



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**La competencia del árbitro de emergencia para suspender actos  
administrativos en contratación pública.**

**AUTOR:**

**Arroyo Zuñiga, Valeria Eduarda**

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

**TUTOR:**

**Dra. Nuques Martínez, María Isabel**

**Guayaquil, Ecuador**

**15 de septiembre del 2022**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

### **CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Arroyo Zuñiga, Valeria Eduarda** como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

### **TUTOR (A)**

f. \_\_\_\_\_  
**Dra. María Isabel Nuques Martínez**

### **DIRECTOR DE LA CARRERA**

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

**Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, Arroyo Zuñiga, Valeria Eduarda**

**DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación, **La competencia del árbitro de emergencia para suspender actos administrativos en contratación pública** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

**Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022**

**LA AUTORA**

f. \_\_\_\_\_  
**Arroyo Zuñiga, Valeria Eduarda**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Arroyo Zuñiga, Valeria Eduarda**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La competencia del árbitro de emergencia para suspender actos administrativos en contratación pública**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022**

**LA AUTORA**

f. \_\_\_\_\_  
**Arroyo Zuñiga, Valeria Eduarda**

# INFORME DE URKUND

| URKUND                |                                                                                                                                                  | Lista de fuentes                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Bloques | ⌵ Abrir sesión |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
|-----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|----------------|--------------------------|---|---|-----|----------------------------------------------------------------------------|---|---|---|-----------------------------------|---|---|---|-------------------------------------|---|---|---|----------------------------------------------------------------------------|---|---|-----------------------------|--|--|---|--------------------------|--|--|--|
| <b>Documento</b>      | <a href="#">TESIS - VALERIA ARROYO VF.doc</a> (D144248246)                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |         |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| <b>Presentado</b>     | 2022-09-16 21:29 (-05:00)                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |         |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| <b>Presentado por</b> | Maritza Ginette Reynoso Gaute (maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec)                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |         |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| <b>Recibido</b>       | maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |         |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| <b>Mensaje</b>        | RV: TESIS SRTA VALERIA ARROYO <a href="#">Mostrar el mensaje completo</a><br>1% de estas 26 páginas, se componen de texto presente en 4 fuentes. | <table border="1"><thead><tr><th>⊕</th><th>Categoría</th><th>Enlace/nombre de archivo</th><th>⊖</th></tr></thead><tbody><tr><td>⊕</td><td>&gt; 📄</td><td><a href="#">Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D143595085</a></td><td>⊖</td></tr><tr><td>⊕</td><td>📄</td><td>Universidad del Azuay / D51329623</td><td>⊖</td></tr><tr><td>⊕</td><td>📄</td><td>Universitat de Valencia / D40564134</td><td>⊖</td></tr><tr><td>⊕</td><td>📄</td><td><a href="#">Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D111949068</a></td><td>⊖</td></tr><tr><td>⊕</td><td colspan="2"><b>Fuentes alternativas</b></td><td></td></tr><tr><td>⊕</td><td colspan="2"><b>Fuentes no usadas</b></td><td></td></tr></tbody></table> | ⊕       | Categoría      | Enlace/nombre de archivo | ⊖ | ⊕ | > 📄 | <a href="#">Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D143595085</a> | ⊖ | ⊕ | 📄 | Universidad del Azuay / D51329623 | ⊖ | ⊕ | 📄 | Universitat de Valencia / D40564134 | ⊖ | ⊕ | 📄 | <a href="#">Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D111949068</a> | ⊖ | ⊕ | <b>Fuentes alternativas</b> |  |  | ⊕ | <b>Fuentes no usadas</b> |  |  |  |
| ⊕                     | Categoría                                                                                                                                        | Enlace/nombre de archivo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | ⊖       |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| ⊕                     | > 📄                                                                                                                                              | <a href="#">Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D143595085</a>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | ⊖       |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| ⊕                     | 📄                                                                                                                                                | Universidad del Azuay / D51329623                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | ⊖       |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| ⊕                     | 📄                                                                                                                                                | Universitat de Valencia / D40564134                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | ⊖       |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| ⊕                     | 📄                                                                                                                                                | <a href="#">Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D111949068</a>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | ⊖       |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| ⊕                     | <b>Fuentes alternativas</b>                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |         |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |
| ⊕                     | <b>Fuentes no usadas</b>                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |         |                |                          |   |   |     |                                                                            |   |   |   |                                   |   |   |   |                                     |   |   |   |                                                                            |   |   |                             |  |  |   |                          |  |  |  |

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

**Dra. Maria Isabel Nuques Martínez**

**Docente Tutor**

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

**Valeria Eduarda Arroyo Zuñiga**

**Estudiante**

## **AGRADECIMIENTO**

*Agradezco a mis padres que han sido un soporte y mis espectadores principales a lo largo de toda la carrera.*

*A las amigas que hice en la universidad y amigas del colegio: Fiorella, Ana Cristina, Belén y Annelise, que han hecho de mi experiencia universitaria la mejor del mundo.*

*A Daniela Soriano, por recorrer conmigo toda nuestra etapa colegial y ahora terminar conmigo la etapa universitaria como colegas.*

*A mis mentores Cesar Sánchez y Julia Rovello que me han visto crecer y son una pieza fundamental en mi formación.*

*Al equipo de arbitraje de la UCSG que desde el 2019 me regaló las experiencias más increíbles de toda la carrera.*

*Finalmente, a Melanie por acompañarme en esta etapa y hacerla tan especial.*

## **DEDICATORIA**

*Le dedico este trabajo a mi papá y a mis abuelos Silvio y Guadalupe.*



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

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

OPONENTE

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

**Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS**

DECANO

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

**Ab. MARITZA REYNOSO GAUTE, Mgs.**

COORDINADOR DEL ÁREA





UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Facultad:** Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

**Carrera:** Derecho

**Periodo:** UTE A- 2022

**Fecha:**

### **ACTA DE INFORME FINAL**

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “***LA COMPETENCIA DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA PARA SUSPENDER ACTOS ADMINISTRATIVOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA***” elaborado por la/el estudiante ***VALERIA EDUARDA ARROYO ZUÑIGA***, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de ***(NOTA EN NÚMERO) (NOTA EN LETRAS)***, lo cual lo califica como ***APTO(A) PARA LA SUSTENTACIÓN***)

---

**Dra. María Isabel Nuques Martínez**

## INDICE

|                                                                                                                                                                                |      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Resumen.....                                                                                                                                                                   | XII  |
| Abstract.....                                                                                                                                                                  | XIII |
| Agradecimiento .....                                                                                                                                                           | VI   |
| Dedicatoria.....                                                                                                                                                               | VII  |
| Introducción .....                                                                                                                                                             | 2    |
| Capítulo i.....                                                                                                                                                                | 3    |
| 1.1.sobre el arbitraje y su historia en el ecuador.....                                                                                                                        | 3    |
| 1.2.el convenio arbitral .....                                                                                                                                                 | 4    |
| 1.3.requisitos para la sustanciación de un arbitraje .....                                                                                                                     | 5    |
| 1.3.1.arbitrabilidad subjetiva .....                                                                                                                                           | 6    |
| 1.3.2.arbitrabilidad objetiva .....                                                                                                                                            | 7    |
| 1.4.arbitraje con instituciones públicas.....                                                                                                                                  | 7    |
| 1.5.arbitrabilidad de actos administrativos .....                                                                                                                              | 10   |
| 1.5.1.teoría en contra de la arbitrabilidad de actos administrativos.....                                                                                                      | 11   |
| 1.6.teoría eclética o mixta .....                                                                                                                                              | 12   |
| 1.7.teoría <i>pro arbitri</i> .....                                                                                                                                            | 13   |
| 1.8.postura actual en ecuador sobre la arbitrabilidad de actos administrativos<br>en contratación pública .....                                                                | 15   |
| 1.9.arbitraje de emergencia.....                                                                                                                                               | 17   |
| 1.9.1.requisitos de procedibilidad en arbitrajes de emergencia.....                                                                                                            | 19   |
| 1.9.2.casos relevantes .....                                                                                                                                                   | 22   |
| 1.10.medida cautelar de suspensión de acto administrativo .....                                                                                                                | 24   |
| 1.10.1.concepto de medidas cautelares .....                                                                                                                                    | 24   |
| 1.10.2..... Origen de la medida de suspensión de los efectos de un acto<br>administrativo.....                                                                                 | 25   |
| 1.10.3.conceptualización de la medida de suspensión de los efectos de actos<br>administrativos y su fundamentación legal .....                                                 | 26   |
| Capítulo ii.....                                                                                                                                                               | 29   |
| Problema jurídico .....                                                                                                                                                        | 29   |
| 2.1.....La posibilidad de que un árbitro de emergencia pueda suspender los<br>efectos de actos administrativos de entidades públicas parte de la relación<br>contractual. .... | 29   |

|                                                                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1.1.los actos administrativos emitidos en materia de contratación pública<br>son arbitrables .....                                | 29 |
| 2.1.2.la suspensión de los efectos de actos administrativos no implican resolver<br>sobre la legalidad del acto <i>per se</i> ..... | 31 |
| 2.1.3.la ley permite el otorgamiento de medidas cautelares en arbitrajes de<br>emergencia .....                                     | 31 |
| Conclusiones .....                                                                                                                  | 33 |
| Recomendaciones .....                                                                                                               | 35 |
| Referencias.....                                                                                                                    | 36 |

## **RESUMEN**

La figura del arbitraje de emergencia ha significado un avance dentro de la cultura jurídica nacional, en virtud de que, cualquiera de las partes, puede solicitar medidas provisionales de carácter urgente previo a la constitución de un tribunal arbitral que conocerá sobre el fondo de una controversia. Sin perjuicio de que, los árbitros de emergencia están facultados para dictar medidas cautelares, aún existe la discusión respecto a la medida cautelar de suspensión de actos administrativos, por tratarse según parte de la doctrina, de materia no arbitrable. En este sentido, el presente trabajo demostrará la competencia que tienen los árbitros de emergencia suspender los efectos de actos administrativos emitidos por entidades públicas en materia de contratación pública, siempre que se encuentren dentro del marco contractual.

### **Palabras claves:**

Métodos alternativos de solución de conflictos, arbitraje, árbitro de emergencia, medidas cautelares, actos administrativos, contratación pública.

## **ABSTRACT**

The figure of emergency arbitration has meant an advance within the legal culture, by virtue of the fact that any of the parties may request urgent precautionary measures prior to the constitution of an arbitral tribunal to hear the merits of a dispute. Notwithstanding the fact that an emergency arbitrator is empowered to issue precautionary measures, there is still a discussion regarding the suspension of administrative acts, since, according to part of the doctrine, this is a non-arbitrable matter. In this sense, this investigation will demonstrate the jurisdiction that emergency arbitrators have to suspend the effects of administrative acts issued by a public entity in public procurements within the contractual framework.

### **Key words:**

Alternative dispute resolution methods, arbitration, emergency arbitrator, injunctive relief, administrative acts, public procurement.

## INTRODUCCIÓN

La competencia del árbitro de emergencia va más allá de la simple lectura del artículo 8 del Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación expedido por el actual Presidente Constitucional de la República, Guillermo Lasso Mendoza, por medio del decreto Nro. 165. Aquello se traduce en que, para que un tribunal arbitral o árbitro de emergencia efectivamente pueda dictar medidas cautelares de cualquier tipo, primero deben supeditarse cinco requisitos fundamentales: i) competencia prima facie ii) el solicitante debe tener un derecho o interés; iii) la medida debe tener un carácter urgente; iv) la posibilidad de configurarse un daño irreparable; y, v) la proporcionalidad de la medida. (Escudero et al, 2018, p. 278)

Ahora bien, un aspecto que ha generado discusión en la doctrina tanto nacional como extranjera, ha sido la arbitrabilidad de los actos administrativos. Parte de la doctrina sostiene estos actos son plenamente arbitrables, siempre que las partes hayan acordado someterse a un procedimiento arbitral, otra parte de la doctrina asegura que no son materia arbitrable por tratarse de actos de interés público, siendo aquello, materia no arbitrable, y finalmente, también existe una postura mixta o ecléctica que señala que solo son arbitrables los efectos o consecuencias patrimoniales del acto y no el acto administrativo per se.

En Ecuador se han emitido pronunciamientos por parte de tribunales arbitrales, como también por medio de sentencias judiciales que permiten sustentar las teorías en contra y a favor, lo cual genera que exista un criterio dividido con relación a la arbitrabilidad de los actos administrativos a nivel local. No obstante, estos planteamientos han sido analizados desde la perspectiva de un arbitraje principal o de fondo, el cual difiere sustancialmente de un arbitraje de emergencia.

En consecuencia, sin perjuicio de que actualmente en Ecuador el arbitraje de Emergencia constituye una nueva institución incorporada en el ordenamiento jurídico sobre el cual existe un desarrollo legal y doctrinal muy limitado, el objetivo del presente trabajo de investigación es demostrar que los árbitros de emergencia gozan de plena jurisdicción para conceder por medio de una solicitud de medidas cautelares la suspensión de un acto administrativo emitido por una entidad pública en materia de contratación pública siempre que se encuentre dentro del marco contractual.

## CAPÍTULO I

### 1.1. SOBRE EL ARBITRAJE Y SU HISTORIA EN EL ECUADOR

El arbitraje es un método heterocompositivo de solución de conflictos, dicho sistema se caracteriza por tener a una persona individual, en este caso un árbitro o tribunal imparcial, cuyo rol es resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de un laudo que tiene efecto de cosa juzgada. San Cristobal Reales (2013) sostiene que un árbitro es un “tercero imparcial que actúa *supra partes*, imponiendo su decisión sobre la base de lo presentado por las partes en el proceso.” (p. 5)

Esta institución de derecho privado ha sido reconocida desde principios de la República en la Constitución del año 1812, luego en el año 1960 con la codificación del Código Civil con disposiciones relativas a “Juicio por Arbitraje” en la Sección Nro 33 y posteriormente por medio de los artículos incorporados en la Ley de Arbitraje Comercial de 1963. Sin embargo, no gozaba de aceptación en el derecho ecuatoriano. De manera que, no fue hasta la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997 que comenzó su verdadera aplicación y práctica. (García y Muriel, 2021, p. 230)

Actualmente este método de solución de conflictos goza de reconocimiento constitucional, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución del Ecuador. En el mismo sentido, el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución y la ley, siendo esta una medida de carácter temporal hasta la expedición del laudo correspondiente.

Bajo esta línea de ideas, el arbitraje difiere de la justicia ordinaria, pues, se aleja de la esfera clásica del derecho, permitiendo un proceso con mayor celeridad y flexibilidad. Esto ha sido ratificado por la Corte Constitucional, quien ha resuelto que:

Por su origen de carácter contractual, las partes gozan de una facultad amplia y flexible para establecer reglas consideradas eficaces y de este modo, poder adaptar un procedimiento arbitral en función de su naturaleza y complejidad” de esta forma, se adapta un caso, de acuerdo a sus particularidades (Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 2573-17-EP, 2017).

En este sentido, además del reconocimiento legal que existe con relación a este método de alternativo de solución de conflictos, existen requisitos especiales que deben ser aplicados para someterse a arbitraje, los cuáles serán abordados en los acápites siguientes.

## **1.2. EL CONVENIO ARBITRAL**

La piedra angular del arbitraje nace de la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, el convenio arbitral se materializa cuando existe consentimiento otorgado. La doctrina de forma unánime se ha pronunciado respecto a su definición, González de Cossío (2008) menciona que “es un contrato en virtud del cual dos o más partes manifiestan voluntariamente su deseo de resolver por la vía arbitral, conflictos actuales o futuros, originados en una relación jurídica contractual o extracontractual”. (p. 56)

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que:

Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, artículo 5)

Asimismo, el siguiente artículo de la ley *ibídem* señala que, para someterse a arbitraje, el convenio podrá ser supeditado de varias formas:

Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, artículo 6)



De este modo, la ley es clara al establecer que el convenio arbitral constituye un requisito fundamental sin el cual la jurisdicción del árbitro no podría surgir. Adicionalmente, Cremades (2006) cataloga al convenio como “el núcleo del arbitraje porque de allí nacen las normas procedimentales que guían el proceso”. (p. 61)

La posibilidad que por medio de un convenio arbitral se puedan dirimir controversias de carácter contractual de forma rápida y eficiente recurriendo a tribunales arbitrales que emiten laudos inapelables –salvo que se alegue su nulidad– constituye una herramienta jurídica otorgada por el legislador en normas constitucionales y especiales.

De manera que, los avances y modificaciones incorporados en la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento los cuales se abordarán con detenimiento en los acápites posteriores, abrieron la puerta para que entidades públicas también suscribieran convenios arbitrales, y, por tanto, los actos administrativos emitidos por estas se encuentren sujetos a suspensión en el caso de un arbitraje de emergencia, o en su defecto a conocimiento de un tribunal de fondo.

### **1.3. REQUISITOS PARA LA SUSTANCIACIÓN DE UN ARBITRAJE**

Toda vez que, el convenio arbitral es un acto jurídico, está sometido a los requisitos tanto de existencia, como de validez estipulados en Código Civil ecuatoriano. No obstante, la Constitución nos otorga una noción primaria de los requisitos de existencia inherentes al arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos, en el artículo 190, inciso 1, estos son i) sujeción a la ley (cumplimiento de solemnidades) y, ii) que recaiga sobre materia transigible (licitud de objeto y causa).

La doctrina ha clasificado a los dos requisitos mencionados anteriormente como necesarios en la celebración de un negocio jurídico y los ha llamado jurisdicción subjetiva y objetiva. Al efecto, González de Cossío (2008) manifiesta que, en caso de no cumplirse uno de estos requisitos, nos encontraríamos ante la famosa locución latina *Ex nihilo nihil fit*, esto es, ante la nada jurídica. (p. 78)

### **1.3.1. ARBITRABILIDAD SUBJETIVA**

La arbitrabilidad subjetiva corresponde al análisis que deben realizar los árbitros, ya sea de emergencia o de fondo, respecto a los sujetos que pretendan someter una determinada controversia a arbitraje (Naizir, 2019). El artículo 1461 del Código Civil señala los requisitos inherentes a la existencia y validez en los actos y declaraciones de voluntad, por lo que, la doctrina siguiendo esta línea, realiza una lista taxativa de los elementos esenciales en el convenio arbitral, los cuales son:

- i. el consentimiento;
- ii. el objeto;
- iii. la causa; y,
- iv. las solemnidades que establezca la Ley

Conceptualmente el consentimiento se entiende como el “Concurso de dos o más voluntades, que se manifiesta por la oferta o aceptación” (Caivano, 2008, p. 110). Estos mismos presupuestos, se revisten de elementos internos como el discernimiento, la intención y la voluntad; y, externos como la manifestación de esta.

Para que las partes pueden brindar su consentimiento deben tener capacidad. Alessandri (1983) lo define como la “aptitud de una persona para adquirir derechos civiles y poder ejercerlos por sí misma” (p. 45). Por ende, para que la cláusula arbitral sea eficaz debe emanar de una persona que tenga capacidad. Finalmente, con relación a el objeto, este deber lícito y que no contravenga el ordenamiento jurídico mientras que la causa, esto es el móvil subjetivo que motiva a las partes para contratar, también debe ser lícito, caso contrario adolecerían de nulidad.

Para este trabajo de investigación cuyo análisis se centra en las entidades públicas, es menester mencionar que dichas entidades tienen suficiente capacidad de transigir y de someterse a procedimientos arbitrales. La ley establece condiciones específicas según sea el caso (autorización requerida por parte de la Procuraduría General del Estado en casos específicos) por lo que, no existe impedimento legal alguno que imposibilite que una entidad pública pueda someter controversias con privados ante arbitraje.

### **1.3.2. ARBITABILIDAD OBJETIVA**

Por otro lado, la arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae*, corresponde al análisis que debe realizar un tribunal arbitral para determinar si una controversia efectivamente puede ser sometida a arbitraje, recordando que, existen materias que la ley identifica como no arbitrables (Naizir, 2019). Al igual que la arbitrabilidad subjetiva constituye un requisito *sine qua non* para que los árbitros puedan resolver, por tanto, se vuelve preponderante que se compruebe que el objeto del arbitraje pueda ser conocido por el Tribunal.

Cuando se hace referencia al objeto de la controversia -adicional al hecho de que la relación contractual debe tener un objeto lícito- se establece que esta debe ser susceptible de transacción. Es decir, lo que se disputa debe ser de libre disposición y renuncia por parte de su titular, no obstante, Larrea (2015) menciona se debe ampliar esta interpretación en los siguientes términos:

No es fundamental que los derechos que se disputan sean transigibles, sino más bien que la disputa sea transigible. Aquello significa que el enfoque debe estar en la autonomía de la voluntad de las partes, y en la posibilidad de que, la disputa *per se* sobre un derecho sea transigible o no para ser conocida por un tribunal arbitral. (p. 285)

Para el caso en concreto, en los acápites siguientes se analizará que los actos administrativos emitidos por la Administración Pública son arbitrables cuando exista un convenio arbitral que así lo permita sin perjuicio de que se trata de un arbitraje de emergencia o del proceso principal.

### **1.4. ARBITRAJE CON INSTITUCIONES PÚBLICAS**

A diferencia del arbitraje entre particulares cuya piedra angular radica en la autonomía de la voluntad de las partes, la administración siempre presenta limitantes impuestas en la ley para la consecución de ciertos actos.

Pese a que, el avance normativo en material arbitral ha sido de forma lenta, en el año 1998 ya se lo elevó a rango constitucional a nivel nacional y con el paso del tiempo ha tomado mayor fuerza en la cultura jurídica ecuatoriana. Como se mencionó anteriormente, con la expedición de la última Constitución del año 2008 se mantuvo dicha jerarquía y adicionalmente se implementó una nueva disposición:

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

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. (El subrayado me pertenece) (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 190)

El segundo inciso de la norma ibídem constituye un refuerzo adicional a lo que se encontraba establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, relativo a la posibilidad de que las instituciones del sector público pueden utilizar el arbitraje para resolver conflictos en su artículo cuatro.

Pese a existir un reconocimiento legal, por varios años esta situación no fue posible, ya que anteriormente predominaba la corriente que radicalizaba la arbitrabilidad de actos administrativos que con el tiempo se ha superado. Al respecto, Bullard (2006) sostiene que:

El arbitraje y el Derecho Administrativo han sido tradicionalmente vistos como ocupantes de las antípodas, uno respecto del otro, llegando a tal nivel, que se los consideraba incluso enemigos. Parecían durante varios años, instituciones que no era posible juntar o asociar. Sin embargo, actualmente las cosas están cambiando sustancialmente. (p.156)

Ahora bien, además de cumplir con los requisitos generales de arbitrabilidad subjetiva, es necesario delimitar los requisitos especiales a los que la administración está obligada a cumplir a diferencia de los particulares, para someter sus disputas ante este método alternativo de solución de conflictos, siendo los siguientes:

**Art. 4.-** Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir

con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral. (El subrayado me pertenece) (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, artículo 4)

En consecuencia, para sustanciar un arbitraje con una entidad pública es necesario que se cumplan los requisitos de: i) pactar un convenio arbitral; ii) la relación jurídica debe ser contractual; iii) Se debe incluir la forma de selección de los árbitros en el convenio; y, iv) el convenio debe estar suscrito por el personero autorizado. Caso contrario se podría alegar la nulidad del convenio arbitral.

Cada uno de los requisitos establecidos en esta ley especial tiene un sustento lógico, en virtud de que, el estado no puede ir más allá de lo que la ley permite ni tampoco contravenirla. El primer requisito es esencial y no requiere mayor explicación, ya que sin convenio no hay arbitraje. No obstante, en los casos de controversias *ex post* además de existir un convenio, se requiere la autorización del Procurador General del Estado. Este dictamen favorable busca examinar el convenio arbitral verificando que se cumplan todos los requisitos previstos en la norma con el

fin de que, la administración suscriba una cláusula libre de vicios y que esta no cause algún perjuicio al Estado ecuatoriano.

El segundo requisito tiene el mismo fin que el primero, es decir, otorgarle protección al Estado. Solo lo contractual es arbitrable, y aquello que se escape de dicha esfera está reservado exclusivamente para ser conocido por la justicia ordinaria por tratarse de materias no transigibles.

Con relación al último requisito, esto es, que se encuentra firmado por el personero autorizado, su sustento radica en que la administración se encuentra conformada de varias entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, por lo tanto, se torna necesario que la suscripción sea realizada por quien ostente la representación legal de dicha entidad.

Entonces, bajo esta línea de ideas, el punto de partida que le permite a un árbitro de emergencia suspender un acto administrativo en materia de contratación pública encuentra su sustento en el artículo 190 de la Constitución en concordancia con el artículo 75 de la norma *ibídem*. Sin embargo, previo a otorgar una medida cautelar de cualquier tipo, este debe realizar un análisis respecto de los requisitos especiales que determina la LAM y en caso de no cumplirse, mal podría pronunciarse por ser este un convenio arbitral nulo.

### **1.5. ARBITRABILIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS**

Existe una discusión en la doctrina nacional e internacional sobre la posibilidad de que un tribunal arbitral se pueda pronunciar sobre actos administrativos, dicha postura surge en virtud de que, parte de la doctrina sostiene que los actos emitidos por una autoridad estatal no son arbitrables por tratarse de actuaciones del Estado realizadas atendiendo a un interés público y su única vía de impugnación es la judicial o contencioso administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, actualmente existen tres corrientes marcadas con relación a la arbitrabilidad de actos administrativos, siendo las siguientes: i) la postura en contra de la arbitrabilidad de actos administrativos; ii) la teoría mixta o eclética; y, iii) la teoría *pro arbitri* que serán desarrolladas en los siguientes acápite.

### 1.5.1. TEORÍA EN CONTRA DE LA ARBITRABILIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Esta teoría radicaliza la posición de la no arbitrabilidad de actos administrativos bajo el argumento de que la revisión de dichos actos emitidos por una entidad pública fuera de la propia administración, están reservados exclusivamente para los jueces del contencioso administrativo. (Larrea, 2015, p. 266) El fundamento legal alegado por esta corriente se encuentra en los artículos 176 de la Constitución y del 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establecen lo siguiente:

- **Art. 173.-** 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.; y, (Constitución del Ecuador, 2008)
- **Art. 217.-** Atribuciones y deberes. - Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:
  - 1) Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario;
  - 2) Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, artículo 217).

Es así que, defensores estatales como también profesionales del derecho dedicados al ámbito privado que apoyan esta teoría, han desarrollado como práctica común alegar la imposibilidad de que un tribunal resuelva sobre la legalidad de un acto administrativo. Larrea (2015) cita al profesor Edgar Neira cuando escribió en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje del año 2008 indicando que:

Cuando en el objeto de la *litis* de una acción arbitral se encuentren entrelazados aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de

legalidad de las actuaciones del Estado [...] los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual [...] pero no aceptar lo que queda fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de actos normativos. (p. 266)

Este criterio también ha sido aplicado en arbitrajes nacionales. A manera de ejemplo se encuentran los casos: i) Andinatel vs. Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (Laudo en Arbitraje, Caso No. 010-06, 30/10/2007; y, ii) Poggi vs. Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (Laudo en Arbitraje, Caso. No. 02-10, 05/05/2011), ambos sustanciados ante Tribunales Arbitrales de la Cámara de Comercio de Quito, en los años 2007 y 2011, respectivamente.

En el primer caso, el Tribunal Arbitral se declaró competente para resolver sobre la controversia surgida con ocasión del contrato, pero se negó a conocer la legalidad de los actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la cual reserva tales facultades para los Tribunales de esa materia.

El segundo caso tuvo una decisión similar al anterior, en virtud de que el Tribunal manifestó que la competencia no le alcanzaría para pronunciarse sobre aspectos que están excluidos cuando el Estado interviene, por lo tanto, mal podría el Tribunal resolver sobre actos administrativos dictados respecto de una relación contractual (Laudo en Arbitraje, Caso. No. 02-10, 05/05/2011).

Por último, si bien es cierto que esta postura tiene argumentos que la sustentan, generalmente cuando se plantean en procesos arbitrales como excepciones a la competencia, existe una demora en el tratamiento del fondo, que según Larrea (2015) “son buenos en caso de haber dudas razonables, caso contrario son deplorables.” (p.266)

## **1.6. TEORÍA ECLÉTICA O MIXTA**

La teoría mixta respecto a la arbitrabilidad de actos administrativos establece que cuando existan controversias contractuales en las que el estado sea una de las partes, lo arbitrable son los efectos económicos o patrimoniales de cualquiera de



ellas, es decir, el Tribunal solo puede resolver “sobre el efecto económico o patrimonial de los actos administrativos contractuales”. (Larrea, 2015, p. 266).

De igual manera –con relación a la primera teoría-, en virtud de la presunción de la legalidad de la que gozan los actos administrativos, solo los jueces ordinarios podrían “desaparecer del mundo jurídico el acto administrativo, por lo que, los árbitros deberán limitar su examen y competencia a los aspectos meramente económicos o patrimoniales que se deriven de dichos actos.” (Larrea, 2015, p.268). Sin embargo, a diferencia de la postura anterior, se admite que la Administración puede someterse a arbitraje, renunciando a la imposición unilateral de voluntad tornando arbitrables los actos administrativos contractuales que generan efectos patrimoniales.

Lamentablemente, la teoría ecléctica tiene un problema práctico en su ejecución. La aplicación de esta teoría implica que las partes estarían obligadas a someter su controversia de forma simultánea en dos jurisdicciones: i) Por un lado ante los jueces de lo contencioso administrativo para que conozca sobre el acto administrativo per se; y, por otro lado, ante un Tribunal Arbitral para que resuelva sobre los efectos o consecuencias patrimoniales. Larrea (2015) acertadamente sostiene que se generaría un problema de prejudicialidad, rompiendo con el principio de unidad jurisdiccional establecido en ordenamiento jurídico, además de un incumplimiento al convenio arbitral. (p. 271)

### **1.7. TEORÍA *PRO ARBITRI***

La tercera teoría permite que los árbitros resuelvan sobre actos administrativos. De conformidad con la doctrina, esta corriente tiene su fundamento en dos pilares esenciales: i) la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral; y, ii) la atribución legal que permite a la administración acudir a arbitraje dentro de sus relaciones contractuales. (Larrea, 2015, p. 272).

Con relación a la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, si la administración expresó de forma voluntaria, el sometimiento a la justicia arbitral aceptando una cláusula o convenio, los actos administrativos que emite dicha autoridad pública en virtud de la naturaleza contractual en la que se encuentra, están sometidos a arbitraje por ser esa la voluntad establecida. En consecuencia, el

arbitraje es admisible para resolver sobre actos administrativos cuando así lo hayan pactado expresamente las partes. Irse en contra de aquello supondría faltar a los principios generales de derecho tales como la buena fe contractual y el *pacta sunt servanda*.

Siguiendo la misma línea de análisis, el consentimiento o la voluntad inequívoca también encuentran su razón de ser en la ley. Aquí surge una discusión respecto a transigibilidad, ya que esta institución del derecho privado supone la posibilidad de disponer y poder renunciar de un determinado derecho. No obstante, parte dominante de la doctrina (p. ej. Caivano y Bullard) sostiene que el simple hecho de que la administración se asocie con un privado para conseguir un fin determinado, lo ubica en el campo contractual, por ende según la ley, en el campo de lo transigible que se convierte en arbitrable.

Larrea (2015) y Díaz-Candía (2001) manifiestan en concordancia con lo expuesto en el acápite de arbitrabilidad objetiva que en arbitraje interesa más que la disputa sea transigible, con un enfoque en la voluntad de las partes sin atender de forma sustancial a la disponibilidad de derechos. Paralelamente, Bullard (2006) compartió un criterio en la Revista Peruana de Arbitraje que complementa al anterior:

Está claro entonces que los actos del Estado de naturaleza comercial son plenamente arbitrables. Asunto superado. Respecto de los actos del Estado inherentes al mismo por caer bajo el velo del *ius imperium*, la regla es que, si el Estado consintió explícitamente al arbitraje no puede liberarse del mismo, entendiéndose el pacto como una renuncia a cualquier restricción a la arbitrabilidad del conflicto. (p. 175)

Entonces, si existe voluntad y la controversia es de carácter contractual no debería haber impedimento para resolver, lo cual lleva al segundo pilar de la teoría *pro arbitri*, siendo este, el reconocimiento legal que otorga la ley. De manera que, si existe un reconocimiento constitucional para solucionar las disputas que surjan entre la administración y un privado, por ejemplo, en contratación pública (reconocimiento en el art. 190 de la Constitución) no debería existir ningún obstáculo para el tribunal

relativo con normas respecto a la legalidad de los actos administrativos y su vía de impugnación.

A manera de ejemplo, si recurrimos a jurisprudencia nacional, se encuentra el criterio de la Corte Suprema de Justicia del año 2004 que sostiene lo siguiente:

Por estas razones en más de una oportunidad, como en el presente caso, establecido que la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia privativa y excluyente, excepto en lo relativo a los procedimientos arbitrales, respecto de la contratación pública y más aún, de todas las controversias derivadas de actos, hechos, contratos y reglamentos solo producidos o celebrados por las instituciones públicas, esta Sala admitió, como en el presente caso, la procedencia del recurso de un auto inhibitorio expedido por los tribunales inferiores.(Contencioso Administrativo, Gaceta Judicial 1, Serie XVIII, 18/10/2004).

La postura *pro arbitri* supone un avance en la cultura jurídica y además significa la flexibilidad que tanto caracteriza a esta rama del derecho, en consecuencia, se considera además que esta corriente es la que de mejor manera sustenta el problema de investigación que se abordará en el siguiente capítulo.

## **1.8. POSTURA ACTUAL EN ECUADOR SOBRE LA ARBITRABILIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA**

El artículo 190 de la Constitución y la norma especial que regula la materia permite llegar a determinar que la postura actual o la corriente que predomina en el Ecuador es la *pro arbitri*, de conformidad con los artículos que rigen en materia de contratación pública:

**Art. 104.- Métodos Alternativos de Solución de Controversias.** - De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula

compromisoria respectiva (...) (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, artículo 104)

**Art. 327.-** Mecanismos de solución directa de las controversias. - Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

En el contrato que se suscriba se incorporará obligatoriamente la cláusula de solución de controversias derivados de la ejecución contractual. (Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, 2022, artículo 327);

**Art. 328.-** De la cláusula compromisoria o convenio arbitral. - En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación y pago. El arbitraje será en derecho (...) (Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, 2022, artículo 327); y,

**Art. 4.-** Arbitraje del Estado y entidades del sector público.-

(...) 3. Si el Estado o una entidad del sector público hubiese pactado Arbitraje, los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica sometida a su conocimiento, incluyendo los actos de terminación, caducidad, o sancionadores expedidos en el marco de la relación jurídico contractual, indistintamente del órgano administrativo que los emita.

Los artículos mencionados fueron implementados en la ley en virtud de que se encuentran amparados en el artículo 190, el cual permite que en contratación pública opere el arbitraje en derecho. Tanto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública, como también los recién incorporados Reglamentos de Arbitraje y Mediación y Contratación pública, establecen que discrepancias relativas de la actividad contractual sean dirimidas por medio de mecanismos de solución directa de controversias, y los árbitros tendrán competencia para resolver sobre actos administrativos indistintamente del órgano administrativo que las emita.

Entonces, al existir una relación contractual entre la administración y un privado en materia de contratación pública, el Estado emitirá a lo largo del *íter* contractual varios actos administrativos. Ahora, en el supuesto no consentido de que uno de ellos sea el motivo de una controversia con el contratista, atendiendo a las normas *ibídem*, resulta sencillo determinar que se deberá atender los artículos mencionados previamente.

Aquello se traduce en que, los árbitros gozan de plena jurisdicción para conocer respecto de todas las actuaciones derivadas dentro del marco contractual, sin perjuicio de que se trate de un acto administrativo emitido por una entidad pública.

En tal virtud, no existe impedimento legal alguno que imposibilite a un árbitro de tener jurisdicción para pronunciarse tanto en un arbitraje de emergencia como en un arbitraje principal.

## **1.9. ARBITRAJE DE EMERGENCIA**

El arbitraje de emergencia es un proceso autónomo que busca el otorgamiento de medidas cautelares. Para tal efecto, es necesario que una de las partes realice una solicitud ante un centro específico que contemple esta figura en su reglamento, y busque la aplicación de medidas cautelares con el fin de: i) precaver un daño actual o inminente; ii) mantener el *statu quo* de la controversia; o iii) preservar bienes que son materia del proceso.

Los autores Álvarez et al. (2018) han manifestado que “el arbitraje de emergencia es una etapa anterior al arbitraje que resolverá el conflicto principal “ (p. 276). En este sentido, esta novedosa institución de derecho supone un proceso autónomo con vida propia, cuya única finalidad es el otorgamiento de medidas cautelares.

Esta figura es considerada nueva en el derecho tanto a nivel nacional como internacional. Su nacimiento surgió en el Centro Internacional de Resolución de Disputadas (CIADI) el cual incorporó por primera ocasión en el año 2006 disposiciones relativas al arbitraje de emergencia. Posteriormente, varias instituciones, a saber: i) La Cámara de Comercio Internacional (CCI), ii) el Centro de Arbitraje Internacional de Estocolmo, iii) El Centro de Arbitraje de Hong Kong, entre otros, también han seguido esta línea incorporando normas relativas al arbitraje de emergencia.

Ahora bien, si se ubica al arbitraje de emergencia en Ecuador, la posibilidad de dictar medidas cautelares tiene una trayectoria relativamente larga a nivel nacional. Con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación del año 1997, se otorgó esta potestad en su artículo 8. Sin embargo, esta disposición se refiere específicamente a que un tribunal arbitral podrá dictar medidas en procesos de fondo en una determinada controversia puesta a su conocimiento.

Es por esta razón que, el acceso a medidas cautelares efectivas ha escapado de la esfera privada, y las partes se han visto en la obligación de acudir ante la función judicial, solicitando dichas medidas ante un juez pese a existir un convenio arbitral para dirimir conflictos.

En este contexto, surgió la necesidad implementar el arbitraje de emergencia en Ecuador por medio de una figura que otorgue la posibilidad a las partes contratantes de no tener que abstenerse del sistema arbitral en busca de la expedición de medidas cautelares de carácter urgente, previo a la constitución de un tribunal.

Por tal razón, en el año 2021 se expidió el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación en el cual por primera ocasión se positivizó la institución del Arbitraje de Emergencia en el Ecuador en su artículo ocho, el cual establece lo siguiente:

Art. 8: El tribunal arbitral o los árbitros de emergencia que estén previstos en los reglamentos de los Centros de Arbitraje y Mediación, podrán dictar cualquier medida cautelar que consideren necesaria para cada caso, con el fin de:

- a) Mantener el statu quo en espera de que se dirima la controversia.

- b) Impedir la continuación de un daño actual, o la materialización de un daño inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral.
- c) Preservar bienes que son materia del proceso o, en general los bienes del deudor o del acreedor.
- d) Presentar elementos de prueba que pueden ser relevantes para resolver la controversia.
- e) Garantizar el cumplimiento de obligaciones en materia de arbitraje.
- f) Preservar la competencia de un tribunal arbitral.

Antes de que esté constituido el tribunal arbitral, la parte interesada podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares contempladas en el Código Orgánico General de Procesos o cualquier otra medida cautelar que considere necesaria de las previstas en el numeral 1 de este artículo. Esta solicitud será presentada a los jueces de lo civil que habrían tenido competencia para resolver la disputa de no haber convenio arbitral, sin que esto se considere una renuncia al mismo. La solicitud seguirá el mismo procedimiento que el Código Orgánico de Procesos prevé para tramitar la solicitud de providencias preventivas. (Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, 2021, artículo 8)

En consecuencia, esta institución se configura como una etapa pre-arbitral, en la que un árbitro de emergencia tiene competencia exclusiva y temporal para dictar cualquier medida cautelar necesaria que proteja los derechos e intereses de la parte solicitante. Adicionalmente, es menester destacar que las medidas otorgadas por un árbitro podrán ser revocadas por el tribunal arbitral que pase a conocer el fondo de la controversia, de conformidad con el artículo 9 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

### **1.9.1. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN ARBITRAJES DE EMERGENCIA**

Sin dejar de lado los requisitos que deben cumplir las medidas cautelares (los cuáles serán abordados en el siguiente acápite), es de vital importancia señalar los requisitos de procedibilidad para sustanciar un arbitraje de emergencia. A nivel

nacional no existe un criterio establecido, no obstante, existe un criterio a nivel internacional, el cual a su vez podría ser un punto de partida o guía el cual establece los siguientes requisitos:

- a) Competencia *prima facie*;
- b) La parte solicitante debe tener un derecho o interés *prima facie*,
- c) Urgencia de la medida;
- d) Existencia de un daño irreparable; y,
- e) Proporcionalidad de la medida

Escudero et al. (2018) desarrollan cada uno de estos requisitos en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Con relación al primer requisito manifiestan que, en virtud de que el tribunal puede determinar su propia competencia, además de la solicitud de medidas provisionales, el árbitro de emergencia deberá determinar si efectivamente es competente para dictar las medidas solicitadas. (p. 278)

De manera que, la arbitrabilidad subjetiva se convierte en un aspecto fundamental a ser considerado, el cual verifica si existe voluntad de las partes por medio de una cláusula arbitral en la cual se faculte a un árbitro de emergencia para dictar tales medidas, o si el reglamento del centro escogido por las partes contempla tal figura. Sin perjuicio de lo anterior, podría ocurrir también que por medio de una cláusula arbitral, ambas partes hayan estipulado expresamente la exclusión de las normas del reglamento sobre el árbitro de emergencia (Escudero et al. 2018, p. 278).

Aquello se traduce en que, la competencia del árbitro de emergencia se realiza previo a la constitución del tribunal que conocerá el fondo, y, por lo tanto, el análisis respecto a la determinación de competencia debe ser más flexible.

Paralelamente, los autores Escudero et al. (2018) también se pronuncian acerca de los requisitos contemplados en los puntos dos a cinco, esto son: el derecho o interés *prima facie* de la parte solicitante; la urgencia de la medida; la existencia de un daño irreparable; y, la proporcionalidad de la medida, y sostienen que “dichos requisitos están sujetos a análisis en función de las consideraciones de cada árbitro y del objeto de protección”. (2018, pg. 276)



Adicionalmente citan a Mika Savola (2015) para pronunciarse respecto al objeto de protección, estableciendo que cuando concurren derechos o intereses, el análisis debe ser estricto atendiendo a urgencia, existencia de daño irreparable y proporcionalidad de la medida. Sin embargo, en el caso que la protección sea una prueba o los bienes que aseguren la obligación materia del arbitraje, los requisitos pueden ser flexibles por la naturaleza del objeto de protección. (p. 276)

Un ejemplo de incorporación de la figura del árbitro de emergencia se encuentra en los Estatutos y Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (en adelante Reglamento AMCHAM) vigente actualmente:

Art. 19.- Árbitro de emergencia

1. Previa a la confirmación del Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar el nombramiento de un árbitro de emergencia para que resuelva respecto de medidas cautelares y aseguramiento de prueba urgente para asegurar el estado de los bienes objeto del litigio, preservar pruebas, garantizar el resultado del laudo o mantener el *status quo* de la disputa.
2. El nombramiento del árbitro de emergencia estará regulado por lo establecido en el anexo 1 del presente reglamento.
3. Las decisiones emitidas por el árbitro de emergencia son vinculantes para las partes, quienes por el hecho de haberse sometido al Reglamento se obligan a cumplirlas.
4. Se extingue la competencia del Árbitro de Emergencia una vez que ha resuelto la medida para la cual ha sido designado.

El derecho de las partes a solicitar la designación de un árbitro de emergencia no impide que cualquiera de ellas pueda acudir ante la autoridad judicial competente para dictar cualquier medida cautelar.

5. La designación del Árbitro de Emergencia no será aplicable en el caso de pacto expreso y previo de las partes excluyendo el árbitro de emergencia.

6. La decisión emitida por el árbitro de emergencia no tendrá efectos vinculantes para el Tribunal Arbitral, por lo tanto, el Tribunal Arbitral podrá cambiar, modificar o revocar cualquier decisión tomada por el árbitro de emergencia.

Así las cosas, se vuelve imprescindible que los centros de arbitrajes contemplen esta figura en sus reglamentos. Por consiguiente, para que un árbitro de emergencia efectivamente pueda otorgar medidas cautelares existen requisitos que deben ser cumplidos además de que ya exista la sola voluntad de las partes. De conformidad con el artículo citado anteriormente, este constituye un claro referente de que una vez que ya exista una disposición que cuente con esta figura, en un reglamento específico ya se cumple uno de los requisitos necesarios para que un árbitro de emergencia pueda conocer una solicitud de medidas cautelares.

### **1.9.2. CASOS RELEVANTES**

Por falta de desarrollo de la institución arbitral objeto del presente trabajo de investigación a nivel nacional, se ha optado por analizar casos de arbitraje internacional en los cuales ha participado el estado ecuatoriano que involucran solicitudes de medidas cautelares, estos son los casos de: Perenco y Burlington.

En primer lugar, se analiza el caso Perenco contra Ecuador. Narváez Aguirre (2014) analiza la solicitud de parte solicitante, en el Caso CIADI No. ARB/08/6 del 28 de mayo de 2009, cuya petición fue la siguiente:

- a) La cesación del cobro de 327 millones de dólares dentro del procedimiento coactivo realizado por el estado ecuatoriano amparado en la Ley 42; y,
- b) La cesación de cualquier otra conducta que pueda afectar la situación legal de los contratos de participación. (El subrayado me pertenece)

Perenco alegó que cualquier acto emitido por administración dentro del proceso coactivo podría vulnerar su derecho a obtener una tutela judicial efectiva, en consecuencia, el análisis del Tribunal fue realizado aludiendo a la preservación del status quo y criterios de urgencia y necesidad, (Narváez, 2014, p. 84). La justificación del Tribunal fue la siguiente:

*(...) “Perenco enfrenta la inminente confiscación de sus activos en Ecuador (sea petróleo, planta, equipo o cuentas bancarias) por un monto de \$327 millones, más intereses y costas, a menos que pague esa suma dentro de muy pocos días. Tal y como se desprende de la carta que con fecha 29 de abril de 2009 enviaron los representantes de Perenco al Tribunal (y sobre la cual Ecuador no ha tenido más que una muy breve oportunidad para responder), ya se habrían dado los siguientes pasos. Si el negocio de Perenco en Ecuador fuera efectivamente terminado de esta manera, dicho daño no podría, a juicio del Tribunal, compensarse adecuadamente a través de un laudo de daños pecuniarios en caso de que la demanda se sostenga”. (Caso CIADI No. ARB/08/6, de 28 de mayo de 2009)*

Sobre esta base el Tribunal recomendó la suspensión del procedimiento administrativo de coactiva, de manera que, el autor Narváez Aguirre (2014) manifiesta “si bien no es la suspensión de un acto administrativo per se, implica una forma de suspensión” (p. 84).

Por otro lado, se encuentra el caso Burlington. La resolución dictada por el Tribunal se asemeja a la de Perenco, en virtud de que ambas compañías mantenían un consorcio con el objetivo de realizar actividades de explotación petrolera, la solicitud de medidas provisionales de Burlington se resume en tres puntos sustanciales:

- a) La abstención del cobro coactivo de los valores adeudados presuntamente por Burlington por parte del estado ecuatoriano, amparado en la Ley 42;
- b) El impedimento de cualquier medida que pueda afectar a los contratos de participación, y;
- c) El estado ecuatoriano se inhiba de realizar cualquier acto que puede agravar la controversia. (CIADI No. ARB/08/5, de 29 de junio de 2009).

Al igual que el otro reclamante, la solicitud fue presentada atendiendo al status quo, para efectos de que no se agrave la controversia ni se genere un perjuicio mayor al Burlington, asegurando de esta forma un laudo arbitral efectivo.

La parte relevante de la decisión adoptada por el Tribunal, corresponde a la orden del estado ecuatoriano de abstenerse de realizar actos que pudieren agravar la controversia. Esto da como resultado que se obligó a la parte demandada a cesar cualquier proceso pendiente contra la solicitante relativo a los procesos coactivos y se abstendrán de iniciar nuevos procesos de esa naturaleza.

En tal virtud, si bien es cierto que los casos citados anteriormente versan sobre medidas provisionales otorgados en arbitrajes internacionales en los que ha participado el Estado ecuatoriano no constituyen arbitrajes de emergencia, estos sirven como referencia para establecer que nada impide a un tribunal arbitral ordenar la suspensión de actos administrativos.

La única diferencia –como ya se ha mencionado en acápites anteriores- entre un arbitraje de fondo y uno de emergencia es la finalidad de cada uno. Sin embargo, el otorgamiento de medidas cautelares indiferentemente del tipo de procedimiento, si atiende a un mismo fin. Por tal razón, estas decisiones de medidas provisionales sirven como referencia para este trabajo de investigación por tratarse una suspensión ordenada en contra de la administración pública en materia arbitral.

## **1.10. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO**

### **1.10.1. CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES**

Como punto de partida, es necesario establecer que las medidas cautelares son remedios procesales cuya finalidad es la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma” (Calamandrei, 1945, p.30).

Las medidas cautelares en arbitraje han sido sujeto de estudio nacional, llegando al consenso mayoritario de que es necesario que exista *periculum in mora*, esto es, peligro en la demora de ejercer la medida y el denominado *fumus boni juris*

referido a la apariencia de buen derecho o un indicio de que el solicitante pueda obtener una resolución favorable en el arbitraje.

Tanto la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento permiten su aplicación de conformidad con los siguientes artículos:

**Art. 9.-** Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. (...) (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, artículo 9); y,

**Art. 8:** El tribunal arbitral o los árbitros de emergencia que estén previstos en los reglamentos de los Centros de Arbitraje y Mediación, podrán dictar cualquier medida cautelar que consideren necesaria para cada caso (...) (El subrayado me pertenece) (Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, 2021, artículo 8)

Pues bien, además de los requisitos que contempla la ley para su aplicación, se deben atender a los requisitos doctrinarios de peligro en la demora y apariencia de buen derecho. Asimismo, las medidas encuentran su fundamento constitucional en el principio de tutela judicial efectiva y para esta materia en específico, la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento dejan una puerta abierta a los árbitros para la selección y aplicación de cualquier medida que consideren pertinentes.

#### **1.10.2. ORIGEN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN ACTO ADMINISTRATIVO**

Poder ordenar la suspensión de los efectos de un acto administrativo surgió como una de las primeras alternativas en contra de abusos realizado por el Estado. Históricamente las decisiones realizadas por las autoridades competentes de mayor jerarquía no eran susceptibles de impugnación alguna, incluso hasta la actualidad poder realizar aquello se torna complejo.

Por lo tanto, la posibilidad de poder solicitar esta medida, evidentemente representa un hecho diferenciador en el mundo del derecho ya que originalmente se

partía del principio de imposibilidad de ordenar medidas cautelares contra la administración pública, peor aún contra cualquier acto emitido por esta.

El autor Eduardo García de Enterría (1998) señala que “este derecho pretende evitar, que, a través de uno de sus componentes, como es la tutela cautelar, el administrado soporte la ejecutoriedad del acto y la duración del proceso” (pg. 624). Aquello se traduce en que, la medida de suspensión se sostiene bajo el principio de tutela judicial efectiva garantizada para lograr –en este caso- un laudo justo y eficaz.

### **1.10.3. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL**

La definición otorgada por el autor Gallegos (2002) establece que la medida cautelar de suspensión de efectos de un acto administrativo supone la “interrupción temporal y absoluta o relativa su ejecución” (p. 218).

Esta suspensión o interrupción colinda con las características de ejecutividad y ejecutoriedad de actos administrativos amparados en el principio de auto tutela de la administración, en virtud de que, por regla general estos son dictados por autoridades competentes y por tanto se entienden incorporados al mundo jurídico una vez emitidos.

La ley especial de la materia permite que los árbitros apliquen las medidas cautelares que consideren “**pertinentes**” según sea el caso, alejándonos de la clasificación tradicional de las medidas cautelares sobre cosas y personas. Para una mejor conceptualización, nos remitimos al autor argentino Enrique Falcón (2006), el cual realizó una clasificación del sistema cautelar dividiéndolo en cinco categorías, a saber:

- i) Medidas cautelares en general;
- ii) Medidas sobre bienes;
- iii) Medidas cautelares sobre entes ideales o económicas;
- iv) **Medidas cautelares sobre actos y conductas;** y,

v) Medidas cautelares indeterminadas. (p.87).

La medida cautelar de suspensión de efectos de un acto administrativo se encuentra ubicada en dos categorías, estas son: **iv) Medidas cautelares sobre actos y conductas**; y, v) Medidas cautelares indeterminadas.

Siguiendo esta clasificación, Falcón (2006) sostiene que la medida de suspensión de acto administrativo entra dentro de dos categorías. Se ubica dentro de la clasificación número iv) esto es, medidas sobre actos y conductas cuyo objetivo es ordenar la prohibición de innovar, siendo esta una orden impuesta ante un sujeto determinado de “no alternar una situación determinada o introducir modificaciones a una situación determinada de hecho o de derecho” (p. 379). Adicionalmente, se ubica dentro de la quinta clasificación, esto es, las medidas cautelares indeterminadas

Sobre la base de lo mencionado, la medida de suspensión de acto administrativo también supone una medida de prohibición de innovar, esto es, la orden de no alterar o modificar de hecho o de derecho. Esta figura guarda relación con las llamadas *injunctio* del derecho anglosajón, las cuales están clasificadas como medidas cautelares genéricas, complejas y compuestas. (Narváez, 2014, p. 47).

Su aplicación según Gonzaini (2009) significa “que cada vez existe mayor control sobre los actos de la administración” (p. 847), en consecuencia, la suspensión surge como una alternativa de mecanismos cautelares que permite un efectivo ejercicio del derecho a la tutela cautelar de los administrados.

Adicional a lo mencionado, es de suma importancia señalar que la naturaleza de las medidas cautelares es temporal. Lo que significa que solo subsistirán mientras duran las circunstancias que las causaron, es decir, una vez que exista un pronunciamiento de fondo respecto a una determinada controversia, en este caso, por medio de un laudo arbitral, estas expiran y pierden su eficacia; o en su defecto, el tribunal arbitral de fondo puede revocarlas una vez constituido.

Para el caso que nos concierne, el fundamento legal para la aplicación de medidas cautelares en arbitrajes de emergencia se compone sobre la base de lo siguiente: i) el artículo 190 de la Constitución permite el arbitraje en contratación pública, donde se encuentran inmersos actos administrativos de entidades públicas;

ii) el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales de conformidad con la Constitución; iii) al artículo 76 numeral 1 de Constitución garantiza el cumplimiento de las normas por parte de los administradores de justicia; y, iv) Tanto la Ley de Arbitraje y Mediación como su Reglamento facultan a los árbitros para dictar medidas cautelares de cualquier tipo que estimen pertinente según sea el caso.

En síntesis, la fundamentación legal radica principalmente en la determinación constitucional otorgada al arbitraje, y la obligatoriedad que tienen los árbitros de cumplir con todas las normas inherentes al debido proceso. En tal virtud, las aplicaciones de medidas cautelares en arbitrajes de emergencia suponen el máximo ejercicio de la tutela judicial efectiva para las partes, valiéndose de la amplia puerta que deja la Ley de Arbitraje y Mediación en materia de selección y adopción de medidas cautelares.



## CAPÍTULO II

### PROBLEMA JURÍDICO

#### **2.1. LA POSIBILIDAD DE QUE UN ÁRBITRO DE EMERGENCIA PUEDA SUSPENDER LOS EFECTOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Actualmente no existe en el Ecuador un vasto desarrollo doctrinario, pese a ya existir una disposición legal respecto al otorgamiento de medidas cautelares en arbitrajes de emergencia a nivel nacional. Por lo tanto, al mencionar o en su defecto, proponer una solicitud ante un árbitro de emergencia, no resultaría extraño que este administrador de justicia se plantee varias interrogantes cuando reciba la petición de la parte actora, partiendo del criterio que le merezca la arbitrabilidad de actos administrativos.

Existe una importancia fundamental en el criterio antes mencionado, ya que los árbitros, al poder determinar su propia competencia –principio *kompetenz kompetenz*- tienen la potestad de declararse competentes, o en su defecto, no competentes para conocer una determinada solicitud de medidas cautelares.

Ahora bien, la posibilidad de que un árbitro de emergencia pueda suspender los efectos de actos administrativos de entidades públicas que sean parte de la relación contractual se debe a los siguientes motivos:

##### **2.1.1. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SON ARBITRABLES**

En acápite precedentes se ha establecido que de acuerdo a: i) el artículo 190 de la Constitución; ii) el artículo 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, iii) los artículos 327 y 328 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública los actos administrativos que surjan con ocasión a relaciones contractuales entre la administración y particulares podrán someterse a arbitraje siempre que exista un convenio entre las partes.

En este sentido, Larrea (2015) menciona que “tan cierta es la arbitrabilidad de los actos administrativos, que en la legislación ecuatoriana existen varias normas

legales que otorgan la potestad legal a la Administración para acudir al arbitraje” (p. 277).

En materia de contratación pública, la ley especial que regula la materia permite a la Administración someterse a arbitraje por las distintas diferencias que puedan surgir con ocasión a la celebración del contrato, que involucra su desarrollo, terminación o liquidación y pago. Cabe recalcar que durante el íter contractual la administración se pronuncia por medio de actos administrativos.

Adicional a las disposiciones relativas a contratación pública, el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación sigue la misma línea en el artículo 4 inciso 3 estableciendo que:

**Art. 4.-** Arbitraje del Estado y entidades del sector público. -

3. Si el Estado o una entidad del sector público hubiese pactado arbitraje, los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica sometida a su conocimiento, incluyendo los actos de terminación, caducidad, o sancionadores expedidos en el marco de la relación jurídico contractual, indistintamente del órgano administrativo que los emita. (Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 4) (El subrayado me pertenece)

De conformidad con los artículos mencionados, la ley otorga una explicación sumamente clara. Sin perjuicio de que, en arbitrajes de emergencia no se analizar la legalidad del acto, argumentar que en el Ecuador predomina actualmente la teoría que radicaliza la arbitrabilidad de actos administrativos gozaría de argumentos jurídicos pobres y con un nulo sustento legal, en virtud de que: i) Las normas legales promueven el arbitraje en contratación pública; ii) la administración y los particulares ya no son vistos como opuestos que no pueden coexistir juntos iii) existen pronunciamientos en laudos arbitrales sobre actos administrativos; iv) la impugnación de actos administrativos está reservada para la jurisdicción contencioso administrativa, pero en contratación pública bien podría pronunciarse un árbitro.

### **2.1.2. LA SUSPENSION DE LOS EFECTOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS NO IMPLICAN RESOLVER SOBRE LA LEGALIDAD DEL ACTO *PER SE***

Es menester mencionar que cuando se trate de arbitrajes de emergencia, por la naturaleza del procedimiento, el árbitro no va a conocer ni resolver sobre la legalidad o validez del acto, sino únicamente suspender.

Si bien la discusión sobre la arbitrabilidad es importante, existe una diferenciación clara en que solo el tribunal de fondo, en caso de declararse competente podría anular ese acto –siguiendo la teoría *pro arbitri*-, lo cual va más allá de la competencia del árbitro de emergencia y no constituye el objeto de presente investigación.

Sobre esta línea se pronuncia Larrea (2015) estableciendo que:

La suspensión de actos administrativos no es más que una medida temporal que subsistirá hasta la emisión del laudo por parte de un tribunal, sin perjuicio de poder ser revocado antes. Así las cosas, el rol del árbitro de emergencia se limita a determinar requisitos de procedibilidad con relación a la naturaleza de dicho procedimiento específico y no respecto a un pronunciamiento sobre la legalidad de actos administrativos. (p. 85)

Por tal motivo, en análisis efectuado por el árbitro de emergencia difiere sustancialmente del análisis de un tribunal, no obstante, aquello no significa que aquel administrador no pueda efectivamente dictar la medida, sino que, los parámetros de aplicación a los que debe atenerse son distintos.

### **2.1.3. LA LEY PERMITE EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES EN ARBITRAJES DE EMERGENCIA**

Para concluir, de acuerdo a lo explicado a lo largo del trabajo de investigación, desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en el año 1997, el artículo 8 otorgó la facultad a los tribunales arbitrales de dictar las medidas cautelares que consideren necesarias para cada caso en concreto.

Varios años después, en el nuevo Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, por medio del artículo 9 incluyó la institución del arbitraje de emergencia

que permite el otorgamiento de medidas cautelares previo a la constitución de un tribunal en otro proceso diferente.

Si bien es cierto que el Reglamento es el que reconoce la institución de arbitraje de emergencia se realiza en armonía con la Ley de Arbitraje y Mediación del año 1997. Siguiendo esta línea, los artículos 147 numeral 13 de la Constitución de la República y 4 del Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación establecen que:

**Art. 147.-** Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 147) (El subrayado me pertenece)

Asimismo, los autores Escudero et al. (2017) manifiestan que los “árbitros de emergencia son en sí árbitros con todas sus cualidades, en tal virtud, nada obsta a que los mismos apliquen esta disposición y puedan dictar medidas cautelares solicitadas por una de las partes” (p. 291).

Esto significa, a pesar de que en la Ley de Arbitraje y Mediación no exista una disposición de arbitraje de emergencia, nada impide que, atendiendo a ese mismo artículo, los árbitros de emergencia también puedan aplicar medidas provisionales al guardar armonía normativa.

Por lo tanto, de conformidad con todo lo expresado en los acápites precedentes, los árbitros de emergencia están plenamente facultados para suspender actos administrativos de entidades del Estado en materia de contratación pública, por existir normas legales que lo sustentan y una corriente predominante que actualmente apoya la arbitrabilidad en relaciones contractuales de la Administración con particulares, dentro de la cual se incluye el otorgamiento de medidas cautelares.

## CONCLUSIONES

3. La Ley de Arbitraje y Mediación, al igual que el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación promulgada en el año 2021, representan un cambio en la cultura jurídica ecuatoriana permitiendo procesos más flexibles y eficientes cuyo objetivo siempre ha estado encaminado en descongestionar a los tribunales ordinarios.
4. El arbitraje es una institución de carácter privado por naturaleza, sin embargo, la corriente neo-constitucionalista que inició en el año 2008, incluyó en el artículo 190 de la Constitución del Ecuador, la posibilidad de que instituciones públicas puedan someterse a arbitraje previo al cumplimiento de requisitos constitucionales y legales determinados en los cuerpos normativos correspondientes.
5. Debido a la evolución del arbitraje en el Ecuador, una nueva figura se incorporó en el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación promulgado en el año 2021, el cual incluyó al arbitraje de emergencia, siendo este, un procedimiento individual cuyo fin es la concesión de medidas cautelares, a fin de mantener o restablecer el *statu quo* e impedir la materialización de un daño inminente. Adicionalmente se siguen los criterios establecidos por la doctrina de i) apariencia de buen derecho; y, ii) peligro en la demora.
6. Son nulos los laudos de medidas provisionales nacionales por ser una institución tan reciente, sin embargo, los casos de arbitraje internacional donde ha participado como parte demandado el estado ecuatoriano, demuestran que ya ha existido una forma de suspensión ordenada por tribunales, lo cual evidentemente refuerza este trabajo.
7. En virtud de que, los árbitros son administradores de justicia, de conformidad con el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, no existe discusión alguna respecto a la posibilidad de que los árbitros de emergencia puedan otorgar medidas cautelares por tener como uno de sus deberes el cumplimiento de la tutela judicial efectiva para las partes.

8. Las medidas cautelares sirven para salvaguardar un derecho o interés de una de las partes hasta que se expida el laudo respectivo. Gozan de una clasificación amplia y la ley especializada de la materia abre la puerta para que se ordene cualquier medida considerada idónea para un caso determinado.
9. Finalmente, es posible que un árbitro de emergencia pueda suspender los efectos de actos administrativos por tratarse de una medida temporal que –en el supuesto no consentido de radicalizar la arbitrabilidad de actos administrativos- no supone que el árbitro de emergencia se pronuncie sobre la legalidad, validez o eficacia dicho acto.

## RECOMENDACIONES

En razón de lo expuesto, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico es claro al incluir el arbitraje de emergencia y las disposiciones relativas a contratación pública – que incluye los actos del *íter* contractual- como arbitrable, si se torna necesario que el Ecuador defina de forma más tajante la corriente predominante, siendo esta la *pro arbitri* por medio de laudos arbitrables o sentencias que reiteren esta postura. De manera que, quede establecido que un árbitro de emergencia puede suspender los efectos de un acto administrativo emitido por la administración en contratación pública.

Asimismo, en virtud de que el arbitraje de emergencia fue recién incorporado en el Reglamento, se considera necesario el desarrollo de esta institución *per se*, tanto a nivel legal, es decir, incluyendo un artículo específico de arbitraje de emergencia en la Ley de Arbitraje y Mediación –además del artículo que actualmente permite el otorgamiento de medidas cautelares- como también doctrinario, para efectos de que, con el paso del tiempo pueda ser una figura consolidada en el Ecuador.

## REFERENCIAS

- Bullard, A. (2006). *Enemigos Íntimos. El Arbitraje y los Contratos Administrativos. Revista Peruana de Arbitraje. No. 2. Perú.*
- Calamandrei. (1945). *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares.* Buenos Aires, Argentina.
- Cámara de Comercio Internacional. (2017). *ICC announces 2017 figures confirming global reach and leading position for complex, high-value disputes.*
- Caso No. 59-2003. *Contraloría General del Estado-Municipalidad de Cuenca y Autoparque S.A.* (Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil 06 de junio de 2003)
- Creamades, B. (2003) *El Convenio Arbitral, Revista de la Corte Española de Arbitraje.* Madrid, España.
- Decisión Medidas Provisionales, caso No. ARB/08/6. CIADI.
- Falcón, E. (2006). *Tratado de derecho procesal civil y comercial. Tomo IV.* Santa Fé, Argentina.
- Fernández, E. (2017). *La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional, Cuadernos de derechos transnacional.* Castilla, España.
- García, E. y Fernández, T. (1998). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II.* Madrid, España.
- González, F. (2008). *Arbitraje.* México.
- Gozaini, O. *Tratado de Derecho Procesal Civil.*
- Larrea, S. (2015). *Revista Ecuatoriana de Arbitraje.* Ecuador.
- Laudo de medidas provisionales. Tribunal Arbitral. (2008). *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostoknetgaz Company c. El gobierno de Mongolia.*



- Laudo en Arbitraje *Constructora Carlos Poggi Barbieri S.A. v. Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda*, caso No. 02-10 (Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito 05 de mayo de 2011)
- Laudo en Arbitraje, caso No. 010-06, 30/10/2007. (Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito 30 de octubre de 2007)
- Montes, S. (2002). *La solución de controversias contractuales por la vía arbitral*, *Revista de Derecho Público*. Bogotá, Colombia.
- Naizir, J. (2019). *Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?* Bogotá, Colombia.
- Narváez, L. (2014). *Facultades de los árbitros de suspender los efectos de los actos administrativos en el marco contractual como medida cautelar en los arbitrajes con el Estado, con base en el principio de tutela arbitral efectiva*. Quito, Ecuador.
- Neira, E. (2008). *El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana, El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Perú.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. (2004) *Gaceta Judicial I, Serie XVIII*.
- San Cristobal, C. (2013). *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*.
- Savola, M. (2015). *Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings, 23rd Croatian Arbitration Days*. Zagreb, Croacia,
- Sentencia No. 2573-17-EP/21, caso No. 2573-17-EP (Corte Constitucional del Ecuador)
- Sentencia, *Di-Chem Del Ecuador v. Petroindustrial*, caso No. 41-2009-B.L. (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito 22 de marzo de 2010)



## **DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN**

Yo, **Arroyo Zuñiga, Valeria Eduarda**, con C.C: # **0925127730** autor/a del trabajo de titulación: **La competencia del árbitro de emergencia para suspender actos administrativos en contratación pública** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

**Guayaquil, 15 de septiembre de 2022**

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

Nombre: **Arroyo Zuñiga, Valeria Eduarda**

C.C: **0925127730**



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

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

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                      |                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|----|
| <b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | La competencia del árbitro de emergencia para suspender actos administrativos en contratación pública                                                |                                          |    |
| <b>AUTOR(ES)</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Arroyo Zuñiga, Valeria Eduarda                                                                                                                       |                                          |    |
| <b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Dra. Nuques Martínez, María Isabel                                                                                                                   |                                          |    |
| <b>INSTITUCIÓN:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil                                                                                                        |                                          |    |
| <b>FACULTAD:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas                                                                                            |                                          |    |
| <b>CARRERA:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Carrera de Derecho                                                                                                                                   |                                          |    |
| <b>TITULO OBTENIDO:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador                                                                                     |                                          |    |
| <b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 15 de septiembre de 2022                                                                                                                             | <b>No. DE PÁGINAS:</b>                   | 36 |
| <b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Arbitraje, contratación pública, administrativo                                                                                                      |                                          |    |
| <b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Métodos alternativos de solución de conflictos; arbitraje; árbitro de emergencia; medidas cautelares; actos administrativos; y, contratación pública |                                          |    |
| <b>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                      |                                          |    |
| <p>La figura del arbitraje de emergencia ha significado un avance dentro de la cultura jurídica nacional, en virtud de que, cualquiera de las partes, puede solicitar medidas provisionales de carácter urgente previo a la constitución de un tribunal arbitral que conocerá sobre el fondo de una controversia. Sin perjuicio de que, los árbitros de emergencia están facultados para dictar medidas cautelares, aún existe la discusión respecto a la medida cautelar de suspensión de actos administrativos, por tratarse según parte de la doctrina, de materia no arbitrable. En este sentido, el presente trabajo demostrará la competencia que tienen los árbitros de emergencia suspender los efectos de actos administrativos emitidos por entidades públicas en materia de contratación pública, siempre que se encuentren dentro del marco contractual.</p> |                                                                                                                                                      |                                          |    |
| <b>ADJUNTO PDF:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | <input checked="" type="checkbox"/> SI                                                                                                               | <input type="checkbox"/> NO              |    |
| <b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | <b>Teléfono:</b> +593 987669833                                                                                                                      | <b>E-mail:</b> valeriaarroyo15@gmail.com |    |
| <b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <b>Nombre:</b> Reynoso Gaute, Maritza                                                                                                                |                                          |    |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | <b>Teléfono:</b> +593-4-2222024                                                                                                                      |                                          |    |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | <b>E-mail:</b> maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec                                                                                                        |                                          |    |
| <b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                      |                                          |    |
| <b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                      |                                          |    |
| <b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                      |                                          |    |
| <b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                      |                                          |    |