

El silencio administrativo en el arbitraje nacional ecuatoriano ¿novedad o paradoja en el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación?

*Gabriel Eduardo Almeida Vintimilla**

Recibido/Received: 19/09/2022

Aceptado/Accepted: 27/11/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Doctrina del Silencio Administrativo. 3. El Silencio Administrativo en el Ecuador. 4. El elemento de motivación como requisito esencial para evitar el Silencio Administrativo. 5. Convenio arbitral con posterioridad a la celebración de un contrato con entidades del sector público ¿norma especial o excepcional del Silencio Administrativo? 6. Aplicabilidad y consecuencias: 3 hipótesis subyacentes. 7. Conclusiones.

RESUMEN: Una paradoja es un hecho o proposición aparentemente contrarios a la lógica; por su parte, una novedad, consiste en un cambio reciente producido sobre un objeto específico de forma abstracta o concreta. Ambos sustantivos se caracterizan por expresar atención e interés respecto a un tema en particular. En este caso, el artículo 5 del reciente Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, al regular los supuestos jurídicos para la suscripción, celebración y ejecución de convenios arbitrales con instituciones públicas con posterioridad a la controversia, causa sin duda un gran interés y atención en la esfera arbitral; principalmente, porque la

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Previo a su título de Abogado fue Secretario General de la Sociedad de Estudiantes de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y finalista del Concurso de Litigio Constitucional organizado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador en 2017. Profesionalmente se ha desempeñado en el ámbito privado en firmas reconocidas, así como en la asesoría in-house. Actualmente maestrante de la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional en la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: gabriel.almeida2695@gmail.com



configuración de dicha figura jurídica guarda elementos esenciales propios de la institución del silencio administrativo. Como se sabe, el silencio administrativo tiene sus propias características y matices, por lo que incluso le es inherente un procedimiento específico para su ejecución, sin embargo, cuando entra en comparación con el artículo del Reglamento referido, surgen al menos tres hipótesis resultantes de un análisis nacional y comparado, en el que se plasma las posibles consecuencias y situaciones que pueden llegar a tener cabida al momento de iniciar un arbitraje entre un contratista privado y una entidad pública contratante. El presente trabajo demostrará que, en función de las situaciones y supuestos que se presenten en cada caso, el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación producirá una gran paradoja jurídica, o en su defecto, una interesante novedad excepcional en el sistema jurídico ecuatoriano demostrando a su vez, las implicaciones y situaciones que podrían presentarse en cada caso.

PALABRAS CLAVE: Silencio administrativo, convenio arbitral, Reglamento Ley de Arbitraje y Mediación, arbitraje con entidades públicas, novedad, paradoja.

ABSTRACT: A paradox is a fact or proposition contrary to logic; on the other hand, an innovation consists of a recent change produced on a specific object in an abstract or concrete form. Both nouns are characterized by expressing attention and interest in a particular topic. In this case, article 5 of the recent Regulation to the Arbitration and Mediation Law, by regulating the legal assumptions for the signing and execution of arbitration agreements with public entities when the conflict has occurred, undoubtedly causes great interest and attention in the arbitration sphere, mainly because the configuration of said legal figure keeps essential elements of the institution of administrative silence. As is known, the administrative silence has its own characteristics and nuances, for which a specific procedure for its execution is inherent to it. However, when it is compared with the article of the aforementioned Regulation, at least three hypotheses arise resulting from a national and comparative analysis, which reflects the possible consequences and situations that may take place at the time of initiating an arbitration procedure between a private contractor and a public contracting entity. This

paper will demonstrate that, depending on the situations and assumptions that arise in each case, article 5 of the Regulation to the Law of Arbitration and Mediation, will produce a great legal paradox, or failing that, an interesting exceptional innovation in the Ecuadorian legal system, demonstrating in turn, the implications and situations that could arise in each case.

KEYWORDS: Administrative silence, arbitration agreement, Regulation to the Law of Arbitration and Mediation, arbitration with public entities, innovation, paradox.

1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación se ha instituido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una figura que busca simplificar y especificar la operatividad de la suscripción, celebración y ejecución de los convenios arbitrales con las entidades públicas contratantes a efectos de resolver una controversia contractual que puede tener lugar de forma presente o futura a la celebración del contrato.

Dicha figura, materia de análisis en este trabajo, se encuentra contenida en el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, y regula de forma especial los supuestos de hecho para la suscripción, validez y ejecución de los convenios arbitrales entre contratistas privados y entidades del sector público ecuatoriano en temas contractuales de diversa índole. Sin embargo, dicha figura posee ciertos matices propios de la institución del silencio administrativo, pues la modalidad general que pretende la norma se relaciona con la presentación de un proyecto de convenio arbitral que debe aprobarse o negarse en un tiempo determinado por la entidad contratante, por lo que, en ausencia de dicha respuesta se entenderá aceptado.

La comparación de esta figura jurídica con la institución del silencio administrativo en el Ecuador permite que surjan algunas interrogantes respecto a su operatividad, pues por un lado se pretende que aquella sea automática y se caracterice por ser una excepción al paradigma del silencio administrativo, sin embargo, por otro lado, en función del principio de legalidad y el derecho a la seguridad

jurídica, no podrán obviarse los requisitos sustantivos y adjetivos del silencio administrativo como una cuestión previa para la validez del convenio y el posible proceso arbitral, bajo esta modalidad.

El presente trabajo busca demostrar la relación posible que existiese entre ambas figuras jurídicas, precisamente por la similitud de elementos sustantivos que las configuran y demostrar, asimismo, ciertas hipótesis que podrían presentarse en la práctica, junto con las complejidades al momento de fusionar dichas figuras. Todo aquello dentro del marco jurídico ecuatoriano y comparado.

Para tal efecto, el presente trabajo abordará en primer lugar el análisis, origen y características de la institución del silencio administrativo en el Derecho comparado, desde la doctrina y jurisprudencia. Posteriormente, abordará el análisis de esta institución y su desarrollo en la legislación ecuatoriana, así como en su jurisprudencia común y constitucional destacando los elementos esenciales de dicha figura jurídica y los requisitos para su operatividad. Seguidamente, se abordará el análisis de la figura jurídica instituida en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, bajo la lupa del silencio administrativo y se presentarán las posibles hipótesis que emergiesen de cada supuesto. Finalmente, se establecerán las conclusiones pertinentes de este análisis.

2. LA DOCTRINA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con García de Enterría y Ramón Fernández, existen ciertos supuestos en los cuales ante la ausencia de una manifestación de voluntad administrativa expresa, la ley suple por sí misma dicha ausencia presumiendo que, a ciertos efectos, la manifestación de voluntad se ha producido con ciertas consecuencias jurídicas que pueden tener un contenido negativo o positivo¹.

Históricamente, el modelo del silencio administrativo nació con efectos negativos o desestimatorios y fue instaurado en Francia por primera vez en 1900, siendo replicado en países como España.

¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y R. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Decimotava Edición, Navarra, 2017, p. 645.

Mantuvo una configuración jurídica concreta, esto es, formulada una petición ante la Administración pública, si esta no notifica su resolución al interesado en un cierto período de tiempo, su autor podía denunciar la mora y, transcurrido otro período de tiempo desde la denuncia sin recibir respuesta alguna, la petición referida se consideraba desestimada².

Según la doctrina, el origen y funcionalidad del silencio administrativo negativo son muy concretos y están estrechamente ligados a la singular configuración técnica de la acción contencioso-administrativa como un proceso impugnatorio de actos previos cuyo objeto es la revisión de legalidad posterior. Así, el silencio administrativo negativo no produce un verdadero acto administrativo en sentido desestimatorio, pues ante la ausencia de la manifestación de voluntad de la Administración, no resulta posible un proceso interpretativo destinado a determinar el contenido o sentido de una voluntad que no se ha manifestado. Por lo tanto, no es concebible ligar a él ningún tipo de efecto jurídico ni tampoco cabe atribuirle adjetivos que se aplican a los actos administrativos propiamente dichos para determinar si este ha quedado en firme o ejecutoriado³.

Ahora bien, con respecto al silencio positivo, la doctrina encuentra sustanciales diferencias con su símil de efectos negativos. A modo comparativo, en España dicha figura estaba reservada, en principio, a los supuestos cuyo objeto de petición eran autorizaciones y aprobaciones que debían de resolverse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores. En otras palabras, se aplicaba a casos de control preventivo posterior de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores⁴.

En tal virtud, el efecto positivo del silencio de la Administración sustituye una autorización o aprobación que estuviese llamada a otorgar. Dicho efecto se establece con base en el rigor propio del control o tutela instrumentado por la norma, pues conocida la actividad a controlar o resolver y, transcurrido un período de tiempo legalmente

2 Ídem.

3 Ídem., p. 646.

4 Ídem., p. 648.

establecido sin que se haya formulado objeción alguna por el órgano competente para ejercerla, resulta jurídicamente consecuente suponer la inexistencia del veto respecto de la petición formulada⁵.

En consecuencia, a diferencia del silencio negativo, en esta figura el silencio se considerará desde el primer momento como un verdadero acto administrativo, cuyo efecto equivale a la autorización o aprobación expresa. Asimismo, por sus propios efectos, esta figura se caracteriza esencialmente porque una vez producido el mencionado silencio, estará prohibido para la Administración pública resolver en sentido contrario al otorgamiento tácito de la autorización o aprobación solicitadas⁶.

Con base en lo anterior y de conformidad con el aspecto procedimental y la doctrina en la materia, en los casos en que la Administración emita una resolución tardía, el período de tiempo para el silencio con efectos positivos debe contarse desde el ingreso de la solicitud, proyecto o acuerdo sometidos a control o resolución, hasta la fecha de notificación de tal resolución al administrado interesado. De esta manera se consolida una especie de cautela o prevención destinada a evitar la tentación de antedatar la resolución con el fin de impedir el efecto favorable o positivo del silencio.

Sin embargo, al igual que en el caso del silencio negativo, existe un gran problema, el cual se traduce en determinar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por esta figura⁷. Para tratar dicho problema, resulta interesante atender a tres tendencias que han sido desarrolladas y adoptadas en Derecho comparado, especialmente por la jurisprudencia española.

La primera tendencia sostiene, dentro del marco de la seguridad jurídica que, una vez producido el silencio, la petición o solicitud se consideran aprobados en sus términos íntegros como si se hubiese emitido un acto expreso en dicho sentido. Por otro lado, la segunda tendencia, más apegada a la legalidad que a la seguridad jurídica considera que, al ser el efecto positivo del silencio de la Administración una creación de la ley, sería inaceptable que por

5 Ídem.

6 Ídem.

7 Ídem.

esta misma vía pudiera obtenerse o aprobarse lo que la ley misma hubiese prohibido y, en consecuencia, si bien el silencio efectivamente sustituye al acto expreso, solo tendrá efecto dentro de los límites establecidos por la misma ley⁸.

Finalmente, la tercera tendencia se caracteriza por haber encontrado un punto medio entre las dos anteriores. Se acepta la aprobación por silencio positivo de todo lo solicitado a la Administración con la única excepción de que la autorización o aprobación no adolezca de vicios esenciales, relativos o determinantes respecto de los requisitos fundamentales de validez de los actos administrativos regulares, para lo cual será imperativo tomar en estricta consideración las causales de nulidad de pleno derecho determinadas en cada legislación⁹.

Parecería ser que esta tercera postura jurisprudencial es la que ha sido adoptada por la legislación ecuatoriana en la materia, pero a diferencia del sistema español, Ecuador no maneja una dualidad entre ambos tipos de silencio administrativo. Esta tendencia se sustenta y deriva del derecho constitucional de petición, y el silencio administrativo constituye la figura jurídica mediante la cual se efectiviza dicho derecho en la práctica, salvaguardando los intereses de los administrados ante la ausencia de actividad por parte de la Administración. Conviene analizar la figura del silencio administrativo en el ámbito ecuatoriano.

3. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR

Históricamente, desde la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el año 1968, en el Ecuador al igual que en Francia y España, existía la figura del silencio administrativo negativo. De conformidad a su artículo 31¹⁰, ante cualquier reclamo o petición que no tuviese una contestación oportuna por parte de la Administración se consideraba la emisión de una decisión negativa. El efecto de dicha voluntad negativa

8 Ídem.

9 Ídem, pp. 648-649.

10 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Artículo 31, RO 338, 18/03/1968. Derogada.

de la Administración constituía entonces un camino para que el administrado que se sintiera perjudicado por el silencio, pudiera iniciar la correspondiente acción jurisdiccional, teniendo que agotar obligatoriamente la vía administrativa¹¹.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Modernización del Estado¹², en el año 1993 se instituyó el derecho de petición con el cual el silencio administrativo pasó a tener efectos positivos. Entonces, ante cualquier reclamo, solicitud o pedido presentado ante un órgano de la Administración pública, que no fuera resuelto en un término de quince días desde su presentación, se entendía que había sido resuelto a favor del administrado.

Actualmente, de conformidad con el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República¹³, mediante el derecho de petición se reconoce y garantiza a las personas una prerrogativa a dirigir quejas y peticiones individuales o colectivas a las autoridades administrativas, y esencialmente, a recibir atención o respuesta motivada, pues como se mencionó antes, mediante esta figura se consolida el efecto práctico del derecho de petición.

En concordancia con la Constitución, el artículo 207 del Código Orgánico Administrativo¹⁴ desarrolla el contenido del derecho de petición, estableciendo que los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deben ser resueltos en el término de 30 días, vencido el cual, y sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que opera con efecto positivo o estimatorio.

Puede evidenciarse entonces que la legislación ecuatoriana efectivamente adoptó la tercera tendencia jurisprudencial española, pues para que el silencio administrativo descrito en los términos referidos surta efecto, debe cumplir un requisito esencial, esto es, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por

11 J. CAMPANA, "Sobre el Silencio Administrativo Positivo y su Aplicación a la Contraloría General del Estado", *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 2002, p. 75 <<https://bit.ly/3VzWSuK>> (26/01/2022).

12 Ley de Modernización del Estado, Artículo 28, RO 349, 31/12/1993. Derogada.

13 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 66 (23), RO 449, 20/10/2008.

14 Código Orgánico Administrativo, Artículo 207, RO S. No. 31, 7/07/2017.

el artículo 105 del mencionado Código Orgánico Administrativo¹⁵. En adición, tanto la normativa procesal como la administrativa confieren el carácter de título de ejecución por vía judicial al silencio administrativo positivo, de acuerdo con lo establecido tanto en el artículo 370-A del Código Orgánico General de Procesos¹⁶, como en el tercer inciso del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo¹⁷.

En consecuencia, para la efectividad del silencio administrativo positivo en el Ecuador, concretamente se necesitaría una petición individual o colectiva, que esté dirigida a una autoridad o institución competente de la Administración pública y que no haya sido resuelta en el término de 30 días. Asimismo, se requiere que dicho efecto positivo resultante de la petición original no incurra en las causales de nulidad establecidas en la ley y que, ante la ausencia de respuesta o resolución motivada por parte de la autoridad competente, se configure un acto administrativo presunto con efectos positivos que debe ejecutarse en vía judicial.

Por su parte la jurisprudencia ecuatoriana ha manifestado que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando esta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo que no tiene relación alguna con sus antecedentes y que, en caso de no ser ejecutado inmediatamente por la Administración, constituye base suficiente para iniciar una acción, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸.

Asimismo, la jurisprudencia ecuatoriana también ha reconocido que, dicho derecho autónomo una vez que se ha configurado, no sufre menoscabo alguno por cualquier manifestación posterior en contrario por parte de la Administración¹⁹ y que, su incumplimiento en dotar de una respuesta motivada al administrado produce sin lugar a duda el efecto positivo del silencio administrativo que deberá ser entendido como aceptación táctica de lo solicitado²⁰.

15 Código Orgánico Administrativo, Artículo 105, RO S. No. 31, 7/07/2017.

16 Código Orgánico General de Procesos, Artículo 370-A, RO S. No. 506 22/05/2015.

17 Código Orgánico Administrativo, Artículo 207, RO S. No. 31, 7/07/2017.

18 Ex Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Resolución del Recurso de Casación*, 28/10/2003. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14, p. 4796.

19 Ídem.

20 Ex Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal, *Sentencia*, 28/09/2000. Gaceta Judicial Año CII. Serie XVII. No. 5, p. 1449.

En consecuencia, con base a lo que ha sido descrito hasta el momento, también es posible verificar que, según la jurisprudencia, en el proceso de ejecución de este derecho autónomo adquirido por efecto del silencio administrativo con efecto positivo, existen dos circunstancias que se deben establecer: primero si la petición originariamente dirigida al organismo demandado se ha encaminado a la autoridad competente y segundo, si lo aprobado por el silencio administrativo se halla o no afectado por una nulidad insubsanable, ambos asuntos de puro derecho²¹.

En consecuencia, para la efectividad y ejecución del silencio administrativo en el Ecuador se necesita primero una petición individual o colectiva, segundo, que la misma sea dirigida a una autoridad o institución competente de la Administración pública, tercero, que aquella no incurra en las causales de nulidad y finalmente algo que la jurisprudencia recalca y que es parte del derecho de petición constitucionalmente reconocido actualmente: la ausencia, no solo de una respuesta, sino de una respuesta motivada, dentro del término de treinta días desde su presentación, ¿pero a qué se refiere realmente recibir una respuesta motivada? Conviene analizarlo a continuación.

4. EL ELEMENTO DE MOTIVACIÓN COMO REQUISITO ESENCIAL PARA EVITAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con el literal 1) del numeral 7) del artículo 76 de la Constitución²², las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, por lo que no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Así, la norma suprema prescribe además que, los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos y se sancionará a los servidores responsables de esta omisión.

21 Ex Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia*, 10/11/2004. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1, p. 283.

22 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76 (7.1), RO 449, 20/10/2008.

En este sentido, la motivación constituye un verdadero requisito *sine qua non* respecto de la respuesta a una petición individual o colectiva, dirigida a una autoridad competente de la Administración pública para que no opere el silencio administrativo. No resultaría ilógico pensar que, incluso en ciertos supuestos podría existir una respuesta de la Administración pero inmotivada, por lo que también operaría el silencio administrativo positivo tal como lo ha manifestado la jurisprudencia en Ecuador. Por lo mismo, se vuelve esencial analizar ahora lo que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana respecto a dicha garantía.

Es ya ampliamente conocido, el test de motivación que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador, y tal vez más aún conocido, el uso que se ha hecho de dicho test a nivel profesional y académico. Este test de motivación se encuentra conformado por tres elementos fundamentales para determinar si un acto o resolución, se encuentran debidamente motivados: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Con respecto al elemento de razonabilidad, la Corte Constitucional ha señalado que su cumplimiento se configura cuando una resolución se encuentre fundamentada en principios constitucionales, sin que de su contenido se desprenda contradicción contra cualquier principio o valor constitucional. En adición a esto, la Corte ha manifestado que, el elemento de razonabilidad implica también la observancia y aplicación de disposiciones constitucionales, legales y/o jurisprudenciales acordes con la naturaleza de la causa²³.

Por otro lado, con respecto al elemento de la lógica, la Corte ha establecido que dicho elemento establece que la decisión debe encontrarse estructurada a partir de premisas que guarden relación y coherencia entre sí y en relación con la decisión final que se adopte. Dentro de la sentencia No. 217-15-SEP-CC emitida dentro del caso No. 0011-13-EP, la Corte manifestó que dicho elemento implica:

[...] la construcción de una resolución entendida como una integralidad jurídica armónica, compuesta de premisas coherentes y concatenadas entre sí, cuyo resultado sea una conclusión que

23 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 180- 16-SEP-CC*, RO S. No. 865, 19/10/2016.

se sustente en aquella construcción, debiendo excluirse fórmulas oscuras, erráticas, incoherentes, incompletas o inconsistentes²⁴.

Por su parte, con respecto al elemento de comprensibilidad, la Corte ha manifestado que aquella se configura cuando una decisión goza de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social. Así, en la sentencia No. 207-14-SEP-CC emitida dentro del caso No. 0552-11-EP, la Corte señaló que:

[...] la claridad en el lenguaje requiere una concatenación entre las premisas que contienen un pensamiento o idea con las conclusiones que deben devenir de aquellos, de modo que las resoluciones gocen de legitimidad y por lo mismo, permitan a la sociedad conocer la forma cómo sus instituciones razonan y resuelven²⁵.

Ahora bien, en una reciente resolución, la Corte Constitucional estableció varias pautas para examinar cargos de vulneración a la garantía de motivación, esto es, directrices, por las cuales se abandona el referido test de motivación y que, en su lugar incluyen un criterio rector según el cual toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa. Lo anterior dado que uno de los errores del test de motivación es precisamente que ha sido utilizado puramente como una lista de control más que como un parámetro de análisis, lo cual para dicho organismo ha sido inadecuado por dos razones²⁶.

Primero, porque al utilizar el test de la manera antes descrita, se asume que los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad configuran una lista taxativa y exhaustiva, es decir, que fuera de ellos no existirían más parámetros que permitan evaluar si la garantía de motivación se cumple o ha sido vulnerada. Segundo, porque ningún órgano debe utilizar ninguna lista de control con la que auditar la totalidad de la motivación de un acto del poder público, más bien lo que el órgano debe examinar es si se cumple o no la garantía de motivación por razones específicamente esgrimidas²⁷.

24 Ídem.

25 Ídem.

26 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21*, 20/10/2021, <<https://bit.ly/3UbWIZE>> (26/01/2022).

27 Ídem, p. 16.

Así, en dicha resolución la Corte añade algunos tipos de deficiencia motivacional, estableciendo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación debería ser un argumento sobre la inobservancia del ya mencionado criterio rector, mismo que, para la Corte, consiste en lo siguiente:

“[...] expresa las razones por las que una argumentación jurídica no consigue tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pues cuando se incumple dicho criterio rector, la argumentación jurídica adolece de deficiencia motivacional”²⁸.

Para examinar entonces si la garantía de motivación se cumple o se vulnera, según la Corte Constitucional, actualmente debería atenderse al criterio rector antes referido y a la evaluación de los parámetros y tipos de deficiencia motivacional jurisprudencialmente establecidos. Así, la mencionada estructura mínimamente completa conlleva la obligación de enunciar las normas o principios jurídicos en que se fundamenta y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, que deben cumplir este carácter de suficiencia mínima²⁹.

Pero no es todo. La Corte Constitucional ha expuesto también, tres tipos básicos de deficiencia motivacional: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia. Con respecto a la primera, la inexistencia se configura cuando la decisión carece totalmente de fundamentación normativa y fáctica. Con respecto a la segunda, la Corte sostiene que una argumentación jurídica es insuficiente cuando la decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar antes descrito. Finalmente, según la Corte, una argumentación jurídica sería aparente cuando a primera vista, si bien puede contar con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, ocurre que alguna de ellas es en realidad inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional³⁰.

28 Ídem, p.23.

29 Ídem., p. 19.

30 Ídem., pp. 24-25.

Y en adición a lo anterior, la Corte también identificó cuatro tipos de vicios motivacionales: incoherencia, inatinencia, incongruencia e incomprensibilidad. La incoherencia ocurre cuando una argumentación jurídica, si bien puede lucir suficiente, alguna de sus partes puede estar viciada de enunciados incoherentes y por tanto la suficiencia motivacional podría ser solo aparente. En otras palabras, hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o jurídica se verifica una contradicción entre los enunciados que las componen o bien, existe una inconsistencia entre la conclusión de la argumentación y la decisión.

Por otro lado, la inatinencia ocurre cuando una argumentación jurídica si bien puede lucir suficiente, alguna de sus partes puede estar viciada por contener razones impertinentes a la decisión que se busca motivar, y, por tanto, dichas razones impertinentes no sirven para fundamentar una decisión. Por último, la incongruencia ocurre cuando una argumentación jurídica puede lucir suficiente, pero alguna de sus partes puede estar viciada por ser inconsistente con la materia y, en consecuencia, la suficiencia motivacional podría ser solo aparente, pues las respuestas incongruentes a los problemas planteados no sirven para fundamentar una decisión³¹.

En consecuencia, puede afirmarse que el derecho de petición constitucionalmente reconocido, cuando es activado por los administrados requiere recibir una respuesta por parte de la Administración en un término establecido. Sin embargo, dicha respuesta no es de cualquier índole, sino una que cumpla con el requisito de debida motivación, que tendría que considerar el criterio rector y las pautas y parámetros fijados por la Corte Constitucional, volviendo aún más sofisticada y compleja la determinación y cumplimiento de esta garantía constitucional como requisito esencial para la consideración y evaluación de la operatividad del silencio administrativo.

En ese sentido, conviene plantearse dos cuestiones jurídicas importantes con respecto al tema que nos ocupa. Primero, si el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación constituye una excepción a la institución del silencio

31 Ídem., pp. 25-31.

administrativo positivo en el Ecuador y, por lo mismo, opera automáticamente su aceptación a efectos de iniciar un arbitraje. Segundo, si lo dispuesto en dicha norma realmente constituye un caso de silencio administrativo positivo.

Al respecto, cabe analizar si se cumplen los requisitos del acto presunto observando también su motivación, para posteriormente iniciar las acciones correspondientes de ejecución del acto como requisito previo a iniciar un arbitraje, por constituir una cuestión de orden público ecuatoriano.

5. CONVENIO ARBITRAL CON POSTERIORIDAD A LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO CON ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO ¿NORMA ESPECIAL O EXCEPCIONAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO?

De conformidad con el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación³², las disputas que devengan de actos o contratos en que intervenga el Estado y las entidades del sector público establecidas en el artículo 225 de la Constitución, podrán someterse a arbitraje nacional o internacional en tres momentos: celebrando un convenio arbitral antes de la controversia, después de la misma, o cuando la ley o un tratado internacional así lo permitan.

El segundo de estos casos, y materia de este trabajo, se encuentra determinado en el artículo quinto de dicho Reglamento³³, de conformidad a lo establecido a su vez de forma general, en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación³⁴ y tiene lugar cuando en el contrato no se hubiere pactado arbitraje. Así, el contratista podrá solicitar a la entidad contratante la suscripción de un convenio arbitral para que un tribunal de arbitraje resuelva las diferencias existentes o futuras que tengan relación con el referido contrato.

Asimismo, de conformidad con el Reglamento mencionado, dicha entidad pública debe responder la solicitud del contratista en el

32 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, Artículo 4. RO S. No. 546, 26/08/2021.

33 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, Artículo 5 (1). RO S. No. 546, 26/08/2021.

34 Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, Artículo 4, RO 417, 14/12/2006.

término máximo de 30 días contados desde su presentación, período dentro del cual se contempla que las partes podrán también negociar el contenido del convenio arbitral. En caso de que la entidad no dé respuesta en el término establecido, se entenderá que ha aceptado el convenio arbitral propuesto por el contratista. Ello produciría una aceptación automática con carácter de excepcionalidad al funcionamiento del silencio administrativo positivo en el Ecuador, pues se descartaría la evaluación y consideración de los requisitos esenciales de dicha institución, incluyendo el análisis de su motivación.

Por otro lado, si el efecto del silencio administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina, es la aceptación tácita de lo solicitado, no resultaría contrario a la lógica pensar que, operaría de igual forma en lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento referido considerando además que, la petición del contratista debe cumplir los requisitos de competencia y validez determinados en la Ley de Arbitraje y Mediación, así como en el Código Orgánico Administrativo y en la Constitución. Por lo mismo, resultaría un acto administrativo presunto en virtud de la falta de atención o respuesta a la solicitud de suscripción de un convenio arbitral, que incluso podría configurarse si no cumple los parámetros de motivación establecidos, y que esencialmente constituiría un título de ejecución por la vía judicial.

Sin embargo, de la interpretación literal de la mencionada norma se desprende que, si la entidad contratante no da respuesta a la solicitud en el tiempo establecido en dicho artículo, se entenderá que la entidad del sector público contratante ha aceptado el convenio arbitral propuesto por el contratista. Esta situación genera entonces una gran pregunta, ¿esta norma opera de forma especial frente a la generalidad del silencio administrativo, o es una excepción de este, produciendo efectos de aceptación automáticos? Para dar respuesta a esta interrogante, conviene analizar al menos, tres hipótesis que podrían configurarse ante los mencionados supuestos.

6. APLICABILIDAD Y CONSECUENCIAS. TRES HIPÓTESIS SUBYACENTES

En función del análisis efectuado, emergen tres hipótesis que podrían tener cabida en lo respectivo a la operatividad de la norma

contenida en el artículo 5 del nuevo Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Primero, podría ocurrir que dicha norma, resultante de una interpretación por especialidad, produzca la aceptación automática del convenio arbitral ante la ausencia de manifestación de voluntad de la entidad contratante; segundo, podría ocurrir que, ante dicha ausencia de respuesta, se produzca un acto administrativo presunto, que en atención al principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica, tenga que ejecutarse primero por vía judicial; y tercero, podría ocurrir que, si bien exista respuesta de la entidad contratante, aquella adolezca de falta de motivación y, por lo mismo, ante la ausencia de este requisito esencial de la actividad administrativa, también deba ejecutarse por vía judicial.

Con respecto a la primera hipótesis, si entendemos que el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación constituye una norma especial que regula la materia, estaremos tratando efectivamente con una novedad jurídica, pues supondría una excepcionalidad operativa a la institución del silencio administrativo en el Ecuador y a las vías procesales pertinentes para hacerlo efectivo, toda vez que, se dejaría a un lado toda consideración jurídica atinente a dicha institución, y procedería la aceptación tácita inmediata del proyecto de convenio arbitral enviado por el contratista una vez surgida la controversia. En consecuencia, tendría el mismo resultado que lo contemplado por la primera corriente jurisprudencial española, es decir, la aceptación completa de todo lo solicitado, con la salvedad de que el Reglamento establece que sea ejecutado de manera automática sin proceso judicial.

En este sentido, la norma contenida en el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento, operaría por especialidad sin necesidad de cumplir todos los requisitos de fondo y forma respecto de la institución del silencio administrativo. Por ello, ya no se necesitaría proceder con la ejecución por vía judicial del acto presunto que derive de dicha petición, constituyendo de esta manera, una figura jurídica que, si bien tiene todos los elementos del silencio administrativo, no le son inherentes todas las consecuencias jurídicas establecidas en otras normas y activaría automáticamente la vía pertinente para iniciar un arbitraje.

Para efecto de lo anterior, únicamente se necesitaría adjuntar a la solicitud de arbitraje o a la demanda, la constancia de presentación del proyecto de convenio y el respectivo conteo del término legal

para la aceptación automática en virtud de la ausencia de respuesta de la entidad contratante. Dicha modalidad, como se mencionó anteriormente, constituiría una verdadera novedad tanto para el derecho comparado, toda vez que dicha operatividad jurídica no se encuentra en otras legislaciones, así como para la institución del silencio administrativo en el Ecuador, pues implicaría una excepcionalidad especialmente llamativa, frente a su configuración jurídica por vía ordinaria.

Ahora bien, con respecto a la segunda hipótesis, debe atenderse a lo establecido por la segunda corriente jurisprudencial española respecto al silencio administrativo positivo. Esto es, no podría considerarse aceptado absolutamente todo el contenido de la petición del administrado, pues en función de la seguridad jurídica, la ley determina de forma clara y anterior al supuesto de hecho, las condiciones sustantivas y adjetivas que deben verificarse y que son de cumplimiento obligatorio. Por lo tanto, resulta lógico pensar que, si bien la norma contenida en el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, establece que ante la ausencia de respuesta de la entidad contratante en el término de treinta días se entenderá aceptado, aquello no podría escapar de la ejecución previa del acto presunto resultante por vía judicial.

La hipótesis descrita se corresponde también con el principio de legalidad en el derecho público, pues las instituciones y los administrados no pueden hacer más que aquello que la propia ley determina. Así, la norma contenida en el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento, deja de ser una novedad y se convierte en una paradoja, pues resulta ilógico que, si una de las características del arbitraje es precisamente la rapidez y celeridad, haya que proceder primero a la ejecución del acto presunto por la vía judicial, para lo cual, la sentencia ejecutoriada que declare la ejecución del silencio administrativo debería considerarse como requisito previo al inicio de un arbitraje. Bajo esta hipótesis ni la ley ni la jurisprudencia permitirían que sea entendido de otra forma, e incluso podría ser una de las defensas o excepciones que seguramente presentaría la entidad pública para evitar el arbitraje.

Finalmente, si bien la tercera hipótesis se concatena con la segunda, tiene la característica especial de que puede existir una respuesta de la entidad contratante respecto al proyecto de

convenio arbitral enviado por el contratista, pero sin cumplir con los estándares jurisprudenciales de una debida motivación. Ante la ausencia de esta, aun puede considerarse la operatividad y posterior ejecución del silencio administrativo, toda vez que, de conformidad a la Constitución y a la jurisprudencia nacional, el derecho de petición se cumple únicamente cuando se recibe una respuesta motivada por parte de la Administración.

Estaríamos así frente a una situación en la que el contratista ha enviado su proyecto de convenio arbitral, la entidad contratante ha dado respuesta a dicha solicitud en el tiempo previsto en la norma, pero dicha respuesta adolece de una debida motivación por inobservar el criterio rector y los parámetros establecidos recientemente por la Corte Constitucional para evaluar deficiencias en dicha garantía.

Ahora bien, si para esta hipótesis atendemos a la segunda corriente jurisprudencial española, tendremos la misma operatividad que la segunda hipótesis y todo lo resultante de la petición tendría que ejecutarse por vía judicial como requisito previo al inicio de un arbitraje. Por otro lado, si atendemos a la tercera corriente jurisprudencial española, si bien podríamos estar frente a una situación en que se hayan observado los requisitos formales del acto presunto, nos quedaríamos sin una vía procesal para discutir la ausencia de motivación o sus deficiencias para configurar primero un silencio administrativo que produzca un acto presunto que deba ejecutarse posteriormente y, con la resolución judicial ejecutoriada que así lo declare, iniciar el respectivo arbitraje.

Lo anterior resultaría problemático a su vez, precisamente porque ante la falta de motivación, existen acciones jurisdiccionales específicas encaminadas principalmente a la declaratoria de nulidad del supuesto acto que contiene una voluntad administrativa, cuyo efecto es diametralmente distinto al que pretendería el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Nuevamente, estaríamos frente a una paradoja, que convierte a la celeridad característica del arbitraje en un bucle sin salida pronta.

Con base en lo expuesto, puede preverse que, ante cualquiera de estos casos, sobre todo de los dos últimos, la entidad contratante podría echar mano de las acciones judiciales contempladas en nuestro

sistema jurídico para impedir, evitar o al menos, retrasar el inicio de un arbitraje, recurriendo al incumplimiento e inobservancia de requisitos de orden público como etapa previa al inicio de dicho arbitraje.

Ante lo descrito, si bien podría argumentarse que, en virtud de la propia institución del silencio administrativo y sus características legales y jurisprudenciales, la entidad contratante no podrá manifestar voluntad posterior contraria ante el derecho autónomo adquirido a favor del contratista, aun quedaría latente el argumento de que tal vez no se hayan observado consideraciones propias del orden público del derecho de petición establecido en la Constitución previo al inicio del arbitraje, algo que, como se mencionó anteriormente, seguramente sería presentado como una excepción de competencia por la entidad contratante dentro del arbitraje que tuviere lugar.

En definitiva, con la entrada en vigencia del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, específicamente con el numeral 1 del artículo 5, nos encontramos frente a una figura jurídica que, dependiendo de los elementos que circunscriban al supuesto de hecho regulado por la norma, podría tomar la característica de ser una novedad especial del sistema arbitral ecuatoriano o, en su defecto, podría también ser una paradoja jurídica que convierta al efecto novedoso que seguramente se le pretende otorgar, en un bucle sin salida rápida, que tenga que pasar por engorrosas etapas previas para su efectividad, sobre todo a efectos de salvaguardar la validez del proceso arbitral futuro.

Lamentablemente, no existe hasta el momento, seguridad previsible del resultado que podría ocurrir, sin embargo, pueden adelantarse ciertos criterios como el que ha sido expuesto en este trabajo, para fomentar el debate en la esfera arbitral e invitar a que, como estas, sigan emergiendo mayores y más desarrolladas hipótesis y la figura jurídica que ha sido analizada se consolide hacia un mejor paradigma del sistema arbitral en Ecuador. Resta decir que, aquello pasará por varias opiniones judiciales, arbitrales y académicas, que eventualmente conducirán a un punto de armonía funcional e interpretativa que permitan su eficacia íntegra.

7. CONCLUSIONES

La estructura de la norma contenida en el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, permite diversas interpretaciones, que podrían constituir las estrategias de cada parte en la suscripción y ejecución de un convenio arbitral, entre un contratista privado y una entidad pública contratante con posterioridad al surgimiento de una disputa contractual. Aquellas diversas interpretaciones se han materializado en este trabajo, en tres hipótesis concretas a efectos de fomentar el debate en la esfera arbitral y proyectar posibles resultados a cada una.

Por un lado, si se opta por una interpretación sistemática podría argumentarse que la norma reglamentaria para el silencio administrativo, por su calidad de especial produce una excepcionalidad novedosa a la funcionalidad y ejecución general del silencio administrativo. Sin embargo, si se opta por la interpretación literal, el problema de haber incorporado las características del silencio administrativo en el arbitraje con entidades públicas evidentemente producirá una paradoja jurídica, que volvería engorroso a este tipo de arbitrajes, sin perjuicio de las posibles alegaciones y acciones de nulidad que se pudieran presentar contra el laudo emitido con dicho origen.

Asimismo, el paradigma establecido por la ley y la jurisprudencia, determinan una serie de requisitos complejos para la efectividad en la ejecución de un acto presunto resultante del silencio administrativo positivo. Si tales requisitos son incorporados o considerados al momento de la suscripción, celebración y ejecución de un convenio arbitral con una entidad pública posterior al surgimiento de la disputa, sin duda, entraría en la esfera de discusión el fantasma del orden público ecuatoriano, como una suerte de requisito previo de cumplimiento, antes de iniciar un arbitraje de este tipo. Por lo mismo, resultaría prudente que, en la etapa y período contemplado para la negociación del convenio arbitral, las partes tengan claras sus intenciones respecto a dicho convenio, considerando sobre todas las cosas, la voluntariedad que caracteriza al arbitraje.

Finalmente, resulta lamentable que la norma contenida en el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, no especifique de forma clara y expresa su operatividad. De ser así,

encontraríamos solución a los inconvenientes paradójicos que se podrían presentar. Sin embargo, dado que el derecho es siempre un fenómeno en constante evolución, dependerá mucho de las decisiones judiciales y arbitrales, así como de las contribuciones y opiniones académicas, para que dicha norma encuentre su punto de equilibrio y pueda, tal vez después de algunos tropiezos, encontrar también el camino a su efectividad íntegra. El camino que está por venir será entonces de obligatoria observación, crítica y estudio.