

Arbitraje en la contratación pública y autorización de la Procuraduría General del Estado

*Juan Pablo Aguilar Andrade**

Recibido/Received: 31/07/2020

Aceptado/Accepted: 16/09/2020

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contratación pública. 3. Consecuencia de la falta de autorización de la Procuraduría General del Estado. 4. La cláusula arbitral como texto sin importancia.

RESUMEN: La Constitución de la República del Ecuador exige, como requisito para la validez de compromisos arbitrales incluidos en contratos administrativos, la autorización previa de la Procuraduría General del Estado. Este artículo analiza el alcance de esa norma, cuáles son los contratos a los que se refiere la misma y cuál es el alcance del término contratación pública que utiliza; las consecuencias de la falta de autorización de la Procuraduría y varios temas que giran alrededor de ellas, completan el análisis.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, contratos administrativos.

* Profesor titular en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: jaguilar@usfq.edu.ec

J. P. AGUILAR ANDRADE, "Arbitraje en la contratación pública y autorización de la Procuraduría General del Estado", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 219-236.



Arbitration in public contracts and authorization of the Attorney General of the State

ABSTRACT: The Constitution of the Republic of Ecuador demands, as a requirement for the validity of arbitration clauses included in administrative contracts, the prior authorization of the State Attorney General's Office. This paper analyzes the implications of this norm, the contracts to which it refers, and the scope of the words "contratación pública"; the consequences of the lack of authorization from the Attorney General's Office and various topics related to them, complete the analysis.

KEYWORDS: arbitration, public contracts.

1. INTRODUCCIÓN

En el número 4 de esta revista¹ me referí a ciertos temas vinculados con el arbitraje y la Administración Pública, entre ellos, el relacionado con la autorización previa de la Procuraduría General del Estado para pactar compromisos arbitrales; sostuve entonces que la referida autorización era un requisito indispensable para la validez del pacto arbitral en el ámbito de la contratación pública.

Desde entonces, aunque sigue sin ser un criterio compartido, me parece que es el que mayoritariamente sostienen los tribunales arbitrales. La Corte Nacional de Justicia lo considera también adecuado y sostiene que omitir la autorización de la Procuraduría General del Estado "deviene

1. J. P. AGUILAR ANDRADE, "Tres temas sobre arbitraje y Administración Pública", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 4, 2012.

en ineficacia de la cláusula compromisoria y del laudo arbitral que en virtud de ella dicten los árbitros”².

En las líneas siguientes no pretendo volver sobre lo ya dicho, sino enfocar dos aspectos que quedaron meramente enunciados en esa oportunidad y sobre los que considero importante profundizar: qué debemos entender por contratación pública y cuál es la consecuencia de que un contrato contenga una cláusula arbitral que no ha sido previamente autorizada por la Procuraduría General. Esto último me permitirá reflexionar sobre un tema adicional: el poco cuidado que en nuestra cultura jurídica se da a la redacción de los contratos y, en particular, a las cláusulas relativas a controversias.

2. CONTRATACIÓN PÚBLICA

El segundo inciso del artículo 190 de la Constitución de la República dispone que, en la contratación pública, procede “el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”. Sostengo que la exigencia del pronunciamiento favorable se refiere a todos los casos de contratación pública y no únicamente a aquellos en los que la ley se refiera expresamente al requisito.

Pero, siendo así, es preciso responder al menos dos preguntas, para delimitar adecuadamente el alcance del mandato constitucional: ¿qué debemos entender por contratación pública? ¿Las entidades públicas pueden pactar arbitraje únicamente en el ámbito de la contratación pública?

Para responder la primera pregunta se puede escoger un enfoque amplio o uno restrictivo. Este último considera que,

2. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia en la Causa No. 17711-2016-0049, 26/01/2017.

en el Ecuador, la contratación pública es, exclusivamente, la regulada por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública³, pues es en ella que se establece un Sistema Nacional de Contratación Pública que abarca un grupo específico de contratos: adquisición de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios y arrendamiento. Es a estos contratos a los que se refiere el artículo 6(5) de la ley citada para definir contratación pública y son ellos los que el artículo 60 califica como administrativos.

Este enfoque me parece incorrecto, pues deja de lado conceptos elementales del Derecho Administrativo y de lo que en el Ecuador hemos preferido llamar contratación pública.

En efecto, las definiciones del artículo 6 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública no pueden entenderse como de carácter general sino como necesarias para la aplicación de ese cuerpo normativo. De hecho, ahí constan términos como delegación⁴ o consultor⁵, que tienen un significado diferente fuera del ámbito de la ley citada.

Doctrinariamente, y en la práctica, se utilizan términos como contratación pública o contratación administrativa, para referirse a contratos celebrados por entidades públicas, en los que estas últimas actúan revestidas de poderes de autotutela, expresados en las llamadas cláusulas exorbitantes. Los denominados contratos públicos, o administrativos, son esencialmente contratos, pero la participación de un ente administrativo con competencias de autotutela en la ejecución contractual, introduce en ellos eso que GARCÍA DE ENTERRÍA y

3. Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, RO (S) No. 395, 04/08/2008.

4. Para el Código Orgánico Administrativo, la delegación comprende más que la transferencia de competencias de un superior a un inferior y no involucra, necesariamente, a la máxima autoridad. RO (S) No. 31, Artículos 69 y siguientes, 07/07/2017.

5. El Código Orgánico del Ambiente habla de consultores para referirse, no a quienes celebran los contratos de consultoría regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino a quienes asesoran a personas de derecho privado. RO (S) No. 983, Artículo 180, 12/04/2017.

FERNÁNDEZ llaman modulaciones de la institución contractual⁶, que afectan la igualdad de los contratantes y confieren a la Administración poderes no reconocidos a su contraparte, justificados por la necesidad de proteger el interés colectivo.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia. El viejo Tribunal Constitucional, por ejemplo, sostuvo que los contratos administrativos están caracterizados porque la Administración, como contratante, “actúa en beneficio del interés general, lo que permite el ejercicio de potestades extraordinarias que emanan del ordenamiento jurídico y que no tienen equivalente en el Derecho Privado, toda vez que la Administración se coloca en una situación de privilegio frente al administrado, que la habilita a ejercitar prerrogativas que, entre iguales y tratándose de un contrato celebrado a la luz del derecho civil, no tendrían cabida”⁷.

Igual criterio mantuvo la Corte Suprema de Justicia y sostiene el Tribunal Contencioso Electoral, que consideran las cláusulas exorbitantes como elemento característico de la contratación administrativa⁸.

Prefiero dejar de lado lo dicho por la autoproclamada Corte Constitucional para el Período de Transición, según la cual la contratación pública es “la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas, por ejemplo, con licitaciones, concurso públicos de ofertas, etc.”⁹. No pasa de ser un pobre y lamentable criterio, que no suscribiría nadie que haya leído medianamente un texto de contratación pública; siguiendo esta peregrina idea, que por

6. E. GARCÍA DE ENTERRÍA & T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, 2001, p. 681.

7. Tribunal Constitucional, Resolución en los Casos 0008-06-TB y 0010-06-TC, 31/08/2006, RO (S) No. 350, 06/09/2006.

8. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 292, 19/11/2003, RO No. 318, 21/04/2004. Tribunal Contencioso Electoral, Sentencia 020-2009, 19/02/2009, RO No. 130 (edición especial), 22/06/2009.

9. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia interpretativa 001-09-SIC-CC, 13/03/2009, RO (S) No. 549, 16/03/2009, Juez ponente, Roberto Bhrunis Lemarie.

cierto no define nada, serían contratos públicos los que han sido previamente licitados, concursados, etc.; ¿no entrarían en esa categoría, entonces, los que se celebran sin procedimiento previo, por estar sometidos a un régimen de excepción?

Conviene recordar que la Procuraduría General del Estado, mediante oficio circular 9258 de 15 de septiembre de 2009, usó esta sentencia como punto de partida para ratificar su criterio en el sentido de que su autorización es necesaria para el caso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Aunque esta es una manera generosa de entender un pronunciamiento por demás confuso, queda claro que para la Procuraduría General, cuando se trata de la ley citada, la autorización previa es necesaria; deja sin resolver, sin embargo, el caso de los contratos administrativos regulados por leyes distintas a la Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Como se verá más abajo, con posterioridad la Procuraduría matizó este criterio, considerando el caso especial de las personas de derecho privado sometidas a la ley indicada.

Pero dejando de lado lo dicho por la Corte Constitucional para el Período de Transición, lo que sostiene nuestra jurisprudencia empata plenamente con el concepto de contrato administrativo del artículo 125 del Código Orgánico Administrativo, que lo concibe como aquel en el que interviene una persona que “ejerce una función administrativa”, esto es, que no actúa en pie de igualdad con su cocontratante, sino que tiene sobre él poderes propios de una autoridad administrativa; una vez más, la autotutela y las cláusulas exorbitantes, como elementos definidores.

El texto constitucional debe entenderse a partir del concepto¹⁰ y no de las palabras utilizadas; en caso

10. Código Orgánico Administrativo, N. 4, Artículo 125.

contrario, bastaría con derogar la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y dictar una de procedimientos precontractuales o de contratos administrativos, para que el artículo 190 de la Constitución pierda sentido¹¹. Obviamente, no es admisible que un simple cambio de terminología anule un mandato constitucional.

La referencia a la contratación pública que contiene el artículo constitucional incluye, entonces, no solo los contratos regulados por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino todos aquellos en los que la ley ha asignado potestades de autotutela a la Administración contratante; buen ejemplo son, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos y las concesiones.

Ahora bien, de lo anterior se desprende que no todo contrato que celebren las entidades públicas es un contrato administrativo, pues hay casos en que la Administración contrata según las reglas del derecho privado, en pie de igualdad y sin privilegio de autotutela; ejemplos, en el Ecuador, son el contrato de trabajo, el de comodato, el de seguros y el de fideicomiso.

Puesto que el segundo inciso del artículo 190 de la Constitución se refiere exclusivamente a la contratación pública, ¿deberíamos entender que no es posible pactar arbitraje en contratos como los últimamente señalados?

Pienso que no.

Lo que hace el citado artículo 190 es reconocer la mediación y el arbitraje como procedimientos adecuados para la solución de conflictos, “en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”, y remitir los casos concretos a las leyes sobre

11. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, RO No. 449, 20/10/2008.

la materia. La referencia a la contratación pública se hace, exclusivamente, para disponer que en ese caso el arbitraje será en derecho y requerirá la autorización de la Procuraduría General del Estado, pero en ningún momento se dice que el arbitraje solo procede en el ámbito de la contratación pública.

Conforme lo anterior, hay una autorización constitucional para pactar arbitraje en contratos públicos o administrativos y, para los demás casos, se reconoce la posibilidad de hacerlo conforme lo previsto por la ley.

El mandato legal en relación con la posibilidad de que las entidades públicas pacten arbitraje consta en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación¹², y no establece más limitación que el carácter contractual de las relaciones a las que se refiera la controversia.

En consecuencia, la Constitución reconoce la posibilidad de recurrir al arbitraje como medio de solución de controversias, la Ley de Arbitraje y Mediación autoriza hacerlo a las entidades públicas cuando se trate de temas contractuales y la Constitución dispone que, si esos contratos son contratos públicos o administrativos, el arbitraje debe ser en derecho y es necesario contar con la autorización de la Procuraduría General del Estado.

En otras palabras, si la Administración celebra contratos que se someten a las mismas reglas que los que se celebran entre particulares y, por ende, no puedan calificarse como administrativos, puede pactar arbitraje sin necesidad de contar con la autorización de la Procuraduría General.

12. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 4, RO No. 417, 14/12/2006.

3. CONSECUENCIA DE LA FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL

¿Qué ocurre si se pacta arbitraje sin contar con la autorización de la Procuraduría General del Estado? En el trabajo que cité al inicio sostuve que, conforme el artículo 1698 del Código Civil, el convenio arbitral sería nulo por carecer de un requisito constitucionalmente establecido para su validez¹³.

Este argumento, que como se vio es también el de una de las salas de la Corte Nacional de Justicia, sigue sin ser aceptado por quienes consideran que la nulidad de la cláusula arbitral pactada por una entidad pública, está regida por reglas propias y que estas constan en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Me parece, sin embargo, que las reglas especiales de nulidad aplicables a cláusula arbitral, no pueden considerarse como exclusivas a menos que se lo diga expresamente y, por lo tanto, no derogan, con su sola existencia, las reglas generales.

Así lo estableció en su momento la Corte Suprema de Justicia al conocer un caso en el que una de las partes argumentaba que los contratos administrativos tenían reglas propias de nulidad (en ese entonces el artículo 382 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control¹⁴) y no les eran aplicables las regulaciones que sobre la materia contenía el Código Civil. La Corte, sin embargo, consideró que se debe admitir “por sana lógica que, en efecto, la validez de un contrato celebrado por el Estado o por otra persona de derecho público también puede verse afectada por estas causas [se refiere a las contempladas en el Código Civil], que tienen un carácter

13. J. P. AGUILAR ANDRADE, N. 1, p. 87.

14. Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Artículo 382, RO No. 337, 16/05/1977.

general, previo, indispensable y que, sin duda, se refieren a situaciones jurídica y éticamente mucho más graves”¹⁵.

Pero aun cuando esto no fuera así, la falta de autorización de la Procuraduría General está incluida, sin duda, en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esto porque la letra d) de ese artículo incluye, como causal de nulidad del convenio arbitral el hecho de que este haya sido suscrito por quien no está autorizado para contratar a nombre de la entidad pública que corresponda. Si la Constitución exige, para pactar arbitraje, que quien lo haga esté autorizado por la Procuraduría General, no cabe duda que quien suscribe el convenio arbitral sin esa aquiescencia, no está autorizado para hacerlo y, por ende, se configura la causal a la que se ha hecho referencia.

Conviene, sin embargo, enfocar el tema desde el punto de vista del contratista que celebra un contrato que incluye un pacto arbitral y que, al momento de presentar la demanda, encuentra que ese pacto no contó con la autorización de la Procuraduría General. ¿No hay aquí una afectación a la confianza legítima?

Hay quien sostiene que sí. El contratista, se dice, supone que un pacto arbitral está en un contrato porque la Administración ha cumplido con los requisitos necesarios para incluirlo; esto, con más razón, si se toma en cuenta que los contratos administrativos son de adhesión, sus términos son los establecidos por la entidad contratante y no cabe negociar su contenido. Se cita, para sustentar este criterio, el inciso final del artículo 22 del Código Orgánico Administrativo, según el cual los “derechos de las personas no se afectarán por errores

15. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial, Serie XVII, Número 2, p. 347, 28/10/1999.

u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos”¹⁶.

Creo, sin embargo, que se trata de una norma que no se aplica al caso que nos ocupa. En efecto, el principio de confianza legítima tiene que ver con la necesidad de que la Administración respete los derechos conferidos a los particulares en virtud de actos administrativos, sin que le sea dable dejarlos sin efecto por la existencia de irregularidades que son el resultado de las omisiones o errores cometidos por los servidores públicos que tenían a su cargo el procedimiento; los particulares, entonces, confían en la legalidad de los actos administrativos y no cabe que estos últimos puedan ser dejados sin efecto, y sus derechos afectados, por fallas de los funcionarios administrativos.

Un convenio arbitral no es un acto administrativo que genera derechos, sino el resultado de un acuerdo que establece reglas de comportamiento futuro y, claro, derechos y obligaciones. Estos derechos, sin embargo, no son conferidos por la Administración, sino que son resultado del acuerdo entre las partes.

Me referiré más adelante a lo que esto implica para el contratista. Por ahora, es necesario tomar en cuenta que el principio de confianza legítima sí es aplicable cuando los hechos o los pronunciamientos de la Administración, generen en el particular algún tipo de certeza sobre lo que puede esperarse en determinados casos. Si nos concentramos en la autorización de la Procuraduría General para pactar arbitraje, se puede hablar de confianza legítima cuando, expresamente o por medio de actuaciones concretas, la Administración ha hecho evidente que considera que hay casos que no requieren esa autorización.

16. Código Orgánico Administrativo, N. 4, Artículo 22.

Hay un buen ejemplo de lo dicho, surgido de un pronunciamiento expreso de la Procuraduría General del Estado, por medio del cual estableció que, cuando las entidades contratantes sometidas a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública sean personas jurídicas de derecho privado, la autorización para pactar arbitraje no será necesaria¹⁷. Si el propio ente encargado de conceder la autorización sostiene que no debe darla en determinados casos, no es admisible que este requisito sea exigido por los árbitros ni, peor aún, alegado por el contratante.

El principio aplicable en caso de que un contratista demande a partir de un convenio arbitral que no fue autorizado por la Procuraduría General, sería aquél en virtud del cual no debe escucharse a quien alega su propia torpeza o, recurriendo al brocardo, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. La entidad contratante, entonces, no puede alegar la falta de la autorización que a ella le correspondía obtener, al intervenir en un arbitraje.

La existencia o no de la autorización de la Procuraduría General es un requisito cuyo cumplimiento debe constatar el árbitro o el tribunal arbitral a cargo de conocer la demanda. Esto porque hacer el análisis que le lleve a resolver sobre su propia competencia es la primera obligación de los árbitros, tal como lo manda el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁸; cuando la demanda se refiera a un contrato administrativo, entonces, los árbitros están obligados a constatar si se cuenta o no con la autorización requerida por el artículo 190 de la Constitución de la República, aunque esto no haya sido alegado por el demandado¹⁹.

17. Procuraduría General del Estado, Oficio No. 08823, 09/12/2016.

18. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10, Artículo 22.

19. Constitución de la República, N. 11, Artículo 190.

Ahora bien, esto nos lleva de vuelta al caso en que la persona adjudicada con un contrato la que revisa el proyecto que consta en los documentos precontractuales, se topa con una cláusula arbitral, sin ninguna indicación sobre la existencia de una autorización de la Procuraduría General del Estado para que la misma conste en el instrumento. ¿Debe el particular confiar, simplemente, en que esa autorización existe? ¿Puede argumentar que el texto de la cláusula, por sí solo, generó en él la confianza de que la vía de solución de controversias sería el arbitraje y que la entidad contratante había cumplido los requisitos necesarios para pactarlo?

No se trata, me parece, como se ha sostenido en algunos casos, de que el particular se niegue a suscribir el contrato mientras no se cuente con el pronunciamiento de la Procuraduría. El tema no tiene que ver con lo que parece desprenderse de esta afirmación: esa idea según la cual el arbitraje sería superior a la hora de resolver las controversias contractuales y habría el derecho a exigir que se lo incluya en el contrato.

Los contratos administrativos son contratos de adhesión, configurados conforme con las necesidades públicas que se pretende satisfacer; el particular no puede negociar sus condiciones pero sí evaluar la conveniencia de aceptarlas y, si opta por celebrar el contrato, deja en claro que las considera adecuadas y por eso se compromete a cumplirlas.

En realidad, el arbitraje no es por sí solo más o menos adecuado que el recurso a la justicia estatal; es dentro de la definición de una estrategia determinada, de la evaluación de las condiciones particulares del contrato y de las partes que en él intervienen, que puede resultar conveniente o no. En esta medida, quien busque celebrar un contrato con una entidad pública debe, si esta última ha propuesto un pacto arbitral, analizar si ese pacto resulta o no conveniente para

su caso particular y, de no serlo, renunciar a intervenir en el contrato, de la misma manera que lo haría si considera que las exigencias técnicas de la obra, o determinadas condiciones de una provisión de bienes, no le resultan adecuadas.

En esta medida, si la inclusión de una cláusula arbitral se convierte en una estipulación que el potencial contratista considera indispensable, deberá retirarse de cualquier procedimiento que no la incluya o que, incluyéndola, no permita conocer si se han cumplido los requisitos necesarios para que la cláusula surta efectos.

No se trata, obviamente, de buscar una negociación que la contratación pública no acepta, sino de hacer las consultas necesarias para llenar los vacíos o corregir las imprecisiones que puedan existir en la estipulación y, obviamente, conocer si existe la autorización del Procurador General. La forma en que la entidad contratante conteste o evada la pregunta, o el hecho de que afirme contar con la autorización sin presentarla, permite al potencial contratista tener la certeza, o casi la absoluta seguridad, de que la cláusula que tiene ante sí es o no ejecutable. En otras palabras, de lo que se trata es de contar con información suficiente para evaluar la conveniencia o no de aceptar los términos del contrato, tal como han sido presentados por la contratante.

Pero un contratista serio y conocedor de su negocio, y se supone que los que pretenden contratar con la Administración deben serlo, tiene que estar consciente de la consecuencia de pactar una cláusula sin tener la certeza de su validez (lo que incluye, para el caso que nos ocupa, haber visto la autorización de la Procuraduría) o con la seguridad de que la incluida en el contrato es una cláusula inejecutable. Conviene, eso sí, dejar constancia de que entiende que la autorización no existe, para eliminar el problema de ante quién presentar la demanda si llega un momento en que esta se vuelva necesaria.

No hay, entonces, como a veces se pretende cuando se analiza estos casos, un espacio de incertidumbre al que un contratista ha sido lanzado por obra de una Administración negligente, o incluso malintencionada, a la hora de elaborar el contrato. Puede haber negligencia e incluso mala intención, pero es quien celebra el contrato el que debe evaluar las condiciones que se le han propuesto y asegurarse de su viabilidad. Si hay inseguridad, entonces, esta es el resultado de aquello que el contratista dejó de considerar u omitió.

Ahora bien, para que un contrato no depare sorpresas, no basta con los conocimientos técnicos del contratista, o con la experiencia que haya podido tener en contrataciones similares, sino que resulta indispensable una evaluación jurídica de las condiciones contractuales, de las consecuencias de las mismas y de lo que de ellas puede esperarse.

Siempre existen imponderables, pero a la hora de celebrar un contrato nada hay mejor que asegurar reglas claras y prever adecuadamente las condiciones que puedan presentarse. Aquí la seguridad jurídica depende de la forma en que esta última haya sido configurada por los contrayentes.

Lamentablemente, nuestra cultura jurídica no tiene esta certeza en las estipulaciones contractuales como una de sus preocupaciones. “No ha de pasar nada” es una frase común a la hora de contratar, sobre la base de ese viejo dicho que considera que “en el camino se acomodan las papas”. Lo que ocurre, en realidad, es que las papas acaban desparramándose.

Esto me lleva a una reflexión final.

4. LA CLÁUSULA ARBITRAL COMO TEXTO SIN IMPORTANCIA

Si, como sabemos, un contrato contiene las reglas que rigen la relación entre los contratantes con la misma fuerza

que la ley, según el tantas veces repetido mandato del artículo 1561 del Código Civil, la seguridad que se pueda tener sobre lo que cabe esperar en el curso de la ejecución contractual, depende de lo bien diseñadas y lo previsivas que hayan sido esas reglas.

Sin embargo, y por desgracia en nuestro medio esa suele ser la regla general, esto se descuida y la relación contractual, si no queda librada al azar, al menos acaba plagada de inseguridades, sin que sea necesario hacer hincapié en los costos de todo tipo que ello provoca.

Me atrevo a decir que los contratantes suelen pensar en el contrato como un compuesto de dos elementos: el negocio propiamente dicho (objeto, precio, plazo, etc.), que es aquello en lo que hay que poner particular cuidado, y todo aquello que viene de cajón, un conjunto de cláusulas que tienen que estar ahí y cuya redacción se facilita gracias al copiar y pegar, pero en las cuales no conviene perder mucho el tiempo.

A esto se suma la tendencia a pensar en el negocio contractual como algo que no está destinado al fracaso; la preocupación se centra en detallar qué vendo, cuánto cobraré por ello, cómo debe ser pagado y cuál es el procedimiento para la entrega en los lugares que se indiquen. Pero difícilmente se piensa en el qué hacer si las previsiones no se cumplen, ya por obra de las partes, ya por hechos ajenos a ellas; sin duda hay reglas generales en el derecho que permiten enfrentar esto, pero es necesario que el contrato contemple estos supuestos adaptándolos a las particularidades del negocio de que se trate. Como en cualquier estrategia, hay que planificar todo con miras al triunfo, pero al mismo tiempo debemos contar con un adecuado plan de fuga.

En materia contractual, un elemento esencial de ese plan de fuga es la cláusula de controversias y, para empezar, lo que

se debe definir es si en el caso que nos ocupe será una cláusula necesaria o no; esto porque la ley establece con claridad las vías para la solución de controversias, lo que hace que una estipulación contractual sobre la materia se justifique solo cuando se considere necesario pactar reglas especiales.

Sí, la cláusula de controversias no es necesaria, pero hay casos en que podríamos requerir incluirla. Pero, en la práctica, lo que planteamos no es la necesidad de contar o no con una estipulación sobre controversias, sino que pensamos en esta última como algo que tiene que estar ahí, muchas veces no sabemos muy bien por qué, y que sin duda no merece mayor cuidado porque, otra vez, “no ha de pasar nada”.

Recuerdo siempre a un contratista que trabajaba en una obra importante en la que tropezó con una serie continua de incumplimientos de su contraparte, que parecía empeñada en entorpecer la buena ejecución del contrato. Harto de la situación, se decidió a terminar el contrato y quería tener clara la forma en que debía proceder. Revisado el instrumento, incluía como vía de solución de controversias el arbitraje ante la Cámara de Comercio de París; el problema es que el contratista no tenía los medios para acudir ante ese foro, así que propuso paralizar sus actividades; cuando se le hizo notar que entonces sería la contraparte la que le podría demandarle, también en París, comprendió que estaba atrapado.

¿Por qué firmaste un contrato con esa cláusula? La respuesta no fue otra que la que cabía esperar: “qué he de creer que iba a pasar esto”.

Pues sí, hay que creer que lo peor puede pasar y diseñar una regla previa para ello; y el momento para hacerlo es al inicio, cuando las partes están en buenos términos y no se han producido la serie de problemas que suelen llevar al

rompimiento de la relación y convierten a cualquier acuerdo en imposible.

Las cláusulas compromisorias con las que se topan los árbitros ecuatorianos muestran cómo, en la práctica, se las tiene como textos sin importancia y cómo el interés por usar la vía arbitral, muchas veces, se sustenta en estipulaciones que lo único que hacen es entorpecer una voluntad de la que no se dejó constancia cuando debía hacerse, y que pretende expresarse cuando ya es demasiado tarde.

Volviendo al caso de los contratos administrativos, sin duda que el primer problema reside en los servidores encargados de redactar los textos contractuales, que en un buen número de casos no alcanzan a entender la importancia de contar con documentos precontractuales cuidadosamente elaborados; pero no debe olvidarse que es el contratista el que acepta esas cláusulas y, al hacerlo, asume la responsabilidad por los errores no observados y los vacíos no aclarados.