

El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana

Edgar Neira Orellana

Es de la esencia del juicio arbitral con entes de derecho público como partes procesales, que la controversia sea de naturaleza contractual, que sea resuelta en derecho y no en equidad; que el convenio arbitral haya establecido la forma de selección de los árbitros y que haya sido anterior a la controversia. Si fuere posterior a ésta será necesario el dictamen del Procurador General del Estado.

Transcurrida una década desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en la República del Ecuador, la experiencia que ha aportado el paso de ese tiempo permite identificar determinados problemas que han derivado de la aplicación de sus normas y que han sido recurrentes en el desenvolvimiento de las instituciones que integran el sistema arbitral ecuatoriano.

En este artículo destaco algunos elementos resultantes de un análisis descriptivo de los inconvenientes generados por dicha ley, con especial referencia a los casos en que una entidad de derecho público ha estado sometida a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros. Tales elementos analíticos son el fruto de mis reflexiones como abogado en ejercicio en el ámbito del derecho público y como árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

En la primera parte presento una breve cronología legislativa sobre el sistema arbitral en el Ecuador y un enunciado teórico sobre el régimen de contratación del Estado ecuatoriano, en atención a que solo las controversias de naturaleza contractual lo pueden vincular válidamente como parte de un juicio arbitral. A continuación describo la normativa legal relacionada con el tema y planteo determinados aspectos que influyen negativamente en el desenvolvimiento de la práctica arbitral.

Por razones de espacio, los contenidos de este artículo se circunscriben a la normativa ecuatoriana. Por tanto, quedan excluidos importantes temas relacionados con Tratados Internacionales sobre arbitraje que ha suscrito el Ecuador y que por mandato del Art. 163 de la Constitución Política forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno con prevalencia sobre las leyes.

Para los efectos de este análisis, destaco que la ley ecuatoriana emplea la designación de "convenio arbitral" como una expresión genérica comprensiva de los "convenios arbitrales" propiamente tales y de las cláusulas com-

promisorias. De ahí que en este análisis sobre el arbitraje en Ecuador utilice indistintamente "cláusula compromisoria" o "convenio arbitral" como expresiones sinónimas.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Estado como parte procesal en un juicio arbitral no es un tema nuevo en el Ecuador. La codificación del Código de Procedimiento Civil de febrero de 1953 incorporó una sección específica bajo el epígrafe "juicio por arbitraje" y previó que los representantes de las personas jurídicas de derecho público estaban autorizados para comprometer la controversia en árbitros, así como para nombrarlos.

Sin embargo de que esta normativa se mantuvo en las codificaciones de 1960 y de 1978, la repercusión que alcanzó en la práctica fue mínima. El prestigio e independencia de que gozaba la justicia ordinaria determinaba que todas las controversias que involucraban a entidades de derecho público sean resueltas por los órganos de administración de la justicia común y que no haya habido necesidad de métodos alternos para asegurar esa independencia y acierto, al menos no en lo tocante a conflictos de inversionistas nacionales con el Estado ecuatoriano.

Adicionalmente, las normas del Código de Procedimiento Civil que regulaban el "juicio por arbitraje" eran excesivamente reglamentarias y desalentaban la opción que ofrecía el arbitraje: se exigía que el compromiso arbitral contenga el texto completo de la demanda y la contestación, es decir que la controversia haya surgido previamente; se establecía el derecho a apelar de la sentencia arbitral ante los jueces ordinarios con lo cual la eficacia de un juicio ágil como pretende ser el arbitral, quedaba enervada por la posible iniciación de un nuevo proceso ante los jueces de lo civil.

La expedición de la Ley de Arbitraje Comercial en octubre de 1963 corrigió la rigidez del Código de Proce-

dimiento Civil, pero no comprendió en su normativa a las controversias en que era parte el Estado porque el ámbito de esa ley quedaba circunscrito a las controversias de carácter mercantil entre sujetos de derecho privado (Arts. 1, 5 y 15).

El gran impulso al sistema arbitral ecuatoriano como un método alternativo de solución de controversias, -incluidas las que comprometen al Estado-, lo dio la nueva Ley de Arbitraje y Mediación de septiembre de 1997 -en adelante LAM- que reconoció de manera abierta y categórica que el Estado y demás entes de derecho público podían someter al juicio de árbitros las controversias originadas en una relación jurídico contractual.

La consagración de los métodos alternos de solución de conflictos que hizo la Constitución Política de 1998 fue el impulso formal más importante al sistema de arbitraje ecuatoriano y a la composición de controversias entre el Estado y los particulares, bajo las reglas de la mediación y del arbitraje. Por primera vez, normas de la más alta jerarquía de nuestro ordenamiento reconocieron al arbitraje y a otros métodos alternos a la justicia ordinaria como sistemas eficaces para componer conflictos de carácter jurídico (Art. 191 inciso 3).

2. REQUISITOS DE VALIDEZ PROCESAL CUANDO EL ESTADO ECUATORIANO ES PARTE DE UN JUICIO ARBITRAL

Un Tribunal de Arbitraje constituido para conocer de una determinada controversia en que el Estado ecuatoriano sea parte, antes de resolver sobre su propia competencia deberá examinar que en el caso concreto se cumplan los requisitos establecidos en el ordenamiento interno, básicamente en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Los requisitos de validez procesal a que me refiero podrían clasificarse en dos categorías: los requisitos de carácter material y los de orden formal. Los primeros se refieren al objeto de la controversia y al fundamento de la decisión de los árbitros; y los segundos a la cláusula compromisoria como tal.

Entre los requisitos materiales están la transigibilidad del derecho discutido en juicio, la naturaleza contractual de la controversia y la resolución fundada en derecho. Entre los requisitos formales están los que mandan que la cláusula de compromiso arbitral sea anterior a la controversia, que se señale la forma en que se designarán los árbitros y que esté suscrita por la persona autorizada para contratar a nombre de la entidad pública.

En razón de que estos requisitos inciden en la validez del proceso arbitral, a unos y otros los he catalogado como "requisitos de validez procesal" puesto que el incumplimiento de éstos provocaría la nulidad del proceso de arbitraje según las consideraciones que se explican más adelante.

El Tribunal Arbitral deberá establecer si la sujeción de la persona de derecho público a la jurisdicción ejercida

por árbitros es o no conforme a las reglas del Derecho ecuatoriano, porque si se incumpliere alguno de los requisitos materiales o formales que han sido enunciados, ese Tribunal vendrá obligado a pronunciarse al respecto al momento de resolver sobre su competencia, sin perjuicio de que lo haga en cualquier estado del juicio en que advierta que se ha producido el incumplimiento de un requisito.

Por tanto, al momento de resolver sobre su competencia el Tribunal Arbitral está obligado a examinar no solamente la existencia del convenio arbitral sino que hayan concurrido los requisitos materiales y formales de validez establecidos en la ley. Si faltare cualquiera de estos requisitos, el proceso arbitral o el convenio arbitral en su caso serían nulos y no habría nacido válidamente la jurisdicción del Tribunal para resolver la controversia planteada.

A continuación me referiré a cada uno de estos requisitos y destacaré algunos de los problemas prácticos que presenta su aplicación.

2.1. La exigencia de un documento escrito

La Ley de Arbitraje de Mediación no distingue la cláusula compromisoria del convenio arbitral como con buena técnica lo hizo la derogada Ley de Arbitraje Comercial de 1963. Esta ley definió a la cláusula compromisoria como la estipulación en virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter sus controversias futuras a la decisión arbitral (Art. 1); mientras que el convenio arbitral fue caracterizado como el documento suscrito por las partes después de que hubiera surgido la controversia (Art. 6).

La Ley en vigencia utiliza la expresión genérica "convenio arbitral" para incluir en ella la cláusula compromisoria y el convenio propiamente dicho. La definición de "convenio arbitral" que trae la ley ecuatoriana es la siguiente:

"...el acuerdo escrito en virtud del cual 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".

Según la disposición transcrita, el convenio -que podrá ser anterior o posterior a la controversia- deberá constar por escrito. Esta es la primera exigencia que deberá cumplir todo acuerdo en que el Estado haya convenido someterse al juicio de árbitros, de manera que no será admisible el acuerdo verbal o el consentimiento tácito.

La exigencia de un "acuerdo escrito" excluye la aplicación del silencio administrativo en que por falta de respuesta de la Administración, la petición de un particular de someter un determinado conflicto al juicio de árbitros comporte un acuerdo tácito de sujeción al juicio arbitral. Esta situación contraviene los mandatos de los Arts. 4 y 5 de la LAM que exigen un "acuerdo escrito" que deberá estar suscrito por la máxima autoridad del respectivo ente público según se analiza más adelante.

2.2. La transigibilidad y la naturaleza contractual de la controversia

El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación prevé que podrán someterse a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros las controversias susceptibles de transacción. Y éste que es requisito de validez para toda clase de controversias arbitrales, lo es también para aquellas en que el Estado sea parte.

Es de señalar que la redacción de esta norma no acertó en precisar que el carácter transigible se refiere al derecho de las partes procesales antes que a la controversia surgida entre ellas. Sin embargo, no hay duda respecto a que el derecho controvertido en un proceso arbitral deberá ser de aquellos susceptibles de transacción de conformidad con los principios y normas del ordenamiento ecuatoriano.

Como regla de general aplicación en el ámbito del Derecho Público, no son transigibles las potestades que el orden jurídico reconoce a la Administración Pública y a las demás funciones del Estado para el cumplimiento de sus fines. Por tanto, no podrán ser objeto de transacción ni de litigio en un proceso arbitral el ejercicio de las potestades normativa, resolutive, determinadora, recaudadora, sancionadora, ni la potestad pública constitucionalmente establecida para administrar el sistema electoral, legislar y juzgar, ejercer el patrocinio público, investigar delitos, controlar los bienes y recursos del Estado, o de precautelar su seguridad interna y externa.

Lo anterior revela una vinculación muy estrecha entre la transigibilidad del derecho como exigencia de carácter general aplicable a todas las controversias sometidas al juicio de árbitros (Art. 1 de la LAM), y el requisito de que la relación jurídica que será objeto de juzgamiento arbitral, en juicios en que sea parte el Estado, tenga naturaleza contractual (Art. 4 literal b) de la LAM).

A este respecto, los autores que han estudiado el régimen de contratación del Estado distinguen los "contratos administrativos" de los denominados "contratos de la administración", y aunque sus análisis puedan inscribirse en corrientes doctrinales diversas, aquellos han coincidido en la definición de cada una de esas tipologías contractuales¹. Un consenso entre los administrativistas revela que los "contratos administrativos" son aquellos sujetos al régimen del derecho público a diferencia de los "contratos de la administración" a los que se aplican las normas y principios del derecho privado.

La LAM no hace distinción entre "contratos administrativos" y "contratos de la administración". En consecuencia, la fórmula del Art. 4 es comprensiva de cualquier clase de contratos que celebre el Estado ecuatoriano, aun de aquellos que están sometidos a las normas de contratación y principios del Derecho Público.

En un caso reciente planteado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, una persona jurídica de derecho privado concesionaria de un servicio público, demandó al Estado ecuatoriano la violación del contrato de concesión que había suscrito con éste, la reparación de los daños provocados por la ruptura del equilibrio económico de la concesión, y la nu-

lidad de unos determinados actos administrativos que provocaban esta ruptura del equilibrio económico financiero.

Cuando el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer de la controversia, señaló que dicha competencia le alcanzaba para establecer si hubo o no violación del contrato de concesión y ruptura de la ecuación económica financiera, pero no aceptó la competencia en lo relacionado con los aspectos de legalidad de las resoluciones administrativas también impugnadas en la demanda².

Este precedente plantea que cuando en el objeto de la litis de una acción arbitral se encuentren entretreídos aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de legalidad de las actuaciones del Estado, la tutela efectiva de derechos que impone la Constitución a todos los órganos que administran justicia (Art. 24 numeral 17), -árbitros incluidos-, impide a éstos declararse incompetentes sin más. Los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual y a continuar el juicio arbitral exclusivamente sobre estos temas, pero a no aceptar lo que queda fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de actos normativos.

2.3. Laudo fundamentado en Derecho

Cuando el Estado es parte de un juicio arbitral, el pronunciamiento de los árbitros no podrá fundamentarse en criterios de equidad sino en normas y principios de derecho. Es de destacar que este requisito material está relacionado con el contenido y fundamentos de la decisión que pondrá término a la controversia arbitral. No es una exigencia del contenido de la cláusula compromisoria. El requisito no está previsto en la LAM sino en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (Art. 11) que señala de manera categórica que los juicios de arbitraje a que se sometan las entidades públicas serán resueltos en derecho.

Destaco dos situaciones prácticas que podrían presentarse con relación a este tema. La primera, que la cláusula compromisoria no prevea si el laudo que pronuncien los árbitros será en equidad o en derecho; y la segunda que la cláusula compromisoria contradiga el Art. 11 antes mencionado y establezca que el laudo será en equidad.

El primer caso podría generar cierta confusión porque la LAM prevé que cuando las partes hubieren omitido en el convenio señalar si el laudo será en derecho o en equidad, el fallo será en equidad (Art. 3). Si el Estado es parte en el proceso arbitral, el Art. 3 de la LAM no sería aplicable debido a que el mandato del Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (que tiene un rango normativo superior al de la LAM), impone que toda controversia con una parte estatal sea resuelta en Derecho. Una disposición imperativa como ésta suple las omisiones en que hubieren incurrido las partes al estipular el compromiso arbitral.

Es de insistir que el requisito de que la controversia arbitral con parte estatal se resuelva en derecho, no es

condición de validez del convenio arbitral. Se trata de una exigencia relativa al alcance del pronunciamiento de los árbitros en el laudo que expidan para poner fin al litigio arbitral. Esta exigencia les impone a los árbitros decidir con aplicación estricta de normas y principios de Derecho. No se trata de un requisito que la Ley Orgánica de la Procuraduría hubiera impuesto a las partes al momento de redactar la cláusula compromisoria. Por tanto, cualquier omisión sobre el tema en la cláusula quedará subsanada por el mandato del Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

El segundo caso podría ser más discutible: una cláusula compromisoria que prevea que la controversia arbitral en que el Estado es parte, sea resuelta en equidad. La cláusula contravendría la letra del Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que prevé el arbitraje en derecho para todos los casos en que entidades públicas hubieren acordado sujeción al juicio de árbitros. Una opinión fundada en el principio *pro arbitraje* que consagra la legislación ecuatoriana, podría concluir que la contravención a la ley orgánica no provocaría la nulidad de la cláusula compromisoria sino solamente la ineficacia del acuerdo de voluntades en lo relacionado con el arbitraje en equidad que se entendería no escrito.

El principio *pro arbitraje* que inspira al sistema ecuatoriano y que está consagrado en varias normas de la LAM, (Art. 5 inciso 3, 6, 7 inciso 2º y 35), impone a los árbitros y a los jueces hacer efectiva la voluntad de las partes cuando ha sido manifiesta para someter sus controversias al juicio de árbitros, independientemente del error de derecho en que aquellas hubieren podido incurrir al estipular que el laudo sea en equidad. En este caso el mandato legal que impone el arbitraje en derecho prevalece sobre el acuerdo de voluntades sin viciar de nulidad la cláusula arbitral.

En conclusión, el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado suple las omisiones en que pudieran incurrir las partes, cuando al estipular el convenio arbitral, no hubieren precisado que el arbitraje sea en derecho; y corrige el error jurídico de aquellos convenios que hubieren previsto que el arbitraje en que el Estado sea parte, sea resuelto en equidad. En este último caso, la corrección del error privilegia el respeto a la voluntad de las partes de someterse al juicio de árbitros, pero enmienda esa voluntad en el sentido de que los árbitros deberán resolver, no sobre criterios de equidad, sino fundamentados en normas y principios de derecho. Esta posición vuelve compatible el interés público con el principio *pro arbitraje* que consagra nuestra legislación.

2.4. Cláusula compromisoria anterior a la controversia

El convenio arbitral deberá ser acordado con anterioridad al surgimiento de la controversia. Así manda el Art. 4 literal a) de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Varias dificultades surgen a partir de esta norma de la LAM. La primera es el alcance de la palabra controversia. ¿Se refiere ésta a la simple divergencia en la interpreta-

ción del contrato o exige la previa presentación de una demanda y que la parte demandada la haya negado en su contestación?. ¿La palabra "controversia" podría comprender la solicitud de mediación que una parte hubiere presentado para resolver diferencias surgidas con ocasión del contrato?

En mi opinión la norma se refiere a todas las posibilidades anteriores, porque incluye cualquier género de discrepancia formalmente planteada por una de las partes contractuales respecto de la otra que contradice, aunque no se hubiere presentado demanda.

Si la cláusula compromisoria integra el texto del contrato suscrito por las partes, no hay dificultad en advertir que cualquier controversia que surja de la interpretación o ejecución de ese contrato siempre será posterior. Los problemas podrían aparecer cuando el convenio arbitral hubiere sido suscrito en una fecha posterior a la firma del contrato y el momento de surgimiento de la controversia no pudiera ser establecido con precisión. Para resolver este caso es necesario destacar que la controversia deberá aparecer en documentos escritos que revelen la época de "surgimiento de la controversia" y que inequívocamente demuestren cuando se constituyó una situación contradictoria respecto de los derechos u obligaciones contractuales. De no haber prueba concluyente al respecto, el Tribunal Arbitral debería presumir que la controversia fue posterior a la suscripción del convenio, en atención al principios de tutela efectiva de derechos y *pro arbitraje*.

El Art. 4 literal a) también regula el supuesto en que luego de surgida la controversia, las partes deciden someterla al juicio de árbitros. En este caso no basta la voluntad coincidente sobre el texto de un convenio arbitral. Será necesario que la entidad pública de que se trate lo eleve a consulta al Procurador General del Estado para que dictamine con carácter vinculante sobre lo consultado.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado coincide con el mandato de la LAM porque también permite la sujeción al juicio de árbitros luego de surgida la controversia con el Estado (Art. 11 inciso 2º):

"Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes".

Habría que entender por "leyes pertinentes" la Ley de Arbitraje y Mediación (en singular), concretamente, la norma del Art. 4 literal a) que he comentado y que fija la consulta previa al Procurador General del Estado cuando la controversia ha precedido a la voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros.

2.5. Señalamiento de la forma en que se designarán árbitros

Para la válida sujeción de entidades de derecho público a un procedimiento arbitral, el Art. 4 literal c) de la

LAM señala que el convenio arbitral deberá indicar la forma de selección de los árbitros.

No encuentro razón que justifique esta exigencia porque la Ley de Arbitraje y Mediación ya prevé un método de designación de árbitros que precautela el principio de igualdad procesal, y porque pudiera ocurrir que el acuerdo de voluntades sobre la forma de designación de árbitros sea el que lesione el interés público. En todo caso, se trata de una exigencia esencial que debe satisfacer el texto de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral que tenga como parte al Estado. La falta de cumplimiento de este requisito viciará la cláusula compromisoria y determinará que ésta no surta ningún efecto legal, porque la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje no podrá nacer válidamente de una cláusula que omitió el señalamiento de la forma de designación de los árbitros.

Sin embargo de lo anterior, no encuentro argumento para objetar la validez de aquellas cláusulas o convenios arbitrales que se refieran a la forma de selección de los árbitros mediante simple remisión al Art. 16 de la *LAM* o a sistemas de arbitraje internacional. A continuación planteo dos ejemplares:

“Para los casos de controversias derivadas de la aplicación o interpretación de este contrato, las partes renuncian fuero y domicilio y acuerdan someter dichas controversias a un procedimiento de arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje de ...; los árbitros serán designados según procedimiento del Art. 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación”

“Las diferencias surgidas con ocasión de este contrato o relacionadas con los derechos y obligaciones establecidas por éste, serán resueltas definitivamente por un Tribunal de Arbitraje designado según las normas y procedimientos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”.

En mi opinión, estas cláusulas cumplen la exigencia de señalar la forma de designación de los árbitros porque expresamente se refieren a este aspecto a través del reenvío a una norma jurídica que se presume de derecho conocida por todos, de conformidad con el Art. 6 del Código Civil.

Otro inconveniente puede ocurrir cuando la cláusula o el convenio arbitral han acordado una determinada forma de designación de los árbitros, en que cada una de las partes tiene derecho a nombrar un árbitro, pero dicha cláusula omite regular el supuesto en que cualquiera de esas partes, por estrategia procesal o por negligencia, se abstiene de hacer tal designación. En este caso, considero que el requisito del Art. 4 literal c) está cumplido, es decir que el convenio sí ha indicado la forma de selección de los árbitros, pero al no haberse efectuado la designación por omisión de una parte procesal, debería aplicarse el Art. 16 de la *LAM* que siempre tendrá carácter supletorio cuando la forma de selección convenida en la cláusula compromisoria resultare insuficiente.

2.6. Renuncia de la jurisdicción ordinaria y firma del representante de la entidad de Derecho Público

El Art. 4 literal d) de la *LAM* incluye otra exigencia de forma, relacionada con la cláusula compromisoria o el convenio arbitral.

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.

En primer lugar, la norma de la ley no precisa si la renuncia a la jurisdicción ordinaria deba ser expresa o tácita. En consecuencia, será admisible la renuncia tácita, y aunque no aparezca expresada en el texto de la cláusula compromisoria de que se trate, la voluntad inequívoca de someter la controversia al juicio de árbitros será la que lleve a la convicción de un Tribunal Arbitral de que las partes renunciaron tácitamente a la justicia ordinaria y cumplieron con la exigencia de la *LAM*.

Nótese la diferencia entre el requisito formal de la designación de árbitros y éste de la “renuncia a la jurisdicción ordinaria”. Mientras que el primero es de carácter positivo porque exige una previsión expresa en el convenio arbitral, el segundo tiene carácter negativo, por la propia naturaleza del concepto “renuncia”, y determina que la voluntad de las partes esté implícita en la cláusula compromisoria.

Por otro lado, es necesario que el convenio arbitral sea firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución. Es decir, por las máximas autoridades de una determinada entidad cuando éstas ejercen la representación legal o por funcionarios que tuvieren delegación. En la Administración Pública Central, el Presidente de la República y los Ministros de Estado en sus respectivas carteras; en el régimen seccional autónomo los Alcaldes y Procuradores síndicos para municipios, y los Prefectos Provinciales para los Consejos Provinciales; y en las entidades autónomas con personalidad jurídica, sus máximos personeros, es decir aquellos a los que la ley asigna la representación legal.

2.7. Los demás requisitos legales

Estos requisitos que aparecen mencionados en el Art. 4 de la *LAM*, más bien de carácter general, están relacionados con las demás exigencias que establecen las leyes, incluida la propia Ley de Arbitraje y Mediación. Algunos de esos requisitos ya han sido analizados en este artículo: que el arbitraje sea en derecho (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 11), que exista un documento escrito (Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 5), capacidad, objeto y causa lícitas (Código Civil, Art. 1461), que el objeto controvertido tenga carácter transigible (Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 1), requisito implícito en la exigencia de que el litigio arbitral que involucre al Estado deba ser de naturaleza contractual

3. DIFICULTADES QUE DERIVAN DEL JUICIO ARBITRAL EN QUE EL ESTADO ES PARTE PROCESAL

Una década de vigencia de la *LAM* ha sido tiempo suficiente para alcanzar una amplia perspectiva de sus bondades y limitaciones. Las decisiones que han adoptado los Tribunales de Arbitraje y las sentencias de las Cortes Superiores que han resuelto acciones de nulidad de laudos arbitrales coadyuvan en esa comprensión. La práctica procesal que ha venido ocupando intensamente la reflexión de funcionarios de centros de arbitraje, árbitros y abogados que operan el sistema, ha sido otra de las experiencias, quizá de las más importantes, que han contribuido al conocimiento de las instituciones reguladas por la Ley.

Bajo la premisa de que el fenómeno jurídico se integra no solamente de normas de derecho sino de la realidad en que aquellas están llamadas a ser aplicadas, me he propuesto añadir a la descripción legal precedente un enunciado de algunas dificultades de orden práctico que con mayor frecuencia han venido ocurriendo en los juicios arbitrales en que el Estado es parte procesal, y que nos invitan a emprender en correctivos que afinen las instituciones del sistema arbitral ecuatoriano y vuelvan más confiable a este método alternativo de solución de conflictos.

3.1. Insuficiencia de las cláusulas compromisorias

Son frecuentes los casos en que particulares que han celebrado un contrato con una entidad de derecho público, no encuentren en la cláusula compromisoria suscrita en su oportunidad, un fundamento suficiente que les permita plantear su demanda sin correr el riesgo de que el Tribunal de Arbitraje que conozca del caso se declare incompetente para resolver la controversia.

Un sinnúmero de circunstancias explican esta insuficiencia de las cláusulas compromisorias en los contratos que suscriben las entidades de derecho público: en un primer momento de vigencia de la *LAM* la institución del arbitraje no había sido suficientemente difundida, y la desconfianza que despertaba este sistema en los abogados del Estado, determinaba que la sujeción a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros se haga en términos ambiguos, o sin cumplir con todos los requerimientos de forma que el Art. 4 de la *LAM* ha establecido para estos casos.

En los contratos de obra pública he encontrado con cierta frecuencia cláusulas compromisorias que establecen un procedimiento de mediación amistosa para resolver las diferencias entre contratantes, y que de no haber solución las partes podrían someterla a la decisión de un Tribunal de Arbitraje si, llegado el momento, manifiestan su voluntad en ese sentido. Nótese que en este caso, la su-

jeción al procedimiento arbitral ocurre después de suscitado el conflicto y luego de que las dos partes se hayan puesto de acuerdo para someterla a la decisión de árbitros.

Este tipo de previsión condicional determina que, jurídicamente, no exista cláusula compromisoria mientras no se produzca el acuerdo posterior entre los contratantes. En estos casos, el nacimiento de la jurisdicción ejercida por árbitros queda condicionada a una voluntad coincidente de las partes para someter su conflicto a un arbitraje, después de suscitada la controversia. Semejante condicionamiento debe enfrentarse con la exigencia de que una vez surgida la controversia en que el Estado ecuatoriano sea parte, deberá contarse con el pronunciamiento del Procurador General del Estado que autorice, previamente, la sujeción al procedimiento arbitral.

También es frecuente encontrar cláusulas en que el Estado somete las controversias de carácter técnico o económico al juicio de árbitros, y reserva las diferencias de orden jurídico que derivan del contrato a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Desde un punto de vista práctico no resulta fácil trazar una línea que separe las controversias técnico económicas del contrato de las jurídico contractuales, porque aquellas derivan de éstas. Más aún, me atrevería a concluir la imposibilidad de tal separación puesto que los aspectos económicos o técnicos relacionados con la ejecución del contrato tiene relación directa o indirecta con las obligaciones que nacen de ese contrato.

En estos casos los Tribunales de Arbitraje han decidido declararse competentes y han resuelto que toda controversia técnica y económica derivada de un contrato comporta aspectos jurídicos sobre los cuales los Tribunales de Arbitraje tienen plenas atribuciones para conocerlos y resolverlos (según el concepto que apareció utilizado en cada caso y que fue claro y categórico). Fundamentan esta posición en que la restricción impuesta sobre aspectos jurídicos del contrato deviene contradictoria e ineficaz frente a la voluntad inequívoca de las partes de someter sus diferencias a un procedimiento arbitral que prevalece sobre la restricción antes indicada.

3.2. Debilidad en el patrocinio público

En los primeros tiempos de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación, la falta de conocimiento respecto de las instituciones reguladas en ella fue un fenómeno lamentablemente muy extendido en el sector público. Sin embargo, hoy en día se aprecia una notable disminución del problema. Entidades como la Procuraduría General del Estado o ciertas empresas públicas que han debido enfrentar juicios arbitrales, cuentan con un cuerpo de profesionales con amplios conocimientos en el procedimiento arbitral. En todo caso, todavía se espera que estos avances se extiendan aún más a todas las entidades estatales.

Otros aspectos inquietantes son las limitaciones sustanciales a la organización y funcionamiento de las

entidades públicas, que les impide dar respuestas oportunas en el trámite de un proceso caracterizado por la celeridad. Por ejemplo, en la reglamentación de varios centros de arbitraje en el Ecuador, la solicitud de una prueba pericial exige que la parte interesada consigne previamente los honorarios del perito en un término de tres días desde que hizo saber el costo de su informe, bajo prevención de que al no pagar la solicitud de prueba quedará sin efecto. En muchas ocasiones, la entidad pública que litiga no logra que su departamento financiero emita un cheque para el pago de los honorarios periciales en el término de tres días y, en más de una ocasión esa entidad del Estado pierde una prueba que podría ser fundamental en el caso concreto, más allá de la obligación que tendrían los árbitros de practicarla para el esclarecimiento de los hechos controvertidos (Art. 23 de la LAM).

Esta situación exige que las entidades públicas adopten correctivos institucionales que les permitan litigar sin esta clase de tropiezos y simultáneamente, que los Tribunales Arbitrales evalúen con criterios de equidad las situaciones prácticas que pudieren presentarse.

3.3. Acción de nulidad de los laudos arbitrales

Se ha convertido en una práctica inveterada dentro del sistema arbitral ecuatoriano que, cuando se expiden laudos contrarios a la pretensión del Estado, éste interponga acciones de nulidad ante la Corte Superior de Justicia para evitar la ejecución.

Aunque las estadísticas de los pronunciamientos que ha hecho la Corte Superior revelen que en un noventa por ciento de casos las acciones de nulidad hayan sido desestimadas, la práctica de impugnar los laudos arbitrales vía acción de nulidad ha ido consolidándose cada vez más.

Sin embargo, cabe anotar que en el Estado ecuatoriano esta situación ha venido estimulada porque un deformado sistema de control de recursos públicos por parte de la Contraloría General del Estado, determina responsabilidades civiles a los funcionarios que no impugnan decisiones judiciales o arbitrales adversas al interés del Estado. Bajo estos esquemas de funcionamiento del Estado ecuatoriano, no resulta extraño que en todos los casos de un laudo adverso éste sea impugnado vía acción de nulidad, sin que la ausencia de méritos argumentales para la pretendida nulidad impida la interposición de tales acciones.

Esta mala práctica no solo se presenta en juicios arbitrales en que el Estado es parte, sino en aquellos en que los particulares contradicen sus pretensiones ante un Tribunal Arbitral y uno de éstos resulta vencido.

3.4. La Contraloría General del Estado desconoce laudos arbitrales

La concepción preventiva del control de recursos públicos a cargo de la Contraloría General del Estado, es

uno de los factores que más han afectado al normal funcionamiento de la Administración Pública en el Ecuador, en buena medida porque su Ley Orgánica expedida en junio del 2002 orientó sus mandatos a la acumulación de poder de esa entidad antes que al diseño de un sistema de auditoría eficiente del sector público, bajo principios de responsabilidad financiera y ética pública.

Dicha Ley plasmó un sinnúmero de preceptos que entorpecen la operatividad del Estado como aquel que condiciona la presunción de legitimidad de las actuaciones del poder público a que la Contraloría General “no declare en contrario” (Art. 38); o la disparatada previsión de informes previos a la suscripción de contratos públicos, con el efecto paralizante que tal disposición ha provocado (Art. 31 numeral 16); o la autorización a la Contraloría para intervenir como parte en juicios que interesan al Estado (Art. 31 numeral 13) cuando existe un ente especializado en el patrocinio público denominado Procuraduría General del Estado. En algún caso, esta norma ha dado lugar al protagonismo político del Contralor antes que a la defensa efectiva de los intereses del Estado.

En este contexto, la dinámica de los procesos arbitrales en que el Estado ha intervenido como parte, no ha quedado al margen de las distorsiones provocadas por el sistema de auditoría gubernamental. Al menos en dos casos concretos he constatado que informes de exámenes especiales elaborados por la Dirección de Responsabilidades de la Contraloría del Estado desconocieron la validez y ejecutividad de laudos arbitrales y recomendaron a las entidades públicas no cumplir con los fallos arbitrales bajo amenaza de que se generaría una responsabilidad civil del funcionario público si es que se ordenare el cumplimiento.

Este tipo de pronunciamientos formulados en auditorías gubernamentales y en exámenes especiales practicados por la Contraloría General, amenazan al sistema arbitral ecuatoriano, principalmente a la credibilidad y confianza en los juicios arbitrales en que el Estado es parte procesal. Además, han constituido la razón que explica porqué cuando un laudo arbitral es adverso al Estado, éste interpone acciones de nulidad aun cuando no hubiere mérito argumental o fáctico para hacerlo.

4. CONCLUSIONES

4.1. El Estado como parte de un proceso arbitral es un tema que ha merecido la atención del legislador desde hace más de cincuenta años en el Ecuador. Sin embargo, solo a partir de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997 y de la Constitución Política en el año siguiente, la participación de entidades de derecho público en juicios de arbitraje recibió un notable impulso.

4.2. Para dilucidar los aspectos vinculados a la temática del juicio arbitral y del Estado como parte procesal, es necesario conocer qué requisitos de validez de los procesos arbitrales ha establecido la ley ecuatoriana. Al respecto, unos requisitos se refieren a la naturaleza de la controversia y a la fundamentación del laudo arbitral, y

otros atienden los aspectos de contenido de los convenios arbitrales.

4.3. Es de la esencia del juicio arbitral con entes de derecho público como partes procesales, que la controversia sea de naturaleza contractual, que sea resuelta en derecho y no en equidad; que el convenio arbitral haya establecido la forma de selección de los árbitros y que haya sido anterior a la controversia. Si fuere posterior a ésta será necesario el dictamen del Procurador General del Estado.

4.4. No solamente los aspectos de orden normativo aportan en la comprensión de este tema. Es necesario examinar algunas de las dificultades que más frecuentemente se han presentado en la práctica del sistema arbitral ecuatoriano, cuando el Estado interviene como parte en juicio. Este análisis nos revela algunos de los eventos críticos que deberían corregirse para consolidar la con-

fianza en el sistema arbitral. Tales eventos son los siguientes: insuficiencias de las cláusulas compromisorias; debilidades en el patrocinio público, aunque esta tendencia haya revertido con el paso del tiempo; reiterada práctica de impugnar laudos arbitrales mediante acciones de nulidad; y la posición que en algunos casos ha adoptado la Contraloría General del Estado para negar la ejecutividad de los laudos arbitrales.

5.- Más allá de los problemas descritos en este artículo, resulta indiscutible que una década de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación ha contribuido a crear condiciones de justicia en las relaciones contractuales que se dan entre el Estado y las personas de derecho privado. Sin embargo, el desafío por afinar el sistema aún es enorme y los abogados que operamos dentro de él debemos asumir este compromiso con firmeza y convencimiento.

Notas

- 1 Es el caso de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. THOMSON CIVITAS, páginas 704 y siguientes; Luciano Parejo Alonso, Derecho Administrativo, Ariel Derecho, Barcelona 2003, página 964; William René Parra Gutierrez, "Los Contratos Estatales" Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999, páginas 43 y siguientes.
 - 2 No identifico a las partes procesales de este caso, por la confidencialidad de la controversia. Al momento que escribo estas líneas el caso aún no ha sido resuelto. Sin embargo, los conceptos discutidos en este juicio resultan interesantes para fijar el alcance de la jurisdicción convencional que ejercemos los árbitros en una relación jurídica que involucra, simultáneamente, conflictos contractuales y de derecho constitucional o de administrativo.
-

SECCIÓN LIBRE

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

El Inicio del Proceso Constituyente en Ecuador en 2007 y las Lecciones de la Experiencia Venezolana de 1999

DOMINGO GARCÍA BELAUDE

Dos cuestiones Disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional

JORGE ZAVALA EGAS

La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano

MARÍA ELENA CORRAL

Sobre la "Pastilla del Día Después"

SEBASTIÁN IGNACIO DONOSO BUSTAMANTE

Recursos Genéticos, Patentes de Invención y el ADPIC

VLADIMIR VILLALBA PAREDES

La Teoría de los Poderes Implícitos