer del sujeto pasivo de la decisión. Desde este punto de vista, encontramos que al primero de los sujetos intervinientes en el contexto del acto administrativo lo podemos identificar como un sujeto activo, impulsor necesario de la actividad procedimental y ejecutor unilateral de lo decidido; el segundo, sujeto pasivo, en cuenta depositario del objeto y la finalidad de la decisión [...] (Santofimio, 2004, pág. 144).

La Administración pública como sujeto activo del acto administrativo debe atender a dos requisitos importantes: competencia y titularidad, solo así se la puede considerar como un elemento perfecto. La competencia del órgano emisor se entiende como el conjunto de permisiones que le permiten hacer uso de sus facultades, las cuales están determinadas en la Constitución y la ley, y que el profesor Cassagne (2013, pág. 193) la ha denominado como “*permisión expresa*”.

La actividad de la Administración pública se concreta en hechos y actos jurídicos y no jurídicos (actividad externa e interna, respectivamente), cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de sus atribuciones legales. Este círculo de atribuciones legales determina la capacidad legal de la autoridad administrativa, capacidad que en derecho administrativo denominase competencia. (Marienhoff, 1983, pág. 589).

En ese sentido la competencia concede a la autoridad administrativa el derecho y el deber de hacer uso de sus facultades. El principio de legalidad de derecho público al que hacemos referencia se encuentra establecido en el artículo 226 de la Constitución del Ecuador “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]” (Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008).

La titularidad por su parte hace referencia a la investidura de la persona física -autoridad pública- para actuar en nombre y representación de la Administración pública; ya sea a través de nombramiento legal, toma de posesión etc. “[...] no basta con que el acto proceda de una Administración y se dicte a través del órgano competente; es necesario también que la persona o personas físicas que actúen en la correspondiente declaración como titulares de ese órgano ostenten la investidura legítima de tales [...]” (García & Fernández, 2011, pág. 593).

### **3.2 Las formas o elemento formal.**

Para que la voluntad administrativa produzca efectos jurídicos y se traduzca en un acto administrativo es necesario que sea exteriorizada de acuerdo con las condiciones formales previstas en norma jurídica. Según los profesores Cassagne (2013, pág. 202) y Díez M. (1963, pág. 268) las formas del acto administrativo comprenden tres niveles de verificación: el procedimiento para su formación o determinación, la forma de declaración de la voluntad administrativa; sin este último la voluntad administrativa no se exterioriza y con ello no resulta oponible al administrado; y, la publicidad del acto administrativo, esta última puede ser de dos tipos por medio de publicación o notificación.

“La publicación corresponde a aquellos actos cuyo contenido es general, mientras que la notificación para los de naturaleza individual” (Garrido, 2002, pág. 461). Para el profesor Laubadère (1984, pág. 249) el acto administrativo es obligatorio desde su emisión para la autoridad administrativa, mientras que para los administrados lo es desde el momento en que llega a su conocimiento.

Sobre el concepto de forma en el acto administrativo se han plateado discrepancias doctrinarias. Mientras un sector circunscribe el concepto de forma a una acepción estricta, entendiendo por tal la declaración de voluntad una vez formada, o sea, la que debe observarse o se observa al emitir el acto, otros tratadistas sostienen que ella comprende también el procedimiento de formación de la voluntad administrativa y las distintas maneras como el acto cobra publicidad frente a los administrados (Cassagne, 2013, pág. 202).

Cuando hablamos del elemento formal o de las formas del acto administrativo hacemos referencia a los requisitos que la norma jurídica exige para que sea considerado eficaz. En palabras del profesor Bejar (2011, págs. 23 - 29) existen tres elementos formales a considerar: el procedimiento; la forma en sentido estricto; y, la motivación.

El procedimiento es un modo, un conjunto de etapas sucesivas que deben agotarse, un cauce necesario para la producción del acto administrativo, el cual está compuesto por un “complejo de actos, todos ellos instrumentales o auxiliares del acto final resolutorio o conclusivo. (García & Fernández, 2011, pág. 605) Para los profesores Gamero &

Fernández (2008, pág. 380) el procedimiento constituye “[...] el mecanismo decisorio que ha de seguir la Administración, los sucesivos trámites que conducen hasta el acto definitivo resolutorio”.

Para el profesor Acosta (1999, pág. 830) la forma, en sentido estricto, “[...] constituye la manifestación material y objetiva del acto administrativo, para que pueda ser apreciado por los sujetos pasivos o percibida a través de los sentidos”. Por regla general es escrita. Ésta exigencia asegura la certidumbre de su producción y garantiza su fiscalización. En palabras del profesor Santamaría (2002, pág. 153) “[...] la forma externa de manifestación de los actos administrativos es la forma escrita [...] -ésta- es la única que asegura la certeza del contenido y de los efectos del acto y la única que posibilita su motivación”.

La garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres (Gordillo, 2000, pág. X13).

Para el profesor Cassagne (2013, pág. 208) la motivación consiste en “la exposición clara y explícita de los motivos o razones de hecho y de derecho” que advierte la Administración en el ejercicio de sus potestades públicas para justificar la emisión del acto administrativo. La falta de motivación del acto administrativo provocaría que el sujeto

pasivo desconozca las razones que indujeron a la autoridad administrativa a declarar su voluntad. En el Ecuador la motivación de los actos administrativos está consagrada en la letra l), numeral 7, artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008).

### **3.3 El objeto o elemento objetivo.**

El elemento objetivo del acto administrativo está en su parte resolutive, lo que ha decidido la Administración pública a través de su razonamiento y posterior declaración de voluntad. Para el profesor Cassagne (2013, pág. 105) “Si se trata de una actividad reglada, el objeto del acto administrativo aparecerá predeterminada por la norma [...]”; lo que implica que el objeto del acto administrativo se ajusta al marco general normativo, y con ello a la subyugación de la actuación administrativa a la legalidad y a su conformidad con el derecho positivo; caso contrario, nos enfrentamos a una inminente ilegalidad.

[...] el “contenido” consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad, siendo ello lo que diferencia a un acto de otro acto. De modo que “contenido” del acto es lo que

éste preceptúa; es el efecto práctico que el sujeto emisor se propone lograr a través de su acción voluntaria; es, en fin, lo que por dicho acto se dispone (Marienhoff, 1983, pág. 272).

Para los profesores Acosta (1998, pág. 830), Gamero & Fernández (2008, pág. 378) y Cassagne (2013, pág. 105) los requisitos mínimos del objeto o contenido del acto administrativo son a) lícito; b) cierto y determinado; y, c) posible física y jurídicamente. El primero implica la atención y respeto absoluto de las prerrogativas establecidas en la norma de derecho positivo, el segundo hace referencia a la precisión y certeza con la que se determina la obligación de acto administrativo, y el tercero finalmente constituye la posibilidad material del objeto del acto administrativo ya sea física o jurídicamente. Se estima imposible jurídicamente cuando la ley lo prohíbe y físicamente cuando es contrario al sentido natural de las cosas.

### **3.4 El fin o elemento teleológico o causal.**

Para el profesor Béjar (2011, págs. 33 - 35) el fin que persigue el acto administrativo es la satisfacción del interés general contenido en la norma creadora de la potestad administrativa. Así, el marco jurídico instituye la finalidad del acto administrativo, tanto en el orden discrecional como en la actividad reglada de la actividad administrativa, de lo contrario el acto no sería perfecto y se reputaría inválido. “Este

elemento finalístico del acto administrativo encuentra sus bases en el texto mismo de la Constitución, cuando indica [...] que las actuaciones y decisiones estatales deben estar regidas por el interés general en el ejercicio de sus competencias” (Santofimio, 2004, págs. 156 - 157).

El fin que persigue el órgano administrativo al producir el acto y que consiste en la satisfacción del interés general es aquel que el legislador ha previsto. La causa responde al ¿para qué?; se dicta el acto. La satisfacción del interés general que se halla establecido por la ley y que ésta protege. [...] (Diez M. , 1963, pág. 257).

El desarrollo teórico que propone el capítulo II, encuentra sentido en la medida que en el capítulo III de la presente investigación, estudiaremos cuáles son las potestades exorbitantes de la Administración pública en la actividad convencional del Estado, mismas que son verdaderas declaraciones unilaterales de la voluntad administrativa -actos administrativos- como lo veremos más adelante.

De ahí justamente la importancia de conocer sus características y elementos sustanciales, más aún cuando se pretende comprobar la tesis planteada; esto es, reconocer la competencia de los árbitros para juzgar los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, y con ello la facultad para declarar su ilegalidad o nulidad respectivamente.

## CAPÍTULO III

### **EL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

El capítulo III denominado “El contrato administrativo”, responde a la necesidad de identificar ¿Cuáles son las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado?, para lo cual es necesario empezar identificando la naturaleza misma del contrato público a través del estudio de cada uno de sus elementos: los sujetos, el consentimiento, la causa, el objeto, la finalidad y la forma.

Posteriormente ensayaremos una definición del contrato administrativo, para luego encaminarnos al estudio de su proceso contractual de formación y ejecución. En esta última etapa -la ejecución- estudiaremos las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, contenidas en las denominadas cláusulas exorbitantes de derecho privado, las mismas que son propias y exclusivas de los contratos administrativos.

En los llamados contratos administrativos, además de un procedimiento público de selección y adjudicación, el órgano de contratación está investido de prerrogativas exorbitantes cuyo ejercicio se rige por el Derecho Administrativo. En virtud de esas prerrogativas, el órgano de contratación puede imponer su decisión al adjudicatario de forma unilateral y ejecutoria, en todo lo que afecta al cumplimiento, interpretación, modificación, extinción, resolución o anulación del contrato (Blanquer, 2010, pág. 617).

## **I. Elementos del contrato administrativo.**

La existencia del contrato administrativo como entidad jurídica especial, conduce a determinar sus elementos, los cuales integran y determinan su propia naturaleza. Para el profesor Salguero (1983 pág. 18) Los elementos del contrato administrativo son de dos clases: elementos esenciales básicos y elementos esenciales presupuestos. Los elementos esenciales básicos son el consentimiento y el objeto; sin éstos no hay contrato administrativo, mientras que los elementos esenciales presupuestos son los sujetos, la causa, la forma y la finalidad.

Dentro de los elementos esenciales del contrato administrativo se pueden distinguir los básicos y los presupuestos; los primeros son los elementos esenciales en sentido estricto: consentimiento y objeto; en tanto que los elementos presupuestos son aquellos que están implícitos en los básicos, como es el caso de los sujetos y que constituyen un elemento esencial presupuesto en el consentimiento, lo mismo que la causa lo es al objeto (Fernández, 1997, pág. 155).

Si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no distingue los elementos esenciales básicos de los presupuestos, si establece los requisitos para la celebración de los contratos administrativos. Es importante diferenciar los requisitos de los elementos, los primeros son las condiciones materiales para la celebración del contrato y los segundos son los elementos integrantes del contrato para su validez. El artículo 68 de la norma ut supra establece:

Son requisitos para la celebración de los contratos, los siguientes: 1. La competencia del órgano de contratación; 2. La capacidad del adjudicatario; 3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y, 4. La formalización del contrato, observando el debido proceso [...] (Registro Oficial Suplemento Nro. 395 de 04 de agosto de 2008).

A continuación analizaremos cada uno de los elementos esenciales básicos y presupuestos del contrato administrativo, los cuales han sido desarrollados por la doctrina de derecho público, más específicamente del derecho administrativo.

### **1.1 Los sujetos.**

Los sujetos en los contratos administrativos están constituidos al menos por dos partes. Una de ellas será siempre la Administración pública en cumplimiento de una función administrativa y la otra que se la denomina cocontratante podrá ser un particular; es decir, una persona natural o jurídica de derecho privado u otro órgano de la Administración.

Uno de los elementos más esenciales del contrato administrativo es el de los sujetos. Por definición, uno de ellos debe ser la Administración pública, tomado en su sentido más amplio comprensivo de los órganos que tienen a su cargo la función administrativa dentro del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial. El otro, al que calificamos de “cocontratante” es un particular u otro órgano administrativo del Estado. Como dejamos dicho, tratándose de un contrato, va de suyo que deben existir dos sujetos, dos partes, persiguiendo fines opuestos (Bercaitz, 1980, pág. 261).

Un contrato administrativo es válido y produce efectos jurídicos, cuando las partes intervinientes comparecen a su celebración dotados de aptitud legal para obligarse; esto es, competencia en el caso de la Administración -los funcionarios solo pueden hacer aquello que les permite la ley-, y capacidad en cuanto a las personas naturales o jurídicas de derecho privado -las personas pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba-. Para Cassagne (2005, págs. 116 - 117) “como elemento subjetivo -la capacidad del particular para celebrar el contrato- se rige por la legislación civil, la teoría del contrato administrativo recepciona dicho concepto del Código Civil para regular la aptitud legal del contratista privado”.

## **1.2 El consentimiento.**

El consentimiento supone el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo asunto. El concierto de voluntades razonadas tanto de la Administración como del particular están encaminadas a la formación de un acto generador de derechos y obligaciones denominado contrato administrativo. Para el profesor Fernández (1997, pág. 156) “La voluntad administrativa; es decir, la voluntad del órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa, representa su determinación deliberada de producir un acto bilateral específico, generador de derechos y obligaciones, en concurrencia con su cocontratante”.

La Administración expresa su voluntad dentro de una delimitada órbita de competencia, establecida en la Constitución y la Ley; es decir, reglada de forma positiva -lo único que sí se puede hacer-. La falta de competencia de la Administración pública provoca la inexistencia del contrato administrativo -nulidad absoluta-. En esa línea de pensamiento el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece un estricto principio de legalidad en materia de competencias y atribuciones conferidas para los órganos del sector público:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución (Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008)

Para Bercaitz (1980, págs. 263 - 268) en el caso de las personas naturales o jurídicas de derecho privado, la voluntad para obligarse contractualmente se circunscribe conforme a las normas del derecho común. Así, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, esta última deberá estar declarada expresamente -lo que no se puede hacer-. Por lo tanto el consentimiento de las partes para celebrar y ejecutar el contrato administrativo se define en el marco establecido por la capacidad -derecho privado- y la competencia -derecho público-.

En la Administración la cuestión del consentimiento se resuelve en un problema de procedimiento y de competencia; para que un contrato administrativo sea válido se requiere que se haya celebrado entre partes capaces, aquí hablamos del particular porque la capacidad se predica respecto de éste, y funcionario competente o sea que tenga por mandato de la ley competencia para celebrarlo (Salguero, 1983, pág. 19).

### **1.3 La causa.**

En el contrato administrativo intervienen al menos dos partes, la Administración y el particular, cada una de ellas obra por una causa diferente. “La voluntad del particular tendrá una causa lucrativa. Él persigue un fin de lucro en la organización del contrato. La causa del órgano administrativo será el fin de interés público que debe guiar la actividad de la Administración” (Laubadére, 1984, pág. 231). Así, la causa promotora del órgano de derecho público es el interés general, mientras que la del cocontratante es el interés particular.

La causa; es decir, el móvil de la actividad convencional del Estado está vinculada con la finalidad del contrato administrativo; esto es, la satisfacción de una necesidad general y colectiva, del interés público relevante. En el caso de que la causa desaparezca, la relación contractual resulta innecesaria y carece de sentido. Para García & Fernández (2011, págs. 765 - 766) “Lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés público [...]”.

En el contrato administrativo cuando la causa que le dio nacimiento no satisface más su motivo determinante -satisfacción de un fin público, de un servicio público o de una necesidad pública-, el contrato carece de causa, de motivos presupuestos y cae, se va del mundo jurídico en que vivía, por razones de oportunidad o conveniencia -no de legalidad- tomado de la mano de la causa que era su alma (Bercaitz, 1980, pág. 290).

#### **1.4 El objeto.**

El objeto de la actividad convencional del Estado es un elemento esencial, sin éste simplemente no existe contrato administrativo. Para el profesor Bercaitz (1980, pág. 276) el objeto del contrato constituye aquella consecuencia que produce la relación jurídica convencional de derecho público; es decir, el efecto directo que se propone la administración pública, el cual será: cierto, posible, lícito y moral.

Los contratos de la Administración pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales [...]. Las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo de los contratos de la Administración [...]. (Dromi, 2009, pág. 350)

El objeto de los contratos administrativos es perfectamente mutable. Lo anterior significa que la Administración pública en la etapa de ejecución contractual puede variar unilateralmente el objeto de la relación convencional «*ius variandi*» considerando apenas algunos límites y atendiendo el interés general.

## 1.5 La finalidad.

La finalidad es el *para qué* de las obligaciones contractuales del Estado. En ese sentido el fin último del contrato administrativo es la satisfacción de una necesidad creada por la comunidad y atendida por el Estado. Así, donde termina el interés público desaparece la finalidad del contrato administrativo. No cabe entonces concebir un contrato administrativo desconectado del fin público y el bienestar general.

Cuando en el obrar administrativo, el fin no se ajusta a la determinación de la ley, el contrato será inválido, pudiendo ser declarado nulo de nulidad absoluta e insanable o anulable, según la gravedad de la irregularidad incurrida, o si el fin perseguido es oculto o indebido, corresponde aplicar en el caso el remedio jurisdiccional de desviación de poder (Bercaitz, 1980, pág. 293).

Para el profesor Garrido (2002, pág. 475) “El motivo determinante es el fin que se intenta satisfacer o lograr [...]” Así, la finalidad de la actividad convencional del Estado, que no es otra cosa que la satisfacción de las necesidades colectivas, está supeditada a los límites establecidos por la Constitución y la ley. En palabras del profesor Fiorini (1995, pág. 88) la finalidad “está subordinado al régimen legal que condiciona el obrar de la Administración; -es decir-, no es el administrador quien establece los límites, sino mas bien el legislador”.

La actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos “*finés*” por parte del Estado; pero no es necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos “*finés*”: basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una “*substitución*” del Estado por el administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino de una mera “*colaboración*” del administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones (Marienhoff, 1983, pág. 58).

## **1.6 La forma.**

La forma hace referencia a cómo se concreta materialmente el consentimiento de la Administración pública y la del cocontratante, así como a las distintas etapas o actos establecidos en la ley a través de los cuales se instituye y perfecciona la relación convencional.

En los contratos administrativos la palabra ‘forma’ se utiliza para comunicar dos conceptos diferentes, uno restringido, referido a la ‘forma’ concreta como se exterioriza la voluntad de las dos partes que celebran el contrato, otro amplio referido a la ‘forma’ como se cumplen en la Administración las distintas etapas que dan origen al contrato, y el modo en que se emite el acto o se celebra el contrato (Bercaitz, 1980, pág. 294).

La forma es un elemento esencial de los contratos administrativos capaz de generar consecuencias jurídicas para las partes. La forma cumple una doble función; por un lado, documenta la actividad convencional de la Administración pública, y por otro, garantiza su control y fiscalización.

Es importante advertir que la forma escrita es obligatoria para la existencia y validez de los contratos administrativos cuando la ley así lo exige, tal como lo determina el artículo 113 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 588 de 12 de mayo de 2009.

## **II. Definición de contrato administrativo.**

Cuando nos referimos a los contratos administrativos, hacemos referencia a aquellas convenciones celebradas entre las personas jurídicas estatales de derecho público y las personas naturales o jurídicas de derecho privado, capaces de crear derechos y obligaciones recíprocas a favor de los contratantes. Para el profesor Jinesta (2010, pág. 97) “[...] la categoría del contrato administrativo no ha sido pacíficamente aceptada tanto en la doctrina como en las distintas legislaciones positivas”, algunas también los han denominado contratos de interés público o contratos estatales.

El contrato administrativo es aquella convención que persigue la satisfacción del interés general, en donde coinciden las voluntades de la Administración en el ejercicio de una potestad pública y la del sujeto de derecho privado, relación que se regula bajo el régimen jurídico de

derecho público que coloca al particular en una situación de subordinación frente a la Administración pública.

Desde un punto de vista estrictamente doctrinal o científico, definiremos el contrato administrativo como el acuerdo de voluntades entre una Administración pública y el sujeto de derecho privado, que le permite al ente público cumplir con su función administrativa o ejercer sus competencias administrativas [...], sometido a un régimen jurídico-administrativo -exorbitante del Derecho común- que le confiere al ente público una serie de prerrogativas contractuales y le impone obligaciones o requisitos en aras de garantizar ciertos principios que aseguren el uso legítimo, oportuno, conveniente y razonable de los fondos públicos (Jinesta, 2010, pág. 111).

El artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE- define al contrato administrativo como “[...] 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 [...]” (Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo de 2002).

El acápite cuarto del artículo 364 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización -COOTAD- define al contrato administrativo como “[...] aquellas declaraciones bilaterales de voluntad alcanzadas entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de una función administrativa y un particular u otro ente público” (Registro Oficial Suplemento Nro. 303 de 19 de octubre de 2010).

### **III. Formación del contrato administrativo.**

En la formación de los contratos administrativos se pueden distinguir cuatro etapas: formación, perfeccionamiento, ejecución y extinción, éstas hacen referencia a la intención razonada de la Administración para obligarse convencionalmente, la forma, las condiciones del contrato y las relaciones de la Administración pública con el cocontratante para su perfeccionamiento y ejecución

En su obra Dromi (2009, pág. 318) manifiesta que para la formación jurídica del contrato administrativo es necesario aplicar el régimen jurídico de la función administrativa; lo cual implica, sujetarse al procedimiento de contratación administrativa. Así el vínculo contractual aparece cuando se enlazan la voluntad de la Administración pública y la del contratista por el procedimiento legal previsto.

La formación de los contratos estatales se configuran a través de la ejecución de un procedimiento interno y especial por el que la Administración decide contratar, determinando el objeto del contrato administrativo, teniendo en consideración aspectos legales, técnicos y económicos; entre estos, el tipo de procedimiento selectivo a utilizar y las condiciones contractuales específicas. Una vez fijadas estas pautas, deben darse a conocer junto con la decisión de establecer un vínculo contractual, mediante la publicación de la convocatoria, orientando luego a los interesados en cuanto a su propósito y a las condiciones fijadas para que formulen sus ofertas (Linares, 2002, pág. 37).

#### **IV. Potestades exorbitantes en la actividad convencional del Estado.**

Las potestades exorbitantes de la Administración pública en la actividad convencional del Estado se justifican sobre la base de la tutela y prevalencia del interés colectivo por sobre el interés particular, éstas asumen la forma de prerrogativas denominadas *cláusulas exorbitantes de derecho privado*, a través de las cuales la Administración podría modificar unilateralmente las condiciones del contrato administrativo «*ius variandi*», durante la etapa de ejecución, prescindiendo de la voluntad del particular. Para García & Fernández (2011, pág. 767) “La justificación de estos poderes radica en el hecho evidente de que la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades o servicios que son de su competencia”.

IV.- De los caracteres específicos de los contratos administrativos se derivan una serie de prerrogativas especiales exorbitantes a favor de la Administración pública, al extremo de que en esa clase de vinculaciones contractuales el contratista queda en situación de subordinación respecto de la Administración. Es así como ésta, dentro de ciertos límites, puede ejercer sobre su cocontratante un cierto control de alcance excepcional; puede modificar unilateralmente las cláusulas del contrato; puede dar directivas a la otra parte; incluso puede declarar extinguido el contrato; etc. Tratase de reglas generales aplicables a todo contrato administrativo, por ser ellas inherentes a la naturaleza de tales contratos, en los cuales pierde gran parte de su imperio el viejo principio, tan invocado en derecho privado, de que el contrato constituye la ley inmutable de las partes. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica en el Voto Nro. 5403-95 de las 16:06 hrs. de 3 de octubre de 1995. (Jinesta, 2010, pág. 110).

Las prerrogativas exorbitantes, contenidas en las *cláusulas inusuales del derecho común*, propias del derecho público, permiten asegurar los intereses públicos vinculados con la ejecución del contrato administrativo, mismas que para los profesores García & Fernández (2011, págs. 766 - 774), Jinesta (2010, pág. 106 y 107), Linares (2002, págs. 159 - 168) Salguero (1983, págs. 83 - 100) y Parada (2012, págs. 281 - 287) han sido clasificadas teóricamente de la siguiente forma: potestad de interpretación unilateral, potestad de dirección y control, potestad de modificación unilateral, potestad sancionatoria y potestad rescisoria.

#### **4.1 Potestad de interpretación unilateral.**

Cuando las partes contratantes no coinciden con la interpretación del contrato administrativo, corresponde a la Administración su interpretación por ser quien mejor conoce el sentido del acuerdo convencional, ya que ella lo ha redactado. La Administración se reserva la potestad para interpretarlo unilateralmente.

La Ley reserva igualmente a la Administración la facultad de resolver en forma unilateral y ejecutoria cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencia en la interpretación de lo convenido, mediante expediente contradictorio (es decir, con intervención y audiencia del contratista), sin que la tramitación de este expediente dé lugar normalmente a la paralización de las obras. (García & Fernández, 2011, pág. 768).

Para Salguero (1983, pág. 30) “[...] todo contrato administrativo tiene como finalidad la satisfacción de una necesidad común un interés público y general [...]” y por ende debe evitar la suspensión en la construcción de una obra o la prestación de un servicio público en perjuicio de los intereses y los recursos públicos.

En buena lógica, la potestad interpretativa no puede ser caprichosa o parcial, debiendo adecuarse a las normas de interpretación de los contratos [...] la potestad interpretativa de la Administración puede servir para conocer la auténtica voluntad de lo convenido, de difícil intelección en caso contrario por las siguientes razones: 1. La cláusulas contractuales están redactadas unilateralmente por la propia administración y, por tanto, es ella quien mejor está dotada para conocer su verdadero sentido; 2. Las mismas contienen diversas expresiones que, por su indeterminación, nadie mejor que ella pueda conocer la finalidad con que han sido empleadas; 3. Salvo abuso de poder, error o irracionalidad, la Administración puede acometer estas tareas sin propósitos egoístas y partidistas, ya que los agentes que por ella obran en nada se favorecen particularmente (Parada, 2012, pág. 284).

#### **4.2 Potestad de dirección y control.**

El particular es un agente colaborador de la Administración pública en la relación convencional del Estado, ésta última debe asegurar la buena marcha de la relación jurídica y por ende dirigir su ejecución y vigilar la conducta del cocontratante. “Es lógico que la Administración ejerza un poder de contralor, ya que no puede desentenderse respecto a la forma en que su colaborador, a quien mueve solamente un interés de lucro, ejecuta el contrato” (Diez M. , 1963, pág. 512).

La potestad de dirección y control atiende fundamentalmente a aspectos materiales, técnicos, financieros y legales e implica que la Administración instruya al particular bajo la amenaza de sancionarlo en caso de incumplimiento. “A la Administración contratante le interesa [...] la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución” (García & Fernández, 2011, pág. 767).

El poder de control de los contratos administrativos por parte de la Administración implica cuatro aspectos: a) el material, referido a la verificación del cumplimiento de las prestaciones obligadas; es decir, se determina si el cocontratante ejecuta debidamente los hechos que constituyen las prestaciones a su cargo; b) el técnico, dirigido a establecer si las prestaciones son ejecutadas de acuerdo a las especificaciones previstas, conforme lo establecido en los planos aprobados, pliegos de condiciones y reglas del arte u oficio; c) el financiero, indicado respecto del cumplimiento de lo pactado en relación al campo económico, como el pago de planillas, tributos, tarifas, inversiones, etcétera; y, d) el legal, referido a la verificación de la aplicación de las condiciones pactadas y las reguladas a través de las normas jurídicas aplicables (Bercaitz, 1980, pág. 290).

#### **4.3 Potestad de modificación unilateral.**

La potestad de modificación unilateral consiste en la facultad especial que tiene la Administración para modificar unilateralmente los términos del contrato administrativo, en virtud del interés colectivo, y cuyos efectos alteran directamente su ejecución y prestaciones. Para

Jinesta (2010, págs. 356 y 357) “La Administración pública contratante puede unilateralmente modificar, aumentar o disminuir, por razones imprevisibles al iniciarse el procedimiento de contratación o durante la ejecución contractual, el objeto del contrato para la satisfacción plena del interés público”.

Lo único inmutable en esta materia y que no se puede modificar es el fin del contrato administrativo [...] La admisión de la posibilidad de una modificación contractual [...] implica el abandono del antiguo principio de la rigidez del contrato o de la rigidez del pliego de condiciones para sustituirlo por el principio de la flexibilidad contractual (Cassagne, El contrato administrativo, 2005, págs. 120 - 121).

El poder de modificación unilateral que posee la Administración pública no puede ser de ninguna manera discrecional; ya que de ser así, podría sustraerse de sus compromisos contractuales por su simple voluntad; por lo que, para poder hacerlo, según el profesor Diez M. (1963, pág. 524) la Administración deberá tener como justificación aquel cambio de circunstancias que alteraron las condiciones originales del contrato y la correspondiente indemnización compensatoria al particular, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato provocado por la modificación.

La mutabilidad del contrato administrativo es el poder que tiene la administración contratante, dentro de ciertas condiciones y límites y mediante la correspondiente indemnización, de modificar por su voluntad unilateral las estipulaciones del contrato, cuando sea modificación está impuesta por el interés general (Diez M. , 1963, pág. 524).

#### **4.4 Potestad sancionatoria.**

Para Bercaitz (1980, pág. 416) y Moraga (2007, págs. 235 - 244) la facultad especial de vigilancia y control se encuentra ligada a la potestad sancionatoria, con el fin de procurar a la Administración pública los medios necesarios para la corrección de aquellas faltas provocadas por el particular, frente al incumplimiento de sus obligaciones contractuales y con ello salvaguardar los intereses públicos. “Por el poder sancionador se va a procurar a la Administración los medios para que pueda obtener la prestación objeto del contrato con el menor retraso posible” (Salguero, 1983, pág. 31).

La potestad sancionatoria de la Administración, que ejerce dentro de un escenario de contratación, es el correlato necesario de sus atribuciones de control, fiscalización y dirección, puesto que de nada servirían éstas sin un instrumento de coacción efectiva que hacer valer frente al contratante privado que indebidamente incumple el contrato o afecta a su fin, utilidad y objeto (Moraga, 2007, pág. 235).

Para los profesores Linares (2002, págs. 166 y 167), Bercaitz (1980, págs. 417 - 421) y Díez M. (1963, págs. 519 - 523) las sanciones son: pecuniarias, coercitivas y rescisorias. Las pecuniarias proceden de manera automática ante la incidencia de determinada conducta u omisión, aparecen bajo la forma de cláusulas penales y multas. Las coercitivas operan por faltas graves como suspensión o abandono de las prestaciones,

éstas no tienen el carácter definitivo. Las rescisorias son las más graves que pueden adoptarse y se imponen por faltas graves de naturaleza culposa, son definitivas y extinguen el contrato.

Al derecho de contralor de la Administración se encuentra ligado, como corolario necesario, el derecho de sanción. No basta dar a la Administración el medio de comprobar las negligencias, los fraudes o las faltas del cocontratante. Es preciso también permitirle que reprima sus faltas que perturban el servicio, corregirlas y establecer las consecuencias indemnizables. Es lógico que las faltas de los cocontratantes en el cumplimiento de sus obligaciones, den lugar a la aplicación de sanciones, las que traducen un verdadero poder disciplinario de la Administración (Bercaitz, 1980, pág. 272).

#### **4.5 Potestad rescisoria.**

Para los profesores Bercaitz (1980, págs. 420 y 421), Linares (2002, págs. 167 y 168) y Díez M. (1963, págs. 572 - 575) la potestad rescisoria es aquella facultad especial que tiene la Administración para disponer unilateralmente y en cualquier momento la rescisión del contrato administrativo -terminación unilateral del contrato-. En unos casos por incumplimiento del cocontratante y en otros cuando convenga al interés público, previo a la correspondiente indemnización por todos los gastos comprometidos y beneficios no recibidos por parte del cocontratante. En ciertas ocasiones resulta más oneroso rescindir el contrato que llegar hasta su ejecución, la rescisión debe ser el último recurso a seguir por las implicaciones que conlleva.

El ejercicio de esta potestad legal explícita por la Administración pública contratante, hace surgir, en cabeza del contratista, una serie de derechos, tales como al debido proceso y la defensa derecho al reconocimiento o pago de la parte efectivamente ejecutada y al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. La rescisión unilateral del contrato administrativo, por la Administración contratante, cabe por razones de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público (Jinesta, 2010, pág. 356).

Los esfuerzos teóricos esbozados en este capítulo denominado “El contrato administrativo” los cuales están orientados a la identificación de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, han permitido cumplir con los objetivos planteados para este capítulo.

Lo anterior nos permite continuar con el tratamiento de la hipótesis planteada; esto es, analizar la competencia judicial y arbitral para el control o examen de la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado.

## CAPÍTULO IV

### **EL CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

El desarrollo del capítulo IV titulado “El control del acto administrativo” está encaminado a responder si ¿Los árbitros son competentes o no para fiscalizar la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado?

Para resolver el cuestionamiento planteado es necesario abordar el tema a partir de los antecedentes del control contencioso administrativo en el Ecuador, posteriormente, nos remitiremos exclusivamente al control judicial de los actos administrativos y terminaremos con el control arbitral de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado.

#### **I. Antecedentes del control contencioso administrativo en el Ecuador.**

Pese a que en este subtítulo nos vamos a referir al control contencioso administrativo en el Ecuador, resulta capitular remontarnos al derecho administrativo francés, ya que, a decir de los profesores García & Fernández (2011, págs. 582 - 584) Vidal (1997, págs. 313 -

328) Vélez (1996, págs. 1 - 4) y Jiménez (2008, págs. 33 - 37) es allí donde se origina la idea del control de la actividad administrativa a partir del desarrollo de dos sistemas conocidos como: justicia retenida y justicia delegada, los cuales vamos a estudiar, con el fin de identificar cuál es el modelo que ha adoptado nuestra legislación.

La existencia de un juez especial para la Administración conduce a lo que se llama la “dualidad” de jurisdicciones (justicia ordinaria y justicia administrativa) y crea el difícil problema de la distribución de competencias entre los dos [...]. Este principio absoluto puede chocar contra la unidad del derecho y contra razones prácticas. La Ley es la encargada del reparto, pero cuando ella calla en buena parte [...] viene la jurisprudencia a suplir mediante los llamados “criterios de competencia” (Vidal, 1997, pág. 313).

El sistema francés conocido como justicia retenida proclamó la idea del autocontrol de la voluntad administrativa, negando cualquier tipo de intervención de los tribunales de justicia. Para Vélez (1996, págs. 12 - 15) La administración reservó para sí, privativamente el control de los actos administrativos, lo cual implicó que se convirtiera en juez de sus propios asuntos.

[...] la concepción francesa de la jurisdicción administrativa, como luego se estructuró, encargada de resolver las controversias suscitadas entre los particulares y la Administración pública, independientemente de la jurisdicción ordinaria, [...] fue una consecuencia del principio de la separación de poderes, [...] La Revolución francesa y sus principales actores consideraron que si los conflictos administrativos hubieran sido asignados al poder judicial ello significaría una co-administración, que resultaba inaceptable [...] (Galindo, 2013, págs. 37 - 38).

Para Cassagne (2005, págs. 38 - 40) y Parada (2012, págs. 607 - 612) posteriormente aparece el sistema francés conocido como justicia delegada, fruto de la distinción que se haría entre Administración activa y contencioso administrativa. Si bien el control de la actividad administrativa continuaba siendo una facultad exclusiva de la Administración, cuando se trataba de cuestiones litigiosas, éstas eran encomendadas al Consejo de Estado francés, institución que asumió la competencia para juzgar plena y soberanamente la materia contencioso administrativa como juez de primera y última instancia.

Los dos sistemas planteados anteriormente: el judicialista y el administrativo, parten del principio de separación y ordenación de poderes, propuesto inicialmente por Montesquieu en su célebre obra "*El espíritu de las leyes*", y que son referidos en el número 1 del artículo 225 de la Constitución del Ecuador publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

Para el *sistema judicialista* la competencia para administrar justicia, cualquiera sea la naturaleza del litigio, es del Poder Judicial, a través de sus tribunales, los cuales están separados orgánicamente del Poder Ejecutivo para garantizar su independencia e imparcialidad - principio de unidad jurisdiccional- (Vélez, 1996, págs. 12 - 15).

En líneas muy generales podemos decir que el control judicial de la actividad administrativa le corresponde al contencioso administrativo, caso contrario se quebrantaría el principio de separación y ordenación de poderes. “Lo que caracteriza al sistema judicialista, es el hecho de atribuir a un Poder Judicial independiente, el conocimiento de las causas en que el Estado es parte en el litigio” (Cassagne, 2005, págs. 40 - 41).

El establecimiento del control jurisdiccional de los actos de la Administración, ha dado lugar al nacimiento de una noción de extraordinaria importancia: la del contencioso administrativo. Desde un punto de vista formal, el contencioso-administrativo se define en razón de los órganos competentes para conocer las controversias que provoca la actuación administrativa [...]. Desde el punto de vista material, existe el contencioso-administrativo cuando hay una controversia entre un particular afectado en sus derechos y la Administración, con motivo de un acto de esta última (Fraga, 1994, págs. 443 - 444).

El *sistema administrativo* según el profesor (Galindo, 2013, pág. 37) aparece en el régimen revolucionario francés en contraposición del poder judicial existente para cerrarle el paso a cualquier posibilidad de que los jueces se inmiscuyeran en la actividad administrativa. El maestro Parada (2012, págs. 609 - 613) concibe al principio de separación y ordenación de poderes, no sólo como la división de funciones, sino también como la legítima independencia funcional de poderes, aunque no como bloqueo, puesto que finalmente todas las funciones del Estado comparten los fines sociales atribuibles al Estado.

Bajo el modelo anterior la actividad administrativa no puede ser cuestionada por el Poder Judicial, de hacerlo significaría inmiscuirse en las funciones del Poder Ejecutivo, ya que los tribunales de justicia, más que juzgar estarían administrando. En este sistema la propia Administración asume la facultad de controlar su actividad; o a su vez, delega las cuestiones litigiosas a un órgano jurisdiccional de la propia Administración v. gr., Consejo de Estado.

La legislación ecuatoriana ha optado por un sistema intermedio denominado auto tutela administrativa con posterior control judicial de la voluntad administrativa. La Administración decide con potencia ejecutiva y posteriormente la Función Judicial a través del contencioso administrativo puede fiscalizar la actividad administrativa. El contencioso administrativo en el ejercicio de sus funciones podría incluso modificar la voluntad administrativa, sin que aquello signifique que está administrando. El artículo 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE- establece:

Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. [...] En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa (Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo de 2002).

En el Ecuador el recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo son patrimonio exclusivo del Poder Judicial, los cuales deben garantizar la defensa de los derechos, intereses y libertades de los administrados, frente a los posibles abusos de poder de la Administración; tal como lo establece el artículo 173 de la Constitución del Ecuador publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

Clásicamente se ha dicho que el contencioso administrativo importa la solución judicial al conflicto jurídico que crea el acto de la autoridad administrativa que vulnera derechos subjetivos o agravia intereses legítimos de algún particular o de otra autoridad administrativa, por haber infringido aquélla, de algún modo, la norma legal que regla su actividad y a la vez protege tales derechos o intereses (Dromi, 2009, pág. 1233).

Es importante promover el debate académico sobre los resultados que nos ha dejado a través del tiempo el modelo ecuatoriano adoptado para el control de la actividad administrativa denominado auto tutela administrativa con posterior control judicial, y pensar en una propuesta encaminada a la creación del Consejo de Estado ecuatoriano, lo cual probablemente provocaría un desarrollo más técnico y especializado de la materia y quizá un control más riguroso de la actividad administrativa.

## **II. La huida del control judicial de los actos administrativos en la actividad convencional del Estado.**

El Estado ecuatoriano ha alcanzado una organización institucional superior; la cual se caracteriza por la supremacía de un orden constitucional que tiene como su más elevada finalidad, garantizar los derechos y libertades fundamentales del ser humano y la naturaleza, y en donde el poder público está sometido a los derechos y la justicia. Así lo establece el número 9 del artículo 11 de la Constitución del Ecuador publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

A partir lo establecido en el párrafo anterior el artículo 190 de la misma Constitución de la República del Ecuador ha reconocido al arbitraje como un método alternativo para la solución de controversias en contratación pública, aunque el ejercicio jurisdiccional de los árbitros a la hora de corregir los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración en el ejercicio de la actividad convencional del Estado ha sido limitada.

La producción jurídica para el control arbitral de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración en el ejercicio de la actividad convencional del Estado ha sido limitada. La discusión de la materia se ha anquilosado en la

competencia privativa y exclusiva del contencioso administrativo para el control jurisdiccional de la actividad administrativa, así como en el requisito de transigibilidad de la materia, ésta última modificada a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos -COGEP-, publicado en el Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Lo anterior nos ha motivado a replantear el alcance de la justicia arbitral, permitiéndole que se convierta en una verdadera jurisdicción revisora de la voluntad administrativa, constituyéndola como una justicia plenaria y equivalente jurisdiccional del contencioso administrativo. Lo anterior entraña una propuesta de control arbitral pleno, sin limitaciones ni cortapisas del quehacer administrativo.

El estudio de la corrección legal de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado nos obliga a distinguir dos posiciones jurisdiccionalmente contrapuestas. Por un lado el control judicial de los actos administrativos, que se sostiene sobre la base de la competencia privativa y exclusiva del contencioso administrativo; y, por otro, el control arbitral de los actos administrativos, que propone rebasar la barrera tradicional planteada sobre la base de la transigibilidad de la materia hacia potestades reconocidas expresamente en la norma de derecho positivo.

### **III. El control judicial de los actos administrativos en la actividad convencional del Estado.**

Para estudiar el control judicial de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, debemos partir afirmando que la Constitución o la ley determinan la jurisdicción competente para el control de la actividad administrativa. Así, el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial -COFJ- publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 544 el 09 de marzo de 2009 señala “La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley [...]”.

En el Ecuador la Constitución y la ley se han inclinado a favor del enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos dictados en el ejercicio de la actividad convencional del Estado ante el Tribunal Contencioso Administrativo, conforme lo establece el artículo 173 de la Constitución del Ecuador publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008. “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial” -Tribunal Contencioso Administrativo-

En principio diremos por lo tanto que en el Ecuador el Tribunal Contencioso Administrativo es competente para el control judicial de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, por ser un tema relacionado con el interés general y ejercicio exclusivo del poder público a cargo de la Administración. Los artículos 77 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE-, 38 de la Ley de Modernización del Estado y 300 del Código Orgánico General de Procesos -COGEP-, respectivamente, establecen:

[...] de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia privativa y exclusiva para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados de y relacionados con todos los contratos administrativos (Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo de 2002).

Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. (Registro Oficial Nro. 349 de 31 de diciembre de 1993).

Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder [...] (Registro Oficial Suplemento Nro. 506 de 22 de mayo de 2015).

No resulta una mera casualidad el matrimonio indisoluble de la actividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa, ya que ésta fue creada originalmente, para resolver el contencioso de la administración pública, con exclusión de los tribunales ordinarios. Así su existencia, se justifica en la medida que es la jurisdicción competente para administrar justicia en materia administrativa.

La justicia administrativa es, una jurisdicción tensa porque tiene la dura misión de controlar los actos de poder. Ésa es su tarea cotidiana. Es una justicia subjetiva o garantista de derechos de una parte y al mismo tiempo una justicia de control de la legalidad, su ámbito competencial se afirma en términos de generalidad sobre todos los conflictos que origina la actividad de la administración pública (Parada, 2012, pág. 608).

Para el control de los actos administrativos dictados en la etapa de ejecución en contratación pública, a través de los cuales la Administración garantiza la ejecución del contrato administrativo, el administrado puede optar por los remedios jurisdiccionales que ofrece el contencioso administrativo, para que el derecho se restablezca y corregir judicialmente el daño producido.

“ [...] en un verdadero Estado de Justicia los jueces no pueden abdicar su potestad para controlar con eficacia el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración ya que la independencia del Poder Judicial es precisamente la que garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos” (Cassagne, 2002, pág. 244).

Santofimio (2004, págs. 111 - 112) expone a la luz del derecho comparado la posición adoptada por la Corte Constitucional Colombiana.

[...] Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la Administración y resolver con efectos o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición. [...] Dentro de este contexto, considera esta incorporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la Administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral. Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares pueda asistir la facultad de emitir fallo sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna [...]. En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1436 de 2000, M. O.: Alfredo Beltrán Sierra).

En el Ecuador el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, dentro del arbitraje Nro. 009-11 planteado por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT -EP- en contra de ZTE Corporation, ha señalado en cuanto a la competencia de los árbitros para el control del acto administrativo por el cual la demandante termina unilateralmente la relación contractual lo siguiente:

[...] el Tribunal considera, como se ha señalado en el numeral 16 de este laudo, que al ser CNT EP una empresa pública en ejercicio de la prerrogativa estatal que le confiere la ley, ha terminado el contrato y que al tribunal no le corresponde analizar su legalidad o no, pues es un ámbito que escapa de su competencia, solamente puede señalar que el acto administrativo existe en función de una prerrogativa estatal y que éste ha terminado el contrato; con lo cual, es lógico que el actor, ante un contrato terminado demanda la indemnización de daños correspondiente sin que ello vuelva la demanda improcedente, por lo cual se desecha la excepción de improcedencia de la demanda planteada (Nro. 23, págs. 35 y 36 del laudo arbitral de 18 de enero de 2016, las 10h00) ANEXO 1.

Adicionalmente, los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, deben exponer con claridad las razones de oportunidad, mérito o conveniencia que motivaron a la Administración a emitirlos, con el fin de evitar arbitrariedad alguna; caso contrario, el administrado podrá impugnarlos judicialmente ante el juez contencioso administrativo, quien deberá examinar y corregir de ser el caso la irregularidad jurídica de la actividad administrativa.

Contra la decisión unilateral que dicta la Administración pública, modificando o revocando un contrato administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, de legitimidad o de moralidad, o por hecho relativo o imputable al cocontratante, o por caso fortuito o fuerza mayor, caben al interesado todas las acciones o recursos que son comunes contra los actos administrativos (Bercaitz, 1980, pág. 601).

La competencia en el Ecuador del Tribunal Contencioso Administrativo en la materia no es exclusiva ni privativa como se cree, ya que el artículo 190 de la Constitución del Ecuador publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008 en concordancia con el artículo 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 395 el 04 de agosto de 2008, reconocen el arbitraje en derecho en la actividad convencional del Estado en aquellas materias en las que por su naturaleza se puede transigir, limitando la posibilidad de arbitrar la legalidad de los actos administrativos proferidos en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en contratación pública.

Por regla general el control y la solución de las controversias que surjan de estos contratos -públicos- serán de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa [...] excepto cuando, [...] se hubiere pactado cláusula compromisoria o suscrito compromiso entre las partes, lo cual con algunas limitaciones habilitaría en materia jurisdiccional, en asuntos de contratación pública, a los árbitros [...], sin embargo debe observarse que los árbitros por vía jurisprudencial se encuentran con limitaciones para conocer de determinados asuntos contractuales como son los relativos a los conflictos de la legalidad de actos administrativos proferidos durante la ejecución del contrato (Santofimio, 2004, pág. 110).

#### **IV. El control arbitral de los actos administrativos en la actividad convencional del Estado.**

El estudio del control arbitral de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, nos obliga a emprender su tratamiento desde la posición predominante, que niega la posibilidad de arbitrar aquellos asuntos que por su naturaleza no son transigibles, en atención al orden público de la materia.

“En los contratos administrativos cabe el arbitraje como excepción y con carácter restrictivo, en los casos en que las cuestiones a dilucidar no afecten ni al orden público, ni al orden constitucional, ni agravien a la autoridad del Estado o a su soberanía [...] los árbitros iuris no pueden tomar decisiones que impliquen ejercicio de prerrogativas de la Administración Pública o de funciones esenciales del Estado. -v. gr., control de legalidad de los actos administrativos- El Estado puede recurrir al arbitraje para dilucidar conflictos técnicos, cuestiones de hecho o de orden financiero-patrimonial [...]” (Dromi, 2009, pág. 578).

El requisito de transigibilidad ha constituido el corolario de la simplificación del debate en la materia y con ello los árbitros habilitados por las partes para resolver jurisdiccionalmente los conflictos contractuales han sido relevados del control de la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado.

Al respecto el Consejo de Estado de Colombia<sup>1</sup>, organismo cuyos pronunciamientos se han convertido en indudables referentes jurídicos de derecho público para la región, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha indicado, en principio, que la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la administración pública en contratación pública, no puede ser discutida por la justicia arbitral, en tanto la materia constituye patrimonio exclusivo de la jurisdicción contencioso administrativa.

Cuando la Administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquella solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible (Sentencia de 8 de junio de 2000, exp. 16973, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez).

Sin perjuicio de lo anterior, el propósito de este trabajo es identificar los elementos que potencialmente promuevan la justicia arbitral como un mecanismo competente para el control de la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado.

---

<sup>1</sup> N. del A. Se ha tomado en cuenta la legislación colombiana y los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado colombiano, debido al desarrollo de la materia y el tema en ese país, avances que constituyen verdaderos referentes regionales del derecho comparado.

La nota distintiva del arbitraje en derecho público y derecho privado, que sea dicho de paso, es la base sobre la cual se asienta la posibilidad de la tesis planteada y que podría resumirse en la competencia de los árbitros para corregir la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado. Así tenemos que en el derecho privado la competencia arbitral atiende a la noción de transigibilidad de la materia, mientras que en el derecho público, responde a cuestiones de orden normativo, más concretamente a la existencia de una habilitación Constitucional y legal.

La apertura para que las entidades públicas puedan acudir al arbitraje es parte de las modernas tendencias acogidas por la nueva legislación. En verdad, el Derecho Público ecuatoriano nunca vio antes con buenos ojos la alternativa del arbitraje como forma de resolver los conflictos entre el Estado y los particulares. Existían severas restricciones que impedían el conocimiento y aplicación de las cláusulas de arbitraje en los contratos celebrados con entidades del sector público. Se sostenía el criterio de que la Administración Pública, por definición, no podía someter asuntos relativos a la actividad pública al arbitraje, sino a los tribunales contencioso administrativos (Salcedo, 2001, pág. 75).

Por lo tanto, para que se pueda examinar la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, a través del arbitraje, es necesario que dicha potestad sea reconocida expresamente en la Constitución y en la ley.

Lo anterior instituiría al arbitraje como un mecanismo alternativo al contencioso administrativo para la realización de la justicia y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, al menos en contratación pública, favoreciendo de mejor manera el principio de igualdad procesal ante un eventual litigio, así como el principio de prohibición de dividir la contingencia de la causa, en tanto, se evita que decisiones jurisdiccionales interdependientes sean juzgadas por autoridades distintas, evitando la dispersión del control patrimonial y legal de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado.

El desarrollo del concepto de arbitrabilidad ha sido extraordinario a favor del arbitraje: se ha pasado de considerar que no eran arbitrables aquellas cuestiones en que estuviese “interesado” el orden público o que implicaran el examen de una norma de orden público, a juzgar que los árbitros están habilitados, al menos inicialmente, a decidir tanto sobre el incumplimiento como sobre la validez de contratos que contravengan el orden público y, en general, sobre la legalidad de la conducta de las partes (Caivano, 2011, pág. 352).

Quizá los árbitros podrían interpretar a su favor el contenido del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual potencialmente abre las puertas para el juzgamiento arbitral de la legalidad de una clase de actos administrativos denominados multas, dictados en virtud de la potestad exorbitante sancionatoria de la Administración en el ejercicio de la actividad

convencional del Estado. Aunque la solución integral al problema de competencia de los árbitros en la materia se circunscribe en la habilitación constitucional y legal como se lo ha expuesto anteriormente.

Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días. Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso. *Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral* (Registro Oficial Suplemento Nro. 395 de 04 de agosto de 2008).

Los árbitros al igual que los jueces, ejercen verdaderas funciones jurisdiccionales conforme lo establece el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 544 el 09 de marzo de 2009, lo anterior implica que al momento de componer y resolver el conflicto y con ello administrar justicia, los árbitros deben observar la norma positiva de derecho público; es decir, su conducta debe sujetarse y adecuarse a las formas legales establecidas en la Constitución y la ley, conforme lo establece el acápite segundo del artículo 190 de la Constitución del Ecuador publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008, y finalmente su formación jurídica -árbitros iuris- garantiza el respeto de las instituciones jurídicas y los principios universales del derecho.

[...] resulta por lo tanto concluyente afirmar que, no existe razón jurídicamente defendible para sustraer de la jurisdicción arbitral ciertos asuntos directamente relacionados con el contrato relevante, so pretexto de que la incidencia objetable se ejerce formalmente a través de un acto administrativo (Díaz-Candia, 2009, págs. 709 - 740)

En efecto, la decisión arbitral sobre la corrección legal de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, constituye una verdadera decisión jurisdiccional de los árbitros, cuya conducta se circunscribe a la plena observancia de los derechos y garantía de la justicia; en tal virtud, nada impediría que el laudo arbitral al igual que la sentencia judicial declare la ilegalidad de la voluntad administrativa.

## **CONCLUSIONES**

1.- En relación a la competencia de los árbitros para corregir la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en la actividad convencional del Estado, podemos inferir que tal propuesta es potencialmente viable, puesto que por mandato expreso de la ley, previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 395 el 04 de agosto de 2008, los árbitros podrían juzgar las multas impuestas en el ejercicio de la potestad exorbitante sancionatoria de la Administración en los procesos de contratación pública.

2.- El juzgamiento en sede arbitral del acto administrativo proferido en virtud de la potestad exorbitante sancionatoria denominada multa, en la actividad convencional del Estado, es admisible, en la medida en que los árbitros ejercen verdaderas facultades jurisdiccionales, tal como lo reconoce el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 544 el 09 de marzo de 2009. Lo anterior implica que tanto los árbitros como los jueces pueden corregir la legalidad de este tipo de actos administrativos y con ello declarar su correspondiente ilegalidad.

3.- La multa impuesta al contratista a la que hace referencia el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública «*ut supra*» y que potencialmente puede ser impugnada en sede arbitral, constituye una declaración unilateral de la voluntad administrativa en el ejercicio material de la potestad pública exorbitante sancionatoria de la Administración pública. Lo anterior instituye el corolario del juzgamiento arbitral de esta clase de actos administrativos.

4.- El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial Nro. 449 el 20 de octubre de 2008 reconoce el arbitraje en derecho en contratación pública en aquellas materias en las que por su naturaleza las partes puedan disponer libremente.. Así tenemos que en la actualidad la noción de transigibilidad de la materia es la «*conditio sine que non*» y nota distintiva del arbitraje, tanto en el derecho público como en el derecho privado.

5.- Para la verificación del juzgamiento arbitral de la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración pública en el ejercicio de la actividad convencional del Estado, es necesario superar el debate teórico anquilosado sobre la base de la transigibilidad de la materia arbitral en contratación pública, hacia la existencia de una habilitación constitucional y legal expresa a favor del arbitraje.

6.- Las funciones jurisdiccionales que ejercen los árbitros en virtud de la potestad pública de administrar justicia que ha sido delegada por el Estado a su favor, no afectan de ninguna manera el principio de legalidad administrativa y peor aun la tutela efectiva de los derechos, puesto que los árbitros al igual que los jueces estatales, en aquellos procesos en que determinan derechos y obligaciones, deben garantizar y asegurar el derecho fundamental al debido proceso conforme lo establecen los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial Nro. 449 el 20 de octubre de 2008.

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

A B C D E F G H I J K L M N Ñ O P Q R S T U V W X Y Z

### I

«*Imperium*» Locución latina que se utiliza en el lenguaje jurídico para significar la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1986, pág. 538) y (Mohorade, 2001, pág. 46)

«*Iudicium*» Locución latina que se utiliza en el lenguaje jurídico para significar la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa, resolviendo de tal forma la litis (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1986, pág. 538) y (Mohorade, 2001, pág. 46).

«*Ius Variandi*» Locución latina que se utiliza en el lenguaje jurídico para significar la facultad de la Administración para modificar unilateralmente las condiciones originales del contrato administrativo (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1986, pág. 168).

### N

«*Ne Eat Iudex Citra Petita Partium*» “Locución latina que se utiliza en el lenguaje jurídico para significar que el juez no puede decidir menos de lo pedido por las partes” (Salcedo, 2001, pág. 136).

«*Ne Eat Iudex Extra Petita Partium*» “Locución latina que se utiliza en el lenguaje jurídico para significar que el juez no puede decidir una cosa distinta a la pedida por las partes” (Salcedo, 2001, pág. 136).

«*Ne Eat Iudex Ultra Petita Partium*» “Locución latina que se utiliza en el lenguaje jurídico para significar que el juez no puede decidir más allá de lo pedido por las partes” (Salcedo, 2001, pág. 136).

«*Notio*» “Locución latina que se utiliza en el lenguaje jurídico para significar la facultad de conocer las cuestiones litigiosas atribuidas a los órganos judiciales (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1986, pág. 538) y (Mohorade, 2001, pág. 45).

## **R**

«*Res Iudicata Pro Veritate Habetur*» “Locución latina que se utiliza en el lenguaje jurídico para significar que debía tenerse por verdadero lo que el juez expresaba en la sentencia (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1986, pág. 974).

## V

«*Vocatio*» Locución latina que se utiliza en el lenguaje jurídico para significar la facultad del juzgador para citar a las partes y con ello su comparecencia. (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1986, pág. 538) y (Mohorade, 2001, pág. 45).

## **BIBLIOGRAFÍA**

A B C D E F G H I J K L M N Ñ O P Q R S T U V W X Y Z

### **A**

ACOSTA, Miguel. “Derecho administrativo especial”. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México D.F., México, 1999.

### **B**

BARRIOS, Dante. “El juicio arbitral”. Editorial Idea. Montevideo, Uruguay, 1996.

BEJAR, Luis. “El acto administrativo y su finalidad”. Editorial Porrúa - Universidad Panamericana. México D.F., México, 2011.

BENOIT, Francis. “El derecho administrativo francés”, trad. Rafael Gil Cremandes. Madrid, España, 1977.

BERÇAITZ, Miguel. “Teoría general de los contratos administrativos”. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1980.

BIELSA, Rafael. “Derecho administrativo”. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1964.

BLANQUER, David. “Derecho administrativo”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2010.

BOCANEGRA, Raúl. “Lecciones sobre el acto administrativo”. Editorial S.L. Civitas ediciones. Madrid, España, 2002.

BRISEÑO, Humberto. “El arbitraje comercial”. Editorial Limusa. México D.F., México, 1989.

BULLARD, Alfredo. “Enemigos íntimos: el arbitraje y los contratos administrativos”. Editorial Palestra. Lima, Perú, 2016.

## C

CAIVANO, Roque. “Arbitraje”. Vilella Editor. Buenos Aires, Argentina, 2000.

----- . “La cláusula arbitral: evolución histórica y comparada”. Editorial Work House Procesal. Bogotá, Colombia, 2011.

CASSAGNE, Juan. “El acto administrativo: teoría y régimen jurídico”.  
Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 2013.

----- . “La justicia administrativa en Iberoamérica”. Editorial Lexis  
Nexis - Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2005.

----- . “El contrato administrativo”. Editorial Lexis Nexis - Abeledo  
Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2005.

----- . “Curso de derecho administrativo”. Palestra Editores & TEMIS.  
Lima, Perú, 2010.

----- . “La ejecutoriedad del acto administrativo”. Editorial Abeledo  
Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1971.

----- . “Derecho administrativo”. Editorial Lexis Nexis - Abeledo  
Perrot. Tomo I. Buenos Aires, Argentina, 2002.

CHIOVENDA, Guiseppe. “Derecho procesal civil”. Editorial Reus.  
Madrid, España, 1992.

## D

DIAZ-CANDIA, Hernando. “El problema de los poderes formales del juez contencioso administrativo a la luz del principio de la separación de los poderes públicos”. Revista Internacional de Arbitraje. Caracas, Venezuela, 2009.

DIEZ, Luis. “El pacto compromisorio y la nueva ley de arbitraje”. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, España, 1994.

DIEZ, Manuel. “Derecho administrativo”. Bibliográfica OMEBA. Buenos Aires, Argentina, 1963.

DROMI, Roberto. “El procedimiento administrativo”. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina, 1999.

----- . “Acto administrativo”. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina, 2008.

----- . “Derecho administrativo”. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina, 2009.

## E

ESCOLA, Héctor. “El interés público como fundamento del derecho administrativo”. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1989.

ESCUÍN, Catalina. “Curso de derecho administrativo parte general”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2009.

## **E**

FERRAJOLI, Luigi. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. Editorial Trotta. Madrid, España, 2009.

FERNÁNDEZ, Jorge. “Panorama del derecho mexicano”. Editorial McGRAW-HILL. México D.F., México, 1997.

FIORINI, Bartolomé. “Derecho Administrativo”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1995.

FRAGA, Gabino. “Derecho administrativo”. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México D.F., México, 1994.

## **G**

GALINDO, Juan. “Derecho procesal administrativo”. Tomo I. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 2013

GAMERO, Eduardo y FERNÁNDEZ, Severiano. “Manual básico de derecho administrativo”. Editorial Tecnos. Madrid, España, 2008.

GARCÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas. “Curso de derecho administrativo”. Editorial S.L. Civitas ediciones. Madrid, España, 2011.

GARRIDO, Fernando. “Tratado de derecho administrativo”. Editorial Tecnos. Madrid, España, 2002.

GIL, Jorge. “Curso práctico de arbitraje”. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia, 1993.

GIMENO, Vicente. “Introducción al derecho procesal”. Editorial Constitución y Leyes, S.A. Madrid, España, 2009.

GISBERT, Marta. “El contrato arbitral”. Editorial Thomson Reuters Civitas. Pamplona, España, 2015

GONZÁLEZ, José. “La asistencia judicial al arbitraje”. Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1991.

GORDILLO, Agustín. “Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo”. Tomo III. Editorial Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina, 2000.

GUASP, Jaime. “Derecho procesal civil”. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España, 1998.

## J

JINESTA, Ernesto. “Contratación administrativa”. IUS consultec S.A. y Ediciones Guayacán. San José, Costa Rica, 2010.

JIMÉNEZ, Manrique. “El nuevo proceso contencioso administrativo”. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2008.

## L

LARROUMET, Christian. “El contrato de arbitraje”. Editorial Legis S.A. Bogotá, Colombia, 2005.

LAUBADÈRE, André. “Manual de derecho administrativo”. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1984.

LINARES, Mario. “El contrato estatal”. Editora jurídica Grijley. Lima, Perú, 2002.

## M

MACCHIA, Valeria & ZAPIOLA, Ignacio. “Arbitraje comercial internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencial”. Editorial Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, España, 2009.

MARIENHOFF, Miguel. “Tratado de derecho administrativo: teoría general”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1983.

MORAGA, Claudio. “Contratación administrativa”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile, 2007.

MOHORADE, Alfredo. “Arbitraje”. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba, Argentina, 2001.

MONTOYA, Ulises. “El arbitraje comercial”. Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima, Perú, 1988.

## Q

OMEBA. “Enciclopedia Jurídica”. Tomos IV, XVII, Editorial Driskill S.A. Buenos Aires, Argentina, 1986.

## **P**

PARADA, Ramón. “Derecho administrativo: parte general”. Editorial Marcial Pons. Madrid, España, 2012.

PENAGOS, Gustavo. “El acto administrativo”. Editorial Lito-Editorial Quingráficas. Armenia, Colombia, 1977.

PÉREZ, Alberto. “Teoría general del acto administrativo”. Editorial Porrúa. México D.F., México, 2003.

PÉREZ, Enrique. “Notas de derecho constitucional y administrativo”. Editorial Porrúa. México D.F., México, 1998.

## **R**

RETORTILLO, Lorenzo. “Del derecho administrativo de nuestro tiempo”. Editorial S.L. Civitas Ediciones. Madrid, España, 2010.

## S

SALCEDO, Ernesto. “El arbitraje”. Editorial Jurídica Míguez Mosquera, Quito, Ecuador, 2001.

SALGUERO, Gonzalo. “Contratos administrativos”. Ediciones Librería del profesional. Bogotá, Colombia, 1983.

SANTAMARIA, Juan. “Principios de derecho administrativo”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, España, 2002.

SANTOFIMIO, Jaime. “Tratado de derecho administrativo”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2004.

SAYAGUÉS, Enrique. “Tratado de derecho administrativo”. Editorial Talleres Bianchi-Altuna. Montevideo, Uruguay, 1953.

SEARA, Modesta. “Derecho internacional público”. Editorial Porrúa. México D.F., México, 2009.

## V

VÉLEZ, Jorge. “Los dos sistemas del derecho administrativo”. Editorial  
Institución Universitaria Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia, 1996.

VIDAL, Jaime. “Derecho administrativo”. Editorial Temis S.A. Bogotá,  
Colombia, 1997.

## **BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA**

A B C D E F G H I J K L M N Ñ O P Q R S T U V W X Y Z

### **C**

Código de Procedimiento Civil de 1953, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 133 de fecha 7 de febrero de 1953 - derogada.

Código Orgánico General de Procesos -COGEP-, publicado en el Registro Oficial Suplemento 506 de fecha 22 de mayo de 2015 - vigente.

Código Orgánico de la Función Judicial -COFJ-, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 544 de fecha 09 de marzo de 2009 - vigente.

Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización -COOTAD-, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 303 de fecha 19 de octubre de 2010 - vigente.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de fecha 20 de octubre de 2008 - vigente.

### **E**

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE-, publicado en el Registro Oficial Nro. 536 de fecha 18 de marzo de 2002 - vigente.

## L

Laudo arbitral - Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil - Arbitraje Nro. 009-11 Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT -EP- en contra de ZTE Corporation.

Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo Nro. 735 de fecha 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial Nro. 90 de 28 de octubre de 1963 - derogada.

Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial Nro. 145 de fecha 04 de septiembre de 1997 - derogada.

Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial Nro. 417 de fecha 14 de diciembre de 2006 - vigente.

Ley de Modernización del Estado, publicada en el Registro Oficial Nro. 349 de fecha 31 de diciembre de 1993 - vigente.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 395 de fecha 04 de agosto de 2008 - vigente.

**R**

Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 581 de fecha 02 de diciembre de 1994 - vigente.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 588 de fecha 12 de mayo de 2009 - vigente.

## ÍNDICE

<b>CERTIFICACIÓN</b>	I
<b>DEDICATORIA</b>	II
<b>AGRADECIMIENTO</b>	III
<b>RESUMEN</b>	V
<b>INTRODUCCIÓN</b>	VII

### CAPÍTULO I **EL ARBITRAJE**

I. Naturaleza jurídica del arbitraje.	1
1.1 Teoría contractualista.	4
1.2 Teoría jurisdiccionalista.	6
II. El convenio arbitral.	9
2.1 La cláusula compromisoria.	11
2.2 El compromiso arbitral.	12
III. El laudo arbitral.	13
3.1 Contenido y ejecución del laudo arbitral.	15

### CAPÍTULO II **EL ACTO ADMINISTRATIVO**

I. Noción conceptual del acto administrativo.	21
1.1 Definición del acto administrativo.	22
II. Características del acto administrativo.	25
2.1 Principio de ejecutividad del acto administrativo.	26
2.2 Principio de presunción de legitimidad del acto administrativo.	27
2.3 Principio de revocabilidad del acto administrativo.	29
III. Elementos del acto administrativo.	31
3.1 El sujeto o elemento subjetivo.	33
3.2 Las formas o elemento formal.	35
3.3 El objeto o elemento objetivo.	38
3.4 El fin o elemento teleológico o causal.	39

### CAPÍTULO III **EL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

I. Elementos del contrato administrativo.	42
1.1 Los sujetos.	43
1.2 El consentimiento.	44
1.3 La causa.	46
1.4 El objeto.	47
1.5 La finalidad.	48
1.6 La forma.	49

II. Definición de contrato administrativo.	50
III. Formación del contrato administrativo.	52
IV. Potestades exorbitantes en la actividad convencional del Estado.	53
4.1 Potestad de interpretación unilateral.	54
4.2 Potestad de dirección y control.	55
4.3 Potestad de modificación unilateral.	56
4.4 Potestad sancionatoria.	58
4.5 Potestad rescisoria.	59

## **CAPÍTULO IV**

### **EL CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

I. Antecedentes del control contencioso administrativo en el Ecuador.	61
II. La huida del control judicial de los actos administrativos en la actividad convencional del Estado.	67
III. El control judicial de los actos administrativos en la actividad convencional del Estado.	69
IV. El control arbitral de los actos administrativos en la actividad convencional del Estado.	75

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>XII</b>
<b>GLOSARIO DE TÉRMINOS</b>	<b>XV</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>XVIII</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA</b>	<b>XXIX</b>
<b>ÍNDICE</b>	<b>XXXII</b>
<b>ANEXO</b>	<b>XXXIV</b>

Yo, *Sebastián Ibarra González*:. declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y que se ha consultado la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador -UIDE-, sin restricción de ningún género o tipo.

-----  
Firma

Yo, *Edison Toro Calderón* en calidad de director de tesis, certifico que conozco a su autor y que este trabajo es de su autoría, y, por lo tanto, que es responsable exclusivo de su originalidad y autenticidad, así como de su contenido.

-----  
Firma