

# **La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación**

*Edgar Neira Orellana*

## **Sumario**

1. Introducción. 2. Laudos arbitrales y acción extraordinaria de protección. 2.1 Inexistencia de una norma que contemple la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales. 2.2 Alternabilidad del arbitraje. 2.3 Naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral. 2.4 La Asamblea Constituyente de Montecristi eliminó el control de constitucionalidad sobre laudos arbitrales. 2.5 Sobre el contraargumento que invoca el carácter “garantista” de la Constitución. 2.6 Sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional. 3. Convenio arbitral e informe previo del Procurador General del Estado. 3.1 Posición de la Procuraduría General del Estado. 3.2 Análisis de los oficios circulares 09258 de 15 de septiembre y 10623 de 27 de noviembre de 2009. 3.3 El artículo 190 de la Constitución contradice a la Procuraduría del Estado. 3.4 Casos establecidos en la ley, que vuelven exigible el informe favorable del Procurador General del Estado. 4. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Carta de Montecristi que rige desde octubre de 2008 exhibe como su mejor tarjeta de presentación ser una Constitución “garantista” que precautela los derechos de los ciudadanos y fija un adecuado régimen de garantías para hacer efectivos tales derechos.

Transcurridos más de tres años desde su promulgación, lo que va perfilándose con nitidez no es tanto el derecho del ciudadano ni la vigencia de las garantías para hacerlos efectivos, cuanto las prerrogativas que el Estado y determinados entes públicos han tenido a bien concederse, normalmente para ejercer controles sobre los particulares y acotar espacios de libertad a los sujetos de derecho privado.

El instituto arbitral, lamentablemente, no ha podido escapar a este proceso regresivo, en que el Estado pretende instituirse en el gestor monopólico de la administración de justicia y del bien común, en el dispensador exclusivo de cualquier derecho, y en la instancia vigilante del sistema de justicia privada a que tenemos derecho los ciudadanos.

Las opiniones que defienden que sobre los laudos arbitrales es posible o conveniente un recurso extraordinario de protección, o las que pretenden someter todo convenio arbitral a la aprobación del Procurador General del Estado, son elementos coadyuvantes del proceso regresivo a los que me estoy refiriendo.

Sin embargo, es de destacar que, en el caso particular del arbitraje sometido al derecho ecuatoriano, no es la Constitución de Montecristi, en sí, la que menoscaba el funcionamiento de la institución, sino las interpretaciones interesadas que se han hecho de su texto, originadas en el afán de algunos operadores legales, de acomodar velas al viento estatista que hoy sopla con fuerza sobre la institucionalidad del Ecuador.

Con este antecedente considero oportuno formular dos reflexiones sobre el arbitraje doméstico: la primera relacionada con la impugnación de laudos arbitrales a través de la acción extraordinaria de protección; la segunda, sobre la autorización del Procurador General del Estado para la suscripción de un convenio arbitral.

Con fundamento en los artículos 94, 190, 427 y 437 de la Constitución vigente, este ensayo plantea que no procede la acción extraordinaria de protección en contra de laudos arbitrales; y que el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado no es requisito para todo convenio que suscriban entidades de derecho público, sino solamente para aquellos casos que prevé la Ley de Arbitraje y Mediación (artículos 4 y 42).

Estas conclusiones están fundamentadas en las normas constitucionales referidas, cuyos mandatos no plantean dudas al respecto. Sin embargo, la tergiversación que se ha hecho de los textos normativos y la extendida aceptación que han alcanzado, exige sustentar las conclusiones que trae el presente trabajo y que no tienen propósito distinto que el de abrir un debate que evite el error jurídico y encause las instituciones constitucionales en el andarivel que les corresponde.

## 2. LAUDOS ARBITRALES Y ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

La corriente de opinión jurídica que defiende la procedencia de la acción extraordinaria de protección –*a.e.p.*– contra laudos arbitrales, parte de que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que instituye el artículo 1 de la Carta de Montecristi, descansa sobre la protección de los derechos constitucionales de las personas como finalidad esencial del Estado, y sobre los rigores de la supremacía constitucional. Por ello, un

control de constitucionalidad concentrado en la Corte Constitucional, sustentaría el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales.

Me aparto de ese punto de vista porque, en lo jurídico, encuentro más sólida la conclusión de que la acción extraordinaria de protección no procede contra laudos arbitrales ni contra ninguna decisión adoptada por Tribunales Arbitrales. Las razones en las que se apoya esta conclusión, podrían sintetizarse en las siguientes: (i) la inexistencia de una norma que hubiere contemplado la *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 de Montecristi hizo respecto de la norma que preveía el control de constitucionalidad de las decisiones de los árbitros. A continuación explicaré cada una de ellas:

### 2.1 Inexistencia de una norma que contemple la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales

Ninguna disposición de la Constitución de la República ha previsto que un laudo arbitral sea susceptible de impugnación a través de una acción extraordinaria de protección. Así confirma el texto del Art. 94<sup>1</sup> que establece este tipo de acción como una de las garantías jurisdiccionales establecidas para la protección de los derechos fundamentales.

El Art. 94 señala que la acción extraordinaria procede contra (i) sentencias y (ii) autos definitivos en los que se hubieren violado derechos constitucionales; y que solamente procederá

1. Constitución de la República: Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro de los términos previstos en la ley.

Del texto de esa norma llama la atención el error en que incurre la segunda parte del artículo, de considerar a la "acción" extraordinaria como si se tratase de un "recurso" después de que ya la ha definido como una "acción". Más allá del gazapo de los assembleístas de Montecristi, resulta claro que ni los laudos arbitrales ni ningún otro género de decisiones adoptadas por árbitros quedaron comprendidos dentro de los pronunciamientos judiciales susceptibles de esta acción extraordinaria. El artículo 94 se refiere exclusivamente a las "sentencias" y a los "autos definitivos" que pronuncian los jueces y que están definidos en el Código de Procedimiento Civil (artículos 269 y 270).

Por su parte, el artículo 437 de la Constitución<sup>2</sup>, norma que en lugar de describir las atribuciones de la Corte Constitucional como corresponde a las demás disposiciones insertas en ese Capítulo, inexplicablemente reitera la acción de protección como garantía de las personas, cuando esa disposición ya consta establecida en el comentado artículo 94. Lo curioso es que esta reiteración inconsulta contiene una redacción distinta de la del artículo 94.

¿Qué explicación debemos dar al hecho de que existan dos normas constitucionales que versan sobre una misma materia, pero con redacción distinta?; ¿Cómo entender que además del artículo 94 que ya deja establecida la garantía de la *n.e.p.* en la parte dogmática de la carta constitucional, se haya incluido el artículo 437 para reiterar el establecimiento de esa misma garantía, pero en la parte orgánica? ¿No habría sido más apegado a la

2. Constitución de la República, Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:
  1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

técnica legislativa que el sentido del artículo 437 sea fijar una atribución para la Corte Constitucional, antes que redundar en la garantía jurisdiccional ya consagrada en el artículo 94? ¿Esta irregularidad del texto del artículo 437 de la Constitución en que incurrió el legislador constituyente de Montecristi fue producto de su ignorancia o debemos encontrar explicaciones en algún inconfesable episodio de inmoralidad y corrupción?

Cualquiera sea la respuesta que demos a las interrogantes planteadas, se debe subrayar que la redacción distinta del artículo 437, tampoco incluyó a los laudos arbitrales como objeto de la acción extraordinaria de protección. Esta disposición jurídicamente defectuosa, contiene dos partes y en cada una de ellas alude a resoluciones jurisdiccionales diversas: en la primera parte se refiere a (i) sentencias, (ii) autos definitivos y, (iii) "resoluciones con fuerza de sentencia". Pero, en la segunda parte, cuando se refiere a los requisitos de procedibilidad establece algo distinto. Exige que la Corte Constitucional, antes de admitir a trámite el recurso, debe verificar que se trate de (i) sentencias, (ii) autos y (iii) "resoluciones firmes o ejecutoriados". En otras palabras, un mismo artículo prevé requisitos diversos para la procedibilidad de la *a.e.p.*

La segunda parte del artículo 437 ya no exige que los autos sean definitivos. Menciona de manera general a los "autos" es decir, a lo que el Art. 270 del Código de Procedimiento Civil define como la resolución de los jueces sobre cualquier incidente de un juicio. Adicionalmente, en esta segunda parte la norma ya no se refiere a las "resoluciones con fuerza de sentencia" sino a "resoluciones firmes y ejecutoriadas" y esta última categoría podrían incluir un amplísimo género de decisiones administrativas así calificadas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y que, bajo determinadas circunstancias, también alcanzan firmeza o ejecutoriedad.

Sobre la base de que el artículo 437 no incluye expresamente a los laudos arbitrales, ¿cabría aceptar que cuando la Constitución se refiere a las “resoluciones con fuerza de sentencia” o “resoluciones firmes y ejecutoriadas” quedaron tácitamente comprendidos los laudos arbitrales? La inconsistencia del artículo 437 derivada de la utilización indistinta de expresiones “resoluciones con fuerza de sentencia” por un lado y, “resoluciones firmes y ejecutoriadas” por otro, como si fueren equivalentes, vuelve discutible la tesis de que esa norma comprendería a los laudos arbitrales.

En mi opinión, nada permite concluir que los laudos –a los que ni siquiera menciona la norma constitucional–, sean susceptibles de la *a.e.p.* Un principio universalmente aceptado en el derecho público impide hacer interpretaciones extensivas de la norma de derecho para ampliar las potestades de un órgano del poder como la Corte Constitucional, en este caso, para concederle potestades revisoras de decisiones jurisdiccionales expedidas dentro de un método de solución de conflictos, al que la propia Constitución califica de “alternativo”.

Bajo estas premisas, considero que la tesis que sostiene el presente análisis no se ve afectada por lo que dispone el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que señala que el laudo arbitral tiene los efectos de una sentencia. Esa norma ha sido establecida para hacer cumplir un laudo arbitral, en ningún caso para volver ineficaz el pronunciamiento de los árbitros o retardar el cumplimiento de las decisiones arbitrales, menos en el sentido de abrir la puerta para volver a discutir el fondo de lo ya decidido.

## 2.2 Alternabilidad del arbitraje

El artículo 190 de la Constitución reconoce al arbitraje como un método de solución de conflictos, al que califica como “alternativo”. De esta disposición consagrada en un mandato del más alto rango normativo en nuestro ordenamiento, surgen varias

consecuencias jurídicas, sin las cuales no sería posible cumplir la voluntad del legislador constituyente.

El sistema alternativo de solución de conflictos es distinto del sistema de solución de controversias de la Función Judicial. Las normas que regulan al arbitraje son diversas y se rigen por un principio de especialidad. Institutos y métodos de interpretación, que son propios del arbitraje (competencia de la competencia, separabilidad de la cláusula de compromiso arbitral, pro arbitraje etc.) informan la aplicación de las normas especiales contenidas en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Una consecuencia de la alternabilidad del arbitraje es que el régimen procesal del arbitraje se sujeta a normas que le son propias, diferentes de las aplicables a los juicios ordinarios. El artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación que señala que las reglas de procedimiento civil son aplicables supletoriamente a los arbitrajes en derecho, confirman la especialidad y *alternabilidad* del arbitraje porque tal aplicación es solamente para los casos de silencio de la Ley de la materia.

La alternabilidad prevista constitucionalmente está desarrollada en la Ley de Arbitraje y Mediación (artículo 31) cuando establece que contra un laudo arbitral no es admisible ningún recurso que no sean los horizontales de aclaración y ampliación. Prevé también la "acción" de nulidad siempre que hubieren ocurrido una o varias de las causales previstas en dicha disposición legal. De ahí que la aceptación a trámite de recursos de apelación o casación contra los fallos de los Presidentes de las Cortes Superiores que resuelven las acciones de nulidad, comporte una violación del artículo 190 de la Constitución y del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Resulta incongruente que, mientras el artículo 190 de la Constitución consagra al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos, se hagan interpretaciones extensivas del artículo 437 de la Constitución para asimilar los laudos arbi-

trales al régimen de la jurisdicción ordinaria, para someterlo al sistema general de impugnación de las sentencias que dictan los jueces.

El artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial que fija atribuciones jurisdiccionales a favor de los árbitros, tampoco contradice la conclusión de que los laudos están excluidos de la acción extraordinaria de protección. Además, el carácter jurisdiccional de los pronunciamientos de los árbitros no es una novedad que trajo el Código Orgánico de la Función Judicial<sup>3</sup>.

En consecuencia, la alternabilidad del arbitraje previsto en el artículo 190 permite concluir que el régimen de recursos para impugnación de laudos arbitrales se rige por la ley especial de la materia, puesto que, de otra manera, se permitiría que la Corte Constitucional tenga atribuciones para resolver sobre el fondo de lo que previamente ya han decidido los árbitros. Es de insistir que si la voluntad de las partes expresada en un convenio arbitral fue la de someter sus controversias a la jurisdicción convencional, que la Constitución reconoce y declara como "alternativa", no cabe que la decisión de tal controversia quede librada a la decisión final de la Corte Constitucional.

En contradicción a las conclusiones precedentes, se afirma que la *a.e.p.*, bajo la norma del artículo 437 de la Constitución, no autorizaría a la Corte Constitucional a pronunciarse nuevamente sobre el fondo de la controversia, sino solamente a controlar la observancia de las garantías del debido proceso en el trámite de un juicio arbitral. En mi opinión, dos argumentos de derecho desmerecen tal apreciación: el primero tiene relación con el artículo 437 de la Constitución. Si esa norma no ha previsto de manera expresa la impugnación de laudos a través de la acción

3. El ejercicio jurisdiccional que corresponde a los árbitros es anterior a la mencionada norma del Código Orgánico de la Función Judicial expedida en marzo de 2009. Parte del Art. 3 del Código de Procedimiento Civil publicado en el R.O. 133 de 7 de febrero de 1953, que definió a la jurisdicción convencional como aquella que nace del acuerdo de voluntades y fue recogida también en la Codificación del Decreto Supremo 3070 de diciembre de 1978 (R.O. 735, 20-XII-1978), y en la Codificación de julio de 2005 (R.O. 58, 12-VII-2005).

extraordinaria, tampoco pudo haber contemplado que la pretendida revisión de un laudo quede circunscrita solamente, al análisis de si se observaron o no las reglas del debido proceso. Es decir, si la Corte Constitucional aplica indebidamente el artículo 437 para extender sus atribuciones de control sobre los laudos, no encontraría ningún obstáculo jurídico para revisar nuevamente el fondo de la controversia.

El segundo argumento que se opone a esa afirmación se fundamenta en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. El examen del cumplimiento de las garantías del debido proceso, en un arbitraje, tiene relación directa con las causales de nulidad del laudo arbitral: que no se haya citado legalmente con la demanda y que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos; que no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; y, que no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubieren practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que debían justificarse.

Sobre la base de la Ley de Arbitraje y Mediación (artículo 31) y fundamentado en la alternabilidad del arbitraje según previsión constitucional (artículo 190), correspondería a los Presidentes de las Cortes Superiores, verificar el respeto a las reglas del debido proceso, a través de las acciones de nulidad que conocen, puesto que las causales a), b) y c) del artículo 31 de la Ley especial están enderezadas a proteger y precautelar la tutela efectiva del derecho, el derecho a la defensa y el principio de igualdad procesal en el arbitraje.

### **2.3 Naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral**

Por disposición del artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el objeto de un litigio arbitral no puede ser otro que

derechos de naturaleza transigible, esto es, de libre disposición de las partes según el artículo 2348 del Código Civil.

En una controversia arbitral, las partes procesales no disputan la declaración de un derecho constitucional que por disposición del artículo 11 de la Constitución, son indivisibles, inalienables e irrenunciables. Las controversias arbitrales versan sobre disputas de carácter contractual, patrimonial y de relaciones jurídicas en los que están involucrados derechos esencialmente transigibles, calidad que contradice el carácter inalienable o indivisible del derecho constitucional cuya protección corresponde a los jueces de instancia o a la Corte Constitucional, antes que a los árbitros.

Lo manifestado no significa que en la resolución de un determinado conflicto, los árbitros estén excluidos de analizar o aplicar normas constitucionales. Por ejemplo, en la tramitación de una causa arbitral, será necesario aplicar estrictamente las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76 de la Constitución. Sin embargo, es de destacar que la inobservancia de tales garantías no franquea la impugnación de ninguna decisión arbitral a través de una acción extraordinaria de protección, sino a través de la acción de nulidad de laudo arbitral conforme quedó explicado en el acápite anterior.

Las garantías del debido proceso que dentro de un litigio arbitral precautelan con suficiencia la tutela efectiva de derechos e intereses, la igualdad procesal y el derecho de defensa, son las siguientes: (i) citación de la demanda; (ii) notificación de providencias expedidas en el trámite del juicio; (iii) convocatoria a la práctica de pruebas, notificación de tal convocatoria y práctica de las pruebas ordenadas. Por ello, la violación de estas exigencias no autoriza al afectado a plantear una acción extraordinaria de protección, dado que la Constitución no ha previsto que los laudos sean susceptibles de esta clase de acciones. Frente a la infracción de esas normas, nuestro sistema legal habilita al afectado a plantear una acción de nulidad del laudo arbitral.

Si la norma constitucional ha instituido al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos que se rige por su Ley (Art. 190), las infracciones a las reglas del debido proceso que quedan enunciadas, franquean el derecho del afectado, a impugnar el laudo arbitral mediante la acción de nulidad, en los términos del artículo 31 literales a), b) y c).

#### **2.4 La Asamblea Constituyente de Montecristi eliminó el control de constitucionalidad sobre laudos arbitrales**

Las Actas de la Asamblea Constituyente de Montecristi confirman la tesis expuesta, que no procede el control de constitucionalidad contra laudos ni otros pronunciamientos hechos por Tribunales de Arbitraje.

En el Acta 78 páginas 4 a 11 consta el Informe de Mayoría y la propuesta de articulado que aprobó la Mesa No. 8 de Justicia y Lucha contra la Corrupción, presidida por el asambleísta, Fernando Vega Cuesta. Ese informe recogió treinta y dos observaciones del primer debate y fue sometido a la aprobación del Pleno de la Asamblea con el siguiente tenor, en que destaco el punto de interés:

“Artículo 1. 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 a control de constitucionalidad cuando sean vulnerados los derechos humanos...”.

Esta previsión del control de constitucionalidad fue eliminada durante el debate que mantuvieron los constituyentes en el proceso de aprobación de esta norma y la Constitución no la recogió en su texto, dado que la propuesta original fue reformulada.

En consecuencia, el texto final puesto a consideración de los asambleístas cambió según consta del Acta 82, página 25, que eliminó definitivamente la sujeción al control de constitucionalidad cuando se vulneren derechos humanos y fue aprobada en los términos del artículo 190 de la Constitución vigente.

## **2.5 Sobre el contraargumento que invoca el carácter “garantista” de la Constitución**

He tenido oportunidad de escuchar, en varias ocasiones, el argumento de que la Constitución de 2008 instituye un nuevo tipo de Estado, el “constitucional de derechos y de justicia” y que en este orden, novísimo, la Constitución tiene un carácter “garantista” para hacer efectivos los derechos constitucionales. Por ello, en materia de derechos y garantías, los servidores administrativos y judiciales deberían privilegiar la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (artículo 11 No. 5).

Sobre la base de estas premisas se considera que la expresión ambigua del artículo 437 de la Constitución, de las “resoluciones con fuerza de sentencia”, exige ser interpretada, extensivamente, en el sentido de que los laudos arbitrales también pueden ser impugnados mediante una acción extraordinaria de protección, porque ese es el sentido que más favorecería la efectiva vigencia del derecho constitucional del accionante.

La interpretación extensiva, antes que para precautelar el derecho constitucional o sus garantías, tiene el efecto jurídico de ampliar una potestad de control a favor de la Corte Constitucional. En mi opinión, se tergiversa el sentido del denominado “garantismo”.

Por otro lado, la garantía prevalente de los derechos constitucionales –que no es novedad de la Constitución de 2008–, no puede ser entendida en el sentido que favorezca a una parte pro-

cesal solamente, en desmedro de la otra parte procesal a la que también le protegen derechos constitucionales.

Si se aceptara que una de las partes tuviere derecho constitucional de impugnar el laudo arbitral a través de la acción extraordinaria, se desconocería el derecho constitucional a la seguridad jurídica de su contraparte procesal (artículo 82). Es decir, el derecho a que se respete un laudo arbitral cuyo método de solución ha sido declarado constitucionalmente como "alternativo" de la justicia ordinaria y cuando la Constitución no ha previsto, en ninguna de sus normas, que un laudo sea susceptible de la acción extraordinaria. Es más, cuando la propia Asamblea Constituyente eliminó la posibilidad del control de constitucionalidad de las decisiones arbitrales.

El "garantismo" tampoco puede operar en desmedro del derecho a que se respete la voluntad de las partes, de que sus controversias sean resueltas por un árbitro y no por el órgano de control de la constitucionalidad.

De manera que la posición del "garantismo" constitucional, para el caso del arbitraje no pasa de ser una afirmación simplista que no guarda correspondencia con el carácter alternativo que la propia Constitución ha instituido a favor del sistema arbitral y que menoscaba el derecho a la seguridad jurídica, -que es derecho de protección-, dado que el artículo 437 de la Constitución no ha previsto que un "laudo arbitral" sea susceptible de una acción extraordinaria de protección.

El artículo 427 manda que las normas constitucionales sean interpretadas según el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. Para los casos de duda se interpretarán en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, según preceptos generales de la interpretación constitucional.

De ahí que el entendimiento que se tenga de la expresión “resoluciones con fuerza de sentencia” no pueda apartarse del carácter alternativo que el artículo 190 de la Constitución de la República ha reconocido al arbitraje ni desconocer el hecho de que la Asamblea Constituyente de Montecristi, en la aprobación final del texto de ese artículo eliminó la posibilidad del control de constitucionalidad de las decisiones arbitrales.

## **2.6 Sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional**

Los precedentes de la Corte Constitucional llevan a la conclusión inequívoca de que esta ha interpretado extensivamente la norma de los Arts. 94 y 437 de la Constitución, para conferirse la potestad de controlar la constitucionalidad de los laudos arbitrales. Entre otros, estos pronunciamientos son los siguientes:

- Auto de 8 de julio de 2009, expedido la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de la acción especial de protección planteada por TRANSELECTRIC S.A. contra el laudo arbitral pronunciado por un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito;
- Auto de 30 de noviembre de 2010, expedido por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de la acción especial de protección planteada por la Señora Esmeralda Lossa de Rosillo y otros, en contra del laudo arbitral pronunciado por un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil;
- Auto de 1 de diciembre de 2010, expedido por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de la acción especial de protección planteada por Empresa Vial del Azuay EMVIAL S.A. en contra del laudo arbitral pronunciado por un Tribunal de Arbitraje de las Cámaras de la Producción del Azuay.

Estos autos aceptaron a trámite las acciones planteadas contra tales laudos arbitrales. Sin embargo, en ninguno de estos pro-

nunciamentos de la Sala de Admisión, he podido encontrar un análisis motivado sobre los puntos de derecho que dejo consignados en el presente artículo, ni una explicación de por qué los desestiman. Con la misma soltura con la que se autoproclamaron "Corte Constitucional" esta ha decidido asumir, sin más, una competencia para controlar laudos arbitrales, con la invocación mecánica del Art. 437 de la Constitución al que citan, pero sin hacer un examen sustentado de por qué esa disposición permitiría ejercer tal atribución. En los casos mencionados, la Sala de Admisión se ha limitado al examen de requisitos formales establecidos en los artículos 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Es de esperar que la Corte Constitucional haga una aplicación correcta del Art. 190 de la Constitución y que desestime toda acción extraordinaria de protección que se plantee contra laudos arbitrales o providencias expedidas por Tribunales de Arbitraje con fundamento en la inexistencia de una disposición que hubiere contemplado la acción especial de protección contra laudos arbitrales; con el reconocimiento de la plena alternabilidad del sistema arbitral según está reconocido constitucionalmente; con una referencia a la naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral, distinto de un proceso en el que se discuten derechos constitucionales; y que atienda al hecho inobjetable de que la Asamblea Constituyente eliminó la disposición que sujetaba las decisiones de los árbitros al control de constitucionalidad.

### **3. CONVENIO ARBITRAL E INFORME PREVIO DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO**

Un segundo tema que ha generado dudas a partir de la Constitución de 2008 tiene relación con el informe de la Procuraduría del Estado y la validez de los convenios arbitrales en que intervienen entes de derecho público.

Se han planteado dos tesis al respecto. La primera sostiene la Procuraduría General del Estado y un sector de árbitros. Señalan que de conformidad con el artículo 190 de la Constitución, cuando el Estado es parte contractual, la suscripción del convenio arbitral exige contar, previamente, con un informe favorable del Procurador General del Estado.

La segunda tesis que la defiende otro sector de árbitros, sostiene que el informe favorable del Procurador General del Estado no es un requisito de validez de los convenios arbitrales que suscriben las entidades de derecho público, al menos no en todos los casos, sino solamente en los que exige la ley.

En estas líneas propongo fundamentar la segunda de las tesis expuestas porque la considero más apegada a la letra y al espíritu de la norma constitucional.

### **3.1 Posición de la Procuraduría General del Estado**

Mediante oficio circular 09258 de 15 de septiembre de 2009, dirigido a las instituciones y entidades enumeradas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Procurador del Estado dispuso lo siguiente:

*“Se requiere el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado, para proceder a la suscripción de todo convenio arbitral, en materias reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”*

En el párrafo final de esa circular se indica que tales instituciones y entidades “previa la suscripción de cualquier convenio arbitral” están obligadas a solicitar ese pronunciamiento, “sea para controversias existentes o que puedan surgir en el futuro”.

Ese oficio no alcanzó el eco esperado, según demuestra el hecho de que a menos de dos meses de su expedición, la

Procuraduría del Estado debió dictar un alcance del anterior, identificado con número 10623 de 27 de noviembre de 2009, más escueto y conminatorio que el anterior.

En este segundo oficio, el Procurador General del Estado requirió a todas las entidades del Estado que hubieren pactado convenios arbitrales sin haber obtenido la autorización de Procuraduría, que soliciten “dicho pronunciamiento dentro del plazo de tres meses contados a partir de la fecha de esta Circular” y señaló lo siguiente:

“De no solicitarse la autorización prevista en el artículo 190 de la Constitución Política de la República en el plazo previsto, y siendo dicha autorización un requisito esencial para la validez del convenio arbitral, tales convenios estarán sujetos a las consecuencias legales que esta omisión acarrea”.

Formulo tres observaciones al texto transcrito. La primera, que la carta constitucional que nos rige no es más una “Constitución Política”. La segunda, que bajo la hipótesis no consentida de que hubiere la exigencia del informe previo del Procurador, este no sería un “requisito esencial para la validez del convenio”. Sería “esencial” si es que sin ese informe no surtiría efecto alguno o degeneraría en uno distinto. A eso se refieren los elementos esenciales en todo contrato conforme lo establece el artículo 1560 del Código Civil, de manera que el informe previo es un requisito formal ajeno a la esencia del convenio, cuya omisión acarrearía su nulidad, nulidad que debería ser declarada por un Tribunal de Arbitraje, bajo el no consentido supuesto de que tal exigencia hubiere impuesto la Constitución.

La tercera observación trata sobre la conminatoria del Procurador. En mi opinión, en lugar de aplicar el artículo 190 de la Constitución se violó abiertamente esa norma, y se lo hizo con expresiones intimidatorias, como se advierte en la frase “tales convenios estarán sujetos a las consecuencias legales que esta omisión acarrea”. Una velada amenaza que ni el oficio circular

se atrevía a hacerla explícita, porque no indicaba con precisión cuál era el efecto legal de no obtener el pronunciamiento de la Procuraduría.

Entonces, la pregunta que surge es ¿Qué consecuencia legal provocaría sobre el convenio arbitral, la ausencia del informe favorable del Procurador del Estado? En mi opinión, ninguna consecuencia por las razones expuestas más adelante. En todo caso, correspondería a los Tribunales de Arbitraje que conozcan de los eventuales conflictos que surjan a partir de tales convenios, definir tales consecuencias, si es que las hubiera.

### **3.2 Análisis de los oficios circulares 09258 de 15 de septiembre y 10623 de 27 de noviembre de 2009**

En mi opinión, al menos tres argumentos de Derecho objetan la juridicidad de los dos oficios circulares que comento y que los expongo con el interés de que puedan suscitar un debate que contribuya a esclarecer el alcance de la norma constitucional y, de ser el caso, a rectificar en el menor tiempo, lo que considero un grave error jurídico.

- Primer argumento sobre la potestad de interpretar, con efectos generales, normas de la Constitución de la República.

El oficio circular 09258 de 15 de septiembre y su alcance de 27 de noviembre, mal interpretan el artículo 190 de la Constitución y al respecto se deben considerar dos objeciones:

La primera tiene relación con la potestad de interpretar normas constitucionales, con efectos generalmente obligatorios. La Constitución prevé que la máxima instancia de interpretación corresponderá a la Corte Constitucional (artículos 429 y 436.1). En el caso presente, la interpretación que se hace sobre el texto de una norma constitucional y la pretendida aplicación de efec-

tos generales que se busca con una circular dirigida a todas las instituciones y entidades públicas del Estado ecuatoriano, parecería invadir una atribución privativa de dicha Corte.

Las atribuciones que el artículo 3 literal k) de la Ley Orgánica de la Procuraduría reconoce al Procurador para expedir circulares de carácter general, dentro el ámbito de su competencia, no le autorizan legislar sobre disposiciones de la Constitución e imponer un sentido de interpretación con efectos generales, a todas las entidades del Estado. El carácter vinculante de sus dictámenes nace de los casos en que se hubiere absuelto una consulta de conformidad con el literal e) de esa norma legal, pero en el presente, no había absolución de ninguna consulta.

La segunda, se ha hecho una interpretación extensiva del artículo 190 de la Constitución de la República, para comprender bajo su mandato no solamente a los convenios arbitrales que se suscriben con posterioridad al surgimiento de controversias, que son los que la ley somete a la autorización del Procurador del Estado, sino a todo convenio arbitral que suscriban entes públicos.

Es discutible que de una norma de derecho público se hagan interpretaciones extensivas. En este caso, para ampliar las potestades que ejerce la Procuraduría General del Estado, de controlar a través de informes previos, el contenido de los convenios arbitrales, y es más discutible todavía, cuando el sentido de la norma constitucional ha sido limitar esa potestad a las condiciones establecidas en una ley, con aplicación estricta y concordante del principio de legalidad que consagra el artículo 226 de la Constitución.

- Segundo argumento: sobre la vacancia de tres meses para cumplir con el mandato constitucional

Bajo el supuesto no consentido de que el Art. 190 impusiera la obligación que la Procuraduría del Estado refiere en sus oficios circulares, no deja de llamar la atención la vacancia de tres

meses que el Procurador ha tenido a bien otorgar a las entidades del Estado, para cumplir aquello que considera una obligación jurídica, impuesta constitucionalmente.

No existe en el derecho público ecuatoriano ninguna norma que atribuya al Procurador del Estado conceder a las entidades públicas, plazos para aplicar normas constitucionales o legales. Las normas constitucionales son de inmediato cumplimiento. Si la supuesta obligación de obtener el pronunciamiento favorable previo a la suscripción de convenios arbitrales fuera tal, el mandato de la Constitución impondría su cumplimiento inmediato y no podría quedar sujeta a concesiones graciosas de tiempo, según la arbitraria ponderación que haga la Procuraduría del Estado.

- Tercer argumento: infracción del Art. 190 de la Constitución y del Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación

La importancia de este tercer argumento exige un análisis aparte, según lo expuesto a continuación.

### 3.3 El artículo 190 de la Constitución contradice a la Procuraduría del Estado

El artículo 190 de la Constitución de la República reconoce al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos y establece que las disputas de contratación pública, podrán someterse al juicio de árbitros<sup>4</sup> en derecho. La norma tiene el

4. La Constitución ha circunscrito el ámbito de la jurisdicción convencional a controversias de naturaleza contractual. Tal limitación ya venía establecida en el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación y su conveniencia resulta discutible, puesto que hay controversias que sin participar de la naturaleza contractual son de carácter transigible y bien podrían ser conocidas por árbitros. Por ejemplo, las que atañen a la responsabilidad extracontractual de una entidad de derecho público. En este último caso estamos frente a litigios de orden patrimonial en los que, desde un punto de vista práctico, el arbitraje podría resultar conveniente si consideramos que la tramitación del juicio podría tomar entre 8 y 12 meses, frente al tiempo de tramitación del juicio contencioso administrativo que toma entre 3 y 6 años. En esos casos, si se liquidaran intereses, el valor total de una condena reparatoria, en uno y otro caso sería distinto, siendo menor el monto a pagar cuando la duración del juicio es de doce meses frente a 3 ó 6 años.

tenor siguiente en que dejo subrayado lo pertinente al argumento que sostiene este análisis:

“Artículo 190.- Se 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 tenor de la norma constitucional no plantea dudas sobre los dos mandatos que el legislador constituyente estableció para el arbitraje que resuelva conflictos en contratación administrativa: (i) el arbitraje en la contratación pública será en derecho; (ii) se requiere un pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones que establezca la ley.

De la disposición transcrita no se desprende que el pronunciamiento favorable de la Procuraduría sea una exigencia absoluta, requerida para todo convenio arbitral que suscriba una entidad pública, como ha tenido a bien entender la Procuraduría General del Estado. Al contrario, el texto constitucional es claro al establecer que la ley fija las condiciones en que el arbitraje en derecho para la contratación pública, requiere de un pronunciamiento previo y favorable de la Procuraduría del Estado.

Lo expuesto guarda concordancia con las atribuciones reconocidas al Procurador General del Estado en el artículo 237 No. 4 de la Constitución, en que le faculta controlar los contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público, “con sujeción a la ley”.

Entender la norma constitucional en el sentido que equivocadamente sugieren el oficio circular 09258 de 15 de septiembre

de 2009 y su alcance 10623 de 27 de noviembre de 2009, comporta una lectura interesada y diminuta del artículo 190 de la Constitución; porque aplica solamente aquella parte del texto que se refiere al pronunciamiento favorable previo; pero omite aplicar la disposición constitucional en su integridad porque prescinde de la expresión final de la norma: “conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

Los argumentos que contradicen la tesis expuesta en el presente análisis, podrían sintetizarse en dos: el primero, que las Actas de la Asamblea de Montecristi hacen referencia al informe del Procurador General del Estado, en los arbitrajes que comprometen al Estado; y, el segundo, que la Ley de Arbitraje y Mediación que prevé el informe favorable del Procurador solamente en los casos en que ya hubiere surgido la controversia, es una ley anterior a la Constitución de 2008. A continuación analizo estos argumentos:

- Las Actas de la Asamblea de Montecristi no avalan la exigencia del informe previo del Procurador General del Estado.

En defensa de los oficios circulares de septiembre y noviembre de 2009 comentados anteriormente, se afirma que varias actas de la Asamblea de Montecristi, como son las identificadas con números 78 y 82, habrían establecido la exigencia del informe previo de la Procuraduría del Estado.

Según se analizó anteriormente, en el Acta 78, página 11, consta que la Asamblea Constituyente conoció el Informe de Mayoría y proyecto de articulado que presentó para segundo debate la Mesa Constituyente No. 8 de “Justicia y Lucha Contra la Corrupción”, presidida por el asambleísta Padre Fernando Vega. Allí aparecen las opiniones de los asambleístas Gina Godoy, Eduardo Maruri, Tito Nilton Mendoza y León Roldós que manifestaron su posición individual, en el sentido de que se debe requerir del informe favorable de la Procuraduría para

sujetar las controversias de un contrato administrativo al juicio de árbitros. El texto que fue propuesto a la Asamblea tenía el siguiente tenor:

“Artículo 1. 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 a 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 informe favorable del Procurador General del Estado”.

En este proyecto inicial, la Mesa No. 8 había fijado como un requisito de carácter general y absoluto, que todo arbitraje que comprometiera una entidad pública debía contar con el informe favorable del Procurador General del Estado. Pero, dicha propuesta no fue aceptada por la Asamblea. No obstante que había un relativo consenso sobre el sentido de la norma, varios asambleístas formularon observaciones, por cierto, poco esclarecedoras, y por ello la redacción original de ese artículo se replanteó en los términos que actualmente rige.

Así, en el Acta 82, página 25, consta la votación final que se registró en el Pleno de la Asamblea Constituyente para aprobar en segundo y definitivo debate, el texto del Art. 190 de la Constitución: 92 votos afirmativos (contra 6 negativos, 5 en blanco y 10 abstenciones) incluyeron en la norma constitucional que el informe del Procurador del Estado se hará con sujeción a las condiciones establecidas en la ley.

Por tanto, las Actas de la Asamblea Constituyente, lejos de avalar la posición de la Procuraduría del Estado y los oficios circulares que comento, la contradicen porque después de examinar todas esas actas, se encuentra que la propuesta inicial para los constituyentes fue que el informe previo y favorable del

Procurador sea una exigencia absoluta, aplicable a todos los casos en que el Estado suscriba un convenio arbitral, pero la que resultó aprobada fue la de que tal pronunciamiento del Procurador quede sujeto a lo dispuesto en la ley, esto es, a las condiciones establecidas en la legislación secundaria, conforme consta del texto actualmente vigente.

Finalmente, remitirse a las Actas de la Asamblea Constituyente de Montecristi o apelar a los comentarios hechos por algunos asambleístas, podría infringir una norma de interpretación jurídica vigente en Ecuador desde la expedición del Código Civil en 1860 y que ha sido universalmente aceptada por las legislaciones de diversos países. El Art. 18 numeral 1 del Código Civil establece que no se desatenderá el tenor literal de la ley, a pretexto de consultar su espíritu<sup>5</sup>. Y, toda invocación a las actas de la Asamblea de Montecristi no se justifica cuando el tenor literal del Art. 190 de la Constitución es claro e inequívoco: el informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado, en los arbitrajes en derecho para la contratación pública, será exigible “conforme las condiciones establecidas en la ley”.

- La Ley de Arbitraje y Mediación es anterior a la Constitución de la República

Se ha sostenido que la Ley de Arbitraje y Mediación se expidió en septiembre de 1997 y que siendo anterior a la Constitución de 2008 no puede considerarse que haya establecido condiciones para una normativa superior, promulgada y publicada con posterioridad. Este planteamiento parecería sustentarse en la apreciación equivocada de que la nueva Constitución ha derogado todo el ordenamiento jurídico anterior, aun las leyes que no contradicen las disposiciones constitu-

5. Código Civil, artículo 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

cionales.

Tal afirmación se aparta de consideraciones primarias y elementales, sobre lo que es el sistema jurídico positivo y de cómo este se estructura a través de normas de distinta jerarquía. La unidad del ordenamiento se alcanza a través de la concordancia y armonía entre reglas constitucionales, legales, reglamentarias, independientemente de la fecha de su vigencia, de manera que las normas inferiores siguen siendo válidas mientras no contradigan los preceptos de jerarquía superior aun cuando estos fueren posteriores.

Esta es la premisa sobre la que descansa, no solamente la existencia del Estado, sino todo el sistema de fuentes del derecho<sup>6</sup>. Esta premisa del positivismo jurídico no ha sido desechada en la Constitución de 2008, pues varias de sus normas revelan que a partir de ella se ha construido el pretendido "Estado Constitucional de Derechos y Justicia" que proclama. Al respecto, el artículo 424 que fija la supremacía de la Constitución, enumera las fuentes del derecho ecuatoriano, instituye el principio de jerarquía normativa y prescriben la concordancia que debe haber con las normas constitucionales.

En consecuencia, no es jurídicamente relevante para el ordenamiento jurídico y para la unidad del sistema legal, el que las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 (Codificada en el año 2006) o las de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado de 2002 (Codificada en el año 2004), sean anteriores a la Constitución de 2008, en la medida que tales leyes no resulten contradictorias con las normas constitucionales. Más aun, siendo armónicas como efectivamente son respecto de las normas de la Constitución, integran unitariamente el orden jurídico ecuatoriano y están llamados a cumplirse.

Ninguna atribución tienen los órganos del Estado para irres-

6. Según Hans Kelsen, el Estado es un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de ese sistema normativo; y, "el Estado, como orden no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad" Hans Kelsen, "Teoría General del Estado", Ed. Nacional, México D.F., 1975, p. 21.

petar las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación que instituye en qué casos y condiciones para la validez de un determinado convenio arbitral, se deberá obtener previamente el pronunciamiento favorable de la Procuraduría. Al respecto, el tratadista GEORG JELLINEK señala lo siguiente:

“Acompaña pues a todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho. La orden dada por el Estado a sus órganos de ejecutar las disposiciones no es puro arbitrio de aquél, como acontece en la teoría opuesta si quiere ser consecuente consigo misma, sino que se trata de cumplir un deber; el Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un derecho respecto de sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el derecho nazca, a aplicarlo o mantenerlo”<sup>7</sup>.

Por ello, una recta y completa aplicación del artículo 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.

La tesis contradictoria, que es la que parecería inspirar –al menos implícitamente–, las circulares generales de la Procuraduría del Estado, afirmaría que la nueva Constitución derogó las leyes anteriores a octubre de 2008, aun cuando éstas no fueren contradictorias como es el caso de la Ley de Arbitraje y Mediación. El absurdo de esa posición, queda confirmado con el sinnúmero de ejemplos en que la Constitución de octubre de 2008 se refiere a temas que ya han venido siendo regulados por leyes secundarias expedidas con anterioridad y no por ello estas leyes habrían quedado derogadas.

7. Georg Jellinek, “Teoría general del Estado” Fondo de Cultura Económica, , México D.F., 2000, p. 348.

### **3.4 Casos establecidos en la ley, que vuelven exigible el informe favorable del Procurador General del Estado**

Una vez que ha quedado establecido que los convenios arbitrales en contratación pública, exigen del informe previo y favorable del Procurador del Estado en las condiciones que ha previsto la ley y, no en todos los casos, es necesario responder en qué casos la ley ha establecido este requisito formal, determinante de la validez de tales convenios.

El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría del Estado, es concordante con la Constitución porque prevé, como regla de carácter general, que las entidades de derecho público podrán someter sus controversias al juicio de árbitros, y que podrán suscribir el respectivo convenio. Para el efecto, remite a lo que disponga la Ley de Arbitraje y Mediación.

Por su parte, corresponde a la Ley de Arbitraje y Mediación, en concordancia plena con la Constitución, fijar esas condiciones para la validez del convenio arbitral. La norma legal prevé que las entidades de derecho público podrán suscribir válidamente a convenios arbitrales y que el informe del Procurador será exigible cuando la controversia fuere anterior al interés de suscribir el convenio según consta en el texto que dejo resaltado:

*“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 los siguientes requisitos adicionales: 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;...”*

En concordancia con el artículo 190 de la Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación fija la condición de que el informe del Procurador General del Estado será exigible cuando el some-

timiento a arbitraje se haga después de surgida la controversia. Si se pacta el convenio arbitral antes de la controversia, no será necesario el informe del Procurador General del Estado.

Otro caso previsto legalmente es el de los arbitrajes internacionales. La Ley de Arbitraje y Mediación, armónicamente concordante con la Constitución de la República señala lo siguiente:

“Artículo 42.- ...Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes”.

Esta sería la segunda condición prevista en la ley, que exige del Pronunciamiento del Procurador General del Estado.

#### 4. CONCLUSIONES

Sobre la base de los análisis precedentes, se concluye que:

- a) Ninguna norma de la Constitución de la República ha establecido que los laudos arbitrales, menos aún otras providencias que expiden Tribunales de Arbitraje sean susceptibles de una acción extraordinaria de protección. Respecto de una norma de derecho público, no caben interpretaciones extensivas;
- b) El artículo 190 de la Constitución que instituye al arbitraje como un método “alternativo” de solución de controversias impide extender a las providencias y laudos expedidos por árbitros, un idéntico régimen de recursos que los previstos para las providencias de los órganos de administración de justicia ordinaria.

- c) El artículo 427 de la Constitución establece que las normas constitucionales sean interpretadas según el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad, de manera que si el artículo 190 ha señalado la alterabilidad del método de composición, no cabe asimilar al laudo arbitral, un idéntico régimen de impugnación como si se tratase de una sentencia pronunciada por un juez. Así lo entendió la Asamblea Constituyente cuando en el debate definitivo sobre el texto del artículo 190 eliminó el control de constitucionalidad de las decisiones adoptadas bajo los métodos alternativos de solución de conflictos.
- d) De conformidad con el artículo 190 de la Constitución de la República, el pronunciamiento favorable previo del Procurador del Estado no es un requisito de validez de todo convenio arbitral. Solamente de aquellos casos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación.
- e) El artículo 190 establece sobre dicho pronunciamiento, que se hará conforme a las condiciones previstas en la ley para saber en qué casos se requiere el pronunciamiento favorable de la Procuraduría del Estado.
- f) El sistema jurídico ecuatoriano contempla dos casos en que es requisito de validez del convenio arbitral, contar previamente con el referido informe: el primer caso lo trae el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación. El pronunciamiento favorable se exige cuando se quisiera firmar un convenio después de surgida la controversia con un sujeto de derecho público. Por tanto, cuando se suscribe un contrato administrativo se puede válidamente acordar un compromiso arbitral, sin que sea necesario contar con el pronunciamiento del Procurador del Estado.