UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO

“NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

Tesis previa a la obtención del
Título de Abogado.

AUTOR:

Miguel Ángel Tapia Paredes

DIRECTOR:

Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez; Mg. Sc.

Loja – Ecuador

2014

CERTIFICACIÓN.

Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez, Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Haber dirigido y revisado la presente tesis investigación jurídica **"NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"** Que ha sido elaborado por el señor MIGUEL ÁNGEL TAPIA PAREDES corresponde a un tema relevante de nuestro derecho, el mismo que cumple con los requisitos reglamentarios pertinentes, autorizo su presentación y sustentación.

Loja, Diciembre del 2014.

Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez, Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, Miguel Ángel Tapia Paredes, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicas de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Miguel Ángel Tapia Paredes

Firma: _____

Cédula: 0201610854

Fecha: Loja, Diciembre del 2014

CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCION PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Miguel Ángel Tapia Paredes, declaro ser autor de la tesis Titulada **"NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"**. Como requisito para optar al título de ***Abogado***; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de su visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de Información de país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja a los 12 días del mes de Diciembre del dos mil catorce, firma el autor.

Firma:_____
Autor: Miguel Ángel Tapia Paredes
Cedula: 0201610854
Dirección: Quito, fronteras E10 – 42 y Av. Simón Bolívar
Correo Electrónico: migueltapia1980@hotmail.com
Teléfono: 022678497

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez, Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg, Sc.	PRESIDENTE
Dr. Gonzalo Iván Aguirre Mg. Sc.	VOCAL
Dr. Igor Vivanco Muller Mg, Sc	VOCAL

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento fraternal lo dirijo a la Universidad Nacional de Loja, por haberme dado la oportunidad de alcanzar mis objetivos en la calidad de estudiante los cuales me los había marcado desde el inicio mismo de mi carrera y que al final los logre.

A mis profesores que con sus conocimientos, los mismos que me los supieron impartir; y, yo en calidad de estudiante de la Modalidad de Estudios a Distancia, en la Carrera de Derecho, supe siempre aprovecharlos y acogerlos de la mejor manera para así sacarle provecho.

Al Dr. Sebastián Díaz Páez, que me supo guiar la presente investigación, con sus conocimientos que generosamente me los supo compartir; para culminar el presente trabajo investigativo; la misma que tiene su alto valor y contenido dentro de nuestro sociedad.

Miguel Ángel Tapia Paredes

DEDICATORIA

La presente investigación la dedico a mi familia, quienes que con su apoyo, consejos y dedicación supieron siempre sacarme adelante, durante el largo recorrer de mi carrera de estudios.

Miguel Ángel Tapia Paredes

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. Abstract.

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Arbitraje

4.1.2. Demanda

4.1.3. Mecanismos

4.1.4. Derecho procesal

4.1.5. Administración pública

4.1.6. Controversias judiciales

4.1.7. Administración Pública

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. El arbitraje en la justicia administrativa pública

4.2.2. El Arbitraje en el procedimiento contencioso administrativo

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. La Ley de Arbitraje y Mediación

4.3.3. Ley Orgánica del Servicio Público

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

6.2. Estudio de casos

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contratación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de reforma

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

“NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

2. RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 167 manifiesta que "*la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos establecidos en la Constitución*"; y, en el Art. 190 establece que: "*se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicaran con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir*."

Es decir, permite a los particulares y aún al Estado para que puedan someter sus controversias a medios de solución alternativos como la mediación o el arbitraje. Además, el Estado reconoce en la decisión arbitral el valor de cosa juzgada, es decir, que el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene el valor equivalente a una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en dicho laudo no se cumple voluntariamente por la parte vencida, la otra parte podrá solicitar su ejecución forzada ante el juez ordinario competente.

Dado el origen privado del arbitraje, las partes pueden designar el árbitro o tribunal arbitral según sea el caso.

Es el caso que el arbitraje como medio de solución de conflictos no se aplica en materia administrativa, hasta el momento su aplicación de rige en el

ámbito civil, de la niñez y adolescencia, del sistema de contratación pública, en el derecho procesal penal, pero también se hace necesario que en materia de administración pública exista la posibilidad de pactar un arbitraje, porque en la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa nada dice sobre el particular, obligatoriamente ligada a la existencia de una autorización expresa de la ley. Son justamente por estas particularidades que el debate sobre las materias arbitrales en el campo del Derecho Administrativo ha ido tomando fuerza en los últimos años. El objetivo principal de esta tesis es determinar todas aquellas materias arbitrales dentro del Derecho Administrativo.

El Arbitraje en la administración pública, debe regularse adecuadamente, para la plena validez y su procedimiento de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

2.1. ABSTRACT.

The Constitution of the Republic of Ecuador, in Article 167 states that "the power to administer justice emanates from the people and is exercised by the organs of the judiciary and other bodies established by the Constitution "and, in the Art . 190 states that" recognizing arbitration, mediation and other alternative methods for conflict resolution. These procedures shall apply subject to the law, in matters which by their nature can compromise."

Ie allows individuals and even the State so that they can submit their disputes to alternative means of settlement such as mediation or arbitration. The State recognizes the arbitral decision on res judicata, ie, that the arbitration award enforceable consent or have the equivalent of a value judgment and is effective and binding upon its notification to the parties. If ordered in the award is not voluntarily comply by the losing party, the other party may apply to forced execution before the competent ordinary courts.

Given the origin of private arbitration, the parties may appoint the arbitrator or arbitral tribunal as the case.

It is the case that arbitration as a means of conflict resolution does not apply in administrative matters, so far its application of rules in civil matters, childhood and adolescence, the public procurement system in the criminal procedural law, but it is also necessary that public administration exists the

possibility of agreeing to arbitration, because in the public Service Law and the Law on Administrative Litigation Jurisdiction silent on the matter, necessarily linked to the existence of an express authorization law. They are just for these features that the debate on arbitration matters in the field of administrative law has been gaining momentum in recent years. The main objective of this thesis is to determine all those matters within the arbitration Administrative Law.

Arbitration in public administration, should be properly regulated, for the full validity and procedure appropriately, establishing the procedure as administrative acts that are subject to arbitration, the time resolution that can bring resources, and overall detailed description of the process as such.

3. INTRODUCCIÓN

El sistema procesal jurídico ecuatoriano es un medio para la realización de la justicia que consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y sobre todo de un proceso de regular las conductas generales de las personas por medio de la normatividad de carácter general, por lo que he planteado el siguiente tema "NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA".

En esta investigación se señalar la efectividad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en nuestra legislación y los mecanismos necesarios para la aplicación del arbitraje en la administración pública.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: Marco conceptual: arbitraje, demanda, mecanismos, derecho procesal, administración pública, controversias judiciales, administración pública; Marco Doctrinario: El arbitraje en la justicia administrativa pública, el arbitraje en el procedimiento contencioso administrativo; Marco Jurídico: Constitución de la República del Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, Ley Orgánica del Servicio Público.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Mediación.

Héctor Mecías Echanique Cueva manifiesta que "*La mediación es la constante búsqueda de la paz, la amistad y la tranquilidad de las partes que han caído en conflicto o discordantes, quienes en procura de una solución definitiva buscan ayuda idónea de un mediador, a fin de que preste sus servicios como tal, para llegar a un acuerdo definitivo y poner fin a sus controversias*".[1]

La mediación no significa tan sólo que el mediador se encuentre en el camino de la solución junto a las partes en conflicto, sino que el propósito de la mediación es que las partes encontrándose en los extremos del problema recorran el camino que conduce a la solución de ese conflicto que los separa y lleguen al punto intermedio, es decir al punto de equilibrio, en el cual las partes encuentren con su personal participación y concurso de voluntades, la solución de sus discrepancias y salgan satisfechas luego de arreglar esos diferendos que les perjudicaba y desunía, y sobre todo, no sólo arreglando sus diferencias y restableciendo la armonía, sino también quedando

[1] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 253

Para el Dr. Gustavo Jalkh Rohens, "*Mediación se define como un proceso alternativo por el cual un tercero neutral intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes de un conflicto, permitirles a éstas confrontar sus puntos de vista y buscar con su ayuda una solución al conflicto que los opone. En la mediación, y esto es fundamental, el tercero neutral es un facilitador que estimula a las partes para que logren un acuerdo y que no tiene autoridad ni poder sobre ellas puesto que él no está ahí sino por voluntad de las partes. Este tercero no es ni juez ni negociador sino un planificador creativo*."[2]

La mediación es un proceso, alternativo al sometimiento de la función judicial, en este sentido se someten las partes a una decisión de una persona tercera imparcial, en la que decide sobre puntos controvertidos en conflicto, proceso que se encuentran reconocidos en la norma constitucional, por ello es una alternativa para el descongestionamiento de la función judicial, y un método de amigable solución de controversias entre las partes en conflicto.

4.1.2. Arbitraje

Para María Escudero Alzate "*El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de*

[2] JALKH ROBENS, Gustavo: Resolución Alternativa de conflictos, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito – Ecuador, p. 13

la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquél en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente."[3]

El arbitraje es un mecanismo por la cual las partes que tienen un conflicto jurídico y ha sido llevado por algunos de los tribunales, resuelven someterse, a la solución del problema ante un tribunal arbitral, siempre y cuando el asunto en conflicto sea transigible que no esté expresa ni tácitamente prohibida por la Constitución y la Ley

María Escudero indica que: "*el arbitramento es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte. Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. Además (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los arbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la*

[3] ESCUDERO ALZATE, María Cristina. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Décima Segunda Edición, Editorial Leyer, Bogotá – Colombia, 2008, p. 205

Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo, ya que es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas"[4]

El arbitraje es un acuerdo que las partes llegan en un conflicto jurídico y que se encuentran sometidos anta la unidad jurisdiccional, en la cual deciden para que un tribunal arbitral decida sobre el sometimiento del conflicto, situación que tiene varias características, se someten a un tribunal para que administre justicia, hay un desplazamiento de la función judicial a un tribunal arbitral, el arbitraje se someten a conflictos estrictamente en conflicto, y de tipo excepcional por la voluntad de las partes.

4.1.3. Trámite y Causas

El Dr. Galo Espinosa Merino en cuanto a trámite dice que es "*Paso de una parte a otra, o de una cosa a otra, Cada uno de los estados y diligencias que hay que realizar o recorrer en un negocio o proceso, Conjunto de diligencias realizadas para asegurar la secuencia de un asunto hasta su conclusión*".[5]

---

[4] ESCUDERO ALZATE, María Cristina. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Décima Segunda Edición, Editorial Leyer, Bogotá – Colombia, 2008, p. 205

[5]ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p.720

Los trámites como conjunto de diligencias realizadas son los pasos que se llevan a cabo el proceso, es decir el mecanismo que deben llevar a cabo los sujetos procesales, hasta la redacción de la sentencia que lo dicta el juez de la causa, en sujeción a los principios y garantías del debido proceso.

Guillermo Cabanellas como causa se refiere a trámite y esta proviene "*Del Latín trames, tramitis, camino, paso de una a otra parte; cambio de una cosa a otra. Administrativamente, cada uno de los estados, diligencias y resoluciones de un asunto hasta su terminación. JUDICIAL. Cada una de las diligencias, y todas ellas consideradas como requisitos formales del procedimiento, que la ley o la curia imponen para resolver en una causa civil, penal o de otra jurisdicción*".[6]

El trámite es el camino a seguir en un proceso, siendo el conjunto de diligencia que las partes deben sujetarse para llegar a una decisión del juez mediante sentencia. El trámite en lo judicial está sujeto a lo dispuesto en la ley y a requisitos formales de procedimiento, teniendo pasos de distinto orden al hecho que se encuentra controvertido como es civil, penal o administrativo, o de jurisdicción voluntaria dependiente del hecho que se pretende alcanzar.

[6] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 388

Para Galo Espinosa Merino causa es "*Fundamento de la pretensión deducida en juicio*"[7]

La causa es el acto que se pone en controversia, para lo cual deben estar fundamentado en la demando que lo que quiera alcanzar el acto.

Guillermo Cabanellas nos indica que causa es "*Antecedente necesario que origina un efecto. Título en virtud del cual se adquiere un derecho o se contrae una obligación, El motivo que induce a ejecutar el acto o celebrar el contrato. Fundamento de la pretensión deducida en juicio. Conjunto de actuaciones judiciales instruidas en un juicio; contienda judicial*".[8]

La causa es el hecho mismo que se pretende alcanzar en un proceso judicial, de las pretensiones que se presentan en la demanda, o en si es el fundamento mismo que hecho que se pretende alcanzar en un juicio.

4.1.4. Demanda

El Guillermo Cabanellas señala que demanda es "*Petición, solicitud, súplica, ruego. Limosna pedida para una iglesia u otra finalidad piadosa; y persona que hace tal colecta. Pregunta. Busca. Intento, empresa. Pedido, encargo de productos industriales o mercaderías. Petición formulada en un juicio por una*

[7] MERINO ESPINOZA, Galo: La más práctica enciclopedia jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, instituto de informática legal, Quito- Ecuador, 1986, p. 80
[8] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p.80

de las partes. Procesalmente, en su acepción, principal para el Derecho, es el escrito por el cual el actor o demandante ejercita en juicio civil una o varia acciones o entabla recurso en la jurisdicción contencioso administrativa. DE POBREZA. La que tiene por finalidad obtener la declaración o declaratoria de pobreza, beneficio que permite, a quien lo logra, litigar sin abono de costas".[9]

La demanda es la pretensión de la partes del hecho que quiera alcanzar el actor, ya sea de exigir un derecho o alcanzar una obligación que considere que le asiste, para lo cual debe cumplir con ciertos requisitos que debe contener la demanda, con el fin de tener claro las pretensiones del actor, y que ello no tenga ningún impedimento para la consecución del trámite, para obtener la declaratoria del juez, que en derecho, decida el acto controvertido

4.1.5. Mecanismos

Galo Espinosa Merino enuncia que mecanismo es "*Estructura de un cuerpo natural o artificial, o combinación de sus partes constitutivas. Medios prácticos que se emplean en las artes*".[10]

Los mecanismos son los medios para alcanzar un hecho, es así que cuando se quiere exigir un derecho u obtener una obligación se presenta una acción judicial, pero también existe mecanismos alternativos a la solución de

[9] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p.117
[10] ESPINOSA MERINO, Galo: Ob. Cit., p.469

conflictos, como es la mediación y el arbitraje, no como un tipo aislado de decidir un hecho, sino como una forma de dar respuesta rápida y que las decisiones no siempre constituyan una controversia judicial.

4.1.6. Derecho procesal

Víctor de Santo indica que derecho procesal es "*El conjunto de normas que regulan la aplicación del ordenamiento legal de los casos concretos*"[11]

El derecho procesal son las normas que rigen los procedimientos en un asunto o controversia sujeta a la función judicial.

Víctor Manuel Peñaherrera, expresa que "*Las leyes adjetivas son, por su naturaleza o principalmente, de forma; pues, presuponiendo la existencia del derecho, propónense determinar la manera de hacerlo efectivo. Tienen, sin embargo, algunas reglas o disposiciones de fondo; ya porque, por la conexión íntima entre dichas leyes y las sustantivas, y por no estar bien marcados los linderos que las separan en el derecho positivo, vienen en ciertos casos a ser las unas parte integrante o complementaria de las otras; ya porque, a veces las mismas reglas y principios relativos a la jurisdicción o al procedimiento, originan nuevos derechos o modifican los establecidos por la ley sustantiva.*"[12]

---

[11] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 368

[12] PEÑAHERRERA, Víctor Manuel: Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, Tomo Primero, Editorial Megaleyes, Quito – Ecuador 2007, p. 31

El derecho procesal como la rama del derecho estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla.

Víctor de Santo indica que derecho procesal administrativo es "*El que se forma para producir un acto de individualización de una norma administrativa, a objeto de reintegrarla en su plenitud si ha sido perturbada, o de declararla aplicable, reconociendo, modificando, extinguiendo o removiendo una determinada situación de hecho o de derecho*"[13]

El derecho procesal administrativo surge de las controversias que se suscitan de los actos administrativos, que las decisiones deben ser resueltas ante la actividad administrativa o a los órganos de la función judicial administrativa, de tomar decisiones de dichos actos que se sujeten a las normas constitucionales y legales.

4.1.7. Administración Pública

Guillermo Cabanellas expresa que la Administración Pública "*Es el poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto*

[13] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 368

interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos. La administración puede ser nacional, provincial o municipal, de acuerdo con la esfera territorial de sus atribuciones. Las hay también regional."[14].

En la enciclopedia Salvat, señala que la administración es la "*Actividad del Estado, encaminada al cumplimiento de las leyes y fomento de los intereses públicos. Para realizar tales fines dispone de órganos centrales, provinciales y locales*."[15].

La administración es la actividad del Estado en función a la administración que ejercen para la prestación de un servicio, que el administrado lo requiera, estos servicios se prestan por medio de los funcionarios y servidores públicos, son sujeción a ciertos principios como de eficiencia y calidad en la administración pública.

[14] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo I, A-B, 25 Edición, 1997, Pág. 170
[15] ENCICLOPEDIA SALVAT DICCIONARIO, Tomo I, Barcelona 1978, Pág. 37

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. El arbitraje en la justicia administrativa pública

Herman Jaramillo Ordóñez señala que la justicia administrativa "*Tiene como finalidad garantizar los derechos de los administrados mediante la aplicación del debido proceso, la debida diligencia y el derecho a la defensa; velar por el cumplimiento de los principios de la supremacía constitucional, la seguridad jurídica, la inmediación, la concentración y contradicción de la prueba, entre otros; sin que se sacrifique la justicia por la sola omisión de formalidades.*"[16]

La justicia administrativa no deja de ser una percepción impreciso ya que trasciende más allá de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La justicia administrativa no solo la imparten los jueces y tribunales de la República, sino que también lo hacen en forma implícita las autoridades de los órganos del sector público a nombre del pueblo ecuatoriano, de la Constitución y de las leyes imperativas.

Los procesos necesitan eficacia y agilidad, para administrar justicia, pero muchas de las veces eso no ocurre, por la multiplicidad de inconvenientes que se presentan en la función judicial, para lo cual Jorge Zavala Egas manifiesta: "*Las exigencias legales y constitucionales para la actuación de*

[16] JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman: La Justicia Administrativa, primera edición, impresión Offset Grafimundo, Loja – Ecuador, 2014, p. 16

pruebas, son garantías de la transparencia e imparcialidad en el tramitar de un proceso, para beneficio de las partes, tanto acusadora como acusada."[17]

Las controversias judicial no siempre pueden y deben estar sometidas a la justicia ordinaria, es el caso que la Constitución garantiza mecanismos alternativos en la solución de conflictos, como son la mediación y el arbitraje. Y muchas de las veces las personas buscan estos mecanismos como una forma ágil de resolver los inconvenientes que se presentan entre dos o más personas, y también por el hecho que las decisiones judiciales pueden tardar mucho tiempo, o conllevar a enemistad por una mala decisión que tomen las autoridades judiciales.

Es el caso que el arbitraje como medio de solución de conflictos no se aplica en materia administrativa, hasta el momento su aplicación de rige en el ámbito civil, de la niñez y adolescencia, del sistema de contratación pública, en el derecho procesal penal, pero también se hace necesario que en materia de administración pública exista la posibilidad de pactar un arbitraje, porque en la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa nada dice sobre el particular, obligatoriamente ligada a la existencia de una autorización expresa de la ley. Son justamente por estas particularidades que el debate sobre las materias arbitrales en el campo del Derecho Administrativo ha ido tomando fuerza en los últimos

[17] ZAVALA EGAS, Jorge: Lecciones de Derecho Administrativo, Edilexa S.A., editores, primera edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 79

años. El objetivo principal de esta tesis es determinar todas aquellas materias arbitrales dentro del Derecho Administrativo.

Jorge Zavala Egas manifiesta que: "*Existen los entes administrativos para prestar un servicio o proporcionar un bien a los ciudadanos, a la sociedad. La eficacia de un procedimiento se plasma en su idoneidad para conseguir el resultado perseguido, El procedimiento eficaz se trata del que canaliza la actividad de la Administración Pública para generar un acto administrativo de naturaleza resolutiva que adquiera validez y eficacia jurídicas y que, por tanto, sea cumplido.*"[18]

El Arbitraje en la administración pública, debe regularse adecuadamente, para la plena validez y su procedimiento de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

4.2.2. El Arbitraje en el procedimiento contencioso administrativo

Los procedimientos administrativos se encuentran reglados, los procedimientos contenciosos están sometidos en la normativa ecuatoriana a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley de lo Contencioso Administrativo, en el Código de Procedimiento Civil y

[18] ZAVALA EGAS, Jorge: Lecciones de Derecho Administrativo, Edilexa S.A., editores, primera edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 179

Penal y en general del derecho común, a falta de disposición expresa o aplicable

Hernando Devis Echandía el tratadista colombiano en su obra Teoría General del Proceso expresa que "*no puede concebirse una sociedad humana sin conflictos de intereses y de derechos, porque las normas jurídicas que la reglamentan son susceptibles de ser violadas, consideración aplicable también al campo de lo administrativo*"[19]

Los actos administrativos que conllevan a procesos administrativos y judiciales, estás sujetos a las normas señaladas en la Constitución y la ley y su ineficacia conlleva a presentar acciones judiciales. Lo que le interesa el Estado es la solución de conflictos, y ésta no deben sólo seguir el procedimiento judicial, por estas consideración se ha creído conveniente que la aplicación de la transacción en la administración pública, como solución alternativa de conflictos garantiza la aplicación de principios constitucionales de inmediación, celeridad y economía procesal.

De acuerdo a Herman Jaramillo Ordóñez el proceso contencioso administrativo "*Es una serie de actos orgánicos coordinados leí nicamente, cuyo propósito es el de obtener del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la Función Judicial, la protección y el reconocimiento de un derecho vulnerado o la nulidad de una decisión administrativa como*

[19] DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, segunda edición, 1997, Buenos Aires – Argentina, p. 39

consecuencia de los actos, hechos, contratos y normas reguladoras impugnados, dictados por los órganos de la administración pública central, institucional o seccional Es un medio eficaz, que sirve para amparar las pretensiones de los administrados afectados en sus derechos por el obrar ilegítimo de la actividad administrativa."[20]

El proceso tutela paso a paso el derecho sustantivo de las personas; y su conocimiento es de carácter exclusivo y obligatorio de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Tiene como fin dirimir los conflictos sometidos a los órganos de la Función Judicial, en base al cumplimiento de los principios de la supremacía de la Constitución; la aplicación de las garantías del debido proceso, la debida diligencia, la concentración y contradicción de la prueba, la independencia e imparcialidad del juez.

El procedimiento contencioso administrativo se lleva a cabo mediante un recurso de plena jurisdicción o subjetivo: siendo éste "*Uno de los mecanismos de control de las funciones del sector público que nos ofrece el Estado constitucional de derechos, a favor de toda persona que ha sufrido agravio por voluntad de los órganos de función administrativa, restableciendo los derechos vulnerados reconocidos por el ordenamiento*

[20] JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman: La Justicia Administrativa, primera edición, impresión Offset Grafimundo, Loja – Ecuador, 2014, p. 79

jurídico y declarando el imperio de un derecho transgredido, como consecuencia de un acto administrativo"[21]

El recurso tiene por objeto amparar un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo impugnado. La acción puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica. El restablecimiento del derecho tiene un tiempo hábil para su ejercicio, transcurrido el cual inexorablemente caduca. Si la persona interesada no interpone el recurso de plena jurisdicción i o subjetivo dentro del tiempo determinado por la ley, pierde este derecho en forma inevitable.

[21] JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman: La Justicia Administrativa, primera edición, impresión Offset Grafimundo, Loja – Ecuador, 2014, p. 82

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: "*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*"[22]

Cuando las partes tienen un conflicto y no pueden solucionarlo entre ellas, se someten a la decisión a la función judicial, en la cual las personas pueden acudir a ella de forma gratuita, en la cual ella garantía el trámite a un debido proceso, con sujeción a los derecho e intereses de las partes, para lo cual se garantiza la inmediación y celeridad, lo que significa que el sometimiento a la justicia no solo puede el juez decidir del hecho, sino que se permite que entre las partes existan acuerdos en la toma de decisiones.

El Art. 97 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza que "*Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida*

[22] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 75

responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir. Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social."[23]

EL Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador como medios alternativos de solución de conflictos expresa: "*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.*"[24]

La mediación es un proceso, alternativo al sometimiento de la función judicial, en este sentido se someten las partes a una decisión de una persona tercera imparcial, en la que decide sobre puntos controvertidos en conflicto, proceso que se encuentran reconocidos en la norma constitucional, por ello es una alternativa para el descongestionamiento de la función

[23] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 97

[24] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 190

judicial, y un método de amigable solución de controversias entre las partes en conflicto.

El arbitraje es un mecanismo por la cual las partes que tienen un conflicto jurídico y ha sido llevado por algunos de los tribunales, resuelven someterse, a la solución del problema ante un tribunal arbitral, siempre y cuando el asunto en conflicto sea transigible que no esté expresa ni tácitamente prohibida por la Constitución y la Ley

4.3.2. La mediación como transacción en el Código Civil

El Art. 2348 del Código Civil define a la transacción de la siguiente manera: "*La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.*
No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."[25]

A esta definición legal no pone presente el carácter bilateral del contrato, ya que falta la indicación de que debe haber concesiones recíprocas, por lo que debería añadirse la frase "haciéndose las partes concesiones o sacrificios recíprocos".

[25] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2348

La transacción puede ser total o parcial. Es decir, comprender a toda la cuestión litigiosa o a todo el asunto que puede devenir en ella, o a alguna de sus partes. Puede constituir un título declarativo de derechos, que no constituyen nuevo título, o constitutivo. Al respecto, el Art. 718 inciso final del Código Civil prescribe:

"*Las transacciones, en cuanto se limitan a reconocer a declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero, en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo*."[26]

A pesar de la aparente sencillez y claridad del precepto, apenas se lo examina con detenimiento, aparece que la transacción declarativa, de reconocimiento o declaración de derechos preexistentes, pero con la vocación de someterse a juicio, o ya la celebrada dentro de litigio, no presenta carácter meramente declarativo de la situación jurídica existente antes del arreglo, puesto que las concesiones recíprocas modifican el estatus anterior. Por ello, se llega a sostener que esa declaración supuestamente declarativa tiene más bien carácter constitutivo.

Esa clase de transacción que recae sobre un objeto disputado no tiene carácter traslativo, porque no es posible una transferencia sin certeza del derecho que se quiere transferir. Y no hay esa certeza del derecho cuando la litis y la transacción recaen sobre la posible o dudosa titularidad del derecho.

[26] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 718

Estas disquisiciones parecerían que inducen a revelarse contra el texto expreso del último inciso del Art. 718 del Código Civil. La tesis señalada no quiere decir desconocimiento del derecho positivo; solo pretende buscar, a la luz de la razón, la verdadera naturaleza de la figura jurídica de que tratamos. Este análisis no se opone a que los preceptos legales tengan, en la práctica, que ser obedecidos como mandatos; pero nada más; es decir, sin atribuirles la calidad de dogmas de fe o de explicaciones inamovibles de los fenómenos.

El Art. 718 está dentro del Título VII del libro Segundo del Código Civil, que trata "De la posesión" considera a la transacción como título de ésta. Su objetivo es establecer que no constituye título traslaticio de dominio cuando no hay transferencia de la propiedad de un objeto no disputado. Es así que debe tomarse en cuenta que en la medida en que la transacción quita la incertidumbre litigiosa, y transforma en un derecho cierto, establece transferencia; es atributiva de derechos.

Podría argumentarse en contra de esta noción que el art. 2362 del Código Civil da a la transacción el efecto de cosa juzgada. Pero sería válida la réplica de que ese efecto se refiere únicamente a la inamovilidad de la transacción, pero no a los efectos del contrato que zanja la incertidumbre ni a la naturaleza de ellos.

La transacción importa renuncia de las partes a su derecho de acción ya ejercida o por ejercer. Esa abdicación en beneficio de otro de los litigantes, no puede decirse que es por cesión o enajenación. Este litigante no adquiere un derecho nuevo sobre bien alguno, sino la posibilidad de hacer valer la pretensión --constituida en derecho- que invocaba antes. Este sería el significado que tendría la expresión "efecto declarativo.

La transacción, como contrato, tiene las siguientes principales características: consensual; bilateral; oneroso; generalmente conmutativo, excepcionalmente aleatorio; principal; nominado.

La transacción se perfecciona, como contrato, por el simple, mero o puro consentimiento de las partes, como señala el Art. 1459 del Código Civil: "*El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento*"[27]

Cuando la transacción forma parte de contratos mixtos o complejos, uno o más de los cuales requiera de solemnidad, por ese hecho, para su existencia y validez, debe celebrarse con esa solemnidad. Así, si existe una promesa, deberá constar por escrito; si se debe inscribir en el registro de la propiedad

[27] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 1459

o mercantil, deberá estar contenida en título auténtico; si una de las partes se está obligando a realizar transferencia de inmueble, deberá constar de escritura pública.

Siendo consensual, puede probarse por otros medios, como la confesión judicial, grabaciones magnetofónicas o de vídeo.

No podrá probarse por medio de testigos, por la limitación que traen el 1725 del Código Civil: "*No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito*"[28]

Este precepto no exige el instrumento privado como requisito de solemnidad sino de comprobación. Para que la transacción otorgada antes o fuera de juicio acceda al proceso, necesariamente tendrá que presentarse al juez de la causa por o con escrito. En la transacción ambas partes renuncian a alguna pretensión o a parte de su acción, por lo que es bilateral. Si solamente una parte es la que renuncia, habría más bien desistimiento.

Como contrato bilateral, le es aplicable la excepción del contrato no cumplido o el principio de la mora consagrado en el art. 1568 del Código Civil: "*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de*

[28] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1725

cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"[29]

Es necesario ver que en la transacción opera la condición resolutoria tácita del Art. 1505 del Código Civil, toda vez que el art. 2362 del mismo cuerpo de leyes se refiere a que "*podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión*"[30], sin mencionar a la resolución. Si la transacción es un contrato bilateral, le comprende la condición resolutoria tácita. No se puede exigir que el asambleísta, al desarrollar cada contrato, se vaya refiriendo a toda figura que podría, en un momento dado, tener incidencia. La técnica asambleísta debe orientarse más bien a resaltar lo que constituye una modificación o excepción a principios generales; y hacerla en forma expresa. Toda excepción es de derecho estricto, sin que pueda aplicarse por analogía.

El Art. 1457 del Código Civil indica que: "*El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*"[31]

Es oneroso por cuanto siempre debe existir un sacrificio de cada parte. Ese sacrificio es, en definitiva, abdicación de una parcela de la pretensión hecha

[29] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1568
[30] IBIDEM, Art. 2362
[31] IBIDEM, Art. 1457

por los protagonistas del juicio existente o del asunto que podría plantearse como tal en el futuro.

Es generalmente conmutativo, ya que las renuncias recíprocas se miran como equivalentes. Excepcionalmente podría ser aleatorio.

También puede ser condicional, ya para el nacimiento o eficacia del contrato, o ya por contener obligaciones condicionales. Es principal, por cuanto la transacción subsiste por sí sola.

La transacción es un contrato consensual, el consentimiento puede expresarse verbalmente, aunque, como ya queda dicho, para acceder al proceso necesariamente deberá constar por escrito.

Ese consentimiento puede expresarse mediante poder, que necesariamente deberá ser especial Art. 2350 y 2036 del Código Civil. Así lo establece también el numeral 1 del Art. 48 del Código de Procedimiento Civil. Quien está investido de poder general puede incoar acciones posesorias o interrumpir prescripciones. A pesar de ello, requerirá siempre de poder especial para transigir. El consentimiento debe estar exento de vicios. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza, dolo y, doctrinariamente, se asimila también la lesión.

El Art. 2358 del Código Civil establece que "*La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige*"[32].

Este precepto lo convierte en un contrato intuito personae; y eleva este error que, por lo general, es irrelevante en los contratos onerosos, a la categoría de causa principal de la contracción, convirtiéndole así en motivo para la rescisión.

El Art. 2359 del Código Civil preceptúa: "*El error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir anula la transacción*"[33].

Estamos frente a un error sustancial, error obstáculo, que ya se lo consideró el Art. 1469 del Código Civil, cuando estable: "*...sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra*"[34].

Sobre esta disposición considero que no existe consentimiento, por lo que no se trata de un vicio que lo afecte, ya que afirman que no existe consentimiento, sino disentimiento. Al faltar el consentimiento debe considerarse el tentado contrato como jurídicamente inexistente.

---

[32] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 2358
[33] IBIDEM, Art. 2359
[34] IBIDEM, Art.1469

El Art. 2360 del Código Civil señala que "*el error de cálculo no anula la transacción; solo da derecho a que se rectifique el cálculo*"[35].

Cuando la transacción ha sido fruto del desconocimiento de títulos que apoyan el derecho de una de las partes, y cedido en la transacción, ese desconocimiento, que jurídicamente se asimila al error, puede dar pie para la rescisión de la transacción.

Si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre que se ha transigido, y estos títulos, al tiempo de la transacción, eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirse; salvo que no haya recaído sobre un objeto en particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas.

En este caso, el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no será causa de rescisión, sino en cuanto hubiesen sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria.

Si el dolo fuere solo relativo a uno de los objetos sobre que se haya transigido, la parte perjudicada podrá pedir la restitución sobre dicho objeto.

[35] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2360

El Art. 2357 del Código Civil, señala: "*Es nula, asimismo, la transacción, si al tiempo de celebrarse estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no hayan tenido conocimiento al tiempo de transigir.*"[36]

Si una de las partes hubiera tenido conocimiento del fallo, habría procedido con dolo, del cual se trata en el numeral siguiente. La fuerza y el dolo también anulan la transacción. En una aplicación de las reglas generales el Art. 2355 del Código Civil preceptúa: "*Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados y, en general, por dolo o violencia.*"[37]

En vista de que varios otros artículos de este título XXXVIII se refieren expresamente a la rescisión o nulidad relativa, ha surgido la opinión de que este precepto, cuando hay fuerza o dolo, culmina en nulidad absoluta. Sin embargo, no se ve la ratio legis para apartarse del tratamiento general, por lo que debe considerar se que está afectada la transacción de nulidad relativa.

El Art. 2356 del Código Civil señala que "es nula en todas sus partes la transacción celebrada por títulos falsificados y, en general, por dolo o violencia"[38].

---

[36] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2357
[37] IBIDEM, Art. 2355
[38] IBIDEM, Art. 2356

La lesión enorme es una sanción solo para determinados contratos. En la transacción hay renuncia de pretensiones y derechos. Por tanto, tal sanción no es aplicable a la transacción.

El objeto de la transacción es poner fin al juicio existente, o prevenir un litigio futuro. Es nulo el contrato de transacción que carece de causa u objeto, como, verbigracia, el que se celebra sin haber juicio pendiente ni temor de que se inicie alguno sobre la materia que recae. Es de la esencia del contrato de transacción que en sí mismo llene el objetivo de terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o de precaver uno eventual. Si estos efectos no se dan en el mismo contrato, mal podría decirse que en él las partes terminan o precaven un litigio.

La esencia de la transacción reside en la renuncia que cada contratante hace de lo que cree su derecho a fin de evitar que un fallo judicial le quite todo a uno u otro. La transacción no puede extenderse a más de lo que literalmente expresa, sea con relación a los contratantes o a las cosas que son objeto de ella. Por ende, no revisten los caracteres jurídicos de la transacción. Los convenios celebrados entre los accionistas de un canal de regadío.

Debe existir una pretensión o derecho dudoso entre las partes. Esa duda no requiere de declaración judicial.

La transacción, como todo contrato, se la celebra con base en la buena fe. Ésta desaparecería si se simulara esa duda por uno o ambos de los contratantes. Se ha discutido si esa incertidumbre es subjetiva u objetiva.

Derecho de percibir alimentos Art. 2353 del Código Civil expresa: "*La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los Arts. 362 y 363.*"[39]

En esta disposición puede versar la transacción sobre monto de la pensión o sobre pensiones atrasadas como señala los Arts. 362 y 363 del Código Civil.

Sobre pactos de sucesión futura, que son: De renuncia a una sucesión futura; de disposición de una sucesión futura; y, de institución de heredero.

Sobre el estado civil no se puede transigir como señala el Art. 2352 del Código Civil, que expresa: "*No se puede transigir sobre el estado civil de las personas*"[40]; pero sí puede transigirse sobre las consecuencias derivadas de esa calidad.

Sobre el dominio de locales individualizados de inmuebles, que no están sometidos al régimen de propiedad horizontal. Sobre actos que sin reunir los requisitos propios de la promesa, tiendan a generar obligaciones de un hacer

[39] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2353
[40] IBIDEM, Art. 2352

jurídico; o que constituyan desmembraciones de inmuebles ubicados en el sector urbano.

Sobre adjudicaciones de bienes o partes de los mismos, que sean objeto más bien de partición. Con la conciliación se distingue según las modalidades como aquella que se realice. La conciliación extrajudicial tiene bastante proximidad con la mediación al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas.

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir, la mediación facilita la comunicación entre las partes, no se detienen en el contenido del problema aun cuando lo lleva en su destino, sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

4.3.4. La Ley de Arbitraje y Mediación

El Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala "*La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que*

verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto"[41].

Para someterse al procedimiento de mediación es condición Sine qua non que quienes se someten tengan la suficiente capacidad para transigir, para tener una mejor comprensión es necesario definir lo que es transigir, así el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual nos da el siguiente concepto: "Concluir una transacción, sobre lo que se estima justo, razonable o verdadero, para conciliar discrepancias, evitar un conflicto o poner término al suscitado, pero con la imprescindible circunstancia de que haya recíprocas concesiones y renuncias. Encontrar de mutuo acuerdo un medio que parta la diferencia en un trato o situación.

El Art. 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación prescribe: "*La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.*

Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la

[41] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 43

institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder"[42].

Para que proceda la mediación, las partes o una de ellas que tenga interés en someter sus controversias a mediación, deben solicitar a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados a fin de que procedan a facilitar las negociaciones de las partes en conflicto, en calidad de mediadores, petición que lo formularán por escrito, amparados en el convenio escrito de mediación; pero en el caso de no haber convenio escrito de mediación, las partes en litigio o una de ellas también pueden elevar la petición para someterse a la mediación, mediante escrito dirigido Centro de Mediación o al mediador independiente a fin de que presten su contingente mediador para la solución del conflicto.

Pueden acceder y someterse al procedimiento de mediación de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y sin restricción alguna, las personas sean éstas naturales o jurídicas, y estas a su vez públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

En consecuencia todo ecuatoriano mayor de edad, 18 años, está en capacidad de acceder a la mediación y resolver sus conflictos y de igual manera los extranjeros, ya que según la ley, no existe diferencia entre

[42] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 44

ecuatoriano y el extranjero en cuanto al goce de los derechos civiles, y uno de los derechos es acceder a la justicia y sin dilaciones.

El Art. 45 de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa: "*La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto*"[43].

La solicitud es la petición que formula una persona con el fin de obtener un resultado, en el caso de la mediación, imperativamente determina la ley que se lo hará por escrito, al Centro de Mediación correspondiente o mediador independiente, por lo que de plano se descarta la petición oral, lo que a mi entender me parece que se restringe la accesión a la mediación de personas que no saben leer *y* escribir *y* también de los letrados que preferirían hacerlo de forma oral, tomando en cuenta que los procesos modernos siguen la oralidad como una forma de procedimiento y de acceso a la justicia en el campo ordinario y no debe ser la excepción en el proceso de mediación, en donde las partes pudieran acudir a un Centro de Mediación y expresar oralmente su petición de su intervención a través de un mediador la solución de sus conflictos, sin perjuicio de que en el Centro de Mediación se la reduzca a escrito.

La solicitud debe contener:

[43] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 45

1. Nombre del solicitante y de la contraparte. Es decir los nombres completos de la persona que solicita la mediación y de la persona con mantiene diferencias, o sea un conflicto.

2. Dirección domiciliaria de las partes. Se trata del lugar donde viven las partes, debiendo regirse por las disposiciones del Código Civil que al respecto dice en su Art. 45 "El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídese en político y civil"[44].

3. Los números telefónicos si fuera posible. Esta disposición es facultativa, si quiere el solicitante puede hacer constar en la solicitud de mediación su número telefónico y de la contraparte si los tiene, no es obligatorio, pero por sugerencia se debe anotar los números telefónicos, esto facilita la comunicación entre el Centro de Mediación y los interesados en acceder a dicho centro en busca de ayuda para solucionar sus controversias.

4. Una breve determinación de la naturaleza del conflicto. Aquí se hará una breve explicación del problema surgido, de los antecedentes y de las controversias que se han derivado de dichos antecedentes, que bien puede ser un contrato, un cuasicontrato, asunto de menores, etc.

[44] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 45

Además de estos requisitos debemos entender que deben también constar, la cuantía, la firma del solicitante si sabe firmar o su huella digital en caso de no saber firmar y la firma de su abogado en caso de así haber dispuesto el solicitante.

El Art. 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación prescribe "L*a mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales*."[45]

Se someten a mediación y arbitraje los casos que son susceptibles de mediación, negociación o transacción, como asuntos familiares, inquilinato, laborales, de la niñez y adolescencia, de comercio, en materia de tránsito y

[45] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 46, literal a)

penal cuando se refieren a reparaciones por daños y perjuicios de orden civiles.

De esta manera la mediación contribuye al descongestionamiento de los juzgados usando su herramienta del diálogo para la solución de conflictos en materia transigible.

Los jueces comunes, de conformidad con el artículo 46 literal a) de la Ley de Arbitraje y Mediación, están obligados a respetar el convenio escrito y firmado por las partes de someter a mediación las controversias que pudieran surgir de un acto jurídico como el caso de los contratos, sean laborales, de comercio, etc. por lo tanto no pueden ni tienen competencia para conocer demandas que versen sobre conflictos materia del convenio, salvo el caso de que exista acta de imposibilidad de acuerdo debidamente firmada o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación; tómese en cuenta entonces que es a partir del acta de imposibilidad de mediación o de la renuncia escrita de las partes en conflicto cuando el juez ordinario está facultado para conocer demandas que versen sobre materia del convenio y adquiere competencia para conocer la petición de una de las partes y citar a la otra, debiendo considerar, además, que si el acuerdo constante en el Acta de Mediación ha sido parcial, según consta en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, las partes pueden acudir a la justicia ordinaria y demandar el cumplimiento únicamente de las diferencias que no hayan sido parte del acuerdo, teniendo entonces competencia para conocer solamente

lo que no se haya acordado, debiendo respetar en todo caso el acuerdo de las partes aunque éste sea parcial, sobre el cual nada podrá hacer el juez ordinario pudiendo conocer únicamente, tanto el acuerdo parcial como el total, para la ejecución del acuerdo en virtud de tener fuerza de sentencia ejecutoriada de última instancia y de cosa juzgada.

El Art. 56 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que "*Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación.*"[46]

Los jueces ordinarios no pueden ser recusados ni acusados de prevaricato, ni sujetos a queja, por el hecho de haber propuesto fórmula de arreglo amigable y amistosa entre las partes, de un conflicto puesto a su conocimiento, a fin de que los litigantes arreglen en las audiencias o juntas de conciliación.

De lo cual se establece que la mediación es viable en cualquier estado de la causa, cuando el juez ordinario, sea de oficio o a petición de parte interesada, disponga que las partes se sometan a una audiencia de mediación ante un Centro de Mediación debidamente acreditado a resolver sus diferencias, siempre y cuando lo acepten, sin que por ello deban ser recusados, ni acusados de prevaricato, ni sujetos de queja porque así lo

[46] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 56

faculta la Ley de Arbitraje y Mediación, de esto se determina que la medición puede darse en forma extra o intraprocesal, es decir antes de iniciar un proceso judicial o dentro de un proceso judicial.

En el primer caso se da antes de un proceso es decir fuera del de un proceso y de existir arreglo (extrajudicial) el litigio se termina, caso contrario se tornará controvertido. en el segundo caso, el juez puede derivar un un proceso puesto en su conocimiento de oficio, o a petición de ambas partes, a uno de los centros de mediación del lugar donde se ventila el caso, debiendo tomar en cuenta que el asunto no tenga sentencia ejecutoriada, en este caso el juez no podría derivar de oficio la causa a un centro de mediación, porque el Acta de mediación equivale a una Sentencia Ejecutoriada de última Instancia; o que no haya subido en grado en apelación salvo que el juez reciba solicitud firmada por ambas partes, y tan sólo en este caso estaría autorizado por los litigantes a poner en conocimiento de un centro de mediación; así mismo es necesario expresar que es pertinente la mediación en las causas que haya subido en grado es decir que se encuentre en apelación siempre y cuando medie petición de los dos lados.

En caso de la mediación intraprocesal se debe tomar en cuenta lo dispuesto en el Artículo 130, numeral 11 del Código Orgánico de la Función judicial, las juezas y jueces deben procurar la conciliación de las partes en cualquier estado del proceso, o juezas o jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la finalidad

de lograr el arreglo, naturalmente exceptuándose los casos en que haya prohibida la transacción o si se requiere de requisitos especiales se deben cumplir antes de que pasen los procesos a la oficina judicial de mediación.

El artículo 47, inciso cuarto de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa: "*El Acta de Mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del Acta de Mediación*"[47].

La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 46 dispone que la mediación sólo podrá proceder cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación, y en este caso los jueces no pueden conocer, es decir tramitar demandas que traten sobre el conflicto materia del convenio, y tan sólo avocarán conocimiento y sustanciar el proceso de existir acta de imposibilidad de acuerdo, es decir después de haberse tratado el caso en mediación y no se haya logrado acuerdo entre las partes, es entonces, con esta acta de imposibilidad quedan las partes habilitadas para concurrir ante un juez ordinario con su demanda y éste con plena competencia sustanciará el proceso.

[47] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 47 inciso 4

El convenio de mediación no es otra cosa que, aquel que se encuentra debidamente establecido en una cláusula contractual (compromisoria), que a manera de ejemplo podemos poner, en un con= trato, de la siguiente manera:

Respecto de la cláusula compromisoria, el Art. 161 del Reglamento a la Ley Orgánica al Sistema Nacional de Contratación Pública en su inciso final expresa: "*Para la suscripción de ésta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje*"[48].

En caso de no haber un Centro de Mediación o arbitraje en el lugar donde se celebre el contrato se recurrirá al centro más cercano de dicho lugar y así se hará constar en la cláusula del contrato.

De no existir convenio escrito (cláusula compromisoria) como parte de un contrato suscrito, las partes también pueden de común acuerdo solicitar por escrito a un Centro de Mediación o a un mediador independiente les asista en la solución de sus diferendos; en todo caso siempre el convenio de mediación será por escrito. Igualmente las partes pueden renunciar al convenio de mediación en conjunto, en este caso cualquiera de las partes puede acudir con su reclamación y demandar ante el órgano judicial competente la solución del conflicto emanado del contrato.

[48] REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA AL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 161

La Ley de Arbitraje y Mediación dice que la mediación es un procedimiento de solución de conflictos, en los que han caído las partes producto de sus controversias producidas por diferentes circunstancias.

Pero ¿Qué es un conflicto?, según el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas dice: "Oposición de intereses en que las partes no ceden. Choque o colisión de derechos o pretensiones. Situación difícil. Caso desgraciado, transe angustioso. Antagonismo, oposición".

Y refiriéndose a la solución expresa que es: "Resolución de un problema, dificultad o duda. Cumplimiento de una obligación. Desenlace de un proceso. Fórmula para un arreglo".

Como resultado de un conflicto se produce la enemistad de las personas, hace que lleguen al distanciamiento y como consecuencia de ello cada cual defienda vehementemente sus intereses particulares, encontrándose cada uno en una situación de acérrima oposición, conflicto que viene por diferentes motivos o razones, ya sean por cuestiones de dinero, por asunto de sus bienes, por cuestiones de negocios, por diferentes contratos, como los de trabajo, inquilinato, etc.; o por derechos personales como el caso de los alimentos, que incumplidos por alguna de las partes, da lugar a la reacción de la otra, brotando la controversia y por ende las reclamaciones, produciéndose entonces el conflicto, que debe ser solucionado ya sea por la

vía de la justicia ordinaria o por una vía alterna como es el caso de la mediación y el arbitraje.

Una de las formas de presentarse y producirse el conflicto es la falta de comunicación, la falta de diálogo, el acercamiento entre los contratantes; también generan conflictos los intereses personales desmedidos, el incumplimiento, la falta de formalidad, como también las diferencias criteriales existentes entre las personas, toda vez que nadie puede sentir ni pensar lo mismo que el otro, cada uno es un mundo aparte, estas diferencias sino son bien canalizadas producirán grandes conflictos muchas veces irreconciliables, estos conflictos pueden ser gerenciados a través de administradores de conflictos, los mediadores, que son precisamente con los que cuentan los Centros de Mediación, que constituyen verdaderos equipos de especialistas componedores que ayudarán de manera efectiva y eficiente a la solucionar los problemas de manera pacífica y definitiva, la misma que tiene el carácter de consensual, toda vez que grandes disputas pueden ser resueltas con pequeñas decisiones que tomen cada uno de los protagonistas.

El Art. 48 de la Ley de Arbitraje y mediación prescribe: "*La Mediación prevista en esta Ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado.*

Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta Ley, deberá contarse con la autorización escrita de un Centro de Mediación. Esta autorización se

fundamentará en los cursos académicos o pasantías que hayan recibido el aspirante a mediador.

El Centro de Mediación o mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del Acta de Mediación"[49].

El Artículo 48 de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa que el proceso de mediación tiene perfecta validez y puede llevarse a efecto tanto ante un mediador de un Centro de Mediación, como ante un mediador independiente que esté debidamente autorizado.

Un mediador de un Centro de Mediación o uno independiente se encuentra habilitado cuando tiene autorización escrita de un Centro de Mediación, la que será dada después de haber cumplido con los requisitos que prescribe la Ley de Arbitraje y Mediación, esto es haber cursado los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante mediador. Concordancia: Artículo 53 inciso segundo de la misma Ley.

El Art. 49 de Ley de Arbitraje y Mediación indica: "*Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.*

[49] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 48

Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación"[50].

Esto constituye una especie de inmunidad que ampara al mediador, pues él se debe a un proceso que tiene el carácter de confidencial e imparcialidad, jamás podría romper estos principios de la mediación.

Quien ha actuado en calidad de mediador en un conflicto, queda inhabilitado para actuar en cualquier proceso judicial o arbitral, que tenga relación con el conflicto materia de la mediación, ya sea como árbitro, abogado asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además el mediador no puede ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto que fue objeto de la mediación, esto a más de constituir una inhabilidad para ser testigo, constituye una garantía para el mediador, por cuanto no puede ser comprometido su conocimiento sobre la materia del litigio, adquirido mediante su participación en el proceso de mediación, asegurando el principio de confidencialidad, caso contrario se violaría este principio.

El Art. 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa: "*La mediación tiene el carácter de confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.*

[50] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 49

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad"[51].

El proceso de mediación tiene el carácter de confidencial, todos los que participen en la mediación tiene que guardar absoluta reserva, pero las partes de común acuerdo pueden renunciar a la confidencialidad. Cabe destacar en cambio que los procesos seguidos en la vía judicial ordinaria son de carácter público.

El Art. 51 de la Ley de Arbitraje y Mediación preceptúa: "*Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación*"[52].

La imposibilidad de llevarse a efecto la mediación se da en los siguientes casos:

a) Si alguna de las partes no concurre a la audiencia de mediación a la que fuere convocada (invitada), se señalará nuevo día y hora para la nueva audiencia, es decir se le hará una nueva invitación a la parte que n asistió.

[51] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 50

[52] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 51

Si en la segunda invitación o señalamiento cualquiera de las partes no concurre, el mediador expedirá el acta dejando constancia de la imposibilidad de la mediación.

En este caso se elaborará el acta de imposibilidad de mediación y firmará la parte que asiste y el mediador.

b) Si concurriendo ambas partes a la audiencia de mediación, éstas no han llegado a ningún acuerdo para solucionar el conflicto, en este caso firmarán el acta las partes que hayan concurrido a la audiencia conjuntamente con el mediador dejando constancia de que no hubo acuerdo.

El acta de imposibilidad de acuerdo, puede ser utilizada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, es decir queda a su arbitrio el seguir un proceso ante un tribunal de arbitraje o ante un juzgado competente, según se trate de la materia en la cual se encuentra inmersa el conflicto para lo cual deberá presentar la demanda correspondiente y continuar con el proceso.

El Art. 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación indica: “Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones, e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitaria, podrán organizar Centros de Mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Na-

cional de la Judicatura. La comprobación de falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un Centro de Mediación dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento".

5. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente proyecto de investigación estuvo orientado por el método científico, y se estableció los diferentes métodos que se aplicó, como de los recursos que éstos se ha de hacer válido para el desarrollo del trabajo de investigación de tesis, y son:

5.1. MÉTODOS

El desarrollo de la presente tesis, estuvo encaminado a realizar una investigación descriptiva, aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social. La investigación bibliográfica consistirá en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

Pues la información empírica, se obtuvo de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial a la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Servicio Público, Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y la Ley de Arbitraje y Mediación, y que afecta de forma directa su ámbito personal, familiar, económico, social, etc.;

obteniéndose información a través de los informes, compendios y análisis a nivel jurisdiccional.

Durante esta investigación utilizó los métodos: Inductivo, Analítico, Deductivo y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido, en cambio el método deductivo, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método deductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

5.2. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Como fases en el desarrollo de la presente investigación, corresponde analizar el campo de acción a estudiarse, el que está determinado por la problemática en cuanto a garantizar la aplicabilidad del término previsto para

resolver la acción de arbitrales, en sus derechos constitucionales de los accionantes, así como de la aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación, en aspectos de celeridad, economía procesal, inimpugnabilidad e independencia judicial. Se iniciará con la revisión de literatura, la inmersión en la problemática de estudio que en conjunto la hipótesis con los objetivos se determinará que se violan garantías constitucionales por falta de arbitraje en asuntos de la administración pública. Con esta recolección de datos se hará el análisis de los mismos, determinando que es conveniente que se garantice una mejor tramitación de los laudos arbitrales.

Fundamentalmente en el desarrollo del presente trabajo investigativo, se utilizó la técnica de la encuesta, a 30 profesionales del Derecho, como instrumentos de recolección sintética de datos y contenidos.

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta.

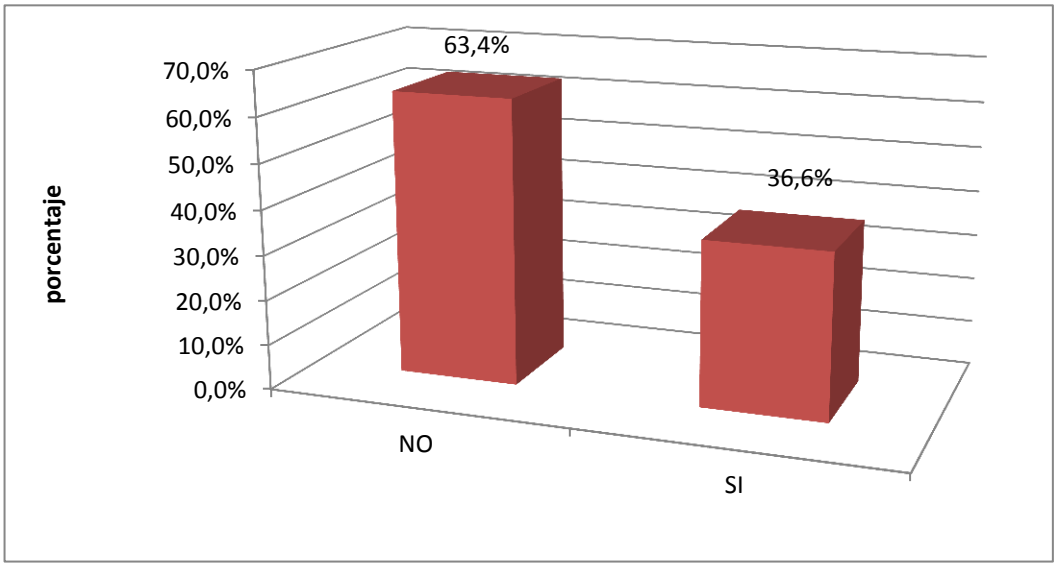
PRIMERA PREGUNTA: **¿Conoce usted si se reconoce el arbitraje, para la solución de conflictos en la administración pública?**

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	19	63.4%
SI	11	36.6%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Miguel Tapia
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 1



Interpretación:

De la primera pregunta de un universo de treinta encuestados, diecinueve que corresponde el 63.4% indicaron que no se reconoce el arbitraje, para la solución de conflictos en la administración pública. En cambio once personas que engloba el 36.6% supieron indicar que si se reconoce el arbitraje, para la solución de conflictos en la administración pública.

Análisis.

En nuestra legislación, tanto civil, penal, de contratación, de la niñez y adolescencia se permite la transacción, constituyendo un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, en que se tramita, se gestiona, fuera del juicio o proceso en un conflicto de derecho; pero más sucede en la legislación administrativa, nada indica de la transacción como medida alternativa en la resolución de conflictos que surgen de los servidores público y las instituciones del Estado.

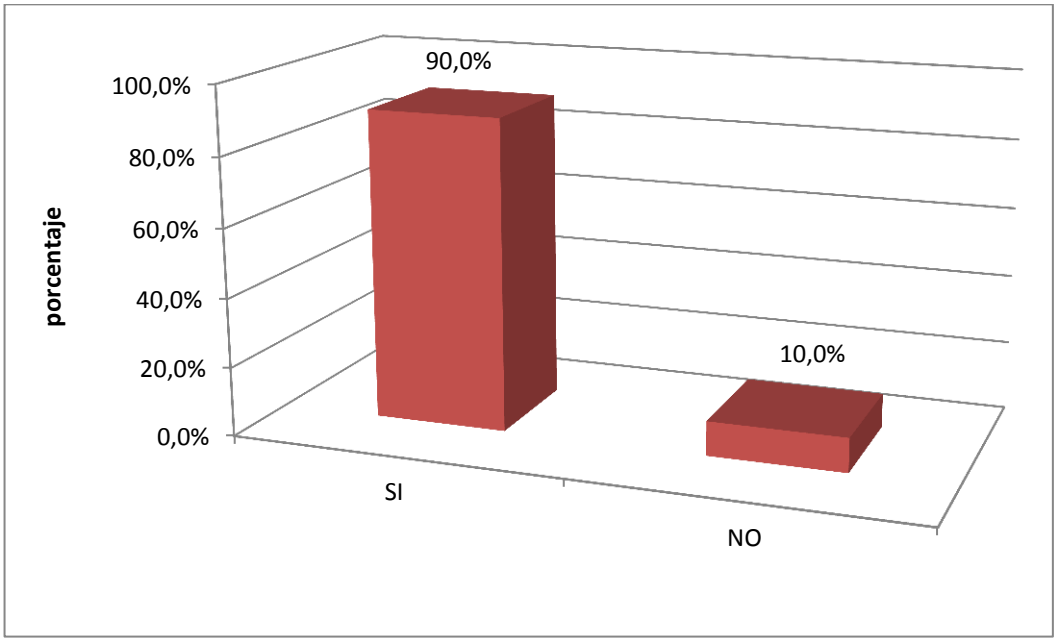
SEGUNDA PREGUNTA: **¿Cree usted preferente que en los conflictos existentes entre los servidores públicos y las autoridades públicas, se aplique la transacción en que las partes extrajudicialmente puedan terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual?**

CUADRO N° 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	3	10 %
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Miguel Tapia
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 2



Interpretación:

En la segunda pregunta veintisiete personas que equivale el 90 % indicaron que preferente que en los conflictos existentes entre los servidores públicos y las autoridades públicas, se aplique la transacción en que las partes extrajudicialmente puedan terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual; en cambio tres personas que corresponde el 10 % manifestaron que no es preferente que en los conflictos existentes entre los servidores públicos y las autoridades públicas, se aplique la transacción en que las partes extrajudicialmente puedan terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual

Análisis:

La constitución de la República del Ecuador, reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, pues es preferente que en los conflictos existentes entre los servidores públicos y las instituciones del Estado, se aplique la transacción en que las partes extrajudicialmente puedan terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual

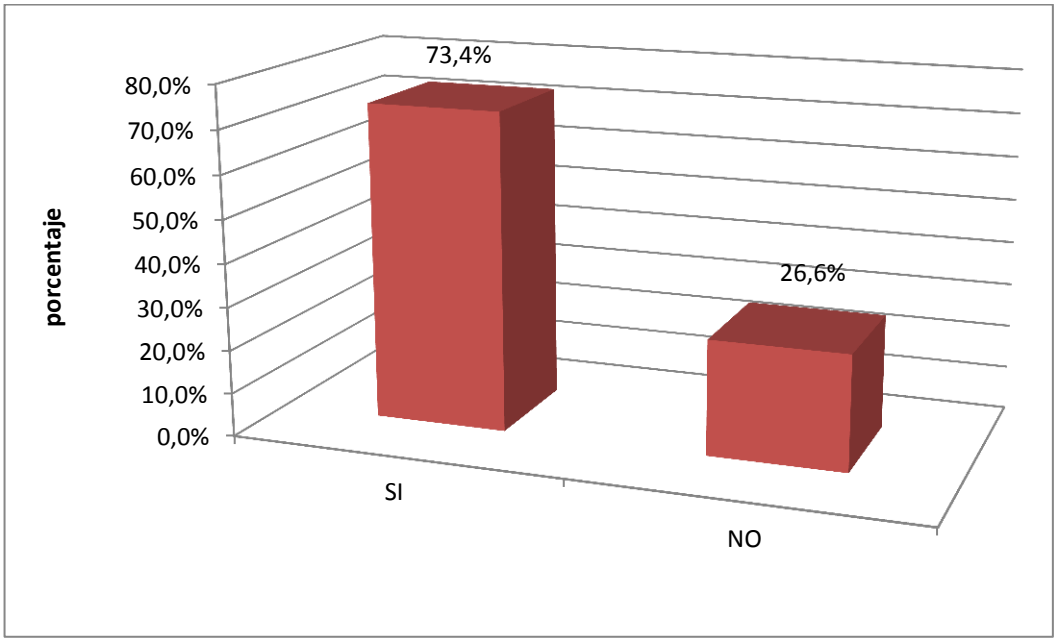
TERCERA PREGUNTA: **¿Considera usted que la transacción en la administración pública como un litigio extrajudicial que se tramita, se gestiona, fuera del juicio o proceso en un conflicto de derecho, constituye una medida alternativa en la solución de conflictos?**

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73.4%
NO	8	26.6%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Miguel Tapia
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 3



Interpretación:

En la tercera pregunta veintidós personas que equivale el 73.4% expresaron estar de acuerdo que la transacción administrativa como un litigio extrajudicial que se tramita, se gestiona, fuera del juicio o proceso en un conflicto de derecho, constituye una medida alternativa en la solución de conflictos. En cambio ocho personas que engloba el 26.6% señalaron no estar de acuerdo que la transacción administrativa como un litigio extrajudicial que se tramita, se gestiona, fuera del juicio o proceso en un conflicto de derecho, constituye una medida alternativa en la solución de conflictos

Análisis:

El arbitraje y la mediación como procedimiento alternativo de resolución de conflictos reconocidos por la Constitución, debe en última instancia estar sometido al control de legalidad, es por ello que la transacción administrativa como un litigio extrajudicial que se tramita, se gestiona, fuera del juicio o proceso en un conflicto de derecho, constituye una medida alternativa en la solución de conflictos

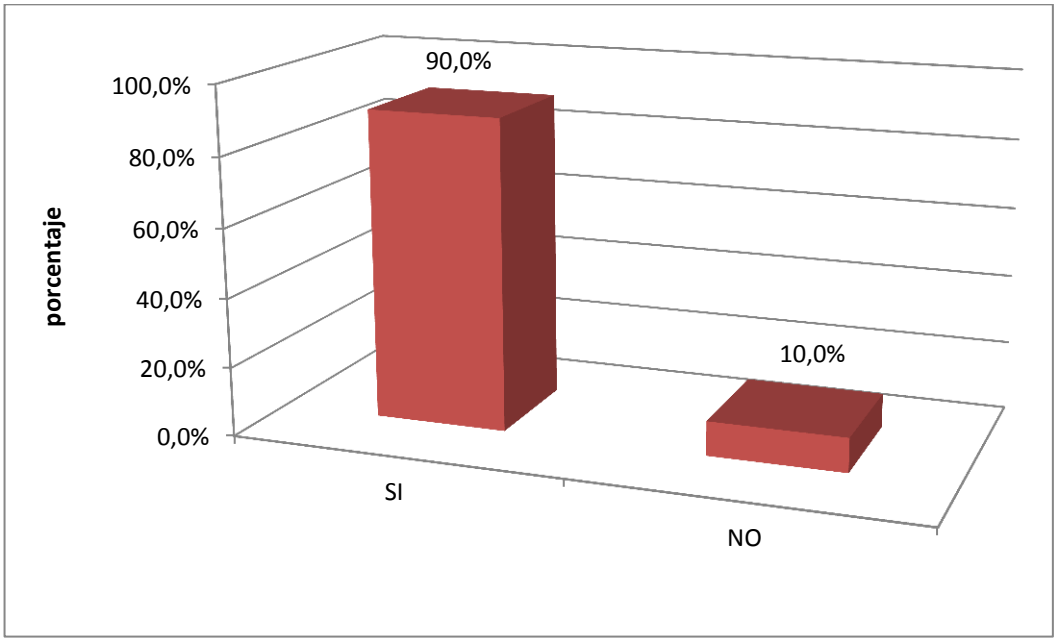
CUARTA PREGUNTA: **¿Cree usted, que la aplicación de la transacción en la administración pública, como solución alternativa de conflictos garantiza la aplicación de principios constitucionales de inmediación, celeridad y economía procesal?**

CUADRO N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	3	10 %
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Miguel Tapia
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 4



Interpretación:

En esta pregunta, veintisiete encuestados que corresponde el 90 % expresaron que la aplicación de la transacción en la administración pública, como solución alternativa de conflictos garantiza la aplicación de principios constitucionales de inmediación, celeridad y economía procesal. En cambio tres personas que corresponde el 10 % señalaron no estar de acuerdo que la aplicación de la transacción en la administración pública, como solución alternativa de conflictos garantiza la aplicación de principios constitucionales de inmediación, celeridad y economía procesal

Análisis:

Lo que le interesa el Estado es la solución de conflictos, y ésta no deben sólo seguir el procedimiento judicial, por estas consideración se ha creído conveniente que la aplicación de la transacción en la administración pública, como solución alternativa de conflictos garantiza la aplicación de principios constitucionales de inmediación, celeridad y economía procesal.

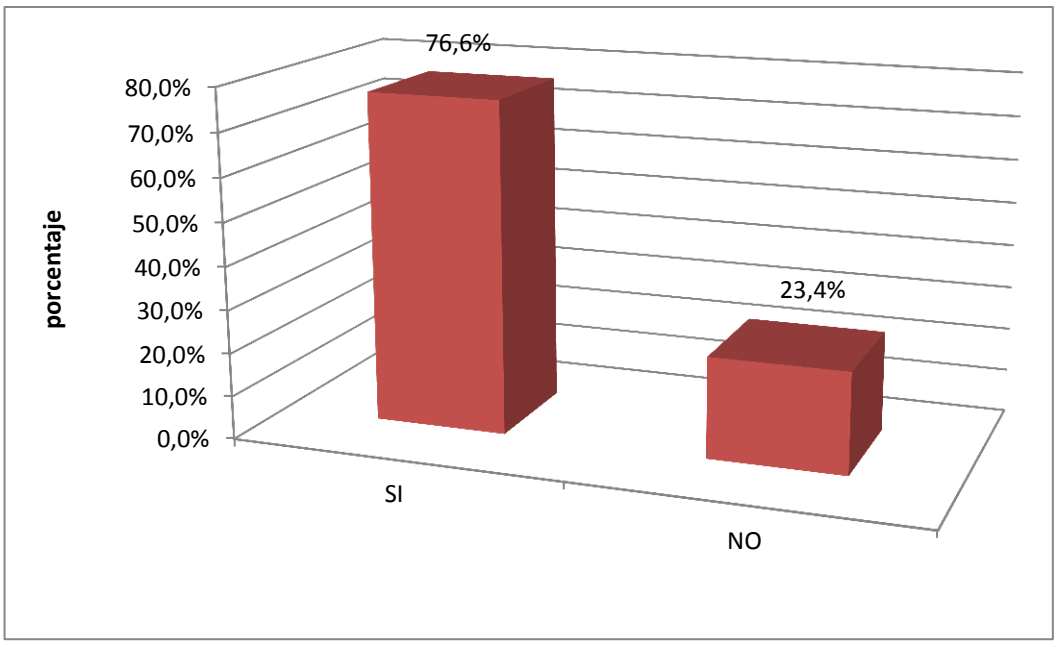
QUINTA PREGUNTA: **¿Estima usted que el arbitraje siendo un proceso de solución de controversias, al contar con características propias en nuestra legislación para cada proceso, también deben regularse para controversias que se suscitan entre los servidores públicos y las autoridades de la administración pública?**

CUADRO N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	76.6%
NO	7	23.4%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Miguel Tapia
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 5



Interpretación:

En esta pregunta veintitrés personas que corresponde el 76.6% estima que el arbitraje siendo un proceso de solución de controversias, al contar con características propias en nuestra legislación para cada proceso, también deben regularse para controversias que se suscitan entre los servidores públicos y las autoridades de la administración pública, en cambio, siete personas que corresponde el 23.4% no están de acuerdo que el arbitraje siendo un proceso de solución de controversias, al contar con características propias en nuestra legislación para cada proceso, también deben regularse para controversias que se suscitan entre los servidores públicos y las autoridades de la administración pública.

Análisis:

El objeto de la transacción es poner fin al juicio existente, o prevenir un litigio futuro. Es nulo el contrato de transacción que carece de causa u objeto, como, verbigracia, el que se celebra sin haber juicio pendiente ni temor de que se inicie alguno sobre la materia que recae. Es de la esencia del contrato de transacción que en sí mismo llene el objetivo de terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o de precaver uno eventual. Si estos efectos no se dan en el mismo contrato, mal podría decirse que en él las partes terminan o precaven un litigio

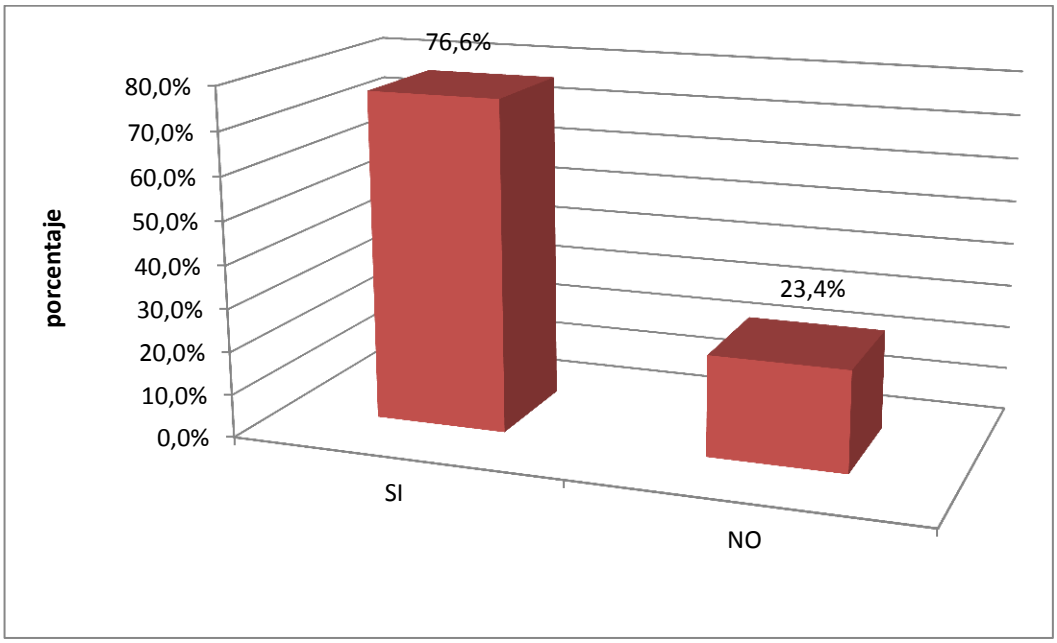
SEXTA PREGUNTA: **¿Considera usted necesario proponer una reforma para la aplicación del arbitraje administrativo en la Ley Orgánica del Servicio Público y en la Ley Contenciosa Administrativa?**

CUADRO N° 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	76.6%
NO	7	23.4%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Miguel Tapia
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 6



Interpretación:

En la última pregunta veintitrés encuestados que encierra el 76.6 % indicaron que es necesario proponer una reforma para la aplicación del arbitraje administrativo en la Ley Orgánica del Servicio Público y en la Ley Contenciosa Administrativa. En cambio siete personas que engloba el 23.4 % señalaron no estar de acuerdo que sea necesario proponer una reforma para la aplicación del arbitraje administrativo en la Ley Orgánica del Servicio Público y en la Ley Contenciosa Administrativa.

Análisis:

Con la reforma al Ley Orgánica del Servicio Público y en la Ley Contenciosa Administrativa, estableciendo los parámetros para la aplicación del arbitraje administrativo de las controversias que se suscitan entre los servidores públicos y las instituciones del Estado, es crear una herramienta legal y práctica que permita descongestionar los Tribunales Fiscales del país, y garantizar una pronta resolución de las controversias administrativas originadas entre el Estado y los servidores públicos, evitando el detrimento de los derechos que le corresponde a cada sujeto.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

- Realizar un estudio jurídico y doctrinario, de la aplicación del arbitraje en materia de administración pública

Objetivos Específicos

- Señalar la efectividad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en nuestra legislación

- Determinar los mecanismos necesarios para la aplicación del arbitraje en la administración pública.

- Proponer una reforma para la aplicación del arbitraje administrativo en la Ley Orgánica del Servicio Público y en la Ley Contenciosa Administrativa.

7.2. Contratación de hipótesis

En materia de la administración pública no permite el Arbitraje en la solución de controversias, lo que se hace necesario cumplir ciertos parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos

que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

El obrar de la Administración Pública está sometido al principio de legalidad, debiendo actuar en la medida en que una norma expresamente lo autorice a hacerlo. Dicho esto, la Administración Pública actúa mediante potestades regladas o potestades discrecionales siendo éstas diferentes a los derechos subjetivos de las personas privadas. Los derechos subjetivos son renunciables y transmisibles porque satisfacen los intereses del individuo; por el contrario, las potestades legales son consideradas como irrenunciables e intransmisibles ya que están orientadas a satisfacer los intereses colectivos.

William López Arévalo sobre el arbitraje señala que "Es un procedimiento alternativo, mediante el cual se resuelven extrajudicialmente las diferencias susceptibles de transacción surgidas o que surjan de las relaciones entre dos o más personas, quienes acuerdan someter la controversia a un tercero denominado arbitro o tribunal arbitral, para que dicte una resolución que es obligatoria para las partes."[53]

[53] LÓPEZ ARÉVALO, William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2010. p. 203

El árbitro es la persona elegida por las partes en litigio para resolver la controversia; es la parte esencial del arbitraje mismo y en su integridad moral y sana crítica reposa la confiabilidad y eficacia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos

El rol del árbitro es similar al del juez; el actor fórmula la demanda arbitral, el demandado la contesta, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia; sin embargo, el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia, la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes.

A diferencia de la mediación, el tercero neutral no ayuda ni colabora con las partes a efecto de resolver el conflicto, más bien dicta una resolución "laudo arbitral" que tiene efectos de sentencia judicial.

El arbitraje para María escudero es "*Una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia, pues se les confiere la atribución de resolver conflictos jurídicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que discuten un derecho. La doctrina constitucional define el arbitramento en los siguientes términos: es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte*"[54]

[54] ESCUDERO ALZATE, María Cristina: Mecanismos alternativos de solución de conflcitos, editorial Leyer, décima segunda edición, Bogotá – Colombia, p. 275

Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.

El arbitraje sólo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral. Es preciso indicar que la conciliación se basa en el acuerdo entre las partes, puesto que el conciliador carece de la facultad de imponer su decisión a las personas. Por ello es un mecanismo de resolución de conflictos autocompositivo y no heterocompositivo, y en eso se diferencia del arbitraje.

Es el caso que el arbitraje como medio de solución de conflictos no se aplica en materia administrativa, hasta el momento su aplicación de rige en el ámbito civil, de la niñez y adolescencia, del sistema de contratación pública, en el derecho procesal penal, pero también se hace necesario que en materia de administración pública exista la posibilidad de pactar un arbitraje, porque en la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa nada dice sobre el particular, obligatoriamente ligada a la existencia de una autorización expresa de la ley. Son justamente

por estas particularidades que el debate sobre las materias arbitrales en el campo del Derecho Administrativo ha ido tomando fuerza en los últimos años. El objetivo principal de esta tesis es determinar todas aquellas materias arbitrales dentro del Derecho Administrativo.

El Arbitraje en la administración pública, debe regularse adecuadamente, para la plena validez y su procedimiento de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

Las normas jurídicas que regulan el arbitraje son de tipo jurídico permisivo y negativo, frente a las normas jurídicas imperativas o prohibitivas, que establecen la exclusividad de la jurisdicción del Estado, la inderogabilidad de ella y la obligación de los ciudadanos de someterse a dicha jurisdicción, por eso, no solo que el instituto del arbitraje es de carácter excepcional, si no también que, mediante dichas normas de carácter permisivo, el Estado asigna, por una parte, a los ciudadanos cierta libertad jurídica para solucionar sus controversias mediante los jueces ordinarios o los árbitros, y, por la otra, reconoce la legalidad de la función del árbitro, para solucionar los conflictos a los que las partes voluntariamente se sometan, pero eso no significa que les esté otorgando jurisdicción, ya que la misma es una función exclusiva del Estado, es por eso, que inclusive, a pesar de que los árbitros

están facultados para resolver, su laudo carece de fuerza ejecutiva, es decir, requieren de la actuación de la función judicial para su ejecución.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: No se reconoce el arbitraje, para la solución de conflictos en la administración pública

SEGUNDA: Es preferente que en los conflictos existentes entre los servidores públicos y las instituciones del Estado, se aplique la transacción en que las partes extrajudicialmente puedan terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual.

TERCERA: La transacción en la administración pública como un litigio extrajudicial que se tramita, se gestiona, fuera del juicio o proceso en un conflicto de derecho, constituye una medida alternativa en la solución de conflictos.

CUARTA: La aplicación de la transacción en la administración pública, como solución alternativa de conflictos garantiza la aplicación de principios constitucionales de inmediación, celeridad y economía procesal.

QUINTA: El arbitraje, siendo un proceso de solución de controversias, al contar con características propias en nuestra legislación para cada proceso, también deben regularse para controversias que se suscitan entre los servidores públicos y las instituciones del Estado

SEXTA: Es necesario proponer una reforma a la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, estableciendo los parámetros para la aplicación del arbitraje en la administración de las controversias que se suscitan entre los servidores públicos las instituciones del Estado.

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Que las instituciones Públicas reconozcan y utilicen el arbitraje, para la solución de conflictos en la administración pública

SEGUNDA: Que en los conflictos existentes entre los servidores públicos y las instituciones del Estado, se aplique la transacción en que las partes extrajudicialmente puedan terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual.

TERCERA: Que el Consejo de la Judicatura, utilice la transacción en la administración pública como un litigio extrajudicial que se tramita, se gestiona, fuera del juicio o proceso en un conflicto de derecho, constituye una medida alternativa en la solución de conflictos.

CUARTA: Que las Unidades de Talento Humano, permitan y reglamente la transacción en la administración pública, como solución alternativa de conflictos garantiza la aplicación de principios constitucionales de inmediación, celeridad y economía procesal.

QUINTA: Las instituciones pública que tengan conflictos con los servidores públicos permitan el arbitraje, siendo un proceso de solución de controversias, al contar con características propias en nuestra legislación

para cada proceso, también deben regularse para controversias que se suscitan entre los servidores públicos y las instituciones del Estado

SEXTA: Que la Asamblea reforme la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, estableciendo los parámetros para la aplicación del arbitraje en la administración de las controversias que se suscitan entre los servidores públicos las instituciones del Estado.

9.1. Propuesta de reforma

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDOS

Que el Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador como medios alternativos de solución de conflictos 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.

Que en nuestra legislación, tanto civil, penal, de contratación, de la niñez y adolescencia se permite la transacción, constituyendo un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, en que se tramita, se gestiona, fuera del juicio o proceso en un conflicto de derecho; pero más sucede en la administración pública, nada indica de la transacción como medida alternativa en la resolución de conflictos que surgen de los servidores públicos y las instituciones del Estado.

En uso de las facultades que le otorga el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Art. 1.- A continuación del Art. 45 de la Ley Orgánica del Servicio Público, agréguese un artículo innumerado que diga:

Art. innumerado 1.- Métodos Alternativos de Solución de Controversias.- Previo al inicio de cualquier controversia en la administración pública, preferentemente se utilizará la mediación y el arbitraje como alternativa de solución de conflictos, salvo en los casos de la administración público.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los ..... días del mes de ..... del 2014.

f. EL PRESIDENTE f. EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 117, 80, 253, 388

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 75, 97, 190

- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 45, 718, 1457, 1459, 1469, 1568, 1725, 2348, 2352, 2353, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2362,

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, segunda edición, 1997, Buenos Aires – Argentina, p. 39

- ECHANIQUE CUEVA, Héctor: La Mediación, una alternativa de solución de conflictos en el Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2011, p. 56, 58, 59, 60, 61, 64. 65.

- ESCUDERO ALZATE, María Cristina. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Décima Segunda Edición, Editorial Leyer, Bogotá – Colombia, 2008, p. 205, 275

- ESPINOSA MERINO, Galo: La más práctica enciclopedia jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, instituto de informática legal, Quito-Ecuador, 1986, p. 80

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 469, 720

- JALKH ROBENS, Gustavo: Resolución Alternativa de conflictos, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito – Ecuador, p. 13

- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 56,

- LÓPEZ ARÉVALO, William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2010. p. 203

- MNNOKIN R, KOLD D., RUBIN, J.: MEDIACIÓN UNA DISPUTA INTERDISCIPLINARIA, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997, Argentina, p. 129, 130

- REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA AL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 161

11. ANEXOS

11.1 Encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado, sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema "NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA", su colaboración me será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

1. ¿Conoce usted si se reconoce el arbitraje, para la solución de conflictos en la administración pública?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

2. ¿Cree usted preferente que en los conflictos existentes entre los servidores públicos y las autoridades públicas, se aplique la transacción en que las partes extrajudicialmente puedan terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

3. ¿Considera usted que la transacción en la administración pública como un litigio extrajudicial que se tramita, se gestiona, fuera del juicio o proceso en un conflicto de derecho, constituye una medida alternativa en la solución de conflictos?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

4. ¿Cree usted, que la aplicación de la transacción en la administración pública, como solución alternativa de conflictos garantiza la aplicación de principios constitucionales de inmediación, celeridad y economía procesal?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

5. ¿Estima usted que el arbitraje siendo un proceso de solución de controversias, al contar con características propias en nuestra legislación para cada proceso, también deben regularse para controversias que se suscitan entre los servidores públicos y las autoridades de la administración pública?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

6. ¿Considera usted necesario proponer una reforma para la aplicación del arbitraje administrativo en la Ley Orgánica del Servicio Público y en la Ley Contenciosa Administrativa?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

11.2 PROYECTO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA

"NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"

Proyecto de tesis previo a la obtención del Grado de Abogado.

Postulante: Miguel Ángel Tapia Paredes

Loja – Ecuador

2013

1. TEMA

"NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"

2. PROBLEMÁTICA

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 167 manifiesta que "*la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos establecidos en la Constitución*"[55]; y, en el Art. 190 establece que: "*se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicaran con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir*."[56]

Es decir, permite a los particulares y aún al Estado para que puedan someter sus controversias a medios de solución alternativos como la mediación o el arbitraje. Además, el Estado reconoce en la decisión arbitral el valor de cosa juzgada, es decir, que el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene el valor equivalente a una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en dicho laudo no se

[55] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013, Art. 167
[56] IBÍDEM, Art. 190

cumple voluntariamente por la parte vencida, la otra parte podrá solicitar su ejecución forzada ante el juez ordinario competente.

Dado el origen privado del arbitraje, las partes pueden designar el árbitro o tribunal arbitral según sea el caso.

Es el caso que el arbitraje como medio de solución de conflictos no se aplica en materia administrativa, hasta el momento su aplicación de rige en el ámbito civil, de la niñez y adolescencia, del sistema de contratación pública, en el derecho procesal penal, pero también se hace necesario que en materia de administración pública exista la posibilidad de pactar un arbitraje, porque en la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa nada dice sobre el particular, obligatoriamente ligada a la existencia de una autorización expresa de la ley. Son justamente por estas particularidades que el debate sobre las materias arbitrales en el campo del Derecho Administrativo ha ido tomando fuerza en los últimos años. El objetivo principal de esta tesis es determinar todas aquellas materias arbitrales dentro del Derecho Administrativo.

El Arbitraje en la administración pública, debe regularse adecuadamente, para la plena validez y su procedimiento de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

3. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación jurídica que propongo desarrollar no es otra cosa que la consecuencia lógica del proceso enseñanza aprendizaje que imparte la Universidad Nacional de Loja, en su objetivo de formar profesionales del derecho íntegros, con una conciencia social nueva y con una mentalidad abierta a los cambios y retos que nos trae el nuevo milenio.

La presente investigación intitulada “NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” es un tema que estoy seguro va a despertar el interés de todos quienes estamos de alguna u otra manera vinculados al ámbito jurídico y social, por las consecuencias que se desprenden que en la administración pública no se regular estos medios alternativos de solución de conflictos.

En virtud de la problemática que existe, el presente trabajo, está dirigido principalmente, a introducir una reforma al mencionado cuerpo legal, a fin de que se otorgue un verdadero valor a los acuerdos reparatorios, los cuales se adopten dentro del mismo de la administración pública, en que el sistema arbitral no solo se aplique en ciertas materias sino que abarque en asuntos comprendidos de la administración pública.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo General

- Realizar un estudio jurídico y doctrinario, de la aplicación del arbitraje en materia de administración pública

4.2. Objetivos Específicos

- Señalar la efectividad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en nuestra legislación

- Determinar los mecanismos necesarios para la aplicación del arbitraje en la administración pública.

- Proponer una reforma para la aplicación del arbitraje administrativo en la Ley Orgánica del Servicio Público y en la Ley Contenciosa Administrativa.

5. HIPÓTESIS

En materia de la administración pública no permite el Arbitraje en la solución de controversias, lo que se hace necesario cumplir ciertos parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos

que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

6. MARCO TEÓRICO

El obrar de la Administración Pública está sometido al principio de legalidad, debiendo actuar en la medida en que una norma expresamente lo autorice a hacerlo. Dicho esto, la Administración Pública actúa mediante potestades regladas o potestades discrecionales siendo éstas diferentes a los derechos subjetivos de las personas privadas. Los derechos subjetivos son renunciables y transmisibles porque satisfacen los intereses del individuo; por el contrario, las potestades legales son consideradas como irrenunciables e intransmisibles ya que están orientadas a satisfacer los intereses colectivos.

William López Arévalo sobre el arbitraje señala que "Es un procedimiento alternativo, mediante el cual se resuelven extrajudicialmente las diferencias susceptibles de transacción surgidas o que surjan de las relaciones entre dos o más personas, quienes acuerdan someter la controversia a un tercero denominado arbitro o tribunal arbitral, para que dicte una resolución que es obligatoria para las partes."[57]

[57] LÓPEZ ARÉVALO, William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2010. p. 203

El árbitro es la persona elegida por las partes en litigio para resolver la controversia; es la parte esencial del arbitraje mismo y en su integridad moral y sana crítica reposa la confiabilidad y eficacia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos

El rol del árbitro es similar al del juez; el actor fórmula la demanda arbitral, el demandado la contesta, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia; sin embargo, el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia, la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes.

A diferencia de la mediación, el tercero neutral no ayuda ni colabora con las partes a efecto de resolver el conflicto, más bien dicta una resolución "laudo arbitral" que tiene efectos de sentencia judicial.

El arbitraje para María escudero es "*Una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia, pues se les confiere la atribución de resolver conflictos jurídicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que discuten un derecho. La doctrina constitucional define el arbitramento en los siguientes términos: es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte*"[58]

[58] ESCUDERO ALZATE, María Cristina: Mecanismos alternativos de solución de conflcitos, editorial Leyer, décima segunda edición, Bogotá – Colombia, p. 275

Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.

El arbitraje sólo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral. Es preciso indicar que la conciliación se basa en el acuerdo entre las partes, puesto que el conciliador carece de la facultad de imponer su decisión a las personas. Por ello es un mecanismo de resolución de conflictos autocompositivo y no heterocompositivo, y en eso se diferencia del arbitraje.

Es el caso que el arbitraje como medio de solución de conflictos no se aplica en materia administrativa, hasta el momento su aplicación de rige en el ámbito civil, de la niñez y adolescencia, del sistema de contratación pública, en el derecho procesal penal, pero también se hace necesario que en materia de administración pública exista la posibilidad de pactar un arbitraje, porque en la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa nada dice sobre el particular, obligatoriamente ligada a la existencia de una autorización expresa de la ley. Son justamente

por estas particularidades que el debate sobre las materias arbitrales en el campo del Derecho Administrativo ha ido tomando fuerza en los últimos años. El objetivo principal de esta tesis es determinar todas aquellas materias arbitrales dentro del Derecho Administrativo.

El Arbitraje en la administración pública, debe regularse adecuadamente, para la plena validez y su procedimiento de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

Las normas jurídicas que regulan el arbitraje son de tipo jurídico permisivo y negativo, frente a las normas jurídicas imperativas o prohibitivas, que establecen la exclusividad de la jurisdicción del Estado, la inderogabilidad de ella y la obligación de los ciudadanos de someterse a dicha jurisdicción, por eso, no solo que el instituto del arbitraje es de carácter excepcional, si no también que, mediante dichas normas de carácter permisivo, el Estado asigna, por una parte, a los ciudadanos cierta libertad jurídica para solucionar sus controversias mediante los jueces ordinarios o los árbitros, y, por la otra, reconoce la legalidad de la función del árbitro, para solucionar los conflictos a los que las partes voluntariamente se sometan, pero eso no significa que les esté otorgando jurisdicción, ya que la misma es una función exclusiva del Estado, es por eso, que inclusive, a pesar de que los árbitros

están facultados para resolver, su laudo carece de fuerza ejecutiva, es decir, requieren de la actuación de la función judicial para su ejecución.

7. METODOLOGÍA

El presente proyecto de investigación estará orientado por el método científico, y se establecerá los diferentes métodos a aplicarse, como de los recursos que éstos se ha de hacer válido para el desarrollo del trabajo de investigación de tesis, y son:

7.1. MÉTODOS

El desarrollo de la presente tesis, está encaminado a realizar una investigación descriptiva, aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social. La investigación bibliográfica consistirá en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

Pues la información empírica, se obtendrá de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial a la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Servicio Público, Ley de la Jurisdicción

Contenciosa Administrativa y la Ley de Arbitraje y Mediación, y que afecta de forma directa su ámbito personal, familiar, económico, social, etc.; obteniéndose información a través de los informes, compendios y análisis a nivel jurisdiccional.

Durante esta investigación utilizare los métodos: Inductivo, Analítico, Deductivo y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido, en cambio el método deductivo, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método deductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

7.2. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Como fases en el desarrollo de la presente investigación, corresponde analizar el campo de acción a estudiarse, el que está determinado por la problemática en cuanto a garantizar la aplicabilidad del término previsto para resolver la acción de arbitrales, en sus derechos constitucionales de los accionantes, así como de la aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación, en aspectos de celeridad, economía procesal, inimpugnabilidad e independencia judicial. Se iniciará con la revisión de literatura, la inmersión en la problemática de estudio que en conjunto la hipótesis con los objetivos se determinará que se violan garantías constitucionales por falta de arbitraje en asuntos de la administración pública. Con esta recolección de datos se hará el análisis de los mismos, determinando que es conveniente que se garantice una mejor tramitación de los laudos arbitrales.

Fundamentalmente en el desarrollo del presente trabajo investigativo, se utilizará la técnica de la encuesta, a 30 profesionales del Derecho, como instrumentos de recolección sintética de datos y contenidos.

7.3. INFORME FINAL

Los resultados de la investigación recopilada se expresarán en el informe final, el que contendrá el acopio teórico, empírico y la síntesis de la investigación jurídica, el que tendrá el análisis de resultados que se

expresarán mediante cuadros estadísticos que demuestren la incidencia del problema objeto de estudio durante el tiempo realizado.

Finalmente, realizaré la comprobación de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada, para finalizar con las conclusiones, recomendaciones y proyecto de reforma encaminado a la solución del problema jurídico planteado. Con lo cual aspiro a obtener satisfactoriamente el cumplimiento del presente trabajo de investigación.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDADES / Meses	DIC. 13				ENE. 14				FEB. 14				MAR. 14				ABR. 14				MAY. 14				JUN. 14				JUL. 14				AGO 14				SEP 14				OCT. 14				NOV. 14				DIC.		
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4																															
Recopilación de la Información	*	*	*	*																																															
Investigación de Campo					*	*	*	*	*	*	*	*	*	*																																					
Análisis de Datos															*	*	*	*	*	*																															
Redacción de la Tesis																					*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*																	
Presentación del Borrador																																			*	*	*	*													
Redacción definitiva y presentación																																							*	*	*	*	*	*	*	*	*	*			
Sustanciación																																																	*	*	*

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.-

9.1. Recursos Humanos:

Investigador: Miguel Ángel Tapia Paredes

9.2. Recursos Materiales:

• Adquisición de bibliografía	$ 150,oo
• Materiales de escritorio	$ 80,oo
• Levantamiento de texto	$ 150,oo
• Publicación	$ 50,oo
• Edición de tesis	$ 50,oo
• Encuadernación	$ 50,oo
• Imprevistos	$ 100,oo
TOTAL:	$ 630,00

9.1.3. Financiamiento:

Con recursos propios del postulante.

10. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BARTINI CHIRIBOGA, Leonello: Acción de Nulidad de Laudos Arbitrales, Procedimiento y Trámite de Resolución, Editorial El Conejo, Quito – Ecuador, 2008

- CONSTITUCIÓN LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Mayo 2012.

- CABANELLAS GUILLERMO, Diccionario de Derecho Usual, Tomos I, II, III, IV, Bibliografía Ameba, Buenos Aires 1968.

- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2012

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.

- HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel: La Seguridad Jurídica. Análisis, doctrina y Jurisprudencia. Edino, 2004

- JARAMILLO ORDÓÑEZ. Herman: Manual de Derecho Administrativo, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja, Cuarta Edición, Loja-Ecuador, 1999

- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2012

- LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2012

- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2012

- LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2002

- SALCEDO VERDUGA, Ernesto: El Arbitraje: La Justicia Alternativa, Ecuador, Editorial Jurídica Miguel Mosquera, 2001.

- Vademécum de principios inspiradores del Arbitraje y de práctica arbitral de Tribunales Arbitrales según la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005

- VÉSCOVI, Enrique: Teoría General del Proceso, Colombia, Editorial Temis, 1999

- Zavala Egas, Jorge: Introducción al Derecho Administrativo, Editorial Edino, 2003

INDICE

PORTADA i

CERTIFICACIÓN ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN iv

AGRADECIMIENTO v

DEDICATORIA vi

TABLA DE CONTENIDOS vii

1. TÍTULO 1

2. RESUMEN 2

2.1. Abstract 4

3. INTRODUCCIÓN 6

4. REVISIÓN DE LITERATURA 8

5. MATERIALES Y MÉTODOS 56

6. RESULTADOS 59

7. DISCUSIÓN 71

8. CONCLUSIONES 77

9. RECOMENDACIONES 79

9.1. Propuesta de Reforma 81

10. BIBLIOGRAFÍA 83

11. ANEXOS 86

ÍNDICE 105