

# El silencio como materialización del consentimiento del Estado en materia arbitral: Una mirada crítica al artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación

Valeria Eduarda Arroyo Zúñiga\*  
José Daniel Alfonzo León\*\*

*Recibido/Received: 02/11/2022*  
*Aceptado/Accepted: 13/11/2022*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Formas de manifestación del consentimiento para acudir a arbitraje. 3. Aspectos relevantes del artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. 3.1. Silencio administrativo ¿Una modalidad de aceptación contractual? 3.2. Silencio como materialización de la aceptación de la oferta, su naturaleza y criterios de suficiencia normativa. 4. El otro lado de la moneda: Una mirada crítica del artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. 4.1. ¿Existe una extralimitación de la disposición reglamentaria respecto a la Ley? 4.2. Autorización de la Procuraduría General del Estado: Límite a la ejecución del convenio arbitral aceptado en virtud del silencio. 5. Conclusiones.

**RESUMEN:** Una de las grandes innovaciones del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación a nuestro sistema arbitral, toma punto de partida en su artículo quinto, donde se exponen los presupuestos de aceptación del convenio arbitral bajo las diferentes modalidades de contratación con el Estado. En el presente trabajo se discutirán los

\* Asistente legal en la firma Moeller, Gómez-Lince & Cía. Estudiante de Derecho egresada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: varroyo@moellerlaw.com

\*\* Abogado de la firma Pino/Elizalde. Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: josedaniel.alfonzo98@gmail.com



aspectos relevantes de esta disposición, particularmente, su utilidad práctica, deficiencias e incluso, aquellas zonas grises que podrían generar debate por la propia composición de la norma.

**PALABRAS CLAVE:** consentimiento, silencio, aceptación, contratación pública.

**ABSTRACT:** One of the greatest innovations of the Regulations to the Arbitration and Mediation Law in our arbitration system, takes its origin in its fifth article, which sets out the assumptions of acceptance of the arbitration agreement under different modalities of public procurement. This paper will discuss the relevant aspects of this provision, particularly its practical usefulness, deficiencies and even those unclear areas that could generate debate by the interpretation of the law.

**KEYWORDS:** consent, silence, acceptance, public procurement.

## 1. INTRODUCCIÓN

En contraste con otros campos del derecho, la integración del arbitraje a nuestro ordenamiento jurídico tiene un antecedente relativamente reciente, el primer vestigio importante fue la expedición de la Ley de Arbitraje Comercial publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963, sin embargo, este tenue esfuerzo del legislador *-por su fomento y aplicación-* no tuvo mayor repercusión<sup>1</sup> que contribuir con las bases de una próxima ley que sí cumpla su función instrumentadora, así, surgieron la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) de 1997, y, posteriormente, la codificación de 2006 vigente hasta la actualidad<sup>2</sup>, concluyendo de esta manera la dispersión de las disposiciones normativas relativas a arbitraje<sup>3</sup>, e incor-porándolas en un único cuerpo legal.

A pesar de ello, la sensación de que el arbitraje en Ecuador no se encuentra suficientemente consolidado, está latente, al menos

---

1 A. GALINDO, “Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador”, *Iuris Dictio*, Vol. 2 (4), 2001. p. 123.

2 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), R.O. No. 417, 14/12/2006.

3 M. JARA VÁSQUEZ. *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 1ra Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017. p. 28.

en aquellos casos dentro del marco de una determinada relación contractual en la que una parte pertenece al sector público<sup>4</sup>. Este distanciamiento entre el arbitraje y la contratación pública ha tenido al Estado como principal actor, quien durante los últimos quince años creó una concepción errada del arbitraje, al punto de rechazarlo por el simple hecho de ser una jurisdicción convencional remunerada, sin considerar sus verdaderas ventajas como herramienta para el descongestionamiento judicial, la celeridad en la resolución de disputas, su especialidad y la posibilidad de designar a un experto que vele por una decisión imparcial.

No obstante, hoy ese punto de inflexión parece haber retomado a su cauce natural y la mayor evidencia de ello es la expedición del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (“Reglamento LAM”)<sup>5</sup>. Las señales más visibles de la reconciliación entre el arbitraje y el sector público se reflejan en los artículos 3, 4, 5 y la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento LAM, que, si bien demuestran una ruptura con el viejo sistema, también conducen a nuestra puerta el reto de todo cambio normativo: el de entender cómo deben ser aplicadas e instrumentadas estas nuevas normas en la práctica arbitral.

Es dentro de ese contexto que este trabajo abordará diversos cuestionamientos principalmente en torno al artículo quinto, sin dejar de referirse *-en menor grado-* a otras disposiciones que servirán como complemento de cada explicación aquí expuesta. Comenzando por un criterio general de la aceptación del convenio arbitral, pasaremos a un enfoque detallado del novedoso artículo 5 y el efecto que otorga al silencio del Estado frente a la oferta de suscripción de convenio arbitral, después de celebrado el contrato público. También será foco de estudio la naturaleza de este silencio.

Finalmente, se efectuarán críticas desde una perspectiva netamente académica relacionadas a (i) la correspondencia normativa entre la LAM y sus normas reglamentarias; y, (ii) si el informe previo

---

4 Para precisar, el artículo 225 de la Constitución impone un marco referencial de cómo se encuentra conformado el sector público, encontrándose, (i) las funciones del estado; (ii) el régimen autónomo descentralizado; (iii) los entes creados por el Estado central o seccional; y (iv) las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo.

5 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (Reglamento LAM), Decreto Ejecutivo publicado en el RO-S. No. 524, 26/08/2021.

de la Procuraduría General del Estado (“PGE”) podría afectar al silencio de la oferta de convenio, en aquellos casos en los que ya ha surgido la controversia.

## **2. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA ACUDIR A ARBITRAJE**

Es demás conocido que uno de los elementos esenciales, sino el más importante, sobre el que se construye el arbitraje es el *consentimiento*; este, a su vez, puede verse manifestado expresa o tácitamente bajo determinadas condiciones abordadas en esta sección. Una primera aproximación sobre el consentimiento expreso conlleva examinar algunos aspectos importantes recogidos en la legislación ecuatoriana:

1. La regla general es que consiente expresamente quien pacta arbitraje a través de un acuerdo escrito<sup>6</sup>, sea que un contrato incorpore una cláusula arbitral o se pacte arbitraje en un documento independiente, sin embargo, este requisito no debe entenderse limitado al uso de un documento en papel para que el consentimiento sea efectivamente prestado.
2. Bajo una interpretación integral de nuestro ordenamiento, el término escrito incluye cualquier medio documental electrónico que permita identificar que las partes han decidido optar por el arbitraje como método de resolución de controversias, sea este un intercambio de correos, así como documentos que incluyan la referencia del convenio arbitral a través de un mensaje de datos<sup>7</sup>.
3. Una tercera forma de consentimiento expreso se incorpora a través del arbitraje de inversión. Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional admiten consentir arbitraje por medio de una oferta unilateral, generalmente contenida en la ley en materia de inversiones del Estado anfitrión<sup>8</sup>. Lo propio ocurre en el artículo innumerado segundo del Código Orgánico de la

---

6 LAM, Art. 5, Nota 5.

7 LAM, Art. 6, Nota 5.

8 M. MBENGUE, “Consent to Arbitration through National Investment Legislation: An African Perspective”, *Young African Research Journal*, Vol. 2, 2013, pp. 104-105. <<https://bit.ly/3UyRRCP>>

Producción, Comercio e Inversiones (“COPCI”)<sup>9</sup>. Esta norma establece parámetros similares a los analizados en arbitrajes en los que la legislación de los Estados receptores de la inversión (i) incluía el término “deberá” como disposición reglada del Estado receptor para la resolución de disputas mediante arbitraje<sup>10</sup>; y, (ii) claramente creaba un procedimiento y otorgaban competencia a un Tribunal Arbitral (“Tribunal”) para la resolución de controversias surgidas bajo el régimen normativo de inversión<sup>11</sup>. Entonces, no resulta extraño que estas normas constituyan una verdadera oferta, evidenciada a través de la mayor herramienta de manifestación de voluntad del Estado: la ley.

Pese a que Ecuador no ha tenido el mismo desarrollo en este punto a comparación de otros Estados a nivel internacional, y que no existe regulación normativa específica, resulta válido discutir si, dentro del contexto de la práctica arbitral local, es posible la aceptación tácita del convenio arbitral. La respuesta inicial es afirmativa, y se justificará en primera instancia por el criterio que mantenga el Tribunal sobre su propia competencia. En segunda instancia, se justificará en la medida en que la parte receptora de la oferta que no haya manifestado expresamente su rechazo a la oferta, y ejecute acciones que revelen su voluntad real y efectiva de haber decidido celebrar un convenio arbitral. Un ejemplo práctico es el del demandado en un proceso arbitral que, a pesar de no haber ratificado un convenio ofertado, contestó la demanda arbitral sin excepcionar la competencia del Tribunal<sup>12</sup>, y ha participado activamente en el procedimiento, deduciendo de esta forma su conformidad con la cláusula y el arbitraje.

Por otra parte, la teoría del negocio jurídico tradicionalmente ha tratado al silencio como una tercera categoría, que, al igual que las anteriores, importa manifestación de la voluntad con determinadas

9 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, RO-S. No. 351, 29/12/2010.

10 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI. No. ARB/84/3. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egipto*. Decisión sobre jurisdicción, 14/04/1988. <<https://bit.ly/3tuGWhI>>, (22/10/2022).

11 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI. No. ARB/94/2. *Tradex Hellas S.A. c. República de Albania*. Decisión sobre jurisdicción, 24/12/1996. <<https://bit.ly/3WYbR3c>>, (22/10/2022).

12 LAM, Art. 22, Nota 8.

limitaciones<sup>13</sup>. Alessandri se refiere a este hecho cuando afirma que resulta “innegable que en ocasiones el silencio produce efectos jurídicos. Desde luego, cada vez que la ley dispone algo, salvo estipulación en contrario, el silencio de las partes significa aceptación de la regla legal<sup>14</sup>” tal como ocurre en el artículo 5 del Reglamento LAM.

En términos generales estos son los criterios admitidos por la legislación ecuatoriana para consentir el arbitraje, sin perjuicio de las facultades del Tribunal para incorporar otros criterios mediante la aplicación de principios y prácticas de uso común en materia arbitral<sup>15</sup>.

### **3. ASPECTOS RELEVANTES DEL ARTÍCULO 5 DEL REGLAMENTO A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**

En definitiva, de una lectura del artículo 5 del Reglamento LAM podría afirmarse con relativa facilidad que lo más destacado es la incorporación del silencio como mecanismo de aceptación del acuerdo arbitral, sin embargo, contrario a lo que dicta la lógica, el condicionamiento real de la importancia de esta norma está en el posicionamiento de la *seguridad jurídica* como eje medular de la resolución de controversias entre privados y entidades que conforman el sector público.

Un breve recuento del artículo 4 del Reglamento LAM -*sopORTE del artículo quinto*- evidencia la consolidación de reglas claras que permiten a la parte privada que celebra un contrato con el Estado “tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas”<sup>16</sup>, blindando de esta forma la opción de ofertar un acuerdo arbitral a la entidad pública contratante luego de la suscripción de un contrato de prestación de bienes o servicios, independientemente de si la controversia ha surgido o no<sup>17</sup>. Esto zanja de una vez por todas las dudas del alcance del artículo 190 de la Constitución de la República

---

13 R. PINOCHET OLAVE Y J. DELGADO, “La teoría de la declaración de voluntad en el negocio jurídico: su aplicación al emplazamiento de las partes en el proceso civil”, *Revista de Derecho Coquimbo*, Vol. 28, 2021, <<https://bit.ly/3g3AR8O>>.

14 A. ALESSANDRI, *De los Contratos*. Editorial TEMIS, 2011. p. 77.

15 Reglamento LAM, Art. 10, numeral 1, Nota 8.

16 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 989-11-EP/19*, párrafo 20.

17 Reglamento LAM, Art. 4, numeral 1, literales a, b. N. 8.

("CRE") sobre los casos que requieren del dictamen previo de PGE para la celebración de un acuerdo arbitral.

Como consecuencia de lo antes mencionado, a través del artículo 5 del Reglamento LAM, el Estado pasó de realizar interpretaciones fuera del contexto de normas constitucionales y legales<sup>18</sup> que sustentaban llanos criterios mantenidos en el tiempo (como el de la obligación de solicitar el informe previo de PGE para pactar arbitraje cuando la controversia no había surgido), a implementar un marco de actuación sistemático, reglado y ejecutable que define con certeza las consecuencias de la inacción del Estado frente a una propuesta de acuerdo arbitral. Asimismo, dota de eficacia al arbitraje porque disminuye el riesgo de excepciones a la jurisdicción frecuentemente planteadas por entidades del sector público.

### 3.1. SILENCIO ADMINISTRATIVO ¿UNA MODALIDAD DE ACEPTACIÓN CONTRACTUAL?

Ahora bien, a la luz del artículo 5 del Reglamento LAM surge una interrogante que merece ser analizada y que constituye uno de los pilares sobre los cuales se ha construido este artículo, esto es, determinar si el silencio administrativo *per se* podría configurarse como una modalidad de aceptación contractual en arbitrajes nacionales en materia de contratación pública.

Previo a esto, debemos partir de la concepción de que el derecho administrativo y el arbitraje no deben ser considerados antípodas uno respecto del otro, como acertadamente lo ha establecido el profesor Bullard<sup>19</sup>. El paso del tiempo y los avances en la cultura jurídica nacional han abierto un campo de participación del Estado en la economía y de esta manera han *contractualizado* al derecho administrativo.

En tal virtud, en aras de poder satisfacer una determinada necesidad inspirada en el interés público, el Estado ha buscado suscribir contratos

---

18 Las circulares No. 09258 de 15 de septiembre de 2009 y su alcance No. 10623 de 27 de noviembre de 2009 expedidas por la Procuraduría General del Estado, son un claro ejemplo de cómo el Estado planteó interpretaciones inconstitucionales e ilegales sobre el informe previo de PGE para pactar arbitraje.

19 A. BULLARD, "Enemigos Íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos", *Revista Peruana de Arbitraje*, Vol. 2, 2006.

aliándose, ya sea con empresas o con individuos para la contratación de bienes, construcción de obras e incluso adquisición de servicios. Para tal efecto, la LAM ha trazado el camino para que las entidades públicas puedan someterse a arbitraje previo al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, en caso de suscitarse discrepancias entre las partes.

Partiendo de lo establecido en el artículo 5 del Reglamento LAM “Si la entidad no da respuesta a la solicitud en el tiempo establecido (...) se entenderá que ha aceptado el convenio arbitral propuesto por la contratista”, cabe plantearse si el silencio de la entidad se trata de un silencio administrativo presunto. En caso de que la respuesta sea negativa y dejando por sentado que no se trata de un silencio administrativo presunto ¿A qué figura se refiere el Reglamento LAM? ¿Se aplica el Código Orgánico Administrativo (“COA”)<sup>20</sup> o la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública? estos cuestionamientos serán contestados a lo largo de este acápite.

Pese a que se ha establecido que el arbitraje y derecho administrativo son ramas del derecho que deben caminar de forma conjunta, existen figuras propias de la segunda que solo pueden y deben ser aplicadas dentro de su propio campo y no pueden ampliarse para ser incorporadas en otra materia especial. Aquello se traduce en que, mal podría el silencio administrativo ser considerado como la figura de aceptación por parte de entidad pública contenida en el Reglamento LAM, por los siguientes motivos: (i) el ámbito de aplicación material del COA donde figura el silencio administrativo presunto no es compatible con los contratos administrativos; (ii) los contratos administrativos se rigen por la ley especial de la materia; y, (iii) el silencio administrativo no opera en materia de contratación pública. Cada uno de estos aspectos será explicado en el mismo orden.

El ámbito de aplicación de una ley corresponde al marco utilizado para delimitar territorio, sujetos, tiempo o materialidad. En el caso del COA, su ámbito de aplicación está delimitado en el artículo 42 conformado por nueve elementos establecidos de forma taxativa en la norma *ibídem*. No obstante, dentro de los nueve elementos descritos no se hace mención a los contratos administrativos. Entonces, en

---

<sup>20</sup> Código Orgánico Administrativo, RO No. 31. 07/07/2017.



definitiva, a pesar de que la administración sea una de las partes que figure en el contrato, la norma encargada de regular no es la administrativa, sino que, se remite a otro cuerpo legal, siendo este, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>21</sup>.

Lo explicado anteriormente conduce a nuestro segundo punto, los contratos administrativos *se rigen por la ley especial de la materia*. Al respecto el artículo 125 del COA indica:

Art. 125.- Contrato Administrativo.- Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa.

Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia.

La lectura del artículo permite concluir que existe armonía normativa entre el ámbito de aplicación material y la definición de contrato administrativo. El COA define sucintamente al contrato administrativo porque corresponde a un cuerpo legal que regula aspectos donde la administración es parte, por lo cual, se torna evidentemente necesario incluir este concepto. Sin embargo, el COA también es claro al determinar que estos contratos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia.

Así las cosas, el caso que nos ocupa se refiere a la posibilidad de pactar un convenio arbitral con posterioridad a la celebración de un contrato con entidades del sector público. Por tanto, las leyes especiales encargadas de regularlas son: (i) Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, (ii) Ley de Arbitraje y Mediación.

En este sentido, dentro de la ley específica que regula este tipo de contratos, ¿existe alguna disposición relativa al silencio administrativo presunto? La respuesta, una vez más, es negativa. Se justifica porque el silencio administrativo no coincide con la naturaleza de los contratos públicos donde existe una relación bilateral que se desarrolla en un plano de igualdad entre las partes<sup>22</sup>.

Por otro lado, al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en este sentido:

---

21 Código Orgánico Administrativo, artículo 42, RO No. 31, 07/07/2017.

22 P. SECAIRA, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, 2004.

Es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley [sic] en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida<sup>23</sup>.

Adicionalmente, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en extractos de consultas manifestando que, cuando se trata de un contrato administrativo en el cual las relaciones se rigen por lo estipulado en el contrato, no resulta procedente considerar al contratista como administrado para tales efectos<sup>24</sup>. Como resultado, esta figura se convierte en inaplicable e incompatible con el artículo 5 del Reglamento LAM. Aquello se traduce en que, su uso es posible solo dentro del ámbito de aplicación material que el COA describe y no para el caso puntual objeto de estudio.

Finalmente, se ha establecido la ley que rige a estos contratos. En tal virtud, el silencio que opera y al que se refiere el Reglamento no corresponde a un silencio administrativo sino contractual. En este sentido, poder entender e interpretar esta disposición no guarda mayor complejidad si se parte de la premisa de que no pueden operar figuras administrativas dentro de contratos que se encuentren regidos por otra materia específica.

### **3.2. EL SILENCIO COMO MECANISMO DE ACEPTACIÓN DE LA OFERTA, SU NATURALEZA Y SUFICIENCIA NORMATIVA**

La doctrina es casi unánime en identificar tres escenarios en que el silencio importa manifestación del consentimiento, (i) cuando la ley otorga ese valor; (ii) cuando las partes así lo han previsto convencionalmente; y, (iii) cuando las circunstancias que

---

23 Corte Suprema de Justicia, *Consortio Torres Robalino c. Consejo Provincial del Pichincha*, Gaceta judicial 1. Serie XVIII. Quito, 4/10/2004.

24 PGE, *Extractos de Consultas Procuraduría General del Estado Subdirección de Asesoría Jurídica*, <<https://bit.ly/3EuC9Dd>> (30/10/2022).

lo acompañan permiten atribuirle ese carácter<sup>25</sup>. El artículo 5 del Reglamento LAM claramente se alinea al primero de ellos. Este punto deriva a analizar si la naturaleza de este silencio se enmarca dentro de la esfera de lo contractual.

La determinación de la naturaleza del silencio en arreglo del artículo 5 del Reglamento LAM, tiene su *génesis* en la citada disposición reglamentaria pero también en el propio acuerdo arbitral, ya que de la existencia de este acto jurídico y del cumplimiento de las condiciones de la norma, dependerá su procedencia o no. Un vistazo al artículo 5 del Reglamento LAM aclara lo mencionado:

Art. 5.- Convenio arbitral con posterioridad a la celebración de un contrato con entidades del sector público.-

1. Cuando en el contrato no se hubiere pactado arbitraje, 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 dicho contrato. La entidad deberá responder a la solicitud en el término máximo de treinta (30) días. Dentro del mismo término, las partes podrán negociar el contenido del convenio arbitral. Si la entidad no da respuesta a la solicitud en el tiempo establecido en este artículo, se entenderá que ha aceptado el convenio arbitral propuesto por la contratista.

2. El contratista presentará su solicitud adjuntando el proyecto de convenio arbitral. De requerirse autorización de la Procuraduría General del Estado, la contratista presentará también el proyecto de solicitud de autorización.

Atendiendo al texto de la norma, para que opere el silencio deben cumplirse tres condiciones:

*(i) Existencia previa de un contrato administrativo para la prestación de bienes, servicios o cualquier otra modalidad de prestación en el que no se haya pactado arbitraje;*

---

25 Ver A. ALESSANDRI, N. 17, p. 82; M. PÉREZ ÁLVAREZ, "El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Vol. 28, 2016, p. 304; R. BARCIA LEHMANN, *Lecciones de Derecho Civil chileno: Del acto jurídico*, 1era. Ed., Tomo 1, Jurídica de Chile, 2007.

(ii) Que el contratista oferte la suscripción de un convenio arbitral, sea por escrito o cualquier medio facultado para el intercambio de comunicaciones entre las partes; y,

(iii) La inacción<sup>26</sup> de la entidad contratante durante el término de 30 días.

De lo antes dicho, se puede colegir que estas condiciones están inmersas en cada una de las etapas de la formación del contrato de arbitraje. Inicia con (i) la oferta; (ii) continúa con la probabilidad latente del *iter contractual*; y, (iii) disuelta la oportunidad de negociación -por el silencio de la entidad pública- finaliza con la concreción del convenio arbitral, reputándose este perfecto y ejecutable, conforme lo establece el literal 1 del artículo 5 del Reglamento LAM.

La primera conclusión no es sorprendente, la naturaleza del silencio por parte de las entidades del sector público se encuadra indudablemente dentro de un marco contractual. Más aún cuando el Reglamento LAM reduce significativamente -en este caso puntual- las facultades exorbitantes de las entidades del sector público, ya no hay decisiones unilaterales, sino discutidas, ubicando al contratista en una posición de verdadera igualdad.

El efecto del silencio, por su parte, es una medida correctiva impuesta por el Reglamento LAM que tiene como primera consecuencia velar por una respuesta oportuna para el contratista que solicita la suscripción de un acuerdo arbitral, sea que la entidad estatal decida o no participar en su negociación, la segunda consecuencia deviene del silencio en sí mismo y no es más que la aceptación del acuerdo arbitral, que, por expresa disposición reglamentaria interpreta la inacción como manifestación del consentimiento.

Si bien el artículo 5 del Reglamento LAM aplica únicamente a relaciones surgidas entre privados y entidades del sector público, al tratarse de una norma esencialmente de carácter contractual, sujeta a negociación, renuncia y libre disposición, mantiene un régimen menos riguroso que el aplicable ordinariamente a las relaciones *particular-*

---

<sup>26</sup> Alessandri lo describe como “la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento en favor o en contra del contrato que se le propone”. A. ALESSANDRI. N. 17. p. 76; Es esta la conducta que debe demostrar la entidad pública, traducida en la completa abstención de negociar o revisar las estipulaciones del acuerdo arbitral.

*Estado*. Sobre ello, aunque la doctrina tradicional infiere en que la ley es el vehículo por excelencia donde deben estar contemplados los efectos del silencio, siempre que conlleve manifestación de la voluntad<sup>27</sup>, también es cierto que no hay *reserva de ley* que descarte la probabilidad de que el efecto sea recogido en un reglamento.

Insistimos, esta norma es netamente de carácter contractual, de libre disposición *-con sus excepciones-* en cuanto a las herramientas negociales que proporciona a las partes, por tanto, la ausencia de una prohibición para la adecuación normativa del silencio *-en la ley o en el reglamento-* la convierte en una norma materialmente aplicable. Uno de los pocos riesgos de ser una disposición reglamentaria es la relativa facilidad con la que esta puede ser reformada, a diferencia de la ley que requiere discusión legislativa para su modificación.

#### **4. EL OTRO LADO DE LA MONEDA: UNA MIRADA CRÍTICA DEL ARTÍCULO 5 DEL REGLAMENTO**

Dentro del presente trabajo se han expresado varias ideas puntuales que surgen con ocasión del artículo 5 del Reglamento LAM. El propósito que inspiró la redacción de esta disposición fue incorporar un marco jurídico práctico con una consecuencia instantánea frente a la falta de respuesta de los diversos entes del sector público, frente a la oferta de suscripción de un acuerdo arbitral, evitando así, excepciones relativas al consentimiento.

Sin embargo, pese a ser un artículo que trae beneficios para la sustanciación de arbitrajes en contrataciones entre el Estado y particulares, nuevos y adicionales cuestionamientos jurídicos aparecen conforme se intenta cubrir con el debido sustento, cada aspecto de la disposición legal objeto de estudio. En tal virtud, la segunda parte de esta investigación abordará la extralimitación del Reglamento sobre la Ley; y, por último, el problema normativo que acarrea la aprobación previa de la PGE para pactar arbitraje en contratación pública.

---

27 Ver A. ALESSANDRI, N. 17, p. 82; M. PÉREZ ÁLVAREZ, N. 22, p. 304; R. BARCIA LEHMANN, N. 22.

#### **4.1. ¿SE EXTRALIMITA LA DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA RESPECTO A LA LEY?**

Los reglamentos son cuerpos legales creados con la finalidad de trazar una línea de aplicación sobre la base de una disposición legal determinada. Dicho de otra manera, la ley tiene el deber de crear las bases directivas o esenciales, para que, por medio del reglamento se regulen aspectos secundarios, sin que ello implique la posibilidad de modificar la ley.

Su reconocimiento constitucional se encuentra delimitado en el artículo 147 de la CRE, que establece lo siguiente:

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

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, **sin contravenirlas ni alterarlas**, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. (*énfasis añadido*).

Por consiguiente, el artículo descrito claramente demuestra que existe una *primacía instrumental de la ley sobre el reglamento*, este último es creado al amparo de la ley, de tal forma que (i) todas las normas deben someterse a lo prescrito por aquella sin contradecirla; y, (ii) está prohibido exceder o ampliar sus disposiciones. En consecuencia, si un reglamento falla al cumplimiento de los dos presupuestos mencionados, este perdería su fundamento de validez. Para tal efecto, también existen mecanismos efectivos<sup>28</sup> que buscan evitar la vulneración al bloque de legalidad.

Estos escenarios no resultan ser *sui generis* sino que ocurren con normalidad al momento de dictar reglamentos de leyes específicas. Desde la expedición del nuevo Reglamento LAM, se han planteado varias acciones de inconstitucionalidad<sup>29</sup> en contra de varias de sus disposiciones. Ahora bien, ¿podría establecerse que el artículo 5 también merece ser objeto de una acción de inconstitucionalidad?

28 E. CORDERO, "Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional", *Ius et Praxis*, Vol 1, 2019.

29 Corte Constitucional del Ecuador, *Auto No. 74-21-IN*, 15 de octubre de 2021; y, Corte Constitucional del Ecuador, *Auto No. 72-21-IN*, 19 de noviembre de 2021.

¿Realmente se extralimita respecto a la LAM? O en su defecto, estamos ante un reglamento que ha utilizado de forma correcta las bases asentadas en ley. Consideramos que puede existir una dicotomía en las respuestas o posturas adoptadas.

Tomando como pauta preliminar que la LAM es anterior al nuevo reglamento, de una revisión del artículo 6 de la LAM, se establecen las formas de someterse a arbitraje, esto es: (i) por medio de documento escrito y firmado por las partes, (ii) cuando resulte de un intercambio de cartas; y, (iii) mediante cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Luego, el Reglamento LAM implementa una aceptación distinta para someterse a arbitraje con posterioridad a la celebración de un contrato administrativo, manifestado a través de la falta de respuesta del contratante hacia el contratista. De esta forma, se configura la voluntad sin necesidad de que exista una constancia escrita por parte de la entidad pública, lo cual conduce a determinar si el silencio en realidad se encuentra establecido en la ley de la materia, para que pueda ser objeto de reglamentación.

De una comparación crítica entre la LAM y su reglamento, se colige que el silencio *–pese a ser una figura plenamente válida–* no encuentra asidero jurídico o sustento en la norma base, que admita la falta de respuesta como forma de aceptación de un ente público para someterse a arbitraje. Visto desde una óptica *legalista o positivista* resulta lógico señalar que se trata realmente de una modificación legal por medio del Reglamento.

Consecuentemente, para la primera postura, existiría una extralimitación. Por tanto, la acción de inconstitucionalidad constituye la herramienta de solución a esta contravención o alteración de la ley, por tratarse de una garantía jurisdiccional cuya finalidad es remover del ordenamiento jurídico cualquier norma que, por cuestiones de forma o fondo, sea contraria al bloque de constitucionalidad<sup>30</sup>. La acción puede ser ejercida por cualquier

---

30 H. PÉREZ y V. HERNÁNDEZ, *Acción de inconstitucionalidad 2019-2020*, <<https://bit.ly/3huxQyw>> (29/10/2022).

persona y le corresponde resolver con *carácter privativo*<sup>31</sup> a la Corte Constitucional.

En contraste de lo anterior, es válido mencionar que podría formarse otro criterio respecto a la interpretación del artículo 5 del Reglamento LAM. Aquello significa determinar si en efecto, la disposición *no ha contravenido ni tampoco ha ampliado las bases sentadas en la ley*, sino que, guarda plena armonía normativa, permitiendo a entidades públicas someterse a arbitraje por medio de su silencio.

De este modo, la *exégesis* aplicada es distinta. La posición opuesta, parte de la base de que, una declaración de inconstitucionalidad es de *última ratio* en caso de existir dudas respecto a la validez de la disposición. Siguiendo esta línea, el profesor Cordero explica que de acuerdo con el *principio de conservación*, la solución final no es desaparecer a la norma, al contrario, deben adoptarse medidas que permitan subsanar vicios de los que pueda adolecer un reglamento, incluyendo su convalidación<sup>32</sup>, antes de declararlo inconstitucional.

Otro criterio importante en aras de preservar disposiciones reglamentarias, es el *principio de proporcionalidad*. La finalidad de su aplicación es recordar al administrador de justicia que no todo vicio debe tener como sanción la nulidad, ya que en ocasiones podrían causar un daño mayor, con relación a los beneficios que podría contener una determinada disposición.

La jurisprudencia extranjera brinda un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad, en este caso puntual se cuestionaba la extralimitación de una norma reglamentaria, sin embargo, la Corte de Apelaciones argumentó lo siguiente:

La validez del reglamento impugnado tenía su justificación en el principio de proporcionalidad, no obstante existir efectivamente una infracción legal, toda vez que la anulación que los requirentes solicitaban suponía perjuicios 'desproporcionados' en relación con los beneficios que implicaba la misma sanción<sup>33</sup>.

---

31 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 98, RO No. 52, 22/10/2009.

32 E. CORDERO, "Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional", *Ius et Praxis*, Vol 1, 2019.

33 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile N° 4580-03, de 15 de diciembre de 2004.



El extracto de la sentencia en mención determina que no necesariamente cuando un vicio afecte un reglamento estará destinado a ser declarado inconstitucional, en virtud de que, se considera necesario utilizar otras alternativas de subsanación o trascendencia del vicio objeto de impugnación.

Como último punto, esta postura podría ampararse en el principio de *flexibilidad* del que goza el arbitraje, permitiendo que el silencio pueda ser considerado como una forma de aceptación *-extensiva-* toda vez que, en la actualidad en materia arbitral es común que la manifestación de voluntad no sea realizada por escrito. Muestra de lo anterior es el arbitraje sin convenio (*arbitration without privity*)<sup>34</sup> ampliamente desarrollado por la doctrina extranjera.

En este orden de ideas se desprende lo siguiente: (i) La CRE no permite que los reglamentos contravengan a la ley o en su defecto, la alteren, y su sanción es la declaración de inconstitucionalidad; (ii) la postura *legalista - positivista* determina que hay una extralimitación por parte del Reglamento, ya que, el silencio como manifestación de la voluntad no está regulado en la LAM; mientras que, la postura contraria se construye sobre la base de que (iii) la acción de inconstitucionalidad es de última ratio, atendiendo a los principios de *proporcionalidad y conservación*; y, por último (iv) la flexibilidad del arbitraje podría *-por extensión-* acoger al silencio como forma de aceptación.

Finalmente, se estima que el Reglamento LAM tuvo como una de sus finalidades introducir una corriente vanguardista en sus disposiciones incluyendo nuevas figuras (p. ej. arbitraje de emergencia, el silencio como manifestación del consentimiento, extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, etc.) que simplifiquen la sustanciación de arbitrajes nacionales e internacionales.

Sin perjuicio de las dos corrientes de interpretación que podrían girar en torno al artículo 5 del Reglamento LAM, consideramos que tanto la disposición aislada, como el cuerpo legal completo, constituye una herramienta verdaderamente útil, que seguramente con el paso del tiempo, irá consolidándose en el Ecuador.

---

34 M. WAIBEL, "Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility", *Legal Studies Research Paper Series University of Cambridge*, 2014.

## **4.2. APROBACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: LÍMITE A LA EJECUCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL ACEPTADO EN VIRTUD DEL SILENCIO**

A lo largo del tiempo se han mantenido amplios y diversos criterios sobre la aprobación previa de la PGE como acto habilitante para pactar arbitraje en contratación pública, un grave punto de inflexión entre el arbitraje y el sector público tomó partida a través de los oficios circulares de la PGE No. 09258 de 15 de septiembre de 2009 y su alcance No. 10623 de 27 de noviembre de 2009, en un intento de atentado a la institucionalización del arbitraje como método alternativo de solución de controversias, en esta materia.

Estas circulares, en una suerte de interpretación extensiva del artículo 190 de la CRE planteaban (i) la necesidad del informe previo de la PGE para la suscripción de todo convenio arbitral sea que la controversia haya, o no iniciado; y, (ii) requirió a las entidades del Estado que hubieran pactado convenios arbitrales sin autorización, a solicitarla en el plazo de tres meses desde la fecha de emisión de la circular<sup>35</sup>. Esta fue la vía empleada por el Estado para debilitar paulatinamente al arbitraje y sustituirlo con engorrosos procesos sustanciados ante Jueces de lo Contencioso Administrativo.

Para beneficio de la práctica arbitral, el Reglamento LAM se encargó de suplir este criterio y además absolvió otros cuestionamientos entorno a la contratación pública:

1. El artículo 3 define la forma en que debe pactarse arbitraje internacional cuando sea convenido por una entidad del sector público, también establece cuál es el ámbito de revisión de la PGE para la aprobación del acuerdo.
2. El artículo 4 aclara por demás, cuándo las entidades del sector público podrán celebrar un acuerdo arbitral, y bajo qué condiciones debe solicitarse la aprobación de la PGE. También incluye parámetros sobre la arbitrabilidad objetiva en contratación con el Estado.

---

35 E. NEIRA ORELLANA, "La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 3, 2014, pp. 33-62.

3. El artículo 5, objeto de estudio en este trabajo, establece reglas de negociación y aceptación del acuerdo arbitral cuando es ofertado por el contratista, luego de haberse suscrito el contrato administrativo.
4. Finalmente, la disposición transitoria cuarta ordenó al Servicio Nacional de Contratación Pública (“SNCP”) la incorporación de convenios arbitrales en todos los pliegos contractuales, a excepción de los procedimientos de ínfima cuantía, permitiendo la instrumentación paulatina de las nociones antes indicadas en las entidades del sector público.

Inicialmente el artículo 5 del Reglamento LAM es de fácil comprensión, la regla base es que no se haya pactado cláusula arbitral en el contrato administrativo y exista intención de las partes o al menos del contratista de celebrar un convenio arbitral con posterioridad a la suscripción de este contrato. Aquí debemos separar dos escenarios, el primero de ellos es cuando no ha surgido la controversia, en cuyo caso, será necesario notificar a la entidad contratante únicamente con el proyecto de convenio arbitral. El segundo, se refiere a los casos en que la controversia ya ha surgido, en esta situación, no solo se necesitará el proyecto de convenio arbitral sino también el proyecto de solicitud de autorización de la PGE. En ambos casos, si la entidad contratante no responde a la solicitud dentro del término de 30 días contados desde que la oferta es enviada, el proyecto de convenio arbitral se entenderá aceptado.

Hasta aquí todo claro, sin embargo, un enfoque práctico del segundo escenario refleja posibles contingencias en la ejecución del convenio arbitral que explicaremos en detalle, entendiéndose por *ejecución* el inicio del arbitraje. El sentido de urgencia que envuelve al segundo escenario es que la controversia está en marcha, y, dependiendo de la gravedad o especialidad que demande el asunto, lo lógico será resolver la controversia mediante arbitraje. Si la entidad pública no contesta en el término de 30 días, implica *prima facie* que no tiene voluntad de negociar ni aceptar el convenio, no obstante, el Reglamento LAM soluciona este inconveniente interpretando el silencio como aceptación de la oferta.

En un mundo ideal gobernado por la buena fe contractual, ante el silencio de la entidad contratante, bastaría que el contratista le

solicite a esta el envío de la aprobación del convenio arbitral a la PGE, para su posterior ejecución, pero esto puede suceder, como no. Ahora bien, considerando que nuestro ordenamiento jurídico no impone ningún grado de sanción al funcionario o entidad que se abstiene de remitir la solicitud de aprobación del convenio a la PGE, cabe plantearse ¿Podría el contratista frente a esta renuencia de la entidad contratante iniciar el arbitraje?

Nuestro criterio sobre esta interrogante es que el inicio de un arbitraje bajo las condiciones descritas en líneas anteriores generaría un severo defecto sobre la jurisdicción del Tribunal, en una primera medida por los criterios de validez del convenio, y en una segunda por la sanción de nulidad contenida en el artículo 4 de la LAM ante la falta del dictamen previo de la PGE, aplicable cuando la controversia ha surgido. Otro aspecto a notar, son los principios de *trascendencia* y *taxatividad* que rigen en las causas de nulidad, que sumado a todo lo expuesto envuelven al convenio de ineficacia para su ejecución.

## 5. CONCLUSIONES

El arbitraje en el Ecuador ha tenido un lento y gradual avance con el paso del tiempo. Sin dejar de destacar lo positivo de ello, hoy en día es notorio que la corriente en favor de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos va ganando terreno con fuerza en nuestro país. Muestra de ello es el Reglamento LAM que, aunque cuestionable en la medida de su alcance, llegó no solo con el objetivo de aclarar dudas sustantivas y procesales mantenidas durante un periodo más o menos prolongado en nuestro sistema, sino también para mejorar la práctica arbitral con la incorporación de herramientas de utilidad superior a las vistas durante los últimos años.

En cierta medida el artículo 5 del Reglamento LAM es un punto de presión para las entidades del sector público, ya que incita a resolver las disputas que surjan con ocasión de un contrato administrativo, mediante arbitraje. Bajo las condiciones de esta norma, el contratista que oferta el convenio arbitral tiene dos opciones; la primera es que la entidad contratante inicie un proceso de negociación sobre el contenido del convenio; la segunda es que no reciba respuesta sobre la oferta, hecho que inicialmente no

es de preocupar, porque dependiendo de las circunstancias, no se restará eficacia a la oferta realizada. En todo caso, el artículo 5 del Reglamento LAM se constituye en una norma de seguridad jurídica para el contratista.

El Reglamento LAM crea efectividad para arbitraje, particularmente cuando se oferta la suscripción de un acuerdo y no ha surgido controversia, el artículo quinto reducirá, en este supuesto, cualquier excepción a la jurisdicción del Tribunal, ratificando que se trata de un convenio arbitral plenamente ejecutable. No es tanto así, cuando la controversia ha iniciado su curso, pues, la falta de coacción normativa para los entes que deben notificar a la PGE puede alentar la pasividad de las instituciones que conforman el sector público en estas situaciones e impedir el inicio del arbitraje. Frente a esto, instaurar una disposición que obligue a las entidades que conforman el sector público a enviar las solicitudes a la PGE cuando haya operado el silencio para la celebración de un convenio arbitral, evitará un inconveniente práctico mayor.

Probablemente con el devenir de la aplicación del Reglamento surgirán nuevos cuestionamientos que encontrarán respuesta en la práctica arbitral, la academia y las normas aclaratorias que para tal efecto se expidan.

