

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

La autorización del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje nacional en los contratos estatales

Fausto Alberto Albuja Guarderas

Juan Manuel Marchan, Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de magíster en
Derecho de empresa

Quito, enero de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACION DE TESIS

**La autorización del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje nacional
en los contratos estatales**

Fausto Albuja Guarderas

Juan Manuel Marchan, M.A.

Director de Tesis y

Miembro del Comité de Tesis

Vladimir Villalba, M.A.

Director de la Maestría en Derecho de Empresa y

Miembro del Comité de Tesis

Xavier Andrade Cadena, M.A.

Miembro del Comité de Tesis

Luis Parraguez Ruiz, DR.

Decano del Colegio de Jurisprudencia

Victor Viteri Breddy, PH.D.

Decano del Colegio de Postgrados

DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

FAUSTO ALBERTO ALBUJA GUARDERAS

C.I. 1714883798

Ciudad y fecha: Quito, 23 de enero de 2015

AGRADECIMIENTO:

Doy Gracias a Juan Manuel Marchan por su ayuda en la conclusión de este trabajo, a Vladimir Villalba por dejarme participar en el programa de Maestría y al Procurador General del Estado, Dr. Diego García Carrión, por la oportunidad de involucrarme en el mundo del arbitraje en el sector público.

DEDICATORIA:

Dedico este trabajo a Gaby mi compañera de vida, quien ha motivado mi desarrollo profesional y quien con sus valores me inspira cada día a ser un mejor ser humano. Te amo.

RESUMEN

El presente trabajo se refiere a la necesidad de contar con la autorización del Procurador General del Estado para someter a arbitraje nacional controversias en contratos públicos. Al respecto se revisó doctrina y jurisprudencia para sustentarlo. La tesina concluye que la autorización del Procurador General conforme al señalado artículo 190 es previa y obligatoria en contratación pública.

ABSTRACT

This paper refers to the need for the authorization of the Attorney General of the State to submit to arbitration disputes national public contracts. In this regard, doctrine and jurisprudence to support it are reviewed. The thesis concludes that the authorization of the Attorney General under Article 190 is indicated prior and compulsory in government procurement.

Índice

RESUMEN	6
ABSTRACT	7
Introducción:	9
I. La autorización previa del Procurador General del Estado es necesaria para someter a arbitraje nacional controversias surgidas en contratos estatales.	12
I.1. ¿Cómo entender lo que significa la Contratación Pública?.....	13
I.2. Argumentos que sostienen que no es necesaria la autorización previa del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje en materia de contratación pública.	18
I.3. Argumentos que sostienen que el pronunciamiento previo y favorable del Procurador General del Estado es necesario para someter a arbitraje controversias surgidas en contratación pública.	21
I.4 Casos en los que se requiere de la autorización del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje en controversias surgidas a partir de contratos estatales.	27
II.- Un Tribunal Arbitral al decidir sobre su propia competencia no puede inaplicar lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República.	29
II.1 La obligación de un Tribunal Arbitral de velar por el respeto a la Constitución en especial su carácter de norma suprema y su aplicación directa.	31
II.2 La declaratoria de incompetencia de un tribunal arbitral al amparo del artículo 190 de la Constitución podría dejar en indefensión a una persona natural o jurídica privada que demanda al Estado.	32
III.- La declaratoria de incompetencia del Tribunal Contencioso Administrativo por la existencia de cláusula arbitral y la posterior declaratoria de incompetencia por parte de un Tribunal Arbitral con fundamento en el artículo 190 de la Constitución sobre un mismo caso deja en indefensión a la parte accionante.	34
III.1 La excepción de existencia de convenio arbitral.....	34
III.2 La acción extraordinaria de protección como una solución frente a la violación del debido proceso/derecho a la defensa.....	36
IV Conclusiones	41
V Bibliografía	44
VI Jurisprudencia	46
VII Legislación.....	47

Introducción:

El arbitraje¹ como mecanismo de solución de conflictos se ha convertido en una alternativa eficiente para resolver las controversias que se suscitan en entidades públicas o en privadas. Características como la celeridad del proceso, la excesiva carga de trabajo en los Juzgados y Tribunales, la falta de confianza en el sistema judicial, han hecho que los interesados miren a este procedimiento como su principal opción para solucionar sus conflictos. El Estado no puede ser la excepción, por lo que desde hace varios años este mecanismo de solución de conflictos fue incorporado en la legislación ecuatoriana.

Para comenzar, se deber recordar que el arbitraje estuvo regulado en el Código de Procedimiento Civil, en la Ley Orgánica de la Función Judicial y en asuntos comerciales en la Ley de Arbitraje Comercial.

Se distinguía, por lo mismo dos clases de arbitraje a) el civil, que estaba normado por la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil “Del Juicio por Arbitraje” y por la Sección XV del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial y que abarcaba todo asunto que podía someterse a arbitraje, b) el comercial que se hallaba por la Ley de Arbitraje Comercial y que comprendía única y exclusivamente asuntos de naturaleza comercial.²

La Ley de Modernización del Estado publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31-dic-1993 en su artículo 63 consideró al arbitraje como un medio para resolver conflictos de carácter comercial; lo hizo en los siguientes términos: “Los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través de arbitraje nacional o internacional, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las Leyes vigentes.”

La Constitución de 1998, dentro del título correspondiente a la función judicial, artículo 191, reconoció al arbitraje, como un procedimiento alternativo para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

¹ Myriam Salcedo Castro en su obra “Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia, estudio comparativo sobre su evolución en Francia y Colombia” sostiene que: El arbitraje es un modo jurisdiccional de arreglo de conflictos diferente a las jurisdicciones del estado. El recurso al arbitraje no es sino fruto del acuerdo común de las partes del litigio para que éste sea juzgado por una instancia jurisdiccional, distinta a las estatales, y cuya decisión tendrá fuerza de cosa juzgada.

² GUARDERAS Santiago, “El proceso judicial y los métodos alternativos de solución de los conflictos en la legislación ecuatoriana”, s.e., s.a.

La antigua Ley de Contratación Pública establecía la posibilidad de que en el caso de existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución de un contrato, tanto el contratista como el contratante podían utilizar el arbitraje para solucionar sus diferencias. La actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública recoge el mismo principio.

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

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

El artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación ordena que para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir adicionalmente los siguientes:

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

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que los organismos y entidades del sector público pueden someterse a procedimientos de arbitraje en derecho.

Revisadas estas disposiciones podemos concluir que para que proceda el arbitraje en contratación pública es necesario que:

- La materia sea transigible.
- El arbitraje sea en derecho.
- Exista pronunciamiento previo y favorable de la Procuraduría General del Estado.
- La relación jurídica sea de carácter contractual.
- Se incluya la forma de selección de los árbitros³.
- Se establezca la renuncia expresa de la jurisdicción ordinaria por la persona de la entidad pública autorizada para celebrar contratos a nombre de ella.

Uno de los requisitos señalados es el contar con la autorización previa y favorable del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje conforme lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución.

A pesar de la claridad de esta norma se ha generado una discusión respecto de su segundo inciso, por un lado, se manifiesta que no existe la necesidad de un pronunciamiento previo y favorable del Procurador General del Estado, mientras por otro se sostiene exactamente lo contrario.

La inaplicación por parte de los Tribunales Arbitrales de lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución constituye una flagrante violación a la Norma Suprema, generando a los usuarios del sistema arbitral una clara inseguridad jurídica. No se puede justificar dicha posición en que el señalado artículo se remite a lo ordenado en la Ley de Arbitraje y Mediación pues, ésta únicamente establece que es necesaria la autorización del Procurador General del Estado una

³ Dentro del caso **CASO N. ° 0712-09-EP** la Corte Constitucional manifestó lo siguiente: “...En este sentido, si efectivamente una cláusula arbitral no contiene expresamente todos los elementos señalados para que surta efectos, **¿es factible que esta omisión supla la ley?** Efectivamente, la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 16, contiene disposiciones sobre determinación y designación del árbitro (s), así como procedimientos para llevar adelante el arbitraje y ejecutar sus decisiones. En el caso sub judice, como quedó establecido, se trata de un arbitraje independiente, por lo que son aplicables los incisos sexto, séptimo y octavo del artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los cuales complementan o suplen la omisión de la cláusula arbitral. Además, respecto a la indeterminación del árbitro, resulta ciertamente curioso que la Sala desconozca una estipulación expresa respecto a la designación de mutuo acuerdo del Ing. Pedro Pinto Rubianes.

De conformidad con el análisis anterior, y en vista de que la ley suple lo que no se ha estipulado en la cláusula arbitral, es improcedente determinar a la misma como patológica, por lo tanto, la misma surte los efectos jurídicos respectivos.”

vez surgida la controversia. El tomar este punto de vista dejaría aún lado el nuevo caso en el que se requiere de dicha autorización y que lo establece la norma constitucional a saber: la contratación pública.

Durante el desarrollo de este trabajo se buscará demostrar la procedencia de la autorización del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje nacional en los contratos estatales para lo cual, durante el progreso del primer capítulo se analizará conceptos como el de “*Contratación Pública*” así como posiciones a favor y en contra de la obligatoriedad de la señalada autorización. Durante el segundo capítulo revisaré la obligatoriedad que tiene un Tribunal Arbitral de aplicar lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República, respetando su carácter de norma suprema y su aplicación directa. Finalmente durante el tercer capítulo analizaré si la declaratoria de incompetencia del Tribunal Contencioso Administrativo por la existencia de cláusula arbitral y la posterior declaratoria de incompetencia por parte de un Tribunal Arbitral con fundamento en el artículo 190 de la Constitución sobre un mismo caso dejaría en indefensión a la parte accionante y si frente a este caso la acción extraordinaria de protección constituye un claro y aplicable mecanismo de solución.

I. La autorización previa del Procurador General del Estado es necesaria para someter a arbitraje nacional controversias surgidas en contratos estatales.

De la revisión efectuada en la introducción de este trabajo, la legislación ecuatoriana, reconoce al arbitraje como un mecanismo válido para la solución de controversias del sector público.

En efecto, el artículo 190 de la Constitución dispone que:

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

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

Al revisar este inciso, es posible al menos destacar tres elementos para establecer la aplicabilidad de la misma: i) el concepto de contratación pública, ii) el requisito de que la autorización del Procurador General del Estado debe ser previo y favorable; y, iii) la parte final de la norma que señala lo siguiente: “[...] conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

1.1. ¿Cómo entender lo que significa la Contratación Pública?

Partiendo de que éste no es el tema central de mi investigación, creo que para definir a la Contratación Pública es necesario hacer un breve estudio de lo que se entiende por “*contrato administrativo*” y por “*contratos de la administración*”. A partir de aquello llegar a conclusiones que nos permitan entender este concepto.

Mucho se ha discutido en la doctrina si es que efectivamente existe una relación contractual entre el Estado y un particular. Aparentemente este conflicto ha quedado solucionado pues existe una posición mayoritaria que acepta que el Estado también se expresa por medio de contratos, los mismos que han sido denominados como “administrativos”. Vale decir que nuestra legislación sigue esta línea.

A partir de esta definición, también ha surgido un conflicto pues, el llamarlos únicamente “contratos administrativos”, excluiría de por sí, el hecho de que el Estado mantiene relaciones contractuales regidas por el derecho común, lo cual no resulta realista.

Para solventar esta dificultad, entre otras visiones, se ha entendido a los contratos administrativos, como aquellos que están regulados por normas de derecho público (por el derecho administrativo), en donde el Estado contrata revestido de *imperium* justificado por fines

de interés público⁴ y a los que están regulados por el derecho común sin dejar de estarlo, eso sí en menor grado, por el público, se los denomina “contratos de la administración”.

Para otro sector de la doctrina, la solución estaría en denominarlos como “contratos de la administración” o “en la función administrativa”:

En definitiva: en lugar de haber contratos privados con exclusiva aplicación del derecho privado, y contratos administrativos, con un régimen privativo de derecho público, existen contratos de la administración, en los cuales rige en mayor o menor grado, según los casos, el derecho público y el privado.⁵

Lo cierto es que el Estado requiere de bienes y servicios prestados por particulares lo cual, sin duda debe estar regulado y si para ello se requiere de una clasificación como la señalada, debe estarse a la misma a fin de tener claridad con respecto a la relación contractual que surge entre el particular y el Estado y el régimen que la regula.

Sobre la base de lo señalado intentaré definir lo que se entiende por Contratación Pública. La primera pregunta que se me presenta, es que si dentro de ésta, se encuentran inmersos los contratos efectuados por el Estado, regulados por el derecho común y secundariamente por el público o que si únicamente lo están los contratos denominados administrativos.

En tal sentido, en mi opinión y para estos efectos, debería valorarse aspectos como el interés general, la actuación del Estado con potestad de *imperium* y el propio régimen que regula la contratación.

⁴ En el juicio por nulidad de laudo arbitral No. 17113-2014-0354 Sala Civil y Mercantil consta el laudo dictado dentro del proceso arbitral No. 010/10 por los Doctores Edgar Neira Orellana, Miguel Andrade Cevallos y Mateo Lara Guzmán dentro del cual se realiza un análisis en relación las características que debe contener un contrato administrativo, se lo hace en los siguientes términos: “En los “contratos administrativos” es necesaria la concurrencia de al menos tres factores determinantes para ser considerados tales: el primero la finalidad de interés general, el segundo que la figura contractual esté tipificada como tal en las normas legales de contratación administrativa, exigencia que nace del principio de legalidad y, el tercero, que el Estado contrate revestido de *imperium* en ejercicio de una potestad administrativa, esto es ejerciendo competencias sujetas a derecho público. De ahí que no solamente las finalidades de interés general permitan calificar a un contrato como administrativo, sino, además, la presencia de lo que la doctrina identifica como una potestad de *imperium*, es decir, el ejercicio de una prerrogativa de carácter administrativo en la fase precontractual y durante el desarrollo del contrato, potestad que se manifiesta en la existencia de procedimientos licitatorios reglados para la selección de la oferta más conveniente, la expedición de actos administrativos de adjudicación y, en el texto contractual, la presencia de cláusulas exorbitantes, es decir, aquellas en las que el Estado se reserva posiciones de privilegio –siempre que tales cláusulas estén previamente autorizadas en la ley-, que la norma legal tipifique la figura contractual de que se trate en virtud del principio de legalidad”.

⁵ J. SARMIENTO, *Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura , 1999, pág. 103.

Al respecto, la doctrina ha manifestado que:

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa [...] La categoría principal en el campo de la contratación pública, regida por el derecho interno, sigue siendo la figura del contrato administrativo.⁶

En lo que tiene que ver con el interés general, -concepto jurídico indeterminado- sin embargo, para efectos de este estudio lo podríamos delimitar como el bien común que persiguen los contratos en los que participa el Estado es decir, la protección directa o indirecta de los intereses de los ciudadanos en cada uno de ellos, es necesario analizar, si éste se presenta en aquellos suscritos por el Estado cuyo marco regulatorio también es el derecho privado.

La relación contractual en estos casos en principio sería de exclusivo interés de los suscriptores individualmente considerados en tal sentido, podría decirse que estos contratos no perseguirían el interés general que de por sí tienen los contratos administrativos. Sin embargo, debo señalar que es innegable que hay contratos en los que participa el Estado y que son regulados de alguna forma por el derecho privado en donde aparece el interés general en su contenido.

Es preciso señalar que nuestra legislación permite recurrir a categorías de derecho privado cuando la administración actúa dentro de dicho campo. En efecto, así lo dispone el artículo 64 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Es decir, podríamos afirmar que siempre que hay participación del Estado directa o indirectamente se persigue el interés general, sin importar el marco regulatorio de la contratación. Por lo tanto, el interés general no constituye un único elemento diferenciador entre el “contrato administrativo” y el “contrato de la administración”, por lo que considero que ninguna de estas categorías estaría excluida de lo que es la Contratación Pública.

⁶ J.C. CASSAGNE, *El contrato administrativo*, 2da. ed., Buenos Aires, Lexis Nexos Abeledo Perrot, 2005, págs. 13-14.

Por otro lado, está la actuación del Estado con potestad de *imperium*. En aquellos contratos que están regulados por un régimen de derecho privado el Estado no actúa con ésta potestad, las partes están en igualdad de condiciones. En un proceso arbitral (hoy en nulidad) al cual tuve acceso, el mismo que tenía relación con un contrato que el Tribunal Arbitral lo definió como de depósito⁷, éste hizo un análisis interesante en relación a este tema. Sostuvo, luego de revisar las cláusulas del contrato, que en éste el Estado no se había reservado ninguna potestad que demuestre que la relación contractual entre las partes era de subordinación por parte del particular para con el Estado. En efecto el Tribunal señaló que no existía clausula alguna que lo faculte a dar por terminado unilateralmente el contrato y que de las obligaciones mutuas se desprendía una relación de coordinación antes que de subordinación.

Dicho esto, es claro que pueden existir relaciones contractuales con el Estado, reguladas por el derecho privado en donde éste no actúe con potestades de *imperium*.

En mi opinión, éste factor sí es determinante para diferenciar lo que es un contrato administrativo de lo que es un contrato de la administración sin embargo, tampoco excluye al uno o al otro de lo que se entiende por Contratación Pública.

Finalmente, está el hecho de que el contrato debe estar reglado por las normas que rigen la contratación administrativa. En este caso, habría que realizar un análisis del tipo de contrato suscrito por el Estado. Por ejemplo, si éste es de aquellos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sin duda se cumple con este elemento.

Considero que este también es un claro componente diferenciador pues, el marco regulatorio, también podría dar la calidad de administrativo o de la administración a un contrato.

Ahora bien, nos resta definir finalmente lo que implica la Contratación Pública.

⁷ En el juicio por nulidad de laudo arbitral No. 17113-2014-0354 Sala Civil y Mercantil consta el laudo dictado dentro del proceso arbitral No. 010/10 por los Doctores Edgar Neira Orellana, Miguel Andrade Cevallos y Mateo Lara Guzmán dentro del cual señalaron: “Sobre la base de lo que han estipulado las partes aparece claramente que el objeto de “El Contrato” contiene los elementos que pertenecen a la esencia y a la naturaleza del contrato de depósito regulado en el Código Civil: la Empresa Estatal entrega a [...] una cosa corporal mueble: los aerocombustibles son bienes corporales porque pueden percibirse por los sentidos de conformidad con el Art. 583 del Código Civil y tienen naturaleza mueble porque pueden ser trasladados de un lugar a otro conforme establece la definición del Art. 585 del señalado cuerpo legal.

El artículo 6, número 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la define como:

[...] todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.⁸

De la revisión del artículo señalado, sin duda que la definición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública resulta limitada pues, la Contratación Pública⁹ no puede estar concentrada exclusivamente en aquellos procesos regulados al amparo de dicha Ley. En efecto, en nuestra legislación existe normativa que permite la contratación fuera del alcance de la señalada ley orgánica y que debe ser considerada como Contratación Pública. A manera de ejemplo se puede mencionar a la Ley de Hidrocarburos.¹⁰

La Corte Constitucional en sentencia interpretativa estableció lo que se entiende por contratación pública al señalar que: “El artículo 190 [...], entendida ésta como la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas por ejemplo, con licitaciones, concurso público de ofertas etc.”¹¹

De la lectura de la cita, se desprende que la Corte si bien instauró que existe Contratación Pública en tanto haya una relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado deja claro y a manera de ejemplo que esta relación puede darse por medio de licitaciones o concursos públicos, sin dejar aún lado, el hecho de que puede existir Contratación Pública en casos en los que no se aplique estos procesos, justamente porque lo

⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 6. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁹ El Dr. Efraín Pérez, en su libro Derecho Administrativo, Tomo II, de la Corporación de Estudios y Publicaciones 2006, pág. 793 señala: “No existe una definición legal de lo que se entienda por “contratación pública” en el Ecuador, como se observó anteriormente, por lo cual de manera cotidiana se ha entendido que esta denominación aplica a los contratos sometidos a la Ley Orgánica de Contratación Pública y anteriormente a la derogada LCP.”

¹⁰ En un escrito personal anterior limite el concepto de contratación pública únicamente a los procesos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Considero que esa posición inicial no fue la acertada y corrijo por medio de este nuevo análisis.

¹¹ Corte Constitucional. *Sentencia interpretativa 0001-09-SIC-CC*, 13 de marzo de 2009. Registro Oficial Suplemento No. 549 de 16 de marzo de 2009.

que hace es una mención ejemplificativa es decir, no todo aquello que está regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En base al análisis expuesto podemos llegar a varias conclusiones que podrían ayudar a entender el contenido de la Contratación Pública a saber: i) es necesaria la participación del Estado lo cual puede generar una conexión directa o indirecta con el interés general, ii) el Estado puede o no actuar con potestad de *imperium*, iii) el contrato puede o no estar regulado exclusivamente por normas de la contratación administrativa, y, iv) el contrato puede estar regulado por normas de derecho privado.

Por lo tanto, podemos señalar que existe Contratación Pública tanto en contratos administrativos o en los llamados de la administración.

En tal sentido, es posible concebirla como aquella ejecutada por entidades del sector público, con entes privados o públicos, en donde éstas pueden o no actuar con potestad de *imperium* y que tiene entre otros fines fundamentalmente el precautelar el interés general o bien común directa o indirectamente. Es pertinente señalar que la relación contractual puede estar regulada por normas de la contratación administrativa o por normas de derecho privado.

1.2. Argumentos que sostienen que no es necesaria la autorización previa del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje en materia de contratación pública.

Esta posición entre otros argumentos sostiene que:

[...] una recta y completa aplicación del Art. 190 de la Constitución de la República exige remisión a las condiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y de la Ley de Arbitraje y Mediación, para establecer en qué casos específicos se debería obtener, previamente, el informe favorable de la Procuraduría que manda obtener la Constitución, y evitar con ello la nulidad del convenio arbitral.¹²

¹² E. NEIRA, *La Constitución de 2008 y el Arbitraje bajo la Ley Ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes del texto constitucional, de su equivocada aplicación* en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2011, pág. 48-63.

Para sustentar lo señalado se realiza: i) un análisis respecto de las discusiones que se tuvieron con relación al artículo 190 de la Constitución en la Asamblea de Montecristi; y, se argumenta que ii) la Ley de Arbitraje y Mediación únicamente prevé la necesidad del pronunciamiento del Procurador General del Estado una vez que haya surgido la controversia.

En lo que tiene que ver con las discusiones de la Asamblea se sostiene que la Mesa Constituyente No. 8 propuso para segundo debate a la Asamblea un texto en el que se establecía que en el caso en el que intervenga el sector público en un arbitraje éste “[...] procederá únicamente en relaciones jurídico mercantiles y previo informe favorable del Procurador General del Estado”.¹³

Según el Dr. Edgar Neira Orellana principal defensor de esta tesis “[e]n este proyecto inicial, la Mesa No. 8 había fijado como un requisito de carácter general y absoluto, que todo arbitraje que comprometa una entidad pública debía contar con el informe favorable del Procurador General del Estado”. Propuesta que finalmente no fue aceptada.

Lo que aconteció fue que se aceptó el texto actual del artículo 190 que según el Dr. Neira dispone que el pronunciamiento del Procurador General del Estado debe darse conforme a las condiciones establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación.

En lo que tiene que ver con el argumento de que la Ley de Arbitraje y Mediación únicamente dispone que debe existir el pronunciamiento del Procurador General del Estado una vez surgida una controversia entre una entidad pública y un particular se ha señalado que: i) a pesar de que la Ley de Arbitraje y Mediación es anterior a la expedición de la Constitución de la República ésta no es contradictoria con la misma pues no objeta sus preceptos, al contrario convive en armonía con ésta; y, ii) en consecuencia la señalada Ley debe “fijar las condiciones para la validez del convenio arbitral”.

En tal virtud, lo aplicable sería lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, específicamente lo prevenido en el artículo 4, literal a), que establece que únicamente se

¹³ *Ibíd*

requiere de la autorización del Procurador General del Estado en caso de que se quisiera firmar un convenio arbitral una vez surgida la controversia.

Es necesario rescatar que llegó a mi conocimiento un caso arbitral actualmente en nulidad, en el que un Tribunal Arbitral, al declararse competente para conocer la causa, utilizó la postura señalada, al analizar el artículo 190 de la Constitución, lo hizo bajo el siguiente argumento:

“5) El inciso tercero que contiene el literal a) de dicho artículo, que se ha transcrito, distingue dos situaciones diferentes: la primera que el convenio arbitral se haya pactado con anterioridad al surgimiento de la controversia, como es el caso actual, pues tal convenio consta pactado y estipulado en el propio contrato de Consultoría, en su cláusula VIGESIMA PRIMERA, en la fecha de su suscripción y celebración, esto es el 12 de noviembre de 2008. La segunda situación se refiere a que el convenio arbitral no se haya pactado con anterioridad al surgimiento de la controversia, sino que se lo pacte o firme una vez surgida la controversia, en cuyo caso, la norma legal transcrita exige que se consulte y se obtenga dictamen del Procurador General del Estado, situación que no es la que ha ocurrido en este caso.”¹⁴

En su laudo el Tribunal señaló:

“ Por consiguiente, y como se dijo ya y motivadamente en la audiencia de sustanciación que tuvo lugar en esta causa los días 16 de abril y 22 de mayo de 2012 y consta en el acta de fojas 815 a 819 de acuerdo con la ley -obviamente, la Ley de Arbitraje y Mediación que es ley especial en esta materia-, solamente cuando se quiera firmar un convenio arbitral luego de surgida la controversia es que se requiere de consulta al Procurador General del Estado, cuyo dictamen es de obligatorio cumplimiento para la entidad estatal consultante. Pero este no es el caso presente, pues el convenio arbitral celebrado entre la Superintendencia de Bancos y Seguros y el consultor –actor en esta causa arbitral-, se lo pactó con anterioridad al surgimiento de la controversia, y fue suscrito por la Superintendente de Bancos y Seguros, máxima personera de la SBS.”¹⁵

Debo señalar que este es el único caso que conozco en el que un Tribunal Arbitral haya optado por seguir este argumento.

Sin embargo, expongo otro caso en el que un Tribunal Arbitral le dio una interpretación distinta a aquella que establece que el único caso en el que se requiere de la autorización del Procurador General del Estado para someterse a arbitraje nacional, es una vez surgida la

¹⁴ Juicio de Nulidad de laudo arbitral No. 10-2014-BL tramitado ante la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

¹⁵ *Ibíd.*

controversia conforme lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, al sostener que cuando el artículo 190 de la Constitución habla de las “condiciones establecidas en la Ley” se refiere a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En efecto, este Tribunal constituido bajo la administración de Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito por los Doctores Luis Carlos Fernández Gilbert y Mauricio Gándara Gallegos sostuvo que:

El Art. 190 de la de la [SIC] Constitución, establece que en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, siempre que se cuente con el informe previo y favorable del Procurador General de Estado ‘conforme a las condiciones establecidas en la Ley’, refiriéndose obviamente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2. El numeral quinto del Art. 6 de la mentada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define a la contratación pública como: ‘... todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra [...]’

1.3. Argumentos que sostienen que el pronunciamiento previo y favorable del Procurador General del Estado es necesario para someter a arbitraje controversias surgidas en contratación pública.

Tal como se mencionó, se ha cuestionado sobre la necesidad y obligatoriedad de contar con la autorización previa y favorable del Procurador General del Estado para someter a arbitraje nacional los conflictos que puedan derivarse de la contratación con el Estado.

Considero que dicha posición es respetable pero debo hacer algunas observaciones a la misma:

En primer lugar el argumento no considera que el artículo 190 de la Constitución estableció un caso adicional a los establecidos en la Ley de Arbitraje y Medición en el que se requiere de la autorización del Procurador General del Estado para someter a arbitraje una controversia, a saber: en contratación pública.

Señalo que es adicional pues la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que dicha autorización se requiere únicamente en dos situaciones: una vez surgida la controversia y en los casos de arbitraje internacional.

En segundo lugar desconoce que la Ley de Arbitraje y Mediación es anterior a la expedición de nuestra actual constitución. Afirmar que no se requiere de la autorización previa del Procurador General del Estado en materia de contratación pública, es contradecir directamente el artículo 190 de la Constitución, lo cual vulnera lo dispuesto en sus artículos 424 y 426.

En tercer lugar, la Constitución de 1998¹⁶ no contemplaba la autorización previa en materia de contratación pública, lo que si manifestaba era la remisión a la Ley de Arbitraje y Mediación.

Es decir, en la circunstancia antes señalada no existía otro caso distinto a los de la Ley de Arbitraje y Mediación en el que se requiera de la autorización previa de la Procuraduría General del Estado. Por lo tanto, dicha ley a pesar de ser anterior, coexistía armónicamente con la Constitución de 1998.

De otro lado, como se manifestó, la Constitución de 2008, incluye un nuevo caso en el que se requiere de la autorización de la Procuraduría General del Estado, esto es, en la contratación pública, el mismo que se suma a los contemplados en la Ley de Arbitraje y Mediación. Pensar que únicamente es necesaria la autorización del Procurador en los

¹⁶ Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

supuestos que desarrolla la Ley de Arbitraje y Mediación, implica el incumplimiento de la norma constitucional.

Al respecto, creo necesario verificar las discusiones que sobre el artículo mencionado se realizaron en la Asamblea Constituyente:

El Informe de Mayoría, preparado en la Mesa Constituyente No. 8 para el primer debate¹⁷, sobre el primer texto del artículo 190, establecía:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán cuando el conflicto se refiera a materias que se pueda transigir, con sujeción a la ley. En los conflictos del sector público el arbitraje procederá únicamente previo informe favorable del Procurador General del Estado”, señaló:

Primero se ratifican los medios alternativos de solución de conflictos, como procedimientos no litigiosos para resolver controversias, siempre que se refieran a materias en que se pueda transigir y **se introduce un elemento de seguridad para el interés público, puesto que convierte en norma constitucional la obligatoriedad para el Estado de solicitar informe a la Procuraduría...** (Lo resaltado me corresponde)

Respecto de este texto, la Asambleísta Rosana Alvarado señaló:

Me parece muy importante elevar a norma constitucional, la necesidad de que **el arbitraje en el sector público proceda, únicamente, con el informe favorable del Procurador General del Estado**, es muy acertado ese precepto constitucional. (Lo resaltado me corresponde)

En relación con la frase “con sujeción a la ley”, el Asambleísta Rafael Esteves, en el primer debate, manifestó: “[...] se agregue en la parte final ‘en la ley que se expedirá en seis meses contados a partir de la vigencia de la presente Constitución”.

Se entiende que la intención de esta norma constitucional era ser reglada por una ley posterior que establezca las condiciones y los procedimientos para someterse a los métodos alternativos de solución de conflictos.

Posteriormente, para el segundo debate la norma propuesta establecía:

¹⁷ Asamblea Constituyente. Acta No. 063 de 17 de junio de 2008.

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán en materias en las que por su naturaleza se puedan transigir, y con sujeción a la ley. Dichas resoluciones estarán sujetas al control de constitucionalidad cuando sean vulnerados los derechos humanos. En los conflictos en los cuales intervenga el sector público, el arbitraje procederá únicamente en relaciones jurídico mercantiles y previo el informe favorable del Procurador General del Estado.

El Informe de Mayoría de la Mesa Constituyente 8¹⁸, explicó:

[...] se delimitó claramente la condición para que el sector público se sujete, esto es, únicamente en las relaciones jurídicas mercantiles, **manteniendo la propuesta del informe previo por parte del Procurador General del Estado.** (Lo resaltado me corresponde)

La Asambleísta Gina Godoy, ponente de la Mesa 8 ratificó el contenido de esta norma al manifestar:

En relación con el tema de la solución de conflictos, se incluyeron también las observaciones donde se puntualizaba la necesidad de precisar que el arbitraje donde participa el sector público será exclusivamente en las relaciones jurídico-mercantiles, **manteniendo el criterio inicial de sustentarse en el informe favorable del Procurador General del Estado.** (Lo resaltado me corresponde)

A continuación el Asambleísta Eduardo Maruri, en forma muy clara manifestó:

Me tocó como Presidente de la Cámara de Comercio, manejar un Centro de Arbitraje y estos métodos alternativos de solución suelen ser muy efectivos. Pero **es importante que se clarifique que el Procurador debe dar un dictamen previo a la inclusión de la cláusula arbitral, no después**, es decir, no debe ser una disposición legal sino **que el procurador diga previamente en este contrato vamos al arbitraje** y creo que eso no está claramente escrito o dicho ahí. Pero es muy importante que ese dictamen previo sea para incluir la cláusula arbitral, no para ir a un arbitraje después, los arbitrajes se transan previamente para que luego esta resolución sea la última instancia, por eso son arbitrajes.” (Lo resaltado me corresponde)

Adicionalmente, el Asambleísta León Roldós, al referirse al requisito del pronunciamiento previo del Procurador General del Estado, expresó:

[...] Y, **estoy de acuerdo en que haya pronunciamiento del Procurador, pero puede en dos momentos: un momento antes del contrato, por lo tanto en el contrato conste expresamente la vía arbitral y otro momento si no está en contrato frente al litigio**

¹⁸ Asamblea Constituyente. Acta No. 078 de 07 de julio de 2008.

puntual, y además siempre debe ser citado para que concurran como parte la Procuraduría General del Estado. (Lo resaltado y subrayado me corresponde)

Finalmente, el texto actual del artículo 190 de la Constitución, fue aprobado en base al Texto Trabajado por la Subcomisión¹⁹, integrada por los assembleístas Fernando Vega, León Roldós y Gina Godoy, ésta última quien fue ponente de la Mesa No. 8, explicó:

Por otro lado, la necesidad de establecer el informe de la Procuraduría, se enmarca en un arbitraje en Derecho, en tanto **el espíritu de la norma es resguardar los intereses del Estado en la contratación pública**". (Lo resaltado me corresponde)²⁰

Es decir, durante la estructuración de la norma constitucional y hasta la aprobación del texto definitivo, siempre se buscó mantener el pronunciamiento previo del Procurador General del Estado considerando los intereses estatales reflejados en la contratación pública.

Por otro lado, revisados algunos autores encontré que por ejemplo el Dr. Alejandro Ponce Martínez, ha sostenido sin distinción alguna que en los casos en los que una institución pública sea parte de un convenio arbitral se requiere de la autorización previa del Procurador General del Estado, lo hace al tenor siguiente:

Si una de las partes en el convenio arbitral es el Estado o una institución pública, el acuerdo debe necesariamente suscribirse con aprobación previa del Procurador General del Estado y solo puede referirse a controversias derivadas de contratos. El acuerdo arbitral debe estar suscrito, con renuncia de la jurisdicción legal u ordinaria, por la persona de la entidad pública autorizada para celebrar contratos a nombre de ella. Sin estos requisitos el acuerdo arbitral es nulo.²¹

El Dr. Xavier Andrade Cadena, en su artículo "Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana"²², señala:

Antes de la expedición de la actual Constitución, las instituciones del sector público requerían el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado para someterse a arbitraje únicamente en los siguientes casos: (i) cuando se pactaba un compromiso arbitral sobre disputas ya suscitadas, y, (ii) cuando el arbitraje fuera de naturaleza internacional, salvo que estuviere pactado en tratados internacionales. Con

¹⁹ Asamblea Constituyente. Acta No. 082 de 11 de julio de 2008.

²⁰ Investigación sobre el contenido de las actas efectuada por la Ab. Diana Terán Zamora para la defensa del Estado ecuatoriano en casos de arbitraje nacional.

²¹ A. PONCE, *Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación Ecuatoriana*, en *La Clausula Arbitral*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011, pág 440.

²² X. ANDRADE, "Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana" *Revista de Arbitragem e Mediação*. 2009

la nueva norma constitucional, esta autorización previa es obligatoria en todas las contrataciones públicas sin excepción.

Es importante destacar así mismo que en reiteradas ocasiones, los tribunales arbitrales se han declarado incompetentes para conocer las controversias derivadas de los contratos en los que, habiendo una cláusula arbitral, no se cumplió con el requisito indispensable de solicitar el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, conforme lo dispone la norma constitucional antes transcrita.

En un proceso arbitral, ante el Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito (CENAMACO), el Tribunal arbitral decidió su incompetencia para conocer sobre el tema, al señalar:

La constitución es Ley suprema y, por lo tanto, mientras el Art. 190 de la Constitución se halle vigente, este Tribunal no es competente para conocer el conflicto arbitral planteado, por que previamente a suscribir el contrato, la [...], cometió una grave omisión al no contar con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.- La contratista, [...], por su parte, no debió suscribir el contrato mientras la institución pública contratante no cuente con la debida autorización, ya que la ignorancia de la Ley no excusa a persona alguna [...]

Asimismo, en el Centro antes señalado un Tribunal Arbitral manifestó:

Tanto el actor como la Procuraduría General del Estado coinciden en que para la procedencia de este proceso arbitral, es necesario el pronunciamiento previo del Procurador General del Estado, como efectivamente tal pronunciamiento no se ha emitido este tribunal se declara no competente para conocer el conflicto arbitral planteado [...]

En igual sentido, un Tribunal Arbitral constituido dentro de un arbitraje ante el CENAMACO, estableció:

[...] para que dicha cláusula tenga eficacia y produzca los efectos legales de un convenio arbitral entre las partes, es decir, otorgar competencia a los jueces convencionales e inhibir de las misma a los jueces ordinarios, en el presente caso era requisito “sine qua non” que exista un pronunciamiento previo y favorable del Procurador General del Estado... por lo que, este Tribunal, al no existir dicho requisito constitucional, considera que la cláusula que el Actor alude en el libelo de su demanda como contentiva del convenio arbitral, es ineficaz; por lo que se declara NO COMPETENTE para conocer el conflicto arbitral planteado [...]

Por lo tanto y en base a todo lo expuesto, es indiscutible que la autorización del Procurador General del Estado en los casos de contratación pública debe ser anterior a la suscripción del convenio arbitral, conforme lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución.

1.4 Casos en los que se requiere de la autorización del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje en controversias surgidas a partir de contratos estatales.

Tal como se lo señaló en líneas anteriores existen varios casos en los que se requiere de la autorización del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje en una controversia surgida a partir de una relación contractual, a saber: i) en materia de contratación pública, ii) una vez surgida la controversia, y iii) arbitraje internacional.

No puedo dejar de mencionar también el caso establecido en la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que refiere a la posibilidad de que las entidades y organismos del sector público puedan aceptar otra jurisdicción y legislación en contratos suscritos con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras, para la solución de controversias. Circunstancia ante la cual también se requiere de la autorización del Procurador General del Estado.

Con relación al primer caso, éste ha sido ampliamente desarrollado en los numerales anteriores.

En cuanto al establecido en el literal a) del artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación esto es, aquel que refiere a la necesidad de contar con la autorización del Procurador General del Estado una vez surgida la controversia, la disposición es clara. En caso de que una institución pública decida someter una controversia derivada de un contrato en el que no se haya pactado arbitraje previamente, puede hacerlo siempre que haya el pronunciamiento previo de la Procuraduría.

Cómo es lógico el convenio deberá contener el resto de requisitos establecidos en la Ley, a fin de que éste, tenga validez, a saber: i) que la materia sea transigible, ii) que la relación jurídica sea de carácter contractual, iii) que el arbitraje sea en derecho, iv) que el convenio arbitral se encuentre suscrito por la máxima autoridad de la institución; y, v) que exista la renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria.

En mi opinión, entre otros aspectos, este pronunciamiento busca verificar que el convenio arbitral cumpla con los requisitos establecidos en la Ley así como, brindar asesoría a las instituciones públicas a fin de que éste no contravenga los intereses estatales ni adolezca de patologías que a futuro perjudiquen a las partes. De esta forma tanto la institución pública como el particular pueden acceder a éste mecanismo alternativo, sin inconveniente alguno.

Finalmente, en lo que tiene que ver con arbitraje internacional tanto la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado como la Ley de Arbitraje y Mediación establecen la necesidad del pronunciamiento de la Procuraduría así como los requisitos de procedencia de un arbitraje de esta naturaleza.

En efecto, el artículo 11 de la señalada Ley Orgánica dispone que para someterse a arbitraje internacional las instituciones del sector público deben contar con el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado, así mismo ordena que el arbitraje debe ser en derecho.

En cuanto al requisito de que el arbitraje sea en derecho creo que es relevante señalar que la Corte Constitucional mediante sentencia interpretativa señaló que:

“[...] en los contratos de empréstito internacional, cuando de estipulen cláusulas que incorporen la expresión “fallo en conciencia”, deberá entenderse como sinónimo de “fallo en equidad”, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República; [...]”²³

Según la interpretación, la obligación legal de que todo arbitraje en el que participe el Estado debe ser en derecho, tiene una excepción al amparo de lo dispuesto en el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República, la misma que tiene que ver con la contratación de deuda externa. En éste caso el arbitraje podría ser en equidad. Por no ser materia de éste estudio no ahondaré en este tema.

²³ Corte Constitucional. *Sentencia interpretativa No. 0001-09-SIC-CC*, 13 de marzo de 2009. Registro Oficial suplemento No. 549 de 16 de marzo de 2009.

Por su parte, los artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación mandan que un arbitraje es internacional siempre que se cumpla con los siguientes requisitos, con cualquiera de ellos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio, tengan sus domicilios en estados diferentes.
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio, se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales de la colectividad.²⁴

Así mismo, disponen que para las instituciones del sector público puedan someterse a arbitraje internacional requerirán de la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución, previo el informe favorable del Procurador General del Estado.

II.- Un Tribunal Arbitral al decidir sobre su propia competencia no puede inaplicar lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República.

Una de las principales obligaciones de todo tribunal arbitral es la aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz²⁵.

La Corte Constitucional de Colombia lo ha definido de la siguiente manera:

El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado, las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento, las reglas de los principales centros de arbitraje internacional, las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales y la doctrina especializada en la materia, así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales. En virtud de este principio, los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento.²⁶

²⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 41. Registro Oficial No. 41 de 14 de diciembre de 2006.

²⁵ Resolver sobre su propia competencia

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1224/08.

Este principio se encuentra recogido en nuestra legislación en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En efecto, el señalado artículo manda que una vez que se ha constituido el Tribunal Arbitral, éste señalará día y hora para que se realice la denominada audiencia de sustanciación, en donde el Tribunal: i) posesionará al secretario del caso, ii) ordenará la lectura del convenio arbitral; y, iii) resolverá sobre su propia competencia.

Así mismo, ordena que una vez que el Tribunal Arbitral se declare competente éste dispondrá la práctica de pruebas solicitadas previamente por las partes, dentro del término que el Tribunal señale.

Finalmente, en caso de requerirlo podrá solicitar a las partes la precisión de sus pretensiones.

Como se puede observar, la audiencia de sustanciación es el momento procesal oportuno para que un Tribunal Arbitral decida sobre su competencia, decisión que no está por demás señalarlo, debe estar debidamente motivada. Para poder declararse competente, a criterio del Dr. Alejandro Ponce Martínez un Tribunal Arbitral al menos debe considerarse lo siguiente:

1. ¿Existe o no convenio arbitral?
2. ¿Han renunciado o no las partes al convenio arbitral?
3. ¿Es el convenio arbitral válido?
4. ¿Son las partes capaces de acudir al arbitraje?
5. ¿Recae el convenio arbitral sobre un asunto sobre el cual es posible transigir?
6. ¿Existen los requisitos formales para que el convenio arbitral exista y sea válido?
7. ¿Los asuntos que cada una de las partes ha sometido a arbitraje, tanto en la demanda, como en la contestación, reconvencción y réplica se hallan comprendidos dentro del convenio arbitral que se lo considera válido?
8. ¿Debe excluirse de la competencia del tribunal uno o más asuntos constantes en los petitorios iniciales de cualquiera de partes por cuanto tales pretensiones, posiciones o excepciones no se hallan comprendidas en el convenio arbitral o no son susceptibles de arbitraje?²⁷

Sobre la base de estas consideraciones, no cabe duda que la resolución de competencia de un Tribunal Arbitral es fundamental para respetar el debido proceso al que tienen derecho las partes en un arbitraje. Dentro de ésta, el Tribunal debe analizar la aplicabilidad de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 190 de la Constitución.

En el capítulo anterior expuse las razones por las cuales es necesaria la autorización previa del Procurador General del Estado para someterse a arbitraje en contratación pública.

²⁷ A. PONCE, *Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación Ecuatoriana*, en *La Clausula Arbitral*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011, pág. 444.

Dentro de ese análisis señalé que la falta de aplicación de la norma constitucional vulneraría lo dispuesto en el artículo 424 de la Norma Suprema. Adicionalmente contravendría lo ordenado en su artículo 426.

Efectivamente, al ser la Constitución la norma suprema, jerárquicamente está sobre el resto de aquellas contempladas en el ordenamiento jurídico²⁸ en tal sentido, toda persona natural y jurídica pública o privada debe estar sujeta a sus disposiciones. Incluso, los jueces autoridades administrativas y funcionarios públicos, deben aplicarla de manera directa.

En ese orden de ideas, los árbitros no estarían exentos de respetar la norma constitucional más aún, al tener facultades jurisdiccionales están obligados a aplicar dicha norma en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales. Si bien éstas son parciales en tanto en cuanto no pueden hacer ejecutar sus decisiones pues, de conformidad con lo expuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación esta competencia le corresponde a los jueces ordinarios no cabe duda, que los árbitros administran justicia y son los responsables de que en un proceso arbitral sean respetados los derechos de las partes.

En tal sentido, los árbitros al momento de decidir sobre su propia competencia no pueden dejar de aplicar normas constitucionales, como es el caso del artículo 190. A continuación desarrollaré los argumentos sobre los cuales descansa esta afirmación: i) la supremacía constitucional; y, ii) la aplicación directa de la Constitución.

II.1 La obligación de un Tribunal Arbitral de velar por el respeto a la Constitución en especial su carácter de norma suprema y su aplicación directa.

Los artículos 11 numeral 3, 424 y 426 de la Constitución de la República señalan que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, sus derechos y garantías serán de aplicación directa y de inmediato cumplimiento.

En cuanto a la supremacía de la Constitución se ha señalado:

Ninguna actividad del Estado es posible ni explicable sin el principio de la supremacía constitucional: la expedición de las leyes, de disposiciones y Actos de la Administración Pública, así como de sentencias judiciales y acto o contratos de los particulares encuentran

²⁸ Principio que se aplicaría cuando exista contradicción normas de menor jerarquía con la Constitución.

su objetivo en la realización de los principios y directrices supremos que contienen las normas constitucionales.²⁹

Mientras que con relación a su aplicación directa se ha dicho:

[...] la aplicación o eficacia directa de la Constitución significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la Constitución aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y, además que el juez hará valer la Constitución junto a la ley para interpretar esta última o para completarla.³⁰

De lo expuesto se concluye que un juez árbitro al ejercer su facultad jurisdiccional está en la obligación de respetar la Constitución así como aplicarla de manera directa en caso de ser necesario.

El artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que la administración de justicia es un servicio público y que el arbitraje constituye una forma de este servicio. No entraré a analizar este carácter por no ser el tema central de esta investigación. Sin embargo, rescato que esta norma al mismo tiempo dispone que la administración de justicia al tener este carácter busca hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución.

No cabe la menor duda que el arbitraje es un método alternativo de administración de justicia, donde sus jueces investidos de jurisdicción deciden sobre derechos de las partes, que han consentido en someter sus controversias a este método.

Por lo tanto, los jueces árbitros deben respetar y hacer respetar derechos constitucionales dentro de un proceso arbitral. Deben además aplicar de manera directa la Constitución en tal sentido, todas sus decisiones deben estar motivadas, apegadas a esta norma y a la Ley.

II.2 La declaratoria de incompetencia de un tribunal arbitral al amparo del artículo 190 de la Constitución podría dejar en indefensión a una persona natural o jurídica privada que demanda al Estado.

²⁹ J. ZAVALA, *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*, Guayaquil, Edilex S.A. editores, 2011, p.102.

³⁰ C. STORINI, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009 , pág. 298.

Uno de los efectos de la declaratoria de incompetencia de un Tribunal Arbitral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución, podría ser el dejar en indefensión a la parte privada, actora en un proceso arbitral.

Declarada la incompetencia, el particular debería acudir a la justicia ordinaria específicamente ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, en este caso podría encontrarse con una dificultad y es que la acción contractual que debería iniciar podría estar prescrita.

En efecto, de conformidad con lo que dispone el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa las acciones contractuales pueden ser propuestas dentro de un plazo de cinco años, plazo que debería discurrir a partir de que se generó el incumplimiento contractual.

Las circunstancias podrían incluso ser más graves pues para el caso de que se pretenda impugnar un acto administrativo³¹ en sede arbitral y el Tribunal Arbitral se declare incompetente por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución, el particular podría verse en la imposibilidad de impugnar el acto en sede contencioso administrativa en razón de que los 90 días previstos en el artículo 65 antes mencionado, bien pudieron haber transcurrido.

Sobre la base de lo expuesto, es necesario considerar lo siguiente, para evitar la indefensión de la parte actora de presentarse los casos señalados: i) debe existir celeridad entre el período comprendido entre la presentación de la demanda y la conformación del Tribunal Arbitral; ii) el particular al conocer que la institución pública no contó con la autorización previa del Procurador General del Estado para pactar arbitraje debe acudir directamente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y no ante un Tribunal Arbitral para presentar su reclamo.

³¹ Independientemente de la posición al respecto de si es arbitrable la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo, lo cierto es que actualmente existen Tribunales Arbitrales que han laudado declarando la ilegalidad del mismo. Ver juicios de nulidad de laudo arbitral Nos. 17113-2014-2362 (Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha); y, 42-2013-BL (Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha).

III.- La declaratoria de incompetencia del Tribunal Contencioso Administrativo por la existencia de cláusula arbitral y la posterior declaratoria de incompetencia por parte de un Tribunal Arbitral con fundamento en el artículo 190 de la Constitución sobre un mismo caso deja en indefensión a la parte accionante.

No es extraordinario pensar que un Tribunal Contencioso Administrativo pueda declararse incompetente en base a la existencia de una cláusula arbitral, aquello en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación. En principio esta declaratoria estaría acorde con la Ley y con ella no habría otro camino que acudir ante un Tribunal Arbitral para que conozca el caso.

Sin embargo, podría darse el hecho de que al acudir ante un Tribunal Arbitral éste en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución también se declare incompetente.

En estas circunstancias la parte accionante quedaría en indefensión en tanto en cuanto no tendría vía alguna para reclamar sus derechos.

Durante el desarrollo de este capítulo analizaremos el alcance de la excepción de existencia de convenio arbitral y si la acción extraordinaria de protección constituye el remedio para no dejar en indefensión a una de las partes en caso de presentarse la circunstancia antes expuesta.

III.1 La excepción de existencia de convenio arbitral

El convenio arbitral ha sido definido por la Ley Modelo (artículo 7) como:

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.³²

O como:

³² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.³³

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación no se aparta de lo expuesto en la Ley Modelo.

En tal sentido, el convenio arbitral surge a partir de la voluntad de las partes para someter la resolución de sus controversias a arbitraje, voluntad que expresamente excluye del conocimiento de la controversia a la justicia ordinaria. Esta es la base para que un juez ordinario se abstenga de conocer un conflicto que las partes pactaron sea resuelto por la vía arbitral.

Esta circunstancia está expresamente establecida en la Ley de Arbitraje y Mediación. En efecto, la norma es clara en la obligación que tiene un juez ordinario de inhibirse de conocer una acción que haya sido iniciada a pesar de la existencia de un convenio arbitral.

Si este fuera el caso, es decir que se haya iniciado un proceso ante la justicia ordinaria, la parte demandada debe necesariamente plantear la excepción de existencia de convenio arbitral caso contrario, se entenderá que ésta ha renunciado al arbitraje. El juez en este caso deberá sustanciar y resolver la excepción, corriendo traslado a la contraparte, solicitando a las partes prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado.³⁴

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

De lo transcrito se infiere que al haber propuesto el demandado dicha excepción declinatoria, el juez debió resolverla como una cuestión de previo y especial pronunciamiento, antes de

³³ *Ibíd*

³⁴ Me he preguntado si el procedimiento establecido en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación sería aplicable en aquellos casos en los que sea posible reformar la contestación a la demanda. En efecto, podría darse el caso en el que en principio no se estableció como excepción la existencia de convenio arbitral sin embargo, es posible reformar la contestación a la demanda (artículo 104 del Código de Procedimiento Civil) si fuese así en la reforma podría incluirse la excepción de convenio arbitral y sobre la base de la misma el juez debería conocerla y en mi opinión resolverla suspendiendo por lo tanto la tramitación del juicio hasta dictar su resolución respecto de dicha excepción.

disponer la apertura del término de prueba sobre los hechos que constituyeron el objeto de fondo de la controversia y por lo mismo, antes de expedir la sentencia...³⁵

Si un juez ordinario decide mantener su competencia a pesar de existir un convenio arbitral, violaría directamente el debido proceso al que tienen derecho las partes, en específico el derecho a ser juzgado por un juez competente.

En tal virtud, el juez al momento de presentarse esta circunstancia, deberá realizar un análisis tendiente a establecer la existencia o no de un convenio arbitral, sobre todo si se trata de una institución pública.

Como se mencionó podría darse el caso en que tanto el Tribunal Contencioso Administrativo como el Tribunal Arbitral se declaren incompetentes el primero en base a un supuesto convenio arbitral y el segundo en virtud de lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución.

A continuación desarrollaré un análisis a fin de establecer si la Acción Extraordinaria de Protección constituye el remedio a esta situación de indefensión.

III.2 La acción extraordinaria de protección como una solución frente a la violación del debido proceso/derecho a la defensa.

La Corte Constitucional ha definido a la acción extraordinaria de protección como aquella garantía jurisdiccional:

[...] creada por el constituyente para proteger los derechos constitucionales de las personas en contra de cualquier vulneración que se produzca mediante actos jurisdiccionales. Así, esta acción nace y existe para garantizar y defender el respeto de los derechos constitucionales y el debido proceso. Por consiguiente, tiene como fin proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos de las personas que, por acción u omisión, sean violados o afectados en las decisiones judiciales³⁶

De acuerdo con los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República esta acción procede contra sentencias o autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia siempre que: i)

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia 0006-10-SEP. Registro Oficial 159 de 26 de marzo de 2010.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia 123-13-SEP-CC. Registro Oficial 222 de 9 de abril de 2014.

se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; y, ii) se demuestre que se ha violado, por acción u omisión el debido proceso u otros derechos constitucionales.

Es preciso señalar además, que es necesario agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previamente a presentar esta acción.

Sobre la procedencia de la acción extraordinaria de protección en laudos arbitrales y en general sobre decisiones arbitrales, se han presentado posturas distintas.

Al respecto, por un lado se ha sostenido que ésta no es adecuada por las siguientes razones:

- (i) la inexistencia de una norma que hubiere contemplado *a.e.p* contra laudos arbitrales; (ii) la alternabilidad del sistema arbitral; (iii) la naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral; y, (iv) la eliminación que la Asamblea Constituyente hizo respecto de la norma que preveía el control de la constitucionalidad de las decisiones de los árbitros.³⁷

Vale decir que esta tesis, no solo sostiene que no cabe Acción Extraordinaria de Protección sobre laudos arbitrales sino también que ésta sería improcedente sobre cualquier decisión de un Tribunal Arbitral.

En lo que tiene que ver con el primer punto, se ha señalado que ni el artículo 94 ni el 437 de la Constitución han incluido a los laudos arbitrales como objeto de la Acción Extraordinaria de Protección. Así mismo, se lo ha fundamentado en base a que los laudos arbitrales no estarían comprendidos en lo que debe entenderse por resoluciones firmes y ejecutoriadas o resoluciones con fuerza de sentencia pues el artículo 437 utiliza indistintamente estas expresiones como si fueran equivalentes.

En cuanto al segundo punto, que tiene relación con la alternabilidad del arbitraje, la postura es que la alternabilidad le daría un régimen de recursos propio al arbitraje, determinado en la Ley de Arbitraje y Mediación, sacándolo por lo tanto de la esfera de la justicia ordinaria y consecuentemente impidiendo que la Corte Constitucional revise el fondo de las decisiones arbitrales.

El tercer punto hace referencia a la naturaleza transigible del objeto del arbitraje. Se sostiene que en un arbitraje no se discute “la declaración de un derecho constitucional” sino derechos

³⁷ E. NEIRA, *La Constitución de 2008 y el Arbitraje bajo la Ley Ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes del texto constitucional, de su equivocada aplicación* en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2011, p. 48-63.

transigibles. La alternativa para precautelar la violación de derechos constitucionales en especial las garantías al debido proceso es la acción de nulidad establecida en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.³⁸

Finalmente el argumento se fundamenta también en que la Asamblea Constituyente eliminó el control de la constitucionalidad de los laudos conforme las actas 78 y 82 de dicha Asamblea.

Contrariamente a lo expuesto en líneas anteriores la Corte Constitucional del Ecuador ha aceptado que un laudo arbitral pueda ser objeto de una acción extraordinaria de protección, sobre la base de que el arbitraje no puede estar aislado de los fines de una Estado Constitucional de Derechos. Ha señalado que los procesos arbitrales deben respetar, observar y aplicar principios y garantías constitucionales.

[...] aquellos procedimientos tendientes a solucionar conflictos o controversias previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación y normas conexas, deben observar y aplicar los principios y garantías constitucionales [...]³⁹

La Corte argumenta que en un proceso arbitral y en laudo dictado a partir del mismo, pueden vulnerarse principios y derechos constitucionales. Frente a lo cual sería posible utilizar la acción extraordinaria de protección como mecanismo de protección de aquellos, tanto más cuando señala que el laudo arbitral es una resolución con fuerza de sentencia⁴⁰. Dejando claro que con ésta acción no se busca volver a discutir sobre el fondo de la controversia.

De lo dicho no obsta reiterar que la observancia de los principios y postulados constitucionales por parte de la autoridad arbitral y de las partes en conflicto, no distrae ni

³⁸ En la sentencia NO. 169-12-SEP-CC de 26 de abril de 2012 dictada por la Corte Constitucional dentro del caso No. 1568-10-EP se señaló: “Así, una sentencia que acepte la demanda de nulidad afecta directamente la existencia jurídica del laudo que se impugna. Por tanto, la acción de nulidad puede considerarse un recurso, para efectos de la aplicación del artículo 61 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y, por tanto, debe ser agotada previo a la interposición de una acción extraordinaria de protección, con la única excepción de que dicha acción se muestre inadecuada o ineficaz para la resolución del problema. Dado que este no es el caso en la presente acción, pues lo alegado fue un vicio de extrapetita, no se abundará al respecto en la presente sentencia.” (lo subrayado me corresponde). Esta conclusión deja abierta la puerta a pensar de que en el caso de que las causales de nulidad no sean suficientes para precautelar derechos constitucionales se pueda interponer directamente una Acción Extraordinaria de Protección sobre un laudo arbitral.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia 123-13-SEP-CC. Registro Oficial 222 de 9 de abril de 2014.

⁴⁰ El fundamento de esta afirmación está en lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

atenta contra la naturaleza propia de la materia arbitral y de los asuntos de fondo que allí se discuten y que se pretenden resolver a través de un laudo.⁴¹

Debo indicar que no me ha quedado claro en la sentencia que he citado, cual es la posición de la Corte respecto de las causales de la acción de nulidad del laudo arbitral, considerando que todas ellas buscan garantizar el debido proceso en un juicio arbitral. Concluyo que la Corte acepta la posibilidad de interponer una acción extraordinaria de protección en el caso de que las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación no sean suficientes para precautelar la violación de derechos constitucionales.⁴² Sobre este punto, tal como lo señale en líneas anteriores, no existe un pronunciamiento definitivo sin embargo, podría concluirse a partir de lo expuesto tanto en la resolución citada como de lo señalado en la sentencia NO. 169-12-SEP-CC de 26 de abril de 2012 dictada por la Corte Constitucional dentro del caso No. 1568-10-EP, que esta sería la posición de la Corte Constitucional.

Revisado brevemente el tema precedente, cabe analizar si la acción de protección es el mecanismo idóneo para precautelar el derecho a la defensa del accionante en el caso en que se hayan declarado incompetentes tanto el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo como el Tribunal Arbitral, en un caso en el que una de las partes sea una institución pública.

Tal como quedo señalado, el momento procesal oportuno para que un Tribunal Arbitral resuelva sobre su competencia es la audiencia de sustanciación. En caso de declararse competente o incompetente para conocer la causa, dicta una resolución, la misma que en mi opinión tiene el carácter de un auto definitivo⁴³, sobre ésta no es posible interponer recurso ordinario o extraordinario alguno.

⁴¹ *Ibíd*

⁴² Un ejemplo de un derecho constitucional que podría verse vulnerado en un laudo arbitral podría ser el de la motivación fuera del alcance de los vicios de incongruencia considerados en el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

⁴³ Decreto judicial dado en alguna causa civil o criminal. Expresa Escriche que el juez dirige el orden del proceso con sus autos interlocutorios o providencias, y decide la cuestión principal por medio de su sentencia o auto definitivo. ACORDADO. Se denomina así la determinación que toma un tribunal supremo con asistencia de los miembros de todas sus salas. APELABLE. Aquel contra el cual puede interponer apelación la parte que se considere perjudicada por el mismo. DE PRISION. La resolución judicial por la cual se ordena la detención de un presunto culpable, o se eleva a prisión la de un detenido, después de prestar declaración indagatoria. DE PROCESAMIENTO. La resolución judicial por la cual se declara procesado al presunto culpable, teniendo en cuenta los indicios racionales de criminalidad que contra el mismo concurren. DE FE. Ceremonia que, para castigo público de los penitenciados, seguía el pronunciamiento de una sentencia por el Tribunal de la Inquisición. DEFINITIVO. El que tiene fuerza de sentencia, por decidir la causa o pleito, aun dictado

Así mismo, el Tribunal Contencioso Administrativo podría declarar su incompetencia siguiendo lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En ese orden de ideas, si se presentará el caso de que tanto un Tribunal Arbitral como un Tribunal Contencioso Administrativo se declaren incompetentes y consecuentemente se deje en indefensión a la parte actora, es necesario analizar si posible que ésta interponga una acción extraordinaria de protección sobre las resoluciones de cualquiera de estos tribunales dentro del plazo correspondiente.

En lo que tiene que ver con el auto dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo no creo que deba profundizar pues en mi opinión no cabe discusión de que sobre dicha providencia cabe la interposición de una acción extraordinaria de protección.

La discusión es si sobre la resolución de un Tribunal Arbitral sobre su propia competencia es posible interponer la señalada acción constitucional, una vez que se haya pronunciado el Tribunal Contencioso Administrativo con una declaratoria de incompetencia, considerando para ello: i) la falta de determinación respecto de la naturaleza de la decisión sobre competencia del Tribunal Arbitral, ii) la inexistencia de una causal de nulidad que se refiera a la competencia arbitral, iii) no es posible interponer recurso ordinario ni extraordinario sobre la decisión; y, vi) en un laudo arbitral no es posible decidir sobre la competencia del Tribunal Arbitral.⁴⁴

Sobre el primer punto es preciso señalar que no existe un criterio definitivo respecto a la naturaleza de la decisión sobre competencia del Tribunal Arbitral. Sin embargo, tal como lo señalé, considero que esta decisión es un auto definitivo por las siguientes razones: i) es dictado por árbitros quienes ejercen funciones jurisdiccionales, ii) decide sobre una cuestión principal del juicio arbitral, iii) pone fin al proceso en caso de que los árbitros se declaren incompetentes en vista, de que no cabe sobre él recursos ordinarios o extraordinarios.

En lo que tiene que ver con las causales de nulidad, ninguna de ellas versa sobre la decisión de competencia expedida por un Tribunal Arbitral, éstas van dirigidas al laudo arbitral por

incidentalmente. PARA MEJOR PROVEER. El dictado por los jueces, conclusos ya y terminados los autos, con objeto de practicar alguna diligencia que estiman necesaria para resolver la cuestión con mayor garantía de acierto.

<http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx>

⁴⁴ El Reglamento General del Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil otorga la posibilidad a un Tribunal Arbitral para decidir sobre su competencia al dictar el laudo siempre que la misma está ligada con el fondo de la controversia.

lo tanto la acción de nulidad no podría ser utilizada como un mecanismo para precautelar el derecho a ser juzgado por un juez competente.

Finalmente, en el laudo arbitral no es posible resolver la competencia de los árbitros, tal como lo he manifestado el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que tal decisión debe ser tomada en la audiencia de sustanciación llevada a efecto dentro del proceso arbitral.

En conclusión, es posible interponer una acción extraordinaria de protección sobre la decisión de competencia de un Tribunal Arbitral.

Consecuentemente este sería el mecanismo para precautelar el derecho a la defensa del accionante en caso de declaratorias de incompetencia tanto de un Tribunal Contencioso Administrativo como de un Tribunal Arbitral.

IV Conclusiones

- La legislación ecuatoriana, reconoce al arbitraje como un mecanismo válido para la solución de controversias del sector público.
- Procede el arbitraje nacional en materia de contratación pública previa la autorización del Procurador General del Estado, pues: a) los árbitros deben aplicar normas constitucionales durante el desarrollo del proceso arbitral como al momento de dictar el laudo correspondiente; b) la Ley de Arbitraje y Mediación es anterior a

la expedición de nuestra actual constitución; c) el artículo 190 de la Constitución estableció un caso adicional a los establecidos en la Ley de Arbitraje y Medición en el que se requiere de la autorización del Procurador General del Estado para someter a arbitraje una controversia, a saber: en contratación pública; d) la Constitución de 1998 no contemplaba la autorización previa en materia de contratación pública, lo que si manifestaba era la remisión a la Ley de Arbitraje y Mediación.

- La Contratación Pública se la puede entender como aquella ejecutada por entidades del sector público, con entes privados o públicos, en donde éstas pueden o no actuar con potestad de *imperium* y que tiene entre otros fines fundamentalmente el precautelar el interés general o bien común directa e indirectamente. Es pertinente señalar que la relación contractual puede estar regulada por normas de la contratación administrativa o por normas de derecho privado.
- Así mismo, se estableció que existen varios casos en los que se requiere de la autorización del Procurador General del Estado para el sometimiento a arbitraje en una controversia surgida a partir de una relación contractual, a saber: i) en materia de contratación pública, ii) una vez surgida la controversia, iii) arbitraje internacional y iv) cuando las entidades y organismos del sector público pretendan aceptar otra jurisdicción y legislación en contratos suscritos con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras, para la solución de controversias.
- Los árbitros al momento de decidir sobre su propia competencia deben aplicar normas constitucionales, como es el caso del artículo 190. Esta afirmación no limita el hecho de que durante el desarrollo del proceso arbitral éstos deben respetar y aplicar dichas normas considerando para ello i) la supremacía constitucional; y, ii) la aplicación directa de la Constitución.
- El convenio arbitral surge a partir de la voluntad de las partes para someter la resolución de sus controversias a arbitraje, voluntad que expresamente excluye del conocimiento de la controversia a la justicia ordinaria. En tal sentido, en caso de que las partes hayan pactado que sus controversias sean resueltas por la vía arbitral, un juez ordinario a cuyo conocimiento haya llegado una causa en la que se evidencia

este hecho, deberá abstenerse de conocer el proceso sobre la base de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

- La acción extraordinaria de protección es un mecanismo para precautelar el derecho a la defensa del accionante en caso de declaratorias de incompetencia tanto de un Tribunal Contencioso Administrativo como de un Tribunal Arbitral. En éste último caso esta acción es viable pues: i) la resolución arbitral constituye un auto definitivo, ii) no existe causal de nulidad que se refiera a la competencia arbitral, además la acción de nulidad va dirigida exclusivamente en contra de laudos arbitrales, iii) sobre la decisión no es posible interponer recurso ordinario ni extraordinario; y, vi) en un laudo arbitral no es posible decidir sobre la competencia del Tribunal Arbitral.

V Bibliografía

- A. PONCE, *Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación Ecuatoriana*, en *La Clausula Arbitral*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011.
- X. ANDRADE, *Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana*, *Revista de Arbitragem e Mediação*. 2009.
- J.C. CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires, Lexis Nexos Abeledo Perrot, 2005.
- E. NEIRA, *La Constitución de 2008 y el Arbitraje bajo la Ley Ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes del texto constitucional, de su equivocada aplicación en Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. 2011.
- R. MATTHIES, *Arbitrariedad y Arbitraje*. Caracas, Oscar Todtmann, 1996.
- S. FELDSTEIN, Sara *El Arbitraje*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- E. SALCEDO, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, Guayaquil, Editorial Jurídica Miguel Mosquera, 2001.
- B. OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, Francia, Legis Editores, S.A. 2006.
- E. PEREZ, *Esquema de la Acción Extraordinaria de Protección en las sentencias de la Corte Constitucional*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- J. ZAVALA, *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*, Guayaquil, Edilex S.A. editores, 2011.
- E. PEREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- S. GUARDERAS. “El proceso judicial y los métodos alternativos de solución de los conflictos en la legislación ecuatoriana”, s.e., s.a.

M. SALCEDO, *Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia, estudio comparativo sobre su evolución en Francia y Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008.

J. ZAVALA, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Guayaquil, Edilex S.A. editores, 2010.

SARMIENTO, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.

W. LOPEZ, *Tratado de Contratación Pública*, Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.

M. IDROBO, *La Contratación Pública*, Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1993.

C. STORINI, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.

VI Jurisprudencia

Corte Constitucional. *Sentencia 0006-10-SEP*. Registro Oficial 159 de 26 de marzo de 2010.

Laudo arbitral. Juicio de nulidad No. 17113-2014-0354 Sala Civil y Mercantil.

Corte Constitucional. *Sentencia interpretativa 0001-09-SIC-CC*, 13 de marzo de 2009. Registro Oficial Suplemento No. 549 de 16 de marzo de 2009.

Laudo arbitral. Juicio de nulidad No. 10-2014-BL tramitado ante la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

Corte Constitucional. *Sentencia interpretativa No. 0001-09-SIC-CC*, 13 de marzo de 2009. Registro Oficial suplemento No. 549 de 16 de marzo de 2009.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-1224/08*.

Corte Constitucional. *Sentencia 123-13-SEP-CC*. Registro Oficial 222 de 9 de abril de 2014.

Corte Constitucional. *Sentencia 169-12-SEP-CC*, 26 de abril de 2012. Registro Oficial 756 de 30 de julio de 2012.

VII Legislación

Constitución de la República del Ecuador

Ley de Arbitraje y Mediación

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Código Orgánico de la Función Judicial

Código de Procedimiento Civil

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional