

Natalia Janeth Rodríguez Félix

**EL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS - SITUACIÓN ACTUAL EN EL
ECUADOR**

Trabajo de Conclusión de Curso (TCC)
presentado como requisito parcial para la
obtención del grado en Derecho
especialización mayor Derecho
Internacional Público, especialización
Derecho Internacional Privado.

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

Quito, septiembre 2010

RODRÍGUEZ, Natalia J., El Arbitraje como Método Alternativo de Solución de Controversias en los Contratos Administrativos-Situación Actual en el Ecuador. Quito: UPACIFÍCO, 2010, 93 p. Director: Juan Francisco Martínez C. (Trabajo de Conclusión de Curso-TCC presentado a la Facultad de Negocios de la Universidad Del Pacífico).

Resumen: El arbitraje como método alternativo de solución de controversias, es un mecanismo ágil que permite a las partes poner fin a sus conflictos mediante la decisión de un árbitro o tribunal arbitral. La economía mundial y sus factores de globalización, han dado origen al arbitraje internacional, y se ha instrumentado en tratados o convenios que las naciones suscriben en busca de proteger sus inversiones.

El Ecuador en los últimos años, ha suscrito diversos instrumentos internacionales en los que se incluye el arbitraje internacional. Sin embargo, a partir del 2008, con la publicación de la nueva Constitución, se le ha dado a la materia un tratamiento diferente, a efectos de proteger la soberanía nacional.

Palabras claves: contrato administrativo, controversia, conflicto, arbitraje. constitución. iurisdicción.l

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Natalia Janeth Rodríguez Félix, declaro ser autora exclusiva del presente trabajo.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren del mismo son de mi responsabilidad.

Natalia Rodríguez Félix

CERTIFICACIÓN

Yo, Dr. Juan Francisco Martínez Castillo, como Director de la presente Tesis de Grado, certifico que la señorita Natalia Janeth Rodríguez Félix, egresada de la Universidad del Pacífico, es autora exclusiva del presente trabajo, el mismo es auténtico, original e inédito

Dr. Juan Francisco Martínez Castillo

DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

La Universidad del Pacífico, se compromete a no difundir públicamente la información establecida en el presente documento de Tesis, cuyo tema: “EL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS- SITUACIÓN ACTUAL EN EL ECUADOR”, de autoría de Natalia Janeth Rodríguez Félix, en razón que este ha sido elaborado con información confidencial.

Tres copias de este documento quedarán en custodia de la Universidad del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso firma,

Dra. Ruby Rodríguez

DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer con toda mi fe a Dios, por darme la sabiduría necesaria para culminar esta etapa de mi vida.

A mis ángeles en la tierra, mis fieles compañeros, mis padres: Sandra y Roberto, sin ellos nada de esto hubiera sido posible. A mis hermanos: Roberto, Saruka y Ruth, por alegrar mi mundo.

Quiero agradecer también a Juan Pablo, por su apoyo constante e incondicional durante toda la carrera, y a Gustavo, porque con su carácter me ayudó a encontrarle sentido a este trabajo.

DEDICATORIA

A Jesús quien guía y da sentido a mi vida, y; a mis
padres, Sandra y Roberto, mi inspiración.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
I. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	10
1. La teoría de los Negocios Jurídicos.....	10
2. La institución del Contrato Administrativo.....	17
3. Elementos del Contrato administrativo.....	21
4. Principios de la contratación pública.....	23
5. Antecedentes de la contratación administrativa en el Ecuador.....	30
6. Las Instituciones que norman la contratación administrativa en el Ecuador.....	32
II. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	40
1. Método alternativo de solución de Controversias donde participa el Estado.....	41
1.1 Clases de Arbitraje.....	44
1.2 Transigibilidad.....	45
2. Laudo Arbitral.....	47
3. La cláusula arbitral.....	51
4. Capacidad de las instituciones públicas para celebrar un pacto arbitral..	57
5. Arbitraje Local.....	61
6. Arbitraje Internacional.....	63
III. SOMETIMIENTO DE CONTROVERSIAS A UN FORO DISTINTO DE LA JUSTICIA ORDINARIA EN EL ECUADOR.....	69

1. El Arbitraje y Mediación del Ecuador	70
2. Aspectos constitucionales en el Ecuador para la solución de controversias.....	71
3. El Arbitraje en los contratos de inversión y de crédito en el marco de la Constitución de 2008.....	74
4. El Estado Ecuatoriano puede someter sus controversias en un foro distinto de la justicia ordinaria?.....	81
IV. CASOS PRÁCTICOS.....	90
1. Encana.....	90
1. Antecedentes.....	90
2. Fundamentos de hecho.....	91
3. Fundamentos de Derecho por parte de la Demandada y la Demandante.....	93
4. Resolución del Tribunal.....	95
Observaciones.....	96
2. Oxy.....	98
1. Antecedentes.....	98
2. Solicitud de las demandantes.....	100
3. Fundamentos de Derecho por parte de la Demandada..	100
4. Resolución del Tribunal.....	101
Observaciones.....	102
3. Entrevistas.....	104
1. Entrevista Dr. Alexis Mera Giler, Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República.....	104

2. Entrevista Dra. Cristel Gaibor, Subdirectora Patrocinio
Internacional de la Procuraduría General del Estado...108

V. CONCLUSIONES.....113

VI. RECOMENDACIONES.....116

ANEXOS.....120

INTRODUCCIÓN

A través de la administración pública, los organismos y funcionarios que son parte de ella, realizan compras o contratan obras y servicios a favor de la colectividad. A esta actividad la llamamos *contratación pública*.

Mediante los contratos administrativos se manifiesta la actividad del Estado encaminada al bienestar común a través de la realización de determinada obra o prestación de algún servicio fundamental para garantizar el derecho constitucional del buen vivir de las personas, y de gozar de bienes y servicios de calidad, y la obligación de la Administración Pública de velar por los más altos intereses de sus administrados. Así pues, el contrato administrativo debe nacer revestido de los siguientes principios: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

A lo largo de la historia, el Estado ecuatoriano se ha visto en la necesidad de regular la contratación pública, a través de leyes que normen dicha actividad y que establezcan requisitos mínimos para adjudicar un contrato. Una de las primeras leyes que reguló esta temática fue la Ley de Hacienda, sustituida a finales de los años 70 por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC); luego la Ley de Caminos, tenemos también la Ley de Licitaciones, promulgada en octubre de 1964 la misma que en unos años pasó a ser Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, reemplazada en 1990 por la Ley de Contratación Pública. El 4 agosto de 2008 se publica en el Registro Oficial 395 la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y su respectivo Reglamento son los cuerpos legales que las entidades del sector público deben aplicar en los procesos precontractuales, contractuales, una vez adjudicado el contrato y durante el tiempo que dure y se ejecute el mismo.

Ahora bien, los contratos que suscribe la administración por lo general comprometen grandes cantidades de recursos públicos, que hacen que el Estado deba precautelar los intereses públicos. Por esto, el Derecho Administrativo le otorga a la administración facultades exorbitantes, en virtud de las cuales el Estado puede tomar decisiones unilaterales, como por ejemplo la terminación de determinado contrato, si el contratista no cumple alguna cláusula o precepto legal.

De dichos contratos, pueden surgir controversias y es el Estado el encargado de garantizar que las personas naturales o jurídicas, tengan libre acceso a una justicia independiente y eficaz. Dentro de esa compleja tarea, le corresponde a la administración establecer mecanismos eficientes y crear organismos dedicados a la administración de justicia, además de expedir de leyes que la regulen y capacitar de los involucrados en el sistema judicial.

La alta demanda que tienen los diferentes juzgados y cortes del país, hace que exista un sistema que no satisface las expectativas de los usuarios. En respuesta a esto, aparece el arbitraje como un complemento ágil del sistema judicial, con el mismo propósito: procurar justicia.

El arbitraje es un mecanismo mediante el cual las partes, por mutuo acuerdo deciden someter un conflicto transigible a la decisión de un tercero imparcial, en este caso de un árbitro o

tribunal arbitral. Dicha decisión se la conoce como laudo y tiene fuerza de sentencia. Para que el arbitraje tenga efectiva validez, debe instrumentárselo, es decir que para someterse a dicho mecanismo es necesario que exista un convenio arbitral, el mismo que puede ser independiente del contrato administrativo, o una cláusula dentro de éste.

La cláusula arbitral tiene una característica especial de autonomía e independencia respecto al contrato principal, es decir que tiene existencia propia independientemente de una eventual nulidad del contrato que la contiene. El Estado como persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones, a través de las entidades y organismos del sector público, tiene la facultad de suscribir dicho convenio arbitral o incluir en determinado contrato una cláusula que estipule que de surgir una controversia, la misma pueda ser sometida a arbitraje.

El arbitraje puede ser local o internacional, la diferencia fundamental entre estos dos es el lugar donde se realiza y por consiguiente, las normas a aplicarse. El arbitraje es local cuando se realiza en el Ecuador, bajo los preceptos de la Ley de Arbitraje y Mediación y demás normas complementarias como el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. Por otro lado, el arbitraje es internacional, cuando la sede es fuera del Ecuador, por citar un ejemplo, Santiago de Chile, y con normas legales aplicables internacionalmente, como por ejemplo reglas UNCITRAL.

La expansión del mercado, la liberalización del comercio internacional, el incremento de la competencia en los mercados mundiales, la necesidad de inversión extranjera, entre otras causas, han requerido un dinamismo y efectivo empleo del Derecho Internacional y sus instrumentos.

La situación de los contratos administrativos en la mayoría de países de América Latina, ha derivado en controversias contractuales, lo cual ha generado que los contratistas extranjeros ante la ausencia de mecanismos domésticos eficaces y en su necesidad de una fórmula que les garantice imparcialidad en los procesos, se vean obligados a buscar en el derecho internacional métodos alternativos, rápidos, e imparciales para solucionar sus diferencias.

Existen instrumentos internacionales que promueven y garantizan el arbitraje internacional como mecanismo para la solución de controversias que se originan entre inversionistas extranjeros y un Estado receptor de la inversión.

Sin embargo, es pertinente recordar que, la Constitución prohíbe expresamente la suscripción de tratados, convenios o instrumentos internacionales que sometan al Estado a resolver sus controversias en tribunales arbitrales y que cedan de esta manera soberanía nacional. Este precepto constitucional exceptúa la suscripción de instrumentos internacionales que incluyan arbitraje en países latinoamericanos, y en materia de endeudamiento público se establece claramente que en caso de surgir controversias, éstas se solucionarán en función del origen de la deuda.

Es importante diferenciar el arbitraje obligado a través de instrumentos internacionales como los Tratados Bilaterales de Inversión, suscritos entre estados como herramienta de protección jurídica para sus nacionales que invierten en otro país, y, el arbitraje que el Estado consiente mediante una cláusula arbitral dentro de los contratos que suscribe en pleno uso de su capacidad contractual.

El artículo 422 de la Constitución de la República, prohíbe la suscripción de *instrumentos internacionales que contengan arbitraje internacional* a excepto cuando en dichos instrumentos se establezca que la sede del arbitraje sea en algún país de América Latina, a efectos de protección de la soberanía del Estado. Sin embargo, el Ecuador, antes de la publicación de la Constitución vigente, ha suscrito TBIs, y convenios internacionales que incluyen el arbitraje internacional.

El Ecuador, por ejemplo, el 14 de febrero de 1986 suscribió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. El CIADI, fue creado el 14 de octubre 1966 con la aprobación del texto del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y fue abierto a la firma de los países miembros del Banco Mundial.

La creación del Centro tuvo por objeto mejorar el clima de confianza entre inversionista y el Estado receptor y de esta manera fomentar la inversión extranjera entre los países suscriptores del Convenio, al reconocer las inevitables diferencias que surgen entre los Estados receptores de la inversión y de los inversionistas, otorgándoles a unos y otros idéntica jerarquía. Sin embargo, el Ecuador por considerarlo lesivo a sus intereses, inició el trámite de denuncia para que el Convenio ya no se aplique para las inversiones efectuadas en el país.

El numeral 9 del artículo 416 de la Constitución de la República “*reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos*”.

La Constitución de 1998 por su parte declaraba “*que el derecho internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas y promueve la solución de las controversias por métodos jurídicos y pacíficos*”. Así pues, el Estado ecuatoriano ha celebrado diversos Tratados Bilaterales de Inversión con muchos países que buscan proteger la inversión de sus nacionales en el exterior.

Tomando en consideración el espíritu de la Constitución del 2008, que prohíbe la suscripción de tratados o convenios internacionales en los que se incluya el arbitraje internacional en un organismo situado en un lugar distinto a países latinoamericanos, por considerar que esto significa perder soberanía nacional, el Ejecutivo ha procedido a denunciar 13 Tratados Bilaterales de Inversión entre los cuales están:

1. Finlandia, suscrito el 18 de abril de 2001 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 1756 de 13 de agosto de 2001.
2. Suecia, suscrito el 31 de mayo de 2001 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 2135 de 28 de noviembre de 2001.
3. Canadá, suscrito el 29 de abril de 1996 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 352-B de 2 de junio de 1997.
4. China, suscrito el 21 de marzo de 1994 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 352-B de 2 de junio de 1997.
5. Países bajos, suscrito el 27 de junio de 1999 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 1412-C de 5 de abril de 2001.
6. Alemania, suscrito el 21 de marzo de 1996 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 335 de 23 de mayo de 1997.

7. Francia, suscrito el 7 de septiembre de 1994 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 2996 de 21 de agosto de 1995.
8. Reino Unido e Irlanda, suscrito el 10 de mayo de 1994 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 2996 de 21 de agosto de 1995.
9. Argentina, suscrito el 18 de febrero de 1994 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 2996 de 21 de agosto de 1995.
10. Chile, suscrito el 27 de octubre de 1993 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 2996 de 21 de agosto de 1995.
11. Venezuela, suscrito el 18 de noviembre de 1993, disposición dada por Resolución Legislativa No. 000, publicada en Registro Oficial 532 de 22 de Septiembre de 1994
12. Suiza, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1615, publicado en Registro Oficial 247 de 20 de Agosto de 1969.
13. Estados Unidos, suscrito el 27 de agosto de 1993 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 3143 de 13 de octubre de 1995.

Cabe indicar que mientras la denuncia de estos Tratados no sea aprobada por la Asamblea Nacional, previo al informe de la Corte Constitucional¹, dichos instrumentos tienen efectiva validez jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, y el Estado a través de la administración pública debe procurar el cumplimiento de los mismos. Además, algunos tratados como el Tratado de Inversión Extranjera con Estados Unidos² establecen que aunque el Estado opte por denunciar dichos tratados, éstos continuarán en vigor durante un tiempo adicional establecido en cada tratado, para las inversiones realizadas con anterioridad a la terminación de los mismos.

¹ Artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa

² El numeral 3 del artículo 12 del Tratado de Inversión extranjera con Estados Unidos señala “*Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación.*”

El objetivo del presente trabajo es aclarar la diferencia entre obligar al Estado mediante instrumentos internacionales a someter sus conflictos a una justicia distinta a la nuestra, a través por ejemplo de los tratados bilaterales de inversión y demás convenios, y la capacidad que tienen las instituciones del sector público de acudir al arbitraje internacional cuando lo considere necesario, mediante una cláusula arbitral que se incluya en el contrato.

En la investigación, se analizará la institución del contrato administrativo, sus elementos, principios e instituciones encargadas de elaborar los modelos contractuales a seguir y realizar el control que éstos requieren, por los montos de recursos públicos que comprometen. De estos contratos, como mencionamos anteriormente, pueden surgir controversias que no necesariamente se deben solucionar por la justicia ordinaria. Los contratistas más bien buscan alternativas de solución de conflictos eficaces e imparciales, una de cuyas formas es el arbitraje como mecanismo idóneo de resolución de los problemas contractuales.

Se estudiará la institución del arbitraje tanto local como internacional, y el tratamiento que se le da en la Constitución del 2008. Además, el problema que surge de los laudos arbitrales, a partir de la inmunidad de jurisdicción y de la ejecución de las sentencias en los países que voluntariamente consintieron en adoptar el arbitraje como método de solución de controversias renunciando a su propia jurisdicción.

El Ecuador, pese a su política de no ceder soberanía nacional a organismos arbitrales internacionales, debe, en lo posible, procurar que sus políticas de Estado no alejen la inversión extranjera en el país, y buscar la vía para que los inversionistas tengan seguridad jurídica al suscribir un contrato con la administración.

La Constitución de la República en el numeral 11 del artículo 416 “*impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de América Latina*”, por lo que al tenor de esta disposición y tomando en cuenta el espíritu del artículo 422 de la carta magna, recomendamos se cree un organismo regional con sede en cualquiera de los países de Latinoamérica, para que nuestros países se sometan a arbitraje bajo las normas que se establezcan para el caso.

Es indudable que un organismo latinoamericano, por la similitud de legislaciones, logre entender mejor el contexto de las controversias que surgen de los contratos que celebran los países de la región con inversionistas extranjeros. Sin embargo, es necesario considerar la importancia de la inversión extranjera en nuestras naciones, por lo que dicho organismo debe estar revestido de imparcialidad para de esa manera otorgarle a los inversionistas seguridad al momento de someter sus diferencias a una entidad latinoamericana de solución de controversias. Los países miembros de la UNASUR, han iniciado las acciones para fundar dicho organismo arbitral latinoamericano, sin embargo, la propuesta sigue en estudio y no ha sido aprobada por los países de la región.

MARCO TEÓRICO Y LEGAL

I. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. La teoría de los Negocios Jurídicos

El Libro IV del Código Civil ecuatoriano denominado “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, diferencia claramente lo que son las obligaciones de los contratos, siendo estos últimos una de sus fuentes. En tal virtud el artículo 1453 del mismo Código señala: *“Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”*.

Al respecto el tratadista Treviño García señala: *“La obligación es un vínculo jurídico que nos constituye en la necesidad de dar, hacer o prestar alguna cosa, por lo que cada obligación supone: a) un lazo jurídico que liga necesariamente al deudor con el acreedor, y del que se deriva el derecho que éste tiene, para exigir que aquél dé, haga o preste, y el deber jurídico correspondiente al deudor de dar, hacer o prestar, y b) un hecho reductible a valor pecuniario, que es el objeto del lazo jurídico. Desde este punto de vista, lo esencial, lo característico de las obligaciones, se patentiza en el vinculum juris y en el onus conventionis de la doctrina, por lo cual para que la obligación dé origen al ejercicio del derecho en ella*

*contenida, se hace indispensable acreditar ambos elementos”*³. Las obligaciones entendidas como el vínculo jurídico que obliga a las partes a prestaciones de dar, hacer o no hacer, surten efectos jurídicos de diversa naturaleza y la normativa ha previsto mecanismos para su cumplimiento o reparar su incumplimiento.

El contrato como fuente de obligación, es un convenio mediante el cual dos o más partes, se comprometen a dar, hacer o no hacer una cosa. En la contratación pública, se prevé condiciones adicionales, precontractuales y post contractuales con el propósito de salvaguardar las contrataciones del Estado, aspectos que serán analizados en líneas posteriores.

Al referirse de las fuentes de las obligaciones, el profesor René Abeliuk Manasevich señala que *“Fuente de la obligación es un hecho jurídico que le da nacimiento, que origina o genera la obligación.”*⁴

El contrato, proviene de las voces latinas *cum*, que significa *con*, y de *tráhere*, correspondiente a *ligarse*⁵, de lo cual podemos entender, que el contrato encierra la voluntad de dos o más sujetos tendiente a obligarse entre sí, dichas obligaciones pueden ser verbales o a través de un documento escrito. En éstos últimos, se suelen incluir cláusulas que contienen disposiciones prohibitivas, declarativas y permisivas, generan obligaciones de dar, hacer o no hacer, pudiendo incluir estipulaciones en caso de incumplimiento.

³ Treviño García, Ricardo, Teoría General de las Obligaciones, Monterrey- México: Editorial Mc Graw Hill, 2007, pág. 20.

⁴ Abeliuk Manasevich, René, Las Obligaciones, Tomo I, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 44

⁵ <http://eriblog7.files.wordpress.com/2009/02/los-contratos-en-la-administracion2.doc>

Esta estructura contractual se presenta también en los contratos administrativos puesto que el Estado busca asegurar el interés común.

Fernando S. López de Zavalía, respecto de los contratos señala que: *“En nuestro sistema de vida, todos contratamos a diario. Según acertadamente se ha señalado, nadie escapa a la inmensa red contractual, pues aún cuando se limitara a mendigar, ya irrumpiría en el derecho de obligaciones, bajo la forma del contrato de donación. El contrato se manifiesta como el gran instrumento para la circulación de los bienes y de los servicios”*⁶.

En este sentido se puede notar la trascendencia de los contratos, ya que por la naturaleza del hombre mismo, como un ser social necesita que los procesos contractuales se dinamicen y se les otorgue seguridad jurídica formalizándolos a través del derecho positivo.

El artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

- a. *“Que sea legalmente capaz;*
- b. *Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;*
- c. *Que recaiga sobre un objeto lícito; y,*
- d. *Que tenga una causa lícita”.*

Éstos a su vez, van a ser los requisitos de validez del contrato, de los cuales podemos señalar:

⁶ López de Zavalía, Fernando S., Teoría de los Contratos, Argentina: Víctor P. de Zavalía Editor, 1971, págs. 28 y 29

- a. **CAPACIDAD.-** La capacidad legal de una persona reside en poderse obligar por sí misma, y sin la autorización de otra. Al respecto el artículo 1462 del Código Civil manifiesta que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la misma ley declara incapaces. El artículo 1463 del mismo código diferencia claramente entre los incapaces absolutos y los relativos:

Incapaces absolutos: son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito,.

Incapaces relativos: son los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas ya que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

El artículo 1432 del Código Civil ecuatoriano, respecto a los efectos que producen en un contrato suscrito por personas incapaces, señala: *“Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”*

- b. **VOLUNTAD.-** El artículo 1467 del Código Civil señala que son vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo.

Haciendo referencia al error, los artículos 1470 y 1471 del código antes mencionados señalan que: *“El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta*

cosa determinada, y el comprador entendiase comprar otra” y “El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte”, esto es que las partes no se hayan entendido mutuamente, y su voluntad es dirigida a dar, hacer o no hacer una cosa totalmente diferente a la que se está realizando el momento mismo de la celebración del contrato.

El artículo 1437 del cuerpo legal en mención explícitamente indica que *“El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”*.

Por otra parte, *“la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”⁷, y “no es necesario que la fuerza la ejerza el beneficiado por ella, basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona, con el fin de conseguir el consentimiento”⁸.*

El Código Civil explica que todo acto por el cual se infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, se mira como fuerza para obligarla a obtener su consentimiento con el propósito de conseguir determinada cosa, sin embargo, el temor

⁷ Artículo 1472 del Código Civil

⁸ Artículo 1473 del Código Civil

reverencial, esto es, “*el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento*”⁹.

El dolo, es todo engaño intencional, acto antijurídico en el cual se obra de mala fe, el mismo que influye en la voluntad una de las partes y vicia el consentimiento.

El dolo “*no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado*”¹⁰, “*y no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse*”¹¹.

En el caso que la otra parte conozca que se ha obrado con dolo hay lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él.

El consentimiento *es la aprobación, aceptación o respuesta positiva ante un hecho, acto o petición; proviene de dos voces latinas “cum sentire” manifestación de la voluntad compartida de dos o más personas.*¹²

Los contratos, cualquiera que sea su obligación, nacen del acuerdo de voluntades, sin él no hay contrato.

⁹ Artículo 1441 del Código Civil

¹⁰ Artículo 1474 del Código Civil.

¹¹ Artículo 1475 del Código Civil.

¹² DR. CESAR MONTAÑO ORTEGA. Naturaleza y Estructura del Acto Jurídico, Guía Didáctica, lectura.

- c. OBJETO LÍCITO.-** En el Derecho Privado se puede hacer todo excepto lo prohibido por la Ley, en cambio en el Derecho Público, solamente se debe hacer lo que está expresamente establecido en la Ley. Es decir será un vicio del consentimiento contractual cuando su objeto sea una prestación contraria a derecho.

Así pues, el artículo 1478 del Código Civil señala: *“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”*.

- d. CAUSA LÍCITA.-** El artículo 1483 del cuerpo legal antes mencionado manda: *“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”*. Del artículo que precede, se desprende que si no existe una causa lícita que avalice la misma, de ninguna manera podría nacer ningún tipo de obligación.

La diferencia entre objeto y causa es que el primero es la cosa o fin de la prestación sobre la cual recae un derecho, obligación, o contrato, mientras que la causa es el motivo que impulsa a una persona para obligarse para con otra u otros a celebrar un contrato

- e. SOLEMNIDADES.-** Un contrato es solemne, cuando esta sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. Para cada contrato la ley establece requisitos que deben cumplirse para que el mismo tenga validez.

2. La institución del Contrato Administrativo

El Estado es un sujeto que puede ejercer derechos y contraer obligaciones, con miras a conseguir el bien común de sus administrados. Para la consecución de éste objetivo la administración necesariamente debe acordar con otros sujetos de derecho público o privado la adquisición de bienes y la prestación de servicios, en su ejercicio de administración de la cosa pública.

*“La administración pública es una ciencia y un arte a la vez, que tiene por objeto el conocimiento y práctica de múltiples actividades, o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrativos y servidores públicos, en general, en razón del mandato o representación del Estado, para lograr diferentes fines a favor de la colectividad”.*¹³

El artículo 225 de la Constitución de la República, señala que el sector público lo comprenden:

1. *“Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.*
2. *Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.*
3. *Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.*

¹³ Granja Galindo, Nicolás, Fundamentos de Derecho Administrativo, Ecuador: Talleres Gráficos Universidad Técnica Particular de Loja, 1999, pág. 100.

4. *Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos*”.

Todas las instancias, organismos y entidades que conforman el sector público, están facultados para, suscribir contratos dirigidos a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría. El contrato público, celebrado entre el Estado y una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, está encaminado a la realización de determinada obra o a la prestación de un servicio.

Mediante los contratos administrativos se exterioriza la obligación del Estado de garantizar el derecho constitucional de las personas de gozar de bienes y servicios de buena calidad.

Roberto Dromi al referirse sobre los contratos públicos señala: “*Conceptualmente entendemos que contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa*”.¹⁴ Dichos efectos jurídicos se refieren al compromiso que tiene el Estado de realizar el pago acordado para la ejecución del contrato, y a la obligación del contratista de cumplir con lo estipulado en el mismo, es decir que se plasme el objeto del contrato en una obra o un servicio en el plazo establecido.

El Estado, corre el riesgo ya sea por incumplir su obligación de pago o por tomar decisiones unilaterales que no estén lo suficientemente motivadas y que afecten al contratista, de que éste tome acciones legales a efectos de que la administración lo indemnice por el daño ocasionado. Así también el contratista, de no realizar la obra o prestar el servicio en los

¹⁴ Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, Quinta Edición, 1996, pág. 307.

términos establecidos en el contrato, pasará al listado de contratistas incumplidos, de la Contraloría General del Estado y del Instituto Nacional de Contratación Pública, lo que le impediría contratar con el Estado nuevamente, y además, las garantías otorgadas pueden ser ejecutadas.

“La figura del contrato público, ha evolucionado desde la tradicional figura del contrato administrativo francés, basada en la subordinación del contratista al Estado, con características aplicables principalmente a la concesión administrativa, hasta enfoques bilaterales de colaboración, con cláusulas exorbitantes claramente tipificadas, aparte de las cuales prima el principio de la igualdad de las partes, con sujeción a la ley”¹⁵.

Del párrafo anterior, podemos acotar que el Estado, a través de cláusulas exorbitantes, puede dar por terminado unilateralmente el contrato, si el contratista incurre en alguna de las prohibiciones establecidas en la ley. En la contratación administrativa se desvanece el principio de igualdad entre las partes como parte fundamental de los contratos en materia civil. La administración jurídicamente está por encima del contratista, puesto que éste último se subordina a ciertas prerrogativas y condiciones impuestas por la administración pública dentro de sus atribuciones y competencias. Las cláusulas exorbitantes le permite a la administración adoptar decisiones unilaterales como la terminación de un contrato.

Por ejemplo, en los contratos de exploración y explotación de petróleos, si la compañía que firmó el contrato vende o cede sus derechos sobre dicho contrato, sin la autorización del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, éste tomar la decisión de declarar la caducidad del mismo.

¹⁵ Pérez, Efraín, Manual de Derecho Administrativo, Quito: Ediciones CEP, 2009, pág. 190

La administración como parte del contrato, tiene que respetar lo establecido en el mismo, y le está prohibido cambiar el objeto del mismo, es decir, el fin del contrato, sin embargo, puede extender los plazos, realizar un reajuste de precios, entre otras atribuciones que le permite la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁶.

Para Javier Robalino Orellana, el contrato administrativo *“como muchas manifestaciones de la voluntad, y siendo como es una relación sinalagmática, aunque revestida de ciertas particularidades e incluso cláusulas exorbitantes, es evidentemente productora de efectos jurídicos, es decir, derechos y obligaciones para el Estado y el contratista. Dichos efectos provienen del principio de responsabilidad estatal y no se limitan al derecho administrativo, y se pueden extender a otras esferas, como el derecho internacional, a las que el propio Estado se ha sometido legítimamente”*¹⁷

Los contratos administrativos producen una relación jurídica doble o bilateral en la cual el Estado es responsable, además de cumplir con las cláusulas de los mismos, de velar por su fiel cumplimiento y ejecución.

Los contratos que celebra la administración abarcan diferentes áreas en busca del bien colectivo. Éstos pueden ser de servicios públicos de energía, transporte, agua potable, telecomunicaciones, así también pueden referirse a la exploración y explotación de hidrocarburos y demás recursos naturales, o la prestación de determinado servicio.

¹⁶ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 395 de 4 de agosto de 2008.

¹⁷ Revista Judicial, Cevallos Librería Jurídica, Quito-Ecuador 2009, pág. 36

El contrato administrativo, nace bajo los preceptos constitucionales, la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento, lo que obliga a que el contrato administrativo esté debidamente justificado y motivado en los aspectos técnico, económico y legal, protegiendo siempre los intereses del Estado.

3. Elementos del Contrato administrativo

Dentro del presente estudio, se ha considerado importante enumerar los elementos del contrato administrativo, en concordancia con los elementos esenciales del contrato previstos en el Código Civil para la existencia y validez del mismo.

Sujetos.- Podemos señalar básicamente dos partes, la Administración, a través de sus entidades e instituciones, y los particulares, de manera individual o colectiva.

Competencia y capacidad.- Se refiere a la aptitud legal y capacidad jurídica que deben tener los sujetos para poder celebrar y ejecutar el contrato.

La competencia y capacidad del Estado para contratar, nace de las leyes y reglamentos establecidos para tal efecto. Al respecto, Javier Robalino Orellana, indica que *“en sus diversas formas, el contrato se forma, suscribe, ejecuta, liquida bajo normas públicas administrativas, las que generalmente son muy desarrolladas y vienen acompañadas de reglamentos y regulaciones¹⁸”*.

¹⁸ Los Contratos Administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión: Una Breve Aproximación, Robalino, Javier, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2009, pág. 37

El contratista por su parte, debe ser legalmente capaz para contratar y obrar, es decir que no debe incurrir en las incapacidades establecidas en el Código Civil Ecuatoriano, ni estar en la nómina de contratistas incumplidos de la Contraloría General del Estado¹⁹.

Voluntad y consentimiento.- *“Para que haya contrato es de necesidad, entre otros requisitos, el consentimiento de la parte que se obliga; y sin la voluntad de la persona a cuyo favor se contrae la obligación no cabe tal consentimiento, el que necesariamente supone el concurso de dos voluntades recíprocas; pues la sola voluntad que una de las partes manifiesta de obligarse para con la otra, mientras no haya sido aceptada por ésta, no es consentimiento en el lenguaje jurídico; es solamente una promesa que no tiene fuerza obligatoria”*.²⁰

La voluntad contractual se produce cuando los contratantes otorgan su consentimiento mediante los diferentes procedimientos legales establecidos en el Derecho Público, y, en el caso que nos ocupa, el contratista se adhiere generalmente a las cláusulas ya establecidas por el Estado a través de la Administración Pública y los funcionarios especializados en contratación tanto en los aspectos legales, técnicos y económicos.

*“El consentimiento es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes; es la declaración de voluntad común o negocial”*²¹.

¹⁹ El numeral 17 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala: *“Llevar un registro público de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos de todos los contratos que celebren las instituciones del sector público, en base a la solicitud y resolución emitida por la respectiva entidad contratante”*

²⁰ Gaceta Judicial. Año XVI. Serie III. Nro. 193. Pág. 2780 (Quito, 31 de Octubre de 1887)

²¹ Roberto Dromi, op.cit., pág. 310

Objeto.- Una vez que los sujetos han expresado su voluntad de dar, hacer o no hacer una cosa, nace el objeto del contrato. Los contratos públicos pueden ser para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios.

Forma.- Se refiere básicamente a la manera en que se materializa la relación jurídica contractual entre el Estado y el contratista. En este sentido es fundamental diferenciar entre forma y formalidades, siendo la segunda todo aquello a observarse previo a la celebración del contrato.

4. Principios de la contratación pública

Dentro del marco jurídico ecuatoriano, encontramos diferentes principios que son considerados esenciales dentro de los contratos administrativos.

El artículo 288 de la Constitución de la República, señala que: *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social”*, en concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su artículo 4 expresa que: *“Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”*.

A continuación, analizamos cada uno de los principios mencionados:

Legalidad.- El principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho Público mediante el cual toda actividad de la administración debe estar sometida a lo que dispone la Constitución y la ley. En este sentido, el artículo 226 de la Constitución del Ecuador que textualmente señala: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”*.

De este principio se desprende la frase *“permissum videtur in omne quod non permisae, prohibita intelliguntur”*, que se traduce como: *“en derecho público sólo puede hacerse lo que está expresamente determinado”*.

Igualdad y trato justo.- La Constitución de la República, en el numeral 2 del artículo 11 dice:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

Este principio hace efectiva la seguridad jurídica en los procesos de contratación, pues de aplicarse correctamente, evita el hecho de que se adjudique “a dedo” un contrato y se favorezca premeditadamente a uno de los oferentes.

La administración debe proporcionar a todos los oferentes o licitantes, las mismas condiciones y facilidades, de no ser así estaríamos violando este principio consagrado tanto en la legislación nacional como en los tratados bilaterales de inversión de los que somos signatarios, ya que un principio del Derecho Internacional es otorgar a los inversionistas un trato justo y equitativo.

Roberto Dromi al referirse a la igualdad entre los oferentes como principio jurídico esencial de los contratos, señala que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos a favor de los oferentes:

1. *“Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes.*
2. *Respeto, dentro de lo posible, de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; si es necesario modificar un plazo, el mismo que debe ser igual para todos los concurrentes.*
3. *Cumplimiento por parte de la administración y de los participantes, de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista.*
4. *Inalterabilidad en lo esencial de los pliegos de condiciones.*
5. *Respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres.*
6. *Acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación.*
7. *Conocimiento de las demás ofertas después del acto de apertura.*

8. *Indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta,*
9. *Invitación a participar en la licitación que se promoviera ante el fracaso de otra anterior”²².*

Al momento de invitar a concursar a las personas naturales o jurídicas capaces de contratar con el Estado, estamos frente a una manifestación de este principio. Las instituciones públicas están obligadas a invitar a todos los precalificados sin discrimen alguno, además a través del portal de compras públicas, cualquier persona puede enterarse de los procesos contractuales, y si no está impedida legalmente, puede presentar su oferta.

Calidad.- El artículo 227 de la Constitución de la República, al referirse de la administración pública señala: “*La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, **calidad**, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación*”. (Lo resaltado fuera del texto)

Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Esto da una idea clara de que la calidad dejó de ser ya un requisito, y pasó a ser un principio dentro del campo de la contratación pública, y que la administración pública debe hacer que se cumpla.

²² Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, Quinta Edición, 1996, pág. 504

Vigencia tecnológica.- Este principio es relativamente nuevo, nace con la creación del Instituto Nacional de Compras Públicas y la necesidad de avanzar conforme avanza la tecnología. El artículo 10 de la Ley Nacional de Contratación Pública establece las atribuciones de dicho instituto dentro de las cuales está: incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que la “*Desagregación Tecnológica*” es el estudio pormenorizado que realiza la Entidad Contratante en la fase pre contractual, en base a la normativa y metodología definida por el Instituto Nacional de Contratación Pública en coordinación con el Ministerio de Industrias y Competitividad, sobre las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación a la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la Entidad Contratante, aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional.

Las recomendaciones de la Desagregación Tecnológica están contenidas en los Pliegos de manera obligatoria. Las instituciones públicas, para sus compras están utilizando por disposición de la nueva Ley del Sistema Nacional de Compras Públicas, por ejemplo el Catálogo Electrónico, que es el registro de bienes y servicios publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec para su contratación directa.

Concurrencia.- El Principio de Oposición o Libre Concurrencia, se trata de la participación de los oferentes dentro de un proceso de precontractual previo a la suscripción de un contrato.

La libre concurrencia establece la posibilidad de oposición entre los interesados en la oferta que cada uno pueda presentar, y además implica que Administración Pública no pueda imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso. Sin embargo, este no es un principio absoluto, puesto que, el control que exige la actividad contractual del estado, implica observar la capacidad para contratar que tengan los recurrentes para contratar con el Estado.

Transparencia.- Este principio dentro de la contratación pública es fundamental, porque se compromete una enorme cantidad de recurso público, y la administración está en la obligación de velar porque ese recurso sea destinado al beneficio de la comunidad, y que en la obra o servicio que se esté contratando no exista sobreprecio alguno, que los materiales sean los establecidos en el contrato, y que tanto funcionarios públicos como contratistas actúen de manera honesta.

Es tan importante este principio, que dentro de las funciones del Estado la nueva Constitución creó la Función de Transparencia y Control Social la misma debe promueve e impulsa el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad.

Participación Nacional.- El artículo 288 de la Constitución de la República, expresa que se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Este principio busca impulsar la producción nacional, y fomentar su eficacia y eficiencia, sin embargo, para mi criterio, deja en desventaja a inversionistas extranjeros que compiten con las empresas nacionales, sin embargo, son políticas gubernamentales muy respetables que fomentan al empresario ecuatoriano.

Publicidad del Acto: El numeral 2 del artículo 18 de la Constitución establece que todas las personas, de manera individual o colectiva, tienen derecho a *“Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información”*.

Este principio, consagrado en la Constitución, tiene por objeto ampliar la concurrencia y la competencia, pues significa que a través de la publicidad, los interesados tengan conocimiento del pedido de la Administración de presentar ofertas. Así pues la ciudadanía debe conocer mediante los diversos medios de comunicación sobre todos los procesos contractuales.

En los últimos años el Estado ecuatoriano, a través de los organismos encargados del control y de la legalidad de los contratos administrativos, ha encaminado su actividad a consolidar el principio de Publicidad.

De esta manera, en el 2008 la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual crea el Instituto Nacional de Contratación Pública, encargado del manejo del Portal de Compras Pública, donde se publica el Registro Único de Proveedores (RUP), sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar²³.

5. Antecedentes de la contratación administrativa en el Ecuador

La contratación en el Ecuador data desde el nacimiento de la República misma, en el afán de manejar y controlar sus recursos públicos. A continuación una breve reseña histórica de la permanente evolución jurídica en materia contractual:

- En el Registro Nacional de 19 de junio de 1843 se publica la Ley Orgánica de Hacienda, la misma que establece la adquisición de bienes o servicios y la contratación de determinada obra. Fue derogada expresamente con la expedición de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, mediante Decreto Supremo 1429 publicado en el Registro Oficial 337 de 16 de mayo de 1977.
- En el Registro Oficial No. 285 de 7 de julio de 1964 se publica la Ley de Caminos. La mencionada Ley sigue vigente en el marco jurídico ecuatoriano.
- La Ley de Licitaciones publicada en el Registro Oficial No. 364 de 30 de octubre de 1964, compila todas las normas y conceptos legales que existían en materia de contratación pública hasta esa fecha.

²³ Artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

- El 4 de febrero de 1974, se publica en el Registro Oficial No. 486 la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas.
- La Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990, reemplazó a la citada Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, considerando que era necesario contar con un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la contratación pública en el país, en forma ágil y adecuada a las características del desarrollo económico y técnico, y aclarese o eliminese los casos de duda o los vacíos que la aplicación de las normas legales antedichas había puesto de relieve.
- El Pleno de la Asamblea Nacional Constituyente, considerando la necesidad de crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice las adquisiciones de bienes y servicios, así como la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos en todas sus etapas, y que la falta de planificación respecto a las compras pública había traído como consecuencia que se desperdicien los recursos públicos, expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, derogando la mencionada Ley de Contratación Pública y la Ley de Consultoría publicada en el Registro Oficial 455 de 5 de noviembre de 2004.
- Respecto a los informes que emitían la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado en materia legal y económica respectivamente, según lo establecía la letra f) del artículo 3 y la letra b) del artículo 14 de la Codificación de

la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado publicada en el Registro Oficial No. 445 de 5 de noviembre de 2005, y los artículos 18 y 60 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control LOAFYC, quedaron sin efecto puesto que dichos artículos fueron derogados expresamente por los numerales 3 y 4 de las Derogatorias de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

- El Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confería el numeral 5 del artículo 171 de Constitución Política del Ecuador de 1998²⁴, expidió Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicado en el Registro Oficial No. 399 de 8 de Agosto de 2008, a fin establecer un conjunto de normas jurídicas, de común aplicación para la mejor observancia de la mencionada ley y de esta manera poder reglar su cumplimiento.

6. Las Instituciones que norman la contratación administrativa en el Ecuador.

A partir de la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la contratación administrativa pasó a estar dirigida y controlada por organismos independientes especializados en dicha actividad. Dicho cuerpo legal crea el *Sistema Nacional de Contratación Pública* y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

²⁴ Artículo 171 numeral 5) expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración (actual artículo 147 numeral 13 de la nueva carta magna publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008)

El Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme lo señala el artículo 7 *ibídem* “*es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes...*”.

Para tener un sistema ágil y eficiente, que cumpla las expectativas en materia de contratación pública es necesario que las entidades que lo conforman obedezcan los principios de la contratación citados en líneas anteriores, y se sometan a los procedimientos establecidos en la ley y en el reglamento, además del permanente control que deben seguir tanto las entidades contratantes como los organismos de control.

Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

1. *“Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;*
2. *Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;*
3. *Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;*
4. *Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;*
5. *Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;*
6. *Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;*

7. *Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;*
8. *Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;*
9. *Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;*
10. *Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,*
11. *Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP”²⁵.*

En este sentido la mencionada Ley en su artículo 8, respecto de los órganos competentes en materia de contratación pública, señala que *“El Instituto Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias”*.

Respecto al control de las contrataciones que realicen las entidades del sector público, el artículo 15 ibidem, textualmente señala:

“Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes. Es obligación del Instituto Nacional de

²⁵ Artículo 9 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública

Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley”.

Instituto Nacional de Contratación Pública.- Es un organismo técnico dedicado a regular la contratación pública. Su representante es el Director Ejecutivo, quien es designado por el Presidente de la República.

El INCOP tiene las siguientes atribuciones:

1. *“Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;*
2. *Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;*
3. *Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;*
4. *Administrar el Registro Unico de Proveedores RUP;*
5. *Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;*
6. *Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;*
7. *Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;*
8. *Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública,*

para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;

9. *Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;*
10. *Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;*
11. *Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;*
12. *Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;*
13. *Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;*
14. *Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;*
15. *Publicar en el Portal COMPRASPUBLICAS el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;*
16. *Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y,*
17. *Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables”²⁶.*

Contraloría General del Estado.- El artículo 211 de la Constitución de la República señala: *“La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.*

²⁶ Artículo 10 ibidem

El artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala que dicha institución, a través de la auditoría a las obras públicas *“Evaluará la administración de las obras en construcción, la gestión de los contratistas, el manejo de la contratación pública, la eficacia de los sistemas de mantenimiento, el cumplimiento de las cláusulas contractuales y los resultados físicos que se obtengan en el programa o proyecto específico sometido a examen”*.

Las atribuciones y deberes de la Contraloría General del Estado, se encuentran establecidos en el artículo 31 de la citada Ley, y para el caso que nos ocupa mencionaremos las siguientes:

1. *“Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos;*
2. *Evaluar los costos de los estudios, prestación de servicios, adquisición de bienes y construcción de obras de las instituciones del Estado;*
3. *Llevar un registro público de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos de todos los contratos que celebren las instituciones del sector público, en base a la solicitud y resolución emitida por la respectiva entidad contratante;*
4. *Realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; de la utilización de recursos; de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público. Tal clase de control por ningún concepto constituirá participación o autorización de actos*

administrativos, los cuales son de responsabilidad de la institución o entidad sujeta a examen”;

Procuraduría General del Estado.- Dirigido por el Procurador General del Estado, este organismo se encarga del patrocinio del Estado, la absolución de consultas, el control, con sujeción a la ley, de los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público, además de las atribuciones le confieren la Constitución y la ley.

La Ley de Contratación Pública de 1990, exigía a las entidades contratantes obtener los informes del Contralor y el Procurador General del Estado previo a la celebración de un contrato, sin embargo, la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en sus disposiciones derogatorias 3 y 4 extinguió dicha obligación.

El Procurador General del Estado, tan pronto tenga conocimiento de cualquier irregularidad contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en uso de sus facultades debe demandar la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad. Es decir, que el Procurador General del estado, si bien no emite informes que versen sobre la legalidad de la suscripción de un contrato, realiza un control permanente durante la fase contractual del mismo e inclusive una vez ejecutado el contrato.

Además del control permanente que debe hacer la Procuraduría General del Estado durante y después de celebrado un contrato, esta institución conjuntamente con la Contraloría General del Estado, prestan asesoría al Instituto Nacional de Contratación Pública para la elaboración

de modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades de contratación pública.

La Procuraduría General del Estado, a través del Patrocinio del Estado, es la representante legal del Estado y sus instituciones, dentro de los procesos judiciales que en su contra se establezcan, y está en la obligación de proponer acciones legales en beneficio de los intereses públicos.

Le corresponde también al Procurador General del Estado, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en caso de que se quisiera firmar un convenio arbitral una vez surgida una controversia, emitir dictamen, el mismo que es de obligatorio cumplimiento. Además para someter al Estado a arbitraje internacional, las instituciones requieren autorización al Procurador, conforme lo indica el artículo 12 de la Ley Órgánica de la Procuraduría General del Estado.

II. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

En los contratos administrativos, durante su vigencia y posterior a su ejecución pueden surgir controversias entre el Estado y el contratista. La Ley Órganica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que de existir dichas diferencias entre las partes, éstas pueden utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva²⁷, la misma que se regirá a la Ley de Mediación y Arbitraje.

De no existir un acuerdo entre las partes para someter la controversia a arbitraje y mediación, son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, los órganos encargados de tramitar el proceso. Sin embargo, el Reglamento a la Ley Órganica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 161 sugiere que *“Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción”*.

La Constitución del la República del Ecuador y la Ley de Mediación y Arbitraje norman y regulan los métodos alternativos de solución de controversias donde participa el Estado a través de sus instituciones, y señalan los requisitos para que los procedimientos tengan validez dentro del marco jurídico ecuatoriano.

²⁷ Artículo 104 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

1. Método alternativo de solución de Controversias donde participa el Estado

Un conflicto es una situación que implica un problema, una dificultad y puede suscitar posteriores enfrentamientos, generalmente, entre dos o más partes, cuyos intereses, observan posiciones absolutamente contrapuestas.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública permite solucionar los conflictos que nacen de un contrato administrativo ya sea a través la justicia ordinaria o a través de métodos alternativos de solución de controversias, (en adelante MASC).

Los MASC, son alternativas, que permiten la solución privada de los conflictos fuera del despacho judicial, ya sea de manera directa entre ellas o mediante la intervención de un tercero imparcial (como son los casos de la mediación, la conciliación y el arbitraje).

En lo relativo a la experiencia de utilización de los MASC en América Latina, Colombia es uno de los países donde mayor desarrollo ha tenido el campo de los medios alternos de solución de controversias (MASC), siendo el primer país que lo asumió *“como una vía para ayudar a resolver la grave congestión y crisis judicial que se vivía a los fines de los ochenta así como los altos niveles de conflictividad que presenta”*²⁸.

Los principales MASC son:

²⁸ Matute Morales, Claudia, El Desarrollo De Los Métodos Alternativos De Solución De Controversias En América Latina, <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc25/25-3.pdf>

La negociación.- Es un proceso de comunicación dinámico y directo, mediante el cual dos o mas partes (sin ningún intermediario) tratan de resolver sus diferencias e intereses a fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción de intereses.

La conciliación.- Es un proceso mediante el cual una tercera persona, neutral e imparcial, denominado “*conciliador*” ayuda a las partes en conflicto a buscar una solución consensual, proponiendo, si fuera necesario, formulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar.

El conciliador tiene cierto control sobre el proceso pero no tiene poder de decisión, pues su función es simplemente la de asistir y guiar a las partes para sean ellas mismas quienes lleguen a un acuerdo.

La mediación.- Es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual las partes someten sus diferencias a un tercero diferente del Estado y ajeno al problema, llamado mediador con el fin de buscar una solución al conflicto. Las propuestas del mediador no son de obligatoria acogida por lo que su función se reduce a buscar una solución que sea recíprocamente aceptable entre las partes.

*“En América Latina las legislaciones sobre "Arbitraje y Mediación" de Ecuador (1997), la "Ley de Mediación" N°. 24.573 de 1998 en Argentina (que rige solo para la Capital Federal Argentina); la Ley sobre "Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social" de Costa Rica (1997), y la Ley de "Conciliación Extra judicial" (1997) y su Reglamento (1998) en Perú, constituyen los referentes más directos sobre la materia”.*²⁹

²⁹ Cuarta Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas, 21 febrero

El arbitraje.- El jurista Eduardo Silva Romero sostiene que el arbitraje “*como modalidad de resolución de conflictos es una forma especial de procurar justicia*”³⁰.

Mediante el arbitraje las partes someten, por mutuo acuerdo, un conflicto transigible, a la resolución definitiva e inapelable de un Tribunal Arbitral o de un Árbitro Único, y su decisión se recoge en un Laudo Arbitral que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y que se podrá ejecutar exactamente igual que una sentencia de última instancia. Durante el curso del proceso de arbitraje, es importante señalar que se deben respetar las normas del debido proceso garantizadas en la Constitución.

El arbitraje es un mecanismo según el cual las partes someten su divergencia a la opinión de un árbitro, que actúa como si fuera un juez pero con la diferencia que ha sido escogido por las partes y se lo ha revestido de poder.

La diferencia fundamental entre la mediación y el arbitraje es que en la primera existe un tercero imparcial que interviene exclusivamente para buscar una solución que sea conveniente para las partes, siendo éstas quienes tomen la decisión, en cambio en el arbitraje interviene 1 o más árbitros cuya decisión es de cumplimiento obligatorio.

El artículo 33 de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas, en su parte pertinente, donde se establecen los medios pacíficos de solución de conflictos, señala que: “*Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la*

2002

³⁰ Silva Romero Eduardo, Eduardo, El Contrato de Arbitraje, Introducción, Legis Editores, 2005

negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.”

El Ecuador es miembro de la Organización de Naciones Unidas, y su carta constitutiva así como los Acuerdos y Modelos Ley, y aunque no son vinculantes dentro marco jurídico, el país debe procurar seguir los lineamientos de los mismos. Es decir que, el Estado debe procurar solucionar sus divergencias que resulten de contratos celebrados con inversionistas extranjeros de una manera pacífica, y si para esto debe acudir a los Métodos Alternativos de Solución de Controversias, debe hacerlo conforme lo establecido en la Constitución de la República, el Derecho Internacional, y las leyes nacionales creadas para el caso.

1.1 Clases de Arbitraje

El arbitraje es de diversas clases entre las cuales podemos mencionar las siguientes: Arbitraje nacional y arbitraje Internacional, arbitraje de equidad y arbitraje de derecho, arbitraje ad hoc y arbitraje institucional o administrado:

Arbitraje nacional.- cuando todo el procedimiento arbitral al igual que sus efectos se llevan a cabo en un solo Estado.

Arbitraje internacional.- Es aquel mediante el cual las partes que suscriben el acuerdo someten sus controversias las decisiones de un Tribunal Arbitral, con jurisdicción y competencia internacional.

Arbitraje en equidad.- En esta modalidad los árbitros actúan conforme a su leal saber, y entender atendiendo a los principios de la sana crítica. Todos los arbitrajes se realizan por este procedimiento salvo si las partes solicitan expresamente el arbitraje en derecho.

Arbitraje en derecho.- En esta modalidad los árbitros deberán atenerse a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. El arbitraje en Derecho requiere que el árbitro sea un abogado en ejercicio.

Arbitraje ad hoc.- Es aquel que es conducido por las partes y el árbitro sin el auxilio de una institución o centro de arbitraje.

Arbitraje Administrado.- Es cuando se pacta que sea efectuado por una institución arbitral o algún centro de arbitraje, y en el cual las partes pagan a la institución para que los auxilie, en conformidad con sus reglas, en el inicio del arbitraje y en la constitución del tribunal arbitral, así como en labores administrativas tales como el pago de los honorarios de los árbitros, notificaciones, etc.

1.2 Transigibilidad

Transigir se refiere al hecho de poder realizar una transacción sobre lo que se considere justo con el fin de llegar a un acuerdo y concluir una disputa o conflicto. El artículo 2348 del Código Civil ecuatoriano indica que la *“transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”*.

Cabe indicar que no todo es materia de transacción, y no se puede transigir por ejemplo sobre el estado civil de una persona, sobre derechos que no existen o sobre un litigio que ya ha sido resuelto mediante sentencia.

Es un requisito para acceder al arbitraje que la materia a someterse sea transigible. Al respecto, Juan Pablo Aguilar señala: *“para que una materia pueda ser sometida a arbitraje es necesario que sea transigible, esto es, que verse sobre derechos de los que su titular pueda disponer libremente”*³¹.

La Ley de Arbitraje y Mediación en el primer párrafo de su artículo 4, ratifica la afirmación que precede al señalar que: *“podrán someterse al arbitraje regulado por esta ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir”*. El artículo 2349 del Código Civil señala que *“No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”*.

En el Derecho Civil, las personas pueden disponer libremente de sus derechos y mientras no esté expresamente prohibido por la ley, pueden transar libremente sobre ellos. Sin embargo, en el Derecho Administrativo, sucede lo contrario, las entidades que conforman el sector público no son titulares de ningún derecho, sus facultades y atribuciones están determinadas por la ley, la cual le otorga competencias para actuar en nombre del Estado.

Es decir que, en el ámbito privado todo es materia transigible, salvo disposición expresa que lo prohíba, mientras que la administración, está supeditada, para poder transigir, a una disposición legal que se lo permita.

³¹ Sobre las Materias arbitrales en el Derecho Administrativo: Aguilar, Juan Pablo, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2009, pág. 20

2. Laudo Arbitral

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define la expresión “laudo” como la *“decisión o fallo que dictan los árbitros o amigables componedores.”* Podríamos agregar que “laudo” es la resolución que emite un árbitro, para dirimir una controversia, la misma que tiene su origen en el acto voluntario de las partes expresado en un convenio arbitral o cláusula compromisoria.

En el orden jurisdiccional, el laudo equivale a sentencia. La principal diferencia entre el laudo y la sentencia es que el primero es dictado por un árbitro previo a declarar su competencia para conocer el caso, y la segunda por un juez ordinario revestido de poder para hacerlo en el sistema jurídico ordinario.

Una definición más exacta la encontramos en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas en el que se señala que *“en la técnica actual, por laudo se entiende la sentencia o fallo que pronuncian los árbitros o los amigables componedores en los asuntos a ellos sometidos voluntariamente por las partes, y que poseen fuerza ejecutiva de sentencia firme, una vez consentidos o agotados los recursos de que son susceptibles, de pasar en autoridad de cosa juzgada como los fallos de los tribunales ordinarios. La fuerza de los laudos no sólo procede de la ley, sino que es consecuencia de un contrato solemne celebrado entre las partes, que estipulan en el compromiso, documento público, aceptar lo que resuelvan los jueces por ellos designados”*³².

³² Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V , 29 Edición, Editorial Heliasta S.R.L 1944, 2006, pág. 19

Cuando la administración suscribe un convenio o pacto arbitral, se obliga a aceptar la decisión del árbitro, la misma que produce en nuestro ordenamiento jurídico los mismos efectos de una sentencia. Es decir que, cuando el Estado se somete a arbitraje, consiente que un tercero, decida sobre el litigio, y bajo los preceptos del Derecho Internacional, dicha decisión llamada laudo debe ser ejecutada como si fuera un fallo dictado por un juez nacional competente.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de Enero de 1975, hace mención a los laudos arbitrales:

“Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales”.

El laudo implica para las partes, poder conocer la percepción que tienen los árbitros dentro del proceso, respecto de los argumentos expuestos por ellos mismos, cómo se valoraron sus pruebas y las normas que le fueron aplicables. Sin embargo, más importante que el laudo, es el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral.

Dichas decisiones tienen *“efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia³³”*

³³ García Feraud, Galo, Cuestiones Jurídicas, Guayaquil: Editorial EDINO, 2005, pág. 265.

Entendemos como cosa juzgada, la calidad que adquieren las sentencias y las resoluciones definitivas de los jueces, cuando se han agotado todos los recursos destinados a impugnarlas, y se tornan irrevocables. Cuando una sentencia se vuelve cosa juzgada, nace lo que conocemos como “non bis in idem”, es decir que el caso examinado y decidido, ya no podrá replantearse con posterioridad.

Una clara definición que nos da la jurisprudencia al hablar de cosa juzgada es que ésta se entiende como *“una institución de orden público encaminada a impedir que aquello que ha sido materia de un litigio que término por sentencia ejecutoriada, pueda ser materia de un nuevo litigio entre las mismas partes, lo que acarrearía la inseguridad de los derechos y la ineficacia de las sentencias que, no obstante haber adquirido el carácter de cosa juzgada y como tales consideradas, por la ley como expresión de la verdad, pudieran ser contradichas por una nueva sentencia pronunciada en nuevo juicio”*.³⁴

Por otra parte, la sentencia ejecutoriada es aquella que no admite recurso judicial alguno, y que produce además el efecto jurídico de cosa juzgada. El artículo 295 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, establece que *“La sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa; pero se puede corregir el error de cálculo”*.

Respecto a la ejecución de los laudos, el jurista Galo García Feraud señala: *“desde antaño tal como se desprende del artículo 5 del Convenio Bolivariano sobre Ejecución de Actos Extranjeros, suscrito en Caracas el 18 de Julio de 1911, se estableció que era necesario que los fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los estados*

³⁴ GACETA JUDICIAL. Año LVII. Serie VIII. No. 3. Pág. 218, 13 de enero de 1953

signatarios para tener efectos en los territorios de los demás , con la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, debían observar los requisitos allí señalados”³⁵

Los laudos arbitrales, deben entonces cumplir con requisitos para que puedan ser aceptados como tales. El laudo debe constar por escrito, ser motivado³⁶ y además debe incluir la valoración de las pruebas presentadas por las partes.

Hugo Alsina señala que: *“los árbitros reciben sus facultades directamente de las partes; sólo con relación a estas revisten el carácter de jueces y no pueden pronunciarse más que sobre las cuestiones que ellas les propongan”³⁷*. Además dichos árbitros no pueden hacer ejecutar lo juzgado, así lo establece e el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, el mismo que señala que una vez ejecutoriado el laudo, son los jueces ordinarios quienes deben ordenar su ejecución.

El cumplimiento de los fallos o laudos de los tribunales arbitrales están sujetos a los tratados y convenios internacionales de los cuales somos signatarios.

Por principio de soberanía e inmunidad de jurisdicción³⁸ (que más adelante estudiaremos), algunos países desconocen el laudo arbitral, por ser contraria al orden público, a sus legislaciones y marcos jurídicos vigentes. Es por esto que consideremos importante, que las características de los laudos arbitrales sean reguladas bajo parámetros de igualdad a nivel internacional, y aceptadas por los países de la comunidad internacional, para su fácil y mejor

³⁵ García Feraud, Galo, Cuestiones Jurídicas, Guayaquil: Editorial EDINO, 2005, pag. 286

³⁶ El artículo 25 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional en su parte pertinente indica que el *“laudo deberá ser motivado”*.

³⁷ Alsina, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo III, Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1943, pp. 795

³⁸ La inmunidad de jurisdicción se refiere al derecho que tienen ciertas personas o estados de no someterse a determinada jurisdicción.

ejecución. Al respecto la Convención de Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales extranjeros, ratificada por el Estado ecuatoriano mediante Decreto Ejecutivo No. 853, publicado en el Registro Oficial No. 240 de 11 de mayo de 1982, en su artículo 1 establece que dicha Convención “*se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en unos de los Estados Partes, a menos que al momento de la ratificación alguno de éstos haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial (...)*”.

3. La Cláusula Arbitral

La cláusula arbitral contenida dentro de un contrato tiene una característica especial de autonomía e independencia respecto al contrato principal, es decir, en realidad se trataría de dos contratos independientes, uno que contiene las obligaciones comerciales de las partes y otro referente a las obligaciones de las partes para someter al arbitraje cualquier controversia que pueda surgir del primero.

Esta característica de autonomía implica que la cláusula arbitral tiene existencia propia independientemente del contrato que la contiene, por lo que la eventual nulidad que pueda afectar al contrato principal, no vicia de nulidad a la cláusula arbitral. Cuando el acuerdo de arbitraje es una cláusula accesoria de un contrato principal, nace la interrogante si la existencia y validez del acuerdo dependen de la existencia y de la validez del contrato del cual es accesorio. Si bien es cierto, que existe un principio general del derecho, en virtud del cual el accesorio sigue el principal, es necesario recordar que varias legislaciones han

considerado que la subsistencia de la cláusula arbitral no puede depender de un contrato que en cualquier momento podría ser terminado o declarado nulo.

Así por ejemplo, el artículo 1432 de la Ley de Comercio de México indica que *“El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje. A este efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato no entrañará por ese sólo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria”*. En el Ecuador sucede exactamente lo mismo, para lo que es preciso hacer énfasis en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación que en su parte pertinente señala: *“La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”*

El artículo 16.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) establece:

“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

Al respecto, el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas- para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por su traducción en inglés) en su artículo 21.1 y 22.2 señala:

22.1 “El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrará en ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria”

22.2 “... Una cláusula compromisoria que haga parte de un contrato y que prevea arbitraje bajo el Reglamento, deberá ser tratada como un acuerdo independiente de los demás términos del contrato”.

De las citadas normas del Modelo y del Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, se desprende claramente que la cláusula arbitral tiene como característica fundamental ser independiente del contrato que la contiene, es decir que a pesar de que éste sea invalidado o declarado nulo, el compromiso adquirido mediante una cláusula arbitral para someter las divergencias que surjan de un contrato a arbitraje sigue vigente en el marco jurídico al amparo del Derecho Internacional, y que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de analizar sobre su competencia y jurisdicción para conocer la controversia.

Queda claro que la cláusula arbitral, implica un compromiso adquirido por las partes de someter sus diferencias a determinado tribunal arbitral, bajo sus normas, y de aceptar la decisión que motivadamente tomen los árbitros escogidos para el caso.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se hace referencia a las cláusula arbitrales que se incluyen en un contrato. Así, el artículo 161 del Reglamento a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto de la cláusula compromisoria establece lo siguiente:

“Art. 161.- De la cláusula compromisoria.- En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables.

Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje”.

No es obligación de las partes incluir una cláusula arbitral en un contrato. Cuando no se ha incluido esta cláusula, la ley permite la suscripción de un convenio arbitral, para cuya validez

jurídica debe contar con el informe favorable del Procurador General del Estado, así lo establece el artículo 162 del mencionado reglamento:

*“**Art. 162.-** Del compromiso o convenio arbitral.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado. En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo”.*

Una vez celebrado el pacto o convenio arbitral con la respectiva aprobación de la Procuraduría General del Estado, las partes están prohibidas de someter sus controversias a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Al respecto el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación indica que:

“Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial

respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días”.

Existen elementos esenciales que debe contener un convenio o cláusula arbitral: debe manifestarse de forma expresa, por escrito, la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, de tal manera que no pueda inferirse de los actos de las partes, es decir que, si no media esa voluntad expresa e inequívoca el convenio arbitral será nulo.

Se debe también determinar la controversia que se va a someter a la decisión arbitral, y además las partes tienen que demostrar su capacidad para someterse a arbitraje.

Cabe mencionar que existen las llamadas cláusulas patológicas, las mismas que contienen errores, vicios, que son ambiguas, que incluyen cuestiones de más y que no delimitan su alcance, lo cual genera problemas una vez que se ha iniciado el procedimiento arbitral. Un ejemplo de cláusula patológica puede ser aquella que no contiene alguno de los elementos esenciales que debe contener toda cláusula compromisoria, como la sede, las reglas o el idioma del arbitraje, sin embargo, la voluntad de someterse a este mecanismo de solución de controversias, está expresada en el acuerdo por lo que los errores ahí contenidos deberían ser subsanados o en su defecto, convenir otro pacto arbitral.

4. Capacidad de las instituciones públicas para celebrar un pacto arbitral

El tratadista Hans Kelsen, al referirse sobre el Estado como persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones, sostiene que el Estado “*es una corporación, fundada por un orden normativo, facultada para instituir órganos especializados que, directa o indirectamente ejercen funciones estatales*”³⁹. Estas funciones estatales se refieren a las atribuciones que la ley otorga a las entidades y organismos del sector público para que cumplan determinadas funciones.

El artículo 40 del Código Civil ecuatoriano señala que las personas son naturales o jurídicas. Dicho cuerpo legal, en su artículo 564 establece: “*Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*”.

La persona jurídica del Estado se manifiesta mediante el Gobierno y la Administración Pública. Se define entonces entidad pública como “*personas jurídicas de derecho público establecidas por ley para el cumplimiento de fines del Estado, como entes descentralizados de la Administración Pública*”⁴⁰. Al respecto, Eduardo García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández, sostienen que la actividad administrativa nace “*de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido*”⁴¹.

³⁹ Eisenman, Charles, *Théorie pure du droit*, París: Bruylant L.G.D.J., 1999, pág. 285

⁴⁰ Pérez, Efraín, *Manual de Derecho Administrativo*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2008, pág. 39.

⁴¹ García De Enterría, Eduardo & Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*: Madrid, Civitas, 2001, Tomo I, pág. 441.

La administración obra en la medida en que una ley o norma le autoriza hacerlo, esto es, el principio de legalidad al que nos referíamos en el capítulo I del presente trabajo, y así como la ley le da la potestad a la administración de obrar en los términos ahí establecidos, también obliga a que de cuenta del *“efectivo servicio a la función para la que fue creada”*⁴².

El artículo 226 de la Constitución señala que: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*. El artículo 3 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva señala: *“La Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Sus órganos dependientes o adscritos tendrán sólo las respectivas competencias asignadas”*.

Las diferentes instituciones públicas, tienen la capacidad de actuar por sí solas a través de la máxima autoridad en nombre del Estado, y están sometidas a todas las normas de derecho público, es decir a la Constitución y a la ley que las rige.

Las entidades del sector público comprendidas dentro de la Función Ejecutiva, Presidencia y Vicepresidencia de la República; los Ministerios de Estado; las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los Ministerios; y las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos,

⁴² Fernández, Tomás R., De la Arbitrariedad de la Administración, Madrid: Civitas, 2002, pág. 89.

autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central, se rigen por el mencionado Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE), el mismo que en su artículo 4 sostiene:

“Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios”.

Por otra parte, el artículo 227 de la carta magna establece los principios de la Administración Pública entre los cuales están: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación, y todas las entidades que forman parte del Estado, deben cumplir este precepto constitucional.

Los órganos que forman la administración, actúan a través de actos unilaterales, sin embargo, pueden llegar a acuerdos con otros órganos administrativos o personales naturales o jurídicas de derecho privado, para lo cual se utiliza comúnmente convenciones o figuras contractuales.

Cuando el Estado expresa su voluntad mediante convenciones, nace un acuerdo en el que las partes establecen de mutuo acuerdo las condiciones de esa relación contractual.

El Estado a través de sus instituciones, tiene la capacidad de contratar. Esta actividad fundamental, como hemos ya señalado, puede derivar en conflictos que deben ser resueltos

por la justicia ordinaria, o, de ser convenido, mediante el arbitraje; es decir que, así como el Estado es capaz de realizar contrataciones, es capaz de solucionar los conflictos que se deriven de la relación jurídica entre las partes, mediante un método alternativo como es el arbitraje.

El artículo 113 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala: *“De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato”*.

Por ejemplo, en los contratos de explotación de recursos naturales los contratistas en la mayoría son empresas internacionales dedicadas a la exploración y explotación de recursos no renovables, que invierten en el Ecuador, se establece al amparo de las leyes ecuatorianas que el arbitraje tendrá sede internacional, es decir la competencia la tiene un árbitro o un Tribunal arbitral internacional, el cual dicta el laudo correspondiente, previo a la respectiva autorización del Procurador General del Estado.

En conclusión, jurídicamente el Estado tiene la capacidad de someter sus controversias a la jurisdicción de un árbitro o un tribunal arbitral, mediante un pacto o una cláusula arbitral en la cual las partes indican su voluntad de que sus divergencias sean resueltas de esta manera.

5. Arbitraje Local

En el Ecuador cualquier persona natural o jurídica capaz de transigir⁴³, puede someterse al arbitraje para solucionar sus diferencias, observando los requisitos señalados en la Ley de Arbitraje y Mediación. La Ley de Arbitraje y Mediación, es una norma especial que prevalece frente a cualquier otra ley ordinaria que contenga disposiciones arbitrales, en los casos que exista alguna duda sobre el tema, el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, son las normas supletorias.

El artículo 1 de dicha ley reconoce el sistema arbitral como *“un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”*.

Dentro del arbitraje local, cuando son las entidades del sector público que se someten a arbitraje, existen normas, además de la ya mencionada Ley de Arbitraje y Mediación, que indican de que manera se debe proceder. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 104 establece que de existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, *“podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”*.

⁴³ Se refiere a la libre disposición que tiene una persona sobre una cosa o un derecho real.

Así también el artículo 160 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública indica que se buscará solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para lo cual, *“se podrá acudir a la conciliación, amigable composición y transacción”*.

De no existir acuerdo para someter la controversia a arbitraje y mediación, el procedimiento se conocerá en sede judicial, esto es, ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, bajo los parámetros de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁴. Para que las entidades del sector público puedan someterse a arbitraje deben necesariamente:

1. *“Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; si es posterior es necesario el pronunciamiento obligatorio del Procurador General del Estado.*
2. *Observar que la relación jurídica a la cual se refiere el convenio debe ser de carácter contractual;*
3. *Incluir en el convenio arbitral la forma de selección de los árbitros; y,*
4. *Firmar por la persona autorizada el convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria”⁴⁵.*

Toda vez que se ha procedido de mutuo acuerdo a someter a arbitraje y el mismo ha sido calificado, los jueces ordinarios deben inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre la relación jurídica a la cual se refiere el pacto arbitral. Esto significa una manera de proteger a las partes, puesto que si han accedido al arbitraje como método alternativo de

⁴⁴ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 5

⁴⁵ Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, cabe recalcar que a partir de la publicación de la Constitución vigente para que el arbitraje proceda en materia de contratación pública, se requiere el pronunciamiento del Procurador General del Estado, antes o después de surgida la controversia.

solución de su controversia, es a través de esta vía y no por sentencia de un juez que se quiere llegar a una solución.

6. Arbitraje Internacional

Varios son los factores mundiales, que han requerido un dinamismo y efectivo empleo del Derecho Internacional y sus instrumentos.

El gran desafío de un comercio internacional justo, es lograr que las fuerzas de la oferta y la demanda, la acción de las transnacionales y los intereses de los Estados sean equilibrados para de esa manera obtener beneficios para todos. En este contexto, los países con menor desarrollo y los individuos aparecen como la parte más débil de las relaciones comerciales, ocasionando controversias o conflictos. Tales relaciones según lo expresa el Derecho Internacional deben tener también, la posibilidad de que las partes puedan dirimir sus controversias.

“En todos los Estados miembros, la no ejecución (o mala ejecución) de los contratos puede dar lugar a un procedimiento de resolución del litigio resultante. Desde el punto de vista económico, el procedimiento juega también (y sobre todo) un papel preventivo: a falta de procedimientos eficaces, tienden a aumentar los casos de no ejecución y, a mediano plazo, lo que resulta afectado es el funcionamiento del mercado; en cambio, la existencia de procedimientos apropiados de resolución de litigios favorece la ejecución espontánea de las obligaciones contractuales”⁴⁶.

⁴⁶ Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde de acceso de los consumidores a la justicia y solución de Litigios en materia de Mercado Único, Com. (93) 576 final, N° catálogo: CV- CO – 93 – 614 –ES-C, 16 de Noviembre de 1993.

El arbitraje internacional, (al igual que el nacional) como mecanismo de solución de controversias busca solucionar cualquier tipo de divergencias que puedan surgir a partir las relaciones internacionales comerciales entre Estados o entre un Estado y un tercero o un inversionista extranjero, pues otorga flexibilidad para resolver de forma pertinente las controversias en el área de negocios internacionales, a través de un Tribunal Arbitral, con jurisdicción y competencia internacional. Al respecto Oppenheim señala: *“El arbitraje significa la resolución de una diferencia entre Estados a través de una decisión jurídica de uno o más árbitros o de un tribunal, aparte del Tribunal Internacional de Justicia elegidos por las partes”*⁴⁷.

El arbitraje será internacional cuando se encuentre enmarcado dentro de los criterios que cada legislación haya acogido para tal fin. A manera de ejemplo, existen legislaciones que entienden que se trata de arbitraje internacional, cuando el arbitraje tenga por objeto una controversia derivada de relaciones de comercio internacional (criterio económico - material); o cuando las partes o los árbitros son de nacionalidad diferente, el domicilio o residencia de las partes se encuentren en Estados distintos, o cuando así se derive de factores directamente relacionados con la controversia, tales como el lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución del contrato, nacionalidad o ubicación de la institución arbitral, lugar en que se llevará a cabo el arbitraje, lugar en donde se hará efectivo el laudo, la ley seleccionada como ley sustantiva, o la ley seleccionada como ley de procedimiento, entre otros.

En el caso de la Legislación Ecuatoriana, el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación al respecto señala:

⁴⁷ L. Oppenheim, Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo II.- Vol. I, Controversias, Guerra y Neutralidad, Barcelona- España: Bosch, 1966, pág. 24

“El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero. Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República. 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. Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”

Del mencionado artículo se desprende que, si bien el arbitraje internacional se sujetará a lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se necesita autorización de la máxima autoridad de la entidad solicitante, además del informe favorable del Procurador General del Estado y que los laudos dentro del marco jurídico ecuatoriano, tendrán los mismos efectos que los dictados en el país. El artículo 63 de la Ley de Modernización del estado señala “... los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través de arbitraje nacional o internacional, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las Leyes vigentes”.

El artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional Comercial establece que un arbitraje será internacional si:

- a. *“Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o*

- b. *uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:*
 1. *el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;*
 2. *el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o*
 3. *las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.*

Los estados en busca de inversión extranjera se han visto en la necesidad y han entendido la importancia de otorgar al inversionista seguridad jurídica y garantías dentro de los contratos administrativos que se suscriban, por lo que el sometimiento a mecanismos de solución de controversias consta generalmente en los acuerdos suscritos por el Estado contratante y los inversores, siendo éstos últimos los que pretenden despolitizar las controversias que surjan de la inversión, sin someterse a la justicia nacional pues a simple vista podría pensarse parcializada y totalmente a favor del Estado contratante, por lo cual buscan someterse al arbitraje internacional.

Los acuerdos de inversión, contienen “Cláusulas de tratamiento”⁴⁸, las mismas que incluyen:

- *“El derecho a un tratamiento justo y equitativo.*
- *El derecho a recibir el mismo trato que los inversores nacionales.*
- *El derecho a recibir una indemnización en caso de expropiación directa o indirecta.*
- *El derecho a la libre transferencia de rentas.*
- *El derecho a recibir el tratamiento dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable.*
- *La facultad del inversor extranjero de demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante una instancia arbitral internacional”.*⁴⁹

El derecho a un tratamiento justo y equitativo, obligan a los países contratantes de un Tratado Bilateral de Inversión a conferir un tratamiento igualitario a los extranjeros, frente a los nacionales de cada territorio. Es importante tener en cuenta, que cada jurisdicción, por ser soberana, podrá establecer las limitantes a que haya lugar, por razones de defensa y seguridad nacional. En este sentido, cabe señalar lo estipulado en el artículo 18 de Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional Comercial: *“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.*

Los estados al suscribir convenios de inversión en los que “ceden jurisdicción soberana” se basan en:

⁴⁸ Las cláusulas de la tratamiento, hacen referencia al tratamiento que un Estado receptor de una inversión se obliga a dar al inversionista extranjero.

⁴⁹ Feldstein De Cárdena, Sara Lidia, Arbitraje e Inversiones Extranjeras, Programa de Derecho Internacional, Buenos Aires- Argentina: Centro Argentino de Estudios Internacionales.

- a. *la necesidad de aplicación de prácticas y costumbres comerciales internacionales, que en ocasiones son desconocidas por los jueces y tribunales estatales;*
- b. *la institucionalización del arbitraje internacional, con la creación de tribunales arbitrales internacionales;*
- c. *la rapidez y discreción de los procedimientos;*
- d. *la eficacia del laudo arbitral que está garantizada por los tratados internacionales*⁵⁰.

La suscripción de tratados en los que se indique que el Estado se compromete a resolver sus controversias a arbitraje internacional, o la celebración de un pacto arbitral, significan que el Estado renuncia implícitamente a su jurisdicción y se compromete a acatar la decisión del tribunal arbitral. Al respecto, el profesor Delaume afirma que *“la sumisión de un Estado al arbitraje implica la renuncia a la inmunidad de jurisdicción y la consiguiente obligación de reconocimiento del laudo”*⁵¹. Sin embargo, el Estado ecuatoriano ha prohibido expresamente la celebración de este tipo de instrumentos, por lo que celebrar un tratado o un convenio que ceda jurisdicción a organismos arbitrales fuera de América Latina, es a todas luces inconstitucional, como lo estudiaremos más adelante.

⁵⁰ Fernández Rozas, J.C, citado por José María Roca Martínez, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Barcelona – España: Editorial J.M. Bosch Editor S.A.. 1992.

⁵¹ Delaume, G. & Soabi V. Senegal, *American Journal of International Law*, Vol. 86, enero 1992, pág. 13

III. SOMETIMIENTO DE CONTROVERSIAS A UN FORO DISTINTO DE LA JUSTICIA ORDINARIA EN EL ECUADOR.

“La situación actual de los contratos administrativos en muchos países de Latinoamérica se ha desarrollado de manera tal que los contratistas locales y extranjeros se han visto afectados en sus derechos contractuales, lo cual les ha requerido, ante la ineficiencia o ausencia de mecanismos domésticos, acudir al derecho internacional”⁵².

Si nos basáramos en que los contratos públicos por su naturaleza deberían ser tratados al amparo del Derecho Administrativo, la instancia para resolver cualquier conflicto que de éstos se origine, sería la justicia ordinaria, para lo cual los jueces de lo contencioso administrativo a través de un fallo resolverían la controversia. Javier Robalino indica que *“Los contratos administrativos se encuentran generalmente sometidos a las normas del derecho administrativo, y por lo tanto, las controversias derivadas de ellos en los países de tradición continental, son sometidas comúnmente a una jurisdicción especializada para estos contratos, generalmente asignada a los tribunales de lo contencioso administrativo”⁵³.*

Los contratos celebrados por el Estado y un inversionista extranjero tienen un tratamiento especial en cuanto a la resolución de una controversia, pues el inversionista quiere que sus conflictos sean conocidos por jueces distintos a los ecuatorianos, para lo cual se someten al Derecho Internacional y a la jurisdicción de organismos internacionales de arbitraje.

⁵² Los Contratos Administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión: Una Breve Aproximación: Robalino, Javier, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2009, pág. 33

⁵³ Los Contratos Administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión: Una Breve Aproximación: Robalino, Javier, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2009, pág. 37

Es importante considerar una aproximación de la realidad de los contratos administrativos en el Ecuador, con las tendencias internacionales en materias de inversión: por una parte mientras los países Latinoamericanos consiguen acuerdos para la suscripción de contratos que comprometen altas cantidades de recursos públicos (los contratos petroleros por citar un ejemplo), por otra parte, las empresas transnacionales en el mundo buscan asegurar sus inversiones y capitales dentro de un país receptor, instrumentándose entre otras prerrogativas la inclusión en los acuerdos con el Estado, el sometimiento de las disputas a tribunales arbitrales internacionales, como fórmula para la solución de controversias.

Además cabe señalar que, los Estados a los que pertenecen las empresas transnacionales con el propósito de proteger a sus nacionales, también han suscrito Tratados Bilaterales de Inversión (BIT), en donde acuerdan con los Estados la solución de controversias para sus inversionistas a través del arbitraje internacional.

En este contexto en las siguientes líneas analizaremos los aspectos constitucionales para la solución de controversias en los contratos administrativos de índole comercial, y la situación actual del arbitraje con foro distinto de la justicia ordinaria en el Ecuador.

1. El Arbitraje y Mediación del Ecuador

Como se señaló en el capítulo anterior, el Arbitraje y la Mediación en el Ecuador se rigen por la Constitución, y la Ley de Arbitraje y Mediación, la misma que es considerada como especial puesto que regula un procedimiento específico.

El artículo 37 de dicha Ley indica que *“en todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate de arbitraje en derecho”*.

Al respecto el Dr. Iñigo Salvador Crespo señala que *“desde el punto de vista rigurosamente procesal podemos, entonces, colegir que cuando el órgano arbitral no encuentre en la Ley de Arbitraje y Mediación una norma de procedimiento específica para aplicar la situación que se le presenta, ha de aplicar las normas que el Código de Procedimiento Civil contiene para solucionar situaciones similares”*⁵⁴

A continuación se analizarán los cambios constitucionales en materia de solución de controversias y el sometimiento de las mismas a un foro distinto a la justicia ordinaria, esto es, los Métodos Alternativos de Solución de Controversias como el Arbitraje y la Mediación.

2. Aspectos constitucionales en el Ecuador para la solución de controversias

El artículo 190 de la Constitución del Ecuador reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, los mismos que se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Con respecto al tema propuesto en la presente investigación, en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado⁵⁵,

⁵⁴ Especialidad y Prevalencia de Ley Arbitral sobre las Normas del Derecho Proceso Común: Iñigo, Salvador, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2009, pág. 82.

⁵⁵ Ver inciso final artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado

respecto del compromiso arbitral que se pretende someter constante en la cláusula arbitral conforme a las condiciones establecidas en la ley. El artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación preceptúa que hay dos momentos en que una entidad del sector público puede someterse al arbitraje:

1. *Pactar un convenio arbitral con anterioridad al surgimiento de la controversia.*
2. *Si ya surgió la controversia, consultar al Procurador General del Estado la posibilidad de someter a arbitraje el litigio.*

Según la Ley de Arbitraje y Mediación, el arbitraje procede siempre y cuando exista un convenio o cláusula arbitral que indique la voluntad y capacidad de las partes de someterse a arbitraje, y de no existir dicho convenio, una vez surgida la controversia, le corresponde al Procurador General del Estado emitir el informe respecto de la procedencia o no de someter la disputa al arbitraje. Sin embargo, es importante señalar que la Constitución de la República del 2008, indica que en los contratos públicos el arbitraje procede previo al pronunciamiento favorable del PGE, y que la carta magna prevalece sobre cualquier ley, por lo que en contratación pública siempre se necesitará informe de la Procuraduría General del Estado.

El artículo 422 de la Constitución de la República, regula el tema del arbitraje internacional dentro de tratados, convenios o cualquier otro instrumento internacional:

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

Este precepto constitucional se refiere únicamente a tratados o convenios internacionales (como los Tratados Bilaterales de Inversión por ejemplo), que obliguen al Estado ecuatoriano a someter sus controversias a un organismo de arbitraje internacional fuera de América Latina, es decir que, nuestro ordenamiento jurídico no impide que a través de cláusulas arbitrales se incluya el arbitraje en los términos que las partes lo pacten.

La Constitución da un tratamiento especial a la integración latinoamericana, así por ejemplo, en el numeral 11 del artículo 416 señala que el Estado “*impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de América Latina*”. Jurídicamente, no existe una disposición legal para que los conflictos sean obligatoriamente resueltos en América Latina, pero el espíritu de los preceptos constitucionales citados, hace que el gobierno como política, prefiera someter sus controversias a nivel regional.

Esta posición del Estado ecuatoriano frente al arbitraje internacional, la analizaremos a profundidad en las próximas líneas, sin embargo cabe recalcar que los tratados actuales suscritos por el Ecuador hasta que entró en vigencia la Constitución del 2008⁵⁶, se entienden instrumentos válidos al amparo del Derecho Internacional de los tratados, por lo que es obligación del Estado, cumplir y hacer cumplir estos tratados, incluyan o no el sometimiento a solución de controversias ante instancias internacionales de arbitraje. El Estado ecuatoriano también tiene la facultad de denunciar los tratados que estime conveniente⁵⁷.

3. El Arbitraje en los contratos de inversión y de crédito en el marco de la Constitución de 2008

En materia de tratados internacionales de inversión y arbitraje internacional, la Constitución Política del Ecuador de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, era limitada en su contenido y poco específica en cuanto a la aplicación y regulación de los mismos. Respecto a los tratados internacionales señalaba en su artículo 163: *“Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”*, estableciendo el principio de obligatoriedad y respeto a los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Ecuador, mientras que el artículo 130 establecía que *“El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: (...) 7. Aprobar o improbar los tratados internacionales, en los casos que corresponda...”*

⁵⁶ Registro Oficial 449 de el 20 de octubre de 2008

⁵⁷ La denuncia de un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 420 de la Constitución de la República

En cuanto se refiere a la inversión, el inciso primero del artículo 244 ibidem estipulaba que: *“Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. **Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones**”*. De igual manera el artículo 271 señalaba que: *“El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación... **el Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales**, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas”*

Respecto al arbitraje como medio para la solución de controversias, la Constitución de 1998, hacía referencia al tema de una manera muy general, estipulando en su artículo 191 lo siguiente: *“El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. ***Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley (...)***”*

Bajo estos preceptos constitucionales, el Ecuador ha celebrado varios tratados y convenios en materia de inversión, que han permitido que el país ventile y resuelva las controversias que pueden surgir de un contrato de inversión, ante tribunales internacionales de protección de inversiones, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI) con sede en Washington, o un Tribunal Arbitral bajo las normas

UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) por citar ejemplos.

La lluvia de arbitrajes internacionales⁵⁸, motivó a los asambleístas que conformaron la Asamblea Constituyente, en la Ciudad de Montecristi, a incluir en el proyecto de la Constitución vigente desde 2008 el tema de inversión extranjera a nivel constitucional con algunos desaciertos que para algunos expertos en el tema podrían generar un alejamiento progresivo de la inversión extranjera en nuestro país.

En este sentido se incluyó en el artículo 339 de la nueva Constitución que: “El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, **y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional**”,

En el ámbito internacional, tratamiento justo y equitativo significa que el Estado receptor debe actuar de modo transparente y previsible, sin afectar las expectativas básicas tenidas en cuenta por los inversores extranjeros al momento de realizar sus inversiones. El trato nacional por su parte, se refiere a que el Estado debe dar a los inversionistas extranjeros el mismo trato que da a sus nacionales.

El citado precepto constitucional, consideramos que va en contra del principio del trato justo y equitativo y del trato nacional que los tratados internacionales de inversión, establecen como elementos esenciales, ya que los inversionistas extranjeros en el país además de seguridad jurídica buscan un trato igualitario para no ser discriminados ni puestos en desventaja frente a los inversionistas nacionales.

⁵⁸ El país afronta 12 demandas en la cancha internacional, de las cuales nueve se resuelven en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), organismo adscrito al Banco Mundial.

Respecto del arbitraje como método alternativo de solución de controversias, el artículo 190 de la Constitución de la República establece:

“Art. 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 artículo 422 *ibidem* prohíbe expresamente que el Ecuador “celebre tratados o instrumentos internacionales que ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”.

Dicho artículo indica que, suscribir instrumentos internacionales como los Tratados Bilaterales de Inversión, que incluyan cláusulas de arbitraje internacional equivale a ceder jurisdicción soberana. Sin embargo, para el inversionista extranjero, la cláusula arbitral representa un mecanismo poderoso de protección de su inversión, pues basada en el Derecho Internacional de tratados⁵⁹, es un instrumento que les otorga seguridad jurídica y garantías respecto de los recursos a invertirse en el país ya que la justicia ordinaria, muchas veces podría parecer parcializada a favor de los Estados.

⁵⁹ La **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados** fue suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980. Fue elaborada sobre la base de un proyecto preparado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Su objetivo fue codificar el derecho internacional consuetudinario de los tratados y, además, desarrollarlo progresivamente.

El segundo inciso del mencionado artículo permite la suscripción de tratados, convenios o instrumentos internacionales que incluyan el arbitraje internacional en países latinoamericanos: “... *Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios*”..

Si bien no existe en nuestra legislación prohibición para que las instituciones que conforman el sector público se sometan a arbitraje internacional a través de cláusulas arbitrales dentro de los contratos que suscriben, la política del actual gobierno, es que los pactos arbitrales incluidos en dichos contratos, tomen en consideración el espíritu del artículo 422 de la Constitución y por lo tanto elijan preferiblemente un país Latinoamericano como sede del arbitraje. Por citar un ejemplo, en el Contrato Modificatorio al Contrato de Participación del Bloque 16 suscrito con la compañía Repsol, el 3 de marzo de 2010 se escogió Santiago de Chile como sede del arbitraje, el mismo que se resolverá con normas UNCITRAL.

El Procurador General del Estado, Dr. Diego García Carrión, respecto de la decisión del gobierno de preferir países de America Latina para que se ventilen sus controversias, señaló que “*un organismo de Latinoamérica obviamente tiene una visión diferente, por la similitud cultural y el origen de nuestra legislación, que le permite entender con mayor facilidad el lenguaje que se habla en el Ecuador respecto de los procesos legales y las bases legales*”⁶⁰.

Ahora bien, en materia de controversias relacionadas con endeudamiento público el inciso final del artículo 422 de la Constitución preceptúa:

⁶⁰ En declaraciones de 23 de octubre de 2008 al Diario “El Comercio”

*"En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá las soluciones arbitrales **en función del origen de la deuda** y con sujeción a los principio de transparencia, equidad y justicia internacional."*

Profundizando en este tema, la Secretaría Nacional Jurídica de la Presidencia de la República, mediante petición de 9 de febrero del 2009, solicitó a la Corte Constitucional para el periodo de Transición que proceda a interpretar el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, El Pleno de la Corte Constitucional, en uso de sus atribuciones expidió la Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, en cuya parte resolutive dispuso:

- i. Interpretar, que el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales, **en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consecuencia, no es aplicable, para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución.***
- ii. Interpretar, que en los contratos de empréstito internacional, cuando se estipulen cláusulas que incorporen la expresión "fallo en conciencia", deberá entenderse como sinónimo de "fallo en equidad", de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República; debiendo, en todo caso, sujetarse a las reglas y principios contenidos en los artículos 416 numeral 12⁶¹, 289, 290 y 291 de la Constitución de la República del Ecuador;*

⁶¹ Sobre los Principios de las Relaciones Internacionales. Art. 416.12.- Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de

De la Resolución Interpretativa invocada, se desprende claramente que de existir una controversia en materia de deuda externa o endeudamiento público, el inciso final del artículo 422 el Estado ecuatoriano actuará con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional. El principio de transparencia se refiere a que las actuaciones del sector público deben estar siempre apegadas a la moral y al buen proceder.

El principio de equidad, como bien señala el Dr. Roberto Bruhnis, magistrado de la Corte Constitucional para el Período de Transición, dentro de las consideraciones de la Sentencia Interpretativa antes citada, *“es el presupuesto indispensable por el cual se llega a la igualdad material y pretende que el Estado realice una adecuada distribución de cargas y ventajas sociales. Estos principios aplicados a la negociación de la deuda externa, implican que la contratación de deuda debe ser correspondiente con los mismos, a fin de que se propenda a la construcción de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que realice una eficiente asignación de recursos productivos, que a su vez proporcione estabilidad económica y crecimiento sostenible”*.

El artículo 190 de la Constitución, hace referencia al arbitraje que surge de la Contratación Pública, entendida ésta, como la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas, por ejemplo, con licitaciones, concurso público de ofertas etc.

Las controversias que se originen de la contratación de deuda externa -a criterio de los jueces constitucionales de la Corte Constitucional para el Período de Transición- se deben sujetar a

mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

los principios de endeudamiento público contenidas en los artículos 12,289, 290 y 291 de la Constitución de la República del Ecuador, en estricto apego con lo literal del artículo 422 del mismo cuerpo legal.

El fallo de la Corte Constitucional para el Período de Transición, realiza una interpretación acertada, ya que no se puede enmarcar a la contratación de deuda externa como un contrato público de adquisición de bienes o servicios, o la realización de una obra determinada, ya que es un contrato en el que el Estado se está beneficiando directamente de un préstamo.

Cuando el Estado celebra un contrato de crédito, no está en condiciones de exigir o pretender someter al prestamista a su jurisdicción, por lo que las controversias que resulten de este tipo de contratos deben ser resueltas en función del origen de la deuda

4. ¿El Estado Ecuatoriano puede someter sus controversias en un foro distinto de la justicia ordinaria?

Los contratos administrativos, se encuentran delineados y sometidos al derecho administrativo, por lo que las controversias derivadas del mismo se supondrían sometidas a la jurisdicción y competencia de jueces especializados en la materia, en este caso, a los tribunales de lo contencioso administrativo.

Al respecto, el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, señala: *“Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos,*

contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público”.

El artículo 5 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, **el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.**

Sin embargo, cuando previamente se ha pactado someter la controversia a mediación y arbitraje como de hecho lo señala el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación: *“las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje”.*

Para someterse a arbitraje, es necesario que las partes sean capaces de transigir, que exista un convenio arbitral y cumplir los requisitos indicados en el artículo 4 ibidem.

Respecto al sometimiento a arbitraje internacional el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, señala que: *“Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República”.* Además señala que *“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”.*

Los organismos u entidades que conforman el sector público están completamente facultados para someter sus controversias a una jurisdicción de un tribunal arbitral internacional mediante un acuerdo que cuente con el informe favorable del Procurador General del Estado o una cláusula arbitral.

Como ya lo señalamos, conforme lo dispone el artículo 422 de la carta magna, está prohibido expresamente celebrar este tipo de instrumentos que ceden jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional distintas de América Latina⁶². Sin embargo cabe indicar que el Ecuador antes de la publicación de la Constitución vigente, ha suscrito esta clase de instrumentos internacionales como los Tratados Bilaterales de Inversión que incluyen la forma y sede del arbitraje, los mismos que hasta que no se denuncien por parte del Ejecutivo, y la Asamblea Nacional conozca sobre dicha denuncia, tienen efectiva validez dentro del marco jurídico ecuatoriano⁶³.

En este punto es importante hacer una breve explicación de lo que entendemos por jurisdicción.

La Jurisdicción proviene del latín *iurisdictio*, que quiere decir declarar el derecho. En sentido amplio, la jurisdicción es la exclusividad que tiene el Estado para resolver conflictos e incertidumbres jurídicas relevantes. Profundizando un poco esta definición podemos decir que la jurisdicción es la facultad del Estado para solucionar conflictos jurídicos de manera

⁶² Por citar otro ejemplo, el Presidente de la República Rafael Correa Delgado, solicitó a la Comisión Legislativa que denuncie el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados o Convenio CIADI⁶², considerando que violenta el artículo 422 de la Constitución del Ecuador, con lo que el Ecuador se retiraría de ese organismo.

⁶³ El Presidente de la República, ha iniciado el proceso de Denuncia de 13 TBIs, para lo cual según el Artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa se necesita informe de la Corte Constitucional previo a la aprobación de la Asamblea.

exclusiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho, utilizando el imperio de la ley para que sus decisiones se cumplan de manera obligatoria.

El Diccionario de la Real Academia de la lengua define la jurisdicción como el *“Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”*⁶⁴. El artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009, se aproxima a esta enunciación ampliándola en estos términos: *“la jurisdicción consiste en potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”*.

En concordancia con el artículo antes citado, el mismo cuerpo legal en su artículo 152 sostiene que la jurisdicción nace por el nombramiento efectuado conforme a la Constitución y la ley, y más adelante para nuestra mayor comprensión concluye: *“el momento en que la jueza o el juez toman posesión de su función y entra a su servicio efectivo”*.

El artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, nos presenta la siguiente acepción: *“La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes”*. Hace en el mismo artículo, una diferencia entre lo que conocemos como jurisdicción y competencia, siendo esta última, la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.

⁶⁴ <http://www.rae.es/RAE/Noticias.nsf/Home?ReadForm>, al 30 de octubre de 2009

El doctor Víctor Manuel Peñaherrera propone que: “*la administración de la justicia o sea el ejercicio de la jurisdicción, supone tres operaciones diversas: el conocimiento del asunto, es decir, la averiguación de la verdad, el juzgamiento y la ejecución. Notio, jodicium et imperium*”⁶⁵.

Roberto Dromi, considera que la función jurisdiccional soluciona los conflictos que alteran o puedan alterar el orden social, y que “*esta actividad monopólica del Estado con la finalidad trascendente de mantener el orden y la paz social se manifiesta a través del acto jurisdiccional, del cual el arquetipo es la sentencia*”⁶⁶. Explica también el jurista que la decisión jurisdiccional (sentencia), es emitida por un órgano imparcial e independiente, creado por mandato constitucional y la ley.

Así, el artículo 7 del Código Orgánico de la Función judicial en armonía con los conceptos de Dromi, señala: “*La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones*”.

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 5, declara que la jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial, así como también la ejercen, de acuerdo con la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas.

⁶⁵ Peñaherrera, Víctor Manuel, Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, Tomo I, Guayaquil: Editorial EDINO, pág. 73

⁶⁶ Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, Quinta Edición, 1996, pág. 122.

Cuando las controversias se deciden someter a la decisión de tribunales internacionales de justicia, los estados, mediante su voluntad y consentimiento, sustituyen al juez ordinario, por árbitros, los que conforman un “órgano jurisdiccional accidental”.

“Los árbitros reciben sus facultades directamente de las partes; sólo con relación a estas revisten el carácter de jueces y no pueden pronunciarse más que sobre las cuestiones que ellas les propongan⁶⁷”

Respecto a las decisiones de los Tribunales Internacionales, el numeral 2 del artículo 1 de la Convención de Nueva York de 1958 sostiene que “... *la expresión sentencia arbitral no solo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes de hayan sometido*”.

Ahora bien, los Tribunales Internacionales, conformados por árbitros escogidos para cada caso según sus propios reglamentos, deben en los mismos señalar su jurisdicción y competencias.

A partir de esta afirmación, surge un inconveniente pues si por un lado los Tribunales Internacionales en sus propias normas establecen la administración de justicia y jurisdicción internacional, por otro lado, existe la inmunidad jurisdiccional, que significa que los estados, en razón de su soberanía, tienen el derecho a no ser sometidos a la potestad jurisdiccional de

⁶⁷ Alsain, Hugo, Tratado Teórico Práctico De Derecho Procesal Civil Y Comercial, Tomo III, Buenos Aires 1943, pág. 795

otro Estado o de un Tribunal Internacional, basado en los principios de soberanía, igualdad e independencia. A Este derecho se le llama inmunidad jurisdiccional.

Al respecto, el Dr. Javier Robalino Orellana, señala: “...*la aplicación del derecho internacional, (...), produce conflictos y problemas en los países que se ven sujetos al derecho internacional y que se han sometido al mismo...*”

A criterio del Jurista Galo García Feraud, “*los árbitros carecen de imperium, osea de la facultad de hacer ejecutar lo juzgado*⁶⁸”. Así lo preceptúa el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, porque una vez ejecutoriado el laudo, son los jueces ordinarios quienes deben ordenar su ejecución.

Si bien en el Derecho Internacional Público existe la figura de la inmunidad de jurisdicción, en virtud de la cual ningún Estado puede quedar sometido a los jueces de otro Estado diferente, esta figura ha cobrado un carácter relativo en el desarrollo actual del Derecho Internacional Público según si el Estado actúa *iure imperium* o *iure gestionis*, es decir, si actúa en uso de su poder soberano, o si actúa como un particular más en tráfico comercial externo.

Esta evolución del Derecho Internacional Público fue recogida por la Constitución ecuatoriana de 1979, en cuyo Artículo 16 establecía que “*Los contratos celebrados por el Gobierno o por entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevan implícita la renuncia a toda reclamación diplomática; **si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador**, no se puede convenir la sujeción a una jurisdicción extraña.*”

⁶⁸ García Feraud, Galo, Cuestiones Jurídicas, Guayaquil: Editorial EDINO, 2005, pág. 265.

La disposición citada permitía la sujeción a jurisdicción extranjera cuando los contratos eran celebrados en el exterior, como es el caso de los convenios de deuda. Similares preceptos estuvieron contemplados en las siguientes Constituciones de la República, inclusive en la de 1998.

Esas reglas de competencia judicial internacional, están incluso reconocidas a nivel interno por nuestro Código de Procedimiento Civil:

“Art. 29.- Además del juez del domicilio son también competentes:

1.- El del lugar en que deba hacerse el pago o cumplirse la obligación;

2.- El del lugar donde se celebró el contrato, si al tiempo de la demanda está en el presente el demandado, o su procurador general, o especial para el asunto de que se trata;

3.- El juez al cual el demandado se haya sometido expresamente en el contrato”

Y además recogidas por convenios internacionales de los cuales el Ecuador es suscriptor:

Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante

“Art. 318.- Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que de origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en el su domicilio y salvo el derecho local contrario.

La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación”

*“Art. 333.- Los jueces y tribunales de cada Estado contratante serán incompetentes para conocer de los asuntos civiles o mercantiles **en que sean parte demandada los demás Estados contratantes** o sus Jefes, si se ejercita una acción personal, **salvo el caso de sumisión expresa** o de demandas reconventionales.”*

Por tanto el sometimiento a jurisdicción extranjera era perfectamente posible para el Ecuador, y continúa siéndolo.

Una vez analizadas las disposiciones legales para el sometimiento a arbitraje en el Ecuador, y entendida la inmunidad de jurisdicción como privilegio exclusivo de los estados, concluimos que de surgir una controversia el Estado está en plena capacidad de someterla a una jurisdicción distinta a la nuestra, como son los organismos internacionales de arbitraje, siempre y cuando las partes lo hayan acordado mediante un pacto o cláusula arbitral en la que se indique la voluntad expresa del Estado y el inversionista. Una vez que las partes han expresado dicha voluntad, renuncian automáticamente a su jurisdicción y deben acatar la decisión que tomen los árbitros o el Tribunal arbitral escogido.

IV. CASOS PRÁCTICOS

1. ENCANA

a. Antecedentes

El 14 de marzo de 2003 Encana Corporation (compañía canadiense), demandó al Ecuador, por las decisiones tomadas en contra dos filiales participadas al 100% por Encana, denominadas AEC Ecuador Ltd y City Oriente Limited (COL).

Dicha demanda fue presentada de conformidad con el artículo 13.2 del Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones⁶⁹ (en adelante “CFPRI”) entre los Gobiernos de Canadá y de Ecuador. El Artículo 13 del CFPRI dispone que: *“a elección del inversor, la disputa podrá someterse al arbitraje por el CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (siempre y cuando los países de ambas partes sean signatarios de la Convención CIADI); por las Reglas de Facilidades Adicionales del CIADI (si sólo uno de los países de las partes es signatario); o por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; de conformidad con este artículo la demandante optó para el caso someter el litigio al arbitraje de la CNUDMI, puesto que aunque Ecuador era signataria de la Convención CIADI, Canadá no lo era.*

Encana alegó que las resoluciones tomadas por el Servicio de Rentas Internas, en las cuales rechazó devolver a sus filiales el Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA), infringían lo previsto en el CFPRI. Así pues solicitó un pronunciamiento al respecto y una compensación, que incluía el reintegro de los créditos tributarios rehusados (que hasta el momento de la demanda ascendían a ochenta millones de dólares) y de los que el Estado ecuatoriano se negare a devolver en el futuro.

⁶⁹ Sucrito en Quito el 29 de abril de 1996, y dada la Resolución Legislativa No. 9, publicada en Registro Oficial 81 de 6 de Junio de 1997

Durante el proceso, Encana y la República del Ecuador procedieron a presentar los alegatos que consideraron necesarios. La audiencia sobre los fundamentos se celebró en Londres entre el 8 y el 13 de noviembre de 2004.

Debido a la situación política, debido al cambio de la Corte Suprema de Justicia del país, y su posterior derrocamiento, el Ecuador pidió una prórroga, la misma que fue concedida por el Tribunal.

b. Fundamentos de hecho

En el Ecuador la Ley de Hidrocarburos regula la contratación petrolera. Así pues dichos contratos pueden ser de asociación, de servicios y de participación. En virtud de los contratos de asociación la carga inicial de la inversión recae sobre la compañía y, posteriormente, el Estado debe realizar un aporte adicional. Contratos de este tipo se celebraron en la década de 1970, incluyendo el celebrado con AEC en 1973.

Los contratos de servicios, son aquellos en virtud de los cuales el crudo que se produce pertenece al Estado, mientras que la compañía petrolera solamente presta un servicio y no tiene participación del hidrocarburo.

Bajo la modalidad de contratos de participación, la compañía inversionista asume todos los riesgos de la exploración y explotación, incluyendo todos los costos y gastos requeridos y recibe un porcentaje del petróleo. Gran parte de los contratos que el Estado ecuatoriano mantiene con compañías extranjeras son de participación, contratos que el actual gobierno se encuentra renegociado para que pasen a ser de prestación de servicios.

Encana adquirió Pacalta Resources Limited en mayo de 1999. Pacalta era una sociedad canadiense propietaria de AEC que a su vez era propietaria indirecta de COL. En el momento de presentarse la Notificación de Arbitraje del 14 de marzo de 2003, tanto AEC como COL eran, filiales participadas al 100% por Encana. En noviembre de 2003, Encana vendió su participación en COL a Condor Petroleum Ltd, una sociedad estadounidense.

La reclamación de los reintegros de IVA se derivan de la ejecución de cuatro contratos en virtud de los cuales se cedían derechos de exploración y explotación de las reservas de petróleo y gas de Ecuador, formalizados por AEC y COL antes y después de ser adquiridas por EnCana.

En el caso que nos ocupa, durante el tiempo de la controversia se realizaron varias modificaciones al régimen tributario, lo cual volvía compleja la posición legal del Estado ecuatoriano respecto a la devolución del IVA petrolero. Así el artículo 69A de la Ley de Régimen Tributario Interno, tras varias reformas quedó establecido de la siguiente manera:

*“Art. 69A.- IVA pagado en actividades de exportación.- Las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado el impuesto al valor agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en **la fabricación de bienes que se exporten**, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado, sin intereses, en un tiempo no mayor a noventa (90) días, a través de la emisión de la respectiva nota de crédito, cheque u otro medio de pago. Se reconocerán intereses si vencido el término antes indicado no se hubiese reembolsado el IVA reclamado. El Servicio de Rentas Internas deberá devolver lo pagado contra la presentación formal de la declaración del representante legal del sujeto pasivo que deberá acompañar las copias certificadas de las facturas en las que conste el IVA pagado.*

De detectarse falsedad en la información, el responsable será sancionado con una multa equivalente al doble del valor con el que se pretendió perjudicar al fisco”.

En el período entre marzo de 2000 y marzo de 2001, AEC solicitó devoluciones en concepto del IVA pagado en relación con la producción de petróleo para exportación entre mayo de 1999 y agosto de 2000. Con el objeto de devolver estos fondos, el Servicio de Rentas Internas mediante varias resoluciones otorgó dicha devolución y emitió notas de crédito por valor de US \$ 7.567.091,87. El 1 de abril de 2002 el Servicio de Rentas Internas dicta la resolución No. 00233 revocando las resoluciones que motivaron el pago del crédito tributario en virtud del IVA pagado en las actividades petroleras, exigiendo a AEC la devolución de las cuantías acreditadas por un importe de US \$ 7.567.091,87.

Posteriormente AEC y COL, solicitaron la devolución del IVA en mención, pero el SRI en estas ocasiones lo negaron por la confusión de la aplicabilidad del artículo 69A de la Ley de Régimen Tributario Interno, pues no se llegaba a la conclusión si la actividad que realizaba dicha empresa en los respectivos pozos petroleros, era de *fabricación* como lo estipula dicha norma legal para que proceda la devolución del IVA pagado en las actividades de exportación, o simplemente lo que se hacía era la extracción del crudo.

Al respecto, el 2 de agosto de 2004, el Congreso Nacional de Ecuador promulgo la Ley N° 2004-41, una Ley Interpretativa relativa al Artículo 69A de la LRTI, publicada en el Registro Oficial 397 el 11 de agosto de 2004 la misma que señala “*en el sentido de que el reintegro del Impuesto al Valor Agregado, IVA, no es aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización de petróleo crudo, puesto que el petróleo no se fábrica, sino que se lo extrae de los respectivos yacimientos*”.

c. Fundamentos de Derecho por parte de la Demandada y la Demandante

Fundamentos de Derecho por parte de la demandante:

- Encana alegó que las medidas adoptadas por la República del Ecuador en cuanto a la devolución del IVA pagado, a través de las Resoluciones del Servicio de Rentas Internas en las que se negaba a reintegrar los créditos tributarios y las modificaciones al artículo de la Ley de Régimen Tributario Interno, vulneraban las obligaciones contenidas en el Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones y del Derecho Internacional. Además indicó que el Estado ecuatoriano había vulnerado sus condiciones ya que sus decisiones habían ocasionado grandes pérdidas económicas, que no se le había dado un trato justo y equitativo, y que las medidas que adoptadas constituían expropiación.
- Indicó también que la República del Ecuador, mediante el Servicio de Rentas Internas, concluyó incorrectamente que PETROECUADOR, había reconocido

y otorgado pagos de importes mediante la negociación del factor X⁷⁰ de Tarapoa y de la ejecución del contrato oportuno.

- Alegó asimismo tratamiento discriminatorio de las compañías petroleras en comparación con otros exportadores del sector extractivo, como la minería y la agricultura, y la expropiación de inversiones o beneficios de los inversores mediante la negativa a reintegrar el IVA pagado.

Fundamentos de Derecho por parte de la demandada:

La Demandada objetó lo siguiente:

- a. El derecho a la devolución del IVA es un asunto tributario y, a menos que constituya una expropiación, está excluido de la protección del CFPRI en virtud del Artículo 12.1 que señala:

“Art. 12.- Medidas Fiscales. 1) Exceptuando lo especificado en este artículo, nada en este convenio será aplicable a medidas fiscales”.

- b. Que no existían indicios de expropiación de ninguna inversión o beneficios de Encana. Añadió a su defensa que la inversión que está protegida por el CFPRI son los activos físicos de las filiales en Ecuador, incluyendo sus derechos de explorar y exportar petróleo, y que el derecho a crédito tributario, en virtud de esta actividad no significa “inversión” o “beneficio”.

⁷⁰ Los porcentajes de producción en los contratos de participación convenidos con Petroecuador fueron denominados «factores X»

Resolución del Tribunal.

Una vez analizados los argumentos de Encana y del Gobierno de la República del Ecuador, el Tribunal constituido por: Profesor James Crawford- Presidente del Tribunal, Dr. Horatio A. Grigera Naón- Miembro, Sr. Christopher Thomas- Miembro, con fecha 3 Febrero de 2006, procedió a resolver lo siguiente:

1. Por unanimidad decide que las pretensiones de la Demandante, están fuera de su jurisdicción en razón del Artículo XII del TBI;
2. Por mayoría rechaza la pretensión de Encana basada en el Artículo VIII⁷¹ del TBI; pues la no Devolución del IVA petrolero, no constituye de ninguna manera expropiación.
3. Además decide que Ecuador deberá reembolsar a Encana todas las sumas que EnCana ha depositado en la LCIA como depositaria de fondos para cubrir los costos del arbitraje por un monto a ser certificado por el Secretario General de la LCIA; y, cada parte soportará sus propios costos de representación legal.

⁷¹ “Las inversiones o los beneficios de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes no podrán ser nacionalizados, expropiados o sujetos a medidas que produzcan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en lo sucesivo referidas como “expropiación”) en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto en caso de finalidad pública, bajo el oportuno proceso legal, de modo no discriminatorio y mediante compensación pronta, adecuada y efectiva. Dicha compensación, que se basará en el valor genuino de la inversión o de los beneficios expropiados inmediatamente antes de la expropiación o en el momento en que la expropiación propuesta se hizo de conocimiento público, lo que suceda primero, será pagadera a partir de la fecha de la expropiación a la tasa de interés comercial normal, y será pagada sin demora, siendo efectivamente realizable y libremente transferible”.

Observaciones:

A lo largo de la historia, el Estado ecuatoriano ha suscrito varios Tratados Bilaterales de Inversión. Así pues, en el caso que nos ocupa, con fecha el 29 de abril de 1996, celebró el Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones con la República de Canadá, aprobado mediante Resolución Legislativa No. 9, publicada en Registro Oficial 81 de 6 de Junio de 1997.

Dicho acuerdo señala que de surgir una controversia entre las partes, ésta puede someterse a arbitraje internacional en el CIADI (si las partes son signatarias del convenio), o bajo normas CNUDMI (UNCITRAL por su traducción en inglés).

Así pues, toda vez que la compañía canadiense Encana, al amparo del CFPRI, demandó a la república del Ecuador por conceptos de devolución del IVA pagado en materia petrolera, el tribunal, bajo normas CNUDMI procedió a conocer la causa.

El tribunal considerando que las resoluciones del Servicio de Rentas Internas no constituían expropiación alguna y que, las medidas fiscales de un país no pueden ser revisadas por un tribunal arbitral, por lo que en cuanto a la jurisdicción no era competente.

Sin embargo, más allá de la resolución del Tribunal que falló conforme al CFPRI, pues en su artículo 12.1 indica que “*nada en este convenio será aplicable a medidas fiscales*”, podemos darnos cuenta que la inversionista pudo hacer uso del derecho que tiene de someter sus “divergencias” a un tercero imparcial fuera de la justicia ordinaria mediante la suscripción de dicho convenio.

El artículo 13 del CFPRI señala que “*a elección del inversor, la disputa podrá someterse al arbitraje por el CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (siempre y cuando los países de ambas partes sean signatarios de la Convención CIADI); por las Reglas de Facilidades Adicionales del CIADI (si sólo uno de los países de las partes es signatario); o por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.*”

Dicho artículo es claro al señalar que es el inversor quien decide a qué tipo de arbitraje someterse, si al CIADI o al Reglamento CNUDMI, lo que deja al Estado en una clara desventaja frente al inversionista al momento de surgir una controversia.

En este punto cabe preguntarse si debería ser obligación del Estado someterse a la jurisdicción que el inversionista decida para la solución de una controversia surgida de un contrato de índole comercial, o en su defecto, acordar con el mismo inversionista cual es la jurisdicción que le de tranquilidad a ambas partes.

Ahora bien, el mencionado Convenio ha sido denunciado por el Ejecutivo, siguiendo el espíritu del artículo 422 de la Constitución de la República sobre la suscripción de instrumentos internacionales que sedan jurisdicción soberana a instancias internacionales de arbitraje, y exceptúa a aquellas que tengan cede en América Latina.

La prohibición establecida en el artículo 422 de la Constitución, no impide de ninguna manera que las instituciones del sector público sometan sus controversias a arbitraje internacional, como lo hemos indicado a lo largo del presente trabajo, pues lo pueden hacer mediante una cláusula compromisoria incluida en un contrato, la cual es independiente del mismo; pero sí busca de cierta manera proteger la soberanía del Estado, al no **obligarlo** mediante distintos instrumentos internacionales a someter sus controversias a la jurisdicción que decida el inversionista, como pudimos observar en el presente caso.

2. OXY

a. Antecedentes

Este arbitraje se refiere a supuestos incumplimientos por parte de la República de Ecuador, de conformidad con la legislación interna, el Derecho Internacional y el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, el “Tratado” o “TBI”)⁷².

Occidental Exploration and Production Company (en adelante OEPC), y Occidental Petroleum Corporation (en adelante OPC) son las demandantes, que se acogieron al artículo 6 del TBI que en el inciso i) de la letra a) señala que: *“de surgir alguna controversia entre las partes se someterá la controversia al arbitraje del CIADI”*.

Con fecha 21 de mayo de 1999 se celebra el “Contrato de Participación”, entre Occidental Exploration and Production Company y Petroecuador, para la exploración y explotación de hidrocarburos en el “Bloque15” de la Amazonia ecuatoriana, otorgándole a OEPC el derecho exclusivo sobre dicho Bloque.

En octubre de 2000, OEPC celebró dos acuerdos: “el Acuerdo de Farmout de AEC” y el “Acuerdo Operativo de AEC” con City Investing Company Ltd. (ahora conocida como AEC Ecuador Ltd., “AEC”), filial Encana Corporation. Mediante estos acuerdos, OEPC otorgó a AEC el 40% de la producción del Bloque 15. En contraparte, AEC se obligó a pagar sumas anuales establecidas en el segundo párrafo del Artículo e del “Acuerdo de Farmout” de AEC:

“OEPC se obliga a [...] dar en arriendo y transferir a AEC [...] un interés económico del 40% (‘el interés de Farmout’) en la Propiedad sujeta a Farmout [...]. El interés de Farmout que ha de transferirse a AEC [...] no incluye título jurídico nominal a un interés en el Bloque 15 ni a un interés como parte en los Acuerdos [del Bloque 15]. OEPC seguirá siendo la propietaria del 100% del título jurídico a los Acuerdos [del Bloque 15] y al

⁷² Suscrito el 27 de agosto de 1993 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 3143 de 13 de octubre de 1995

interés en el Bloque 15 conferido o proporcionado en los Acuerdos [del Bloque 15]”.

Así también el artículo IV del “Acuerdo de Farmout” establecía:

“Después que AEC haya efectuado todos los pagos [...] OEPC y AEC otorgarán y entregarán los documentos que se requieran para transferir el título jurídico a AEC en y a un interés económico del 40% en los Acuerdos [del Bloque 15] y en el Bloque 15 y hacer de AEC parte de los Acuerdos [del Bloque 15] como propietaria de ese interés económico del 40% (sujeto a la obtención de las aprobaciones gubernamentales requeridas)”.

Los pagos descritos, se realizaron en el 2004, y toda vez que la obligación por parte de AEC estaba cumplida, OEPC procedió a solicitar la aprobación del Gobierno ecuatoriano para llevar a cabo la transferencia de los títulos jurídicos, conforme lo establece la Ley de Hidrocarburos. El Ecuador, a través del Ministerio de Energía y Minas, no otorgó dicha aprobación.

El 24 de agosto de 2004, el Procurador General del Estado, solicitó al Ministerio de Energía y Minas que diera por terminado el Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos a través de una declaración de caducidad, de conformidad con el numeral 11 del artículo 74⁷³ de la Ley de Hidrocarburos, tomando en cuenta los Acuerdos realizados entre OEPC y AEC.

Con fecha 15 de septiembre de 2004, el Presidente Ejecutivo de Petroecuador notificó a OEPC supuestos incumplimientos del Contrato de Participación. El Ministro de Energía y Minas, con fecha 15 de mayo de 2006 el Ministro de Energía y Minas notificó a OEPC su decisión de dar por terminado el Contrato de Participación.

⁷³ “Art. 74.- El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista: (...) 11. Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio (...)”

Con estos antecedentes, Occidental Petroleum Corporation (en adelante OPC) y Occidental Exploration and Production Company, presentaron su solicitud de Arbitraje el 17 de mayo de 2006.

b. Solicitud de las Demandantes:

Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company, en su solicitud de Arbitraje solicitaron que:

1. *“Se declare que las Demandadas incumplieron las obligaciones establecidas en el Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos, el TBI y el derecho ecuatoriano e internacional;*
2. *Se ordene a las Demandadas que dejen sin efecto la declaratoria de caducidad y se proceda inmediatamente a restablecer los derechos de OEPC*
3. *Se ordene a las Demandadas que procedan a indemnizar a las Demantes que a su juicio de las superarán los US\$1.000 millones de dólares de los EEUU.*
4. *Se ordene el pago de intereses por todas las sumas que sean condenadas a pagarles”⁷⁴.*

c. Fundamentos de Derecho por parte de la demandada:

Respecto a las pretensiones de las Demandantes, el Gobierno de la República del Ecuador alegó que el Tribunal no tiene competencias para pronunciarse sobre las reclamaciones de OECP y OCP.

La demandada presentó dos excepciones en materia de competencia:

1. Según la Demandada, el Tribunal no es competente para conocer la decisión del Estado ecuatoriano de declarar la caducidad del Contrato de Participación, ya que de conformidad con las cláusulas 21.4⁷⁵ y 22.2.1⁷⁶ se “excluye” la caducidad del ámbito

⁷⁴ (Caso CIADI No. ARB/06/11) **DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA**

⁷⁵ Esta cláusula establece: “**21.4.** La terminación de este Contrato de Participación por cualquier causa distinta a aquellas que producen caducidad, podrá ser demandada por cualesquiera de las Partes con sujeción a los procedimientos convenidos en la Cláusula Vigésima, a falta de acuerdo entre ellas”.

del arbitraje, es decir que la demanda debía ser interpuesta en los tribunales de lo contencioso administrativo.

2. Además señaló que según el artículo 6.3.a del TBI, las Demandantes debían esperar previo a realizar la solicitud de arbitraje, esto es seis meses, tiempo que no esperaron.

Basada en estos criterios la Demandada solicitó al Tribunal arbitral que:

1. *“declare que no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes;*
2. *ordene el pago de gastos de los procedimientos arbitrales a las demandantes;*
3. *ordene el pago de los intereses que generen los gastos otorgados a Ecuador”.*

Así también la Demandada solicitó que las Demandantes paguen los costos del procedimiento arbitral; y, se ordene el pago de los intereses de los costos otorgados a Ecuador.

d. Resolución del Tribunal:

El Tribunal rechazó las excepciones sobre competencia que presentó la Demandada y además rechazó la solicitud de que se dicte *“una orden que suspenda este arbitraje hasta que OEPC impugne el Decreto de Caducidad en los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos competentes y que el tribunal emita un decisión definitiva sobre dicha impugnación”*⁷⁷.

Además el Tribunal se declaró competente para pronunciarse sobre las reclamaciones de OEPC y OPC en este procedimiento, y que los procedimientos arbitrales continuarán, hasta ingresar en la fase de consideración del fondo del asunto.

⁷⁶ **“22.2.1** En el caso de controversias que pudieren surgir a causa de la aplicación de este Contrato de Participación, la Contratista, de acuerdo con la legislación del Ecuador, renuncia de manera expresa a utilizar la vía diplomática o consular, o recurrir a cualquier órgano jurisdiccional nacional o extranjero no previsto en este Contrato de Participación, o a un arbitraje no reconocido por la ley ecuatoriana o no previsto en este Contrato de Participación. El incumplimiento de esta disposición será motivo de caducidad de este Contrato de Participación”.

⁷⁷ (Caso CIADI No. ARB/06/11) **DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA**

Observaciones:

Las compañías OPC y OEPC, demandaron a la República del Ecuador por declarar la caducidad del Contrato de Participación del Bloque 15, basados en que dichas compañías firmaron un acuerdo que cedía el 40% de sus acciones y por lo tanto la participación en el bloque 15 sin la autorización del Ministerio de Energía y Minas (ahora Ministerio de Recursos Naturales No Renovables), como lo establece el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos.

El Tribunal del CIADI, se pronunció sobre la competencia de dicho tribunal para conocer el caso, y en su resolución basada en el TBI firmado con Estados Unidos, indicó que es competente, es decir que la jurisdicción para el presente caso está sometida a las normas CIADI. El tribunal no conoció ningún aspecto de fondo de la controversia, cuestión que tienen que resolver los árbitros que las partes decidan dentro del procedimiento correspondiente.

El TBI firmado el 27 de agosto de 1993 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 3143 de 13 de octubre de 1995, ha sido denunciado por parte del Ejecutivo, obedeciendo el espíritu del artículo 422 de la Constitución. La Asamblea puede aceptar la denuncia una vez que la Corte Constitucional se pronuncie al respecto.

La denuncia del Tratado en nada afecta al normal desarrollo del caso “Oxy”, pues la controversia surgió cuando el mismo se encontraba plenamente vigente en el marco jurídico ecuatoriano, y por lo tanto, una vez que el Tribunal decidió que es competente para resolver el litigio, éste se someterá a las cláusulas del acuerdo y a la jurisdicción del CIADI.

Así también si la denuncia del TBI con Estados Unidos es aceptada por el legislativo, las compañías norteamericanas que invierten en el país, deben estar consientes que no es una obligación del Estado ecuatoriano someter sus divergencias a su jurisdicción, y que de común acuerdo, mediante una cláusula arbitral las partes pueden decidir bajo que normas se pueden resolver sus controversias.

Así como las compañías extranjeras buscan proteger sus inversiones, a través de mecanismo eficaz como el arbitraje, el Estado ecuatoriano, también busca que dichos centros estén

revestidos de imparcialidad. Es por esto que los Tratados Bilaterales de Inversión, al incluir el arbitraje internacional, son considerados como instrumentos que ceden jurisdicción soberana a organismos internacionales de arbitraje.

Respecto a la denuncia del Tratado de Inversión extranjera celebrado con Estados Unidos, sería muy prematuro emitir criterios sobre la repercusión que tendría esta decisión del Estado ecuatoriano respecto de las relaciones comerciales del Ecuador con ese país.

ENTREVISTAS:

Entrevista al Dr. Alexis Mera Giler, Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República

Preguntas:

- 1. El artículo 422 de la Constitución de la República prohíbe que el Estado celebre tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, sin embargo, permite que se suscriban este tipo de instrumentos siempre y cuando la sede sea un país latinoamericano. ¿Cómo puede repercutir este precepto constitucional en la Comunidad Internacional, tomando en cuenta que los países a través de los tratados bilaterales de inversión buscan proteger a sus nacionales?**

Ahí hay varias cosas. La primera cosa es que este precepto no declara inconstitucional los actuales tratados que someten a jurisdicciones internacionales controversias de índole comercial, sino que prohíbe que se lo haga en adelante. Sin embargo, no implican necesariamente que estos tratados sean inconstitucionales.

- 2. Pueden ser denunciados por el Ejecutivo, como de hecho han sido denunciados...**

Han sido denunciados algunos, no todos. Es que hay tratados, por ejemplo los de las Naciones Unidas de la cual formamos parte, como todo el mundo, tiene un charter específico con respecto a solución de controversias, que es UNCITRAL. La Cámara de Comercio Internacional también tiene un tratado especial para solución de controversias, incluso tengo entendido que la actual medida de arbitraje permite el arbitraje internacional si las partes lo pactan, a través de cualquier cámara internacional de comercio; de hecho cualquiera se puede someter a cualquier arbitraje de cualquier cámara de comercio internacional mediante un pacto previo, claro que el Estado necesitó someterse previamente en un tratado internacional. Así que esa disposición no afecta la vigencia de los tratados, no impide someterse a una jurisdicción extraña, por ejemplo UNCITRAL, Nueva York, Londres, si hay un tratado

vigente; pero obviamente lo que busca es que no se cuente con este tipo de cosas; pero permite que someta a jurisdicciones en América Latina.

3. A partir de la publicación de la Constitución vigente, no se pueden celebrar TBIS, que incluyan el sometimiento a arbitraje internacional fuera de América Latina, ¿en qué medida cree usted que afecta esto a la inversión extranjera en el país?

Bueno, no repercute por cuanto la inversión extranjera lo que busca es tener alguna garantía de que sus divergencias van a ser resueltas por tribunales independientes del gobierno.

Cuando el inversionista invierte en un país soberano, la preocupación del inversionista es que la justicia de ese país siempre va a tener alguna predilección o un sesgo por la inversión nacional en perjuicio del inversionista extranjero, entonces lo que se busca precisamente es tener una jurisdicción aparte de la jurisdicción ordinaria, por lo tanto someterse a jurisdicciones en países de América Latina, que puede ser en Brasil, en México o en Santiago de Chile, no va a ser un obstáculo para que un inversionista venga acá porque al someterse a un tribunal chileno o mexicano se está garantizando su preocupación de tener una justicia que no sea independiente, que sería en el caso la preocupación de que sea la justicia ordinaria ecuatoriana.

Lo que nosotros no aceptamos, y pusimos que sea Latinoamérica, porque también no es equitativo para el Estado someter a la jurisdicción del inversionista, porque así como el inversionista no quiere someterse a la jurisdicción ecuatoriana, porque tiene el temor de que la jurisdicción ecuatoriana falle a favor del Estado, tampoco el Estado quiere, y esa es la voluntad de la Constitución, someterse a una jurisdicción que sea más afín al inversionista, como puede ser la jurisdicción de Londres, el CIADI o la jurisdicción de Washington.

4. A pesar de la restricción constitucional a la que nos hemos referido, es jurídicamente procedente que el Estado se someta a arbitraje internacional fuera de territorio latinoamericano mediante una cláusula arbitral incluida en un contrato, ¿De qué le sirve al Estado entonces dicha prohibición, si mediante una cláusula arbitral se puede ceder jurisdicción soberana a instancias internacionales fuera de América Latina?

Solo sirve para no firmar nuevos tratados, nada más.

- 5. En su oficio No. T.4622-SGJ-09-1804, de 27 de julio de 2009, dirigido al entonces Ministro Coordinador de la Política Económica, Diego Borja Cornejo, usted señala que si bien en nuestra legislación no existe prohibición para que las instituciones del Estado se sometan a arbitraje (internacional) “debe procurarse, siempre que sea posible, que los arbitrajes a los que se sometan las instituciones del Estado tengan sede Latinoamericana. ¿A qué se debe esta política del actual gobierno?**

A lo que te acabo de decir, que así como el inversionista no quiere someterse al Ecuador, porque piensa que en el Ecuador va a haber predilección de la justicia, o una influencia de la política sobre la justicia, así tampoco el Ecuador va a someterse a la jurisdicción de Londres, como es en la mayoría de los contratos de crédito, o la jurisdicción de Nueva York.

- 6. Siguiendo la política del actual gobierno de que los arbitrajes tengan sede latinoamericana, el Ecuador ha contratado arbitraje, por citar un ejemplo, con sede en Santiago de Chile bajo las normas UNCITRAL, ¿cree usted que bajo estos parámetros los resultados para el Estado sean más favorables, que someter una controversia a un organismo como el CIADI o la CCI?**

Yo creo que nos da tranquilidad tanto a los ecuatorianos como a los inversionistas de que la decisión de la controversia la tomará un tribunal imparcial.

- 7. En los contratos de crédito, por ejemplo el celebrado con el BID para el “Programa Nacional para Infraestructura Social de Vivienda”, la cláusula compromisoria establece que la sede del arbitraje será la ciudad de Washington y que el Tribunal fallara en conciencia con base a los términos del contrato. ¿Por qué en los contratos de crédito no se mantiene la misma política del actual gobierno de que los arbitrajes tengan sede latinoamericana?**

Bueno porque ahí hay un tratado previo que permite eso, entonces se lo puede hacer. Nosotros recomendamos contratar jurisdicción en América Latina, pero no es obligatorio, pero si hay un préstamo que nos dan, y nos dicen bueno nos sometemos a la jurisdicción en Washington, bueno lo hacemos.

8. El Ecuador está en proceso conjuntamente con los demás países de la UNASUR, de crear un organismo regional para la solución pacífica de controversias ¿Bajo que parámetros debería proponerse el arbitraje en este organismo?

Si bueno eso está en formación, pero lo que yo recomendaría al gobierno y a UNASUR, ahora que presidimos la UNASUR, es crear una Corte Internacional de UNASUR, con sede en algún país miembro, puede ser Surinam, para que haya una Corte Internacional que resuelva los litigios. América Latina debería crear una Corte Internacional Latinoamericana, como hay la Corte Internacional de la Haya.

9. ¿Y los árbitros?

La Corte de UNASUR, debería nombrar a los jueces, ya no árbitros como es ahora. El Estado somete una controversia de miles de millones de dólares, en el caso OXY por ejemplo, y lo resuelven esos señores (árbitros), que no están en ningún lado, que no obedecen a nadie, eso me parece que no es justo, los nombra cualquiera, que no obedecen a ningún precedente, a ningún orden jurisprudencial, a normas que atender.

Entrevista a la Dra. Cristel Gaibor, Subdirectora de Patrocinio Internacional de la Procuraduría General del Estado

Preguntas:

- 1. El artículo 422 de la Constitución de la República prohíbe que el Estado celebre tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, sin embargo, permite que se suscriban este tipo de instrumentos siempre y cuando la sede sea un país latinoamericano. ¿Cómo puede repercutir este precepto constitucional en la Comunidad Internacional?**

Este precepto Constitucional puede ser observado internacionalmente como una tendencia anti-arbitraje por parte del Estado. Quizá se podría argumentar que dicha norma se encuentra en contra de los Tratados Bilaterales de Inversiones y del mecanismo CIADI puesto que fue utilizada en el texto de la Denuncia de la Convención, no obstante, en el texto del artículo que evidencia que es aplicable a futuro y no reforma tratados o normas anteriores.

Dado que establece una restricción en temas comerciales, no se podría establecer que a futuro exista una restricción en temas de inversiones, dado que a nivel internacional son dos campos completamente distintos.

- 2. A partir de la publicación de la Constitución vigente, no se pueden celebrar TBIS, que incluyan el sometimiento a arbitraje internacional fuera de América Latina, ¿en qué medida cree usted que afecta esto a la inversión extranjera en el país?**

En realidad la inversión extranjera busca en un país una serie de factores para ubicarla en él y no únicamente la existencia de TBI's. De hecho Brasil hasta la fecha no ha suscrito Tratados de protección de inversiones y la inversión extranjera que recibe es una de las mayores de la región.

- 3. A pesar de la restricción constitucional a la que nos hemos referido, es jurídicamente procedente que el Estado se someta a arbitraje internacional fuera de territorio latinoamericano mediante una cláusula arbitral incluida en un contrato, ¿De qué le sirve al Estado entonces dicha prohibición, si mediante una cláusula arbitral se puede ceder jurisdicción soberana a instancias internacionales fuera de América Latina?**

No existe prohibición constitucional de que el Estado se someta a arbitrajes internacionales. El artículo 190 lo permite. El artículo 422 restringe la firma de tratados internacionales.

- 4. El Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia en su oficio No. T.4622-SGJ-09-1804, de 27 de julio de 2009, dirigido al entonces Ministro Coordinador de la Política Económica, Diego Borja Cornejo, señala que si bien en nuestra legislación no existe prohibición para que las instituciones del Estado se sometan a arbitraje (internacional) “debe procurarse, siempre que sea posible, que los arbitrajes a los que se sometan las instituciones del Estado tengan sede Latinoamericana. ¿Cuál es su opinión de esta política del actual gobierno?**

La política del Estado es impulsar los centros de resolución de controversias en Latinoamérica para procurar un resultado imparcial. Este es un fenómeno que ha ocurrido como una manera de manifestar la inconformidad del Estado con el sistema de solución de controversias en materia de inversiones. Es la opinión del Estado ecuatoriano que los países latinoamericanos podríamos recibir resultados más transparentes en los mecanismos de solución de controversias de nuestro continente.

- 5. Siguiendo la política del actual gobierno de que los arbitrajes tengan sede latinoamericana, el Ecuador ha contratado arbitraje, por citar un ejemplo, con sede en Santiago de Chile bajo las normas UNCITRAL, ¿cree usted que bajo estos parámetros los resultados para el Estado sean más favorables, que someter una controversia a un organismo como el CIADI o la CCI?**

Los resultados varían por una serie de motivos. Un arbitraje bajo las Reglas UNCITRAL es un arbitraje Ad-Hoc, mientras que uno llevado a cabo bajo el Mecanismo CIADI o CCI es un arbitraje institucional. Cada uno de ellos posee ventajas y desventajas. En función a un análisis de cada mecanismo se podría establecer cuál es más favorable.

A manera de ejemplo, una ventaja del arbitraje bajo CIADI es que el laudo se ejecuta como un laudo nacional. Mientras que bajo las Reglas UNCITRAL se tiene que ejecutar el proceso del executor.

Por lo general los arbitrajes Ad-hoc son más costosos. Por otro lado, los arbitrajes CIADI son públicos y permiten la injerencia o presión de terceras partes, mientras que los arbitrajes ad-hoc son confidenciales. Estas son algunas de las variantes que se pueden encontrar.

Pero más allá de esto en realidad lo que cuenta para los resultados favorables para el Estado es una defensa adecuada y responsable y más que eso el Estado debe ajustar su conducta a la ley y a los principios de derecho internacional.

- 6. En los contratos de crédito, por ejemplo el celebrado con el BID para el “Programa Nacional para Infraestructura Social de Vivienda”, la cláusula compromisoria establece que la sede del arbitraje será la ciudad de Washington y que el Tribunal fallara en conciencia con base a los términos del contrato. ¿Por qué en los contratos de crédito no se mantiene la misma política del actual gobierno de que los arbitrajes tengan sede latinoamericana?**

No existe una política sobre someter arbitrajes solamente en sedes latinoamericanas, la política estatal sugiere que en tanto se pueda se lo debe hacer, pero no es excluyente. Normalmente en contratos de deuda se establece los arbitrajes en equidad. Al respecto la Corte Constitucional estableció únicamente que los arbitrajes sobre deuda externa pueden ser pactados también equidad.

7. El Ecuador está en proceso conjuntamente con los demás países de la UNASUR, de crear un organismo regional para la solución pacífica de controversias ¿Bajo que parámetros debería proponerse el arbitraje en este organismo?

El arbitraje bajo este organismo debería promocionarse para el resto de países, no solamente para los que pertenecen al cono sur, sino para el resto del mundo. De esta manera se podría demostrar que el Centro de Resolución de Conflictos no es impulsado para otorgar fallos a favor de estos países sino que su función es ser otro Organismo en el cual los Estados puedan acudir a resolver sus conflictos, tal como se hace en el resto de Continentes.

Otra manera de impulsarlo es promover su ubicación, debido a que los arbitrajes para los países Latinoamericanos resultan ser sumamente caros por los costos de transporte. Esto representa una ventaja, en función de que los árbitros podrían tener un mayor alcance a los lugares en conflicto.

Se debe promocionar al Centro como un lugar en dónde el primer idioma es el español, lo cual es otro beneficio para los hispanohablantes.

La promoción debe desvincularse de las tendencias políticas de ciertos países del Continente. Si lo que se trata es de crear un ente imparcial para resolver controversias, en base a la crítica hecha al banco mundial, no se puede pretender que el Centro de Resolución de controversias siga la misma tendencia y sea Creado en función de la UNASUR, bajo el auspicio del Banco del Sur.

En definitiva el Centro debería ser eminentemente técnico.

8. De su experiencia en materia de arbitraje, ¿cree usted que el Estado ecuatoriano se ha visto perjudicado por los tribunales arbitrales internacionales en los diferentes casos que éstos han resuelto?

El Estado Ecuatoriano ha tenido buenos resultados en materia de arbitraje sobre todo en arbitrajes CIADI. No obstante, en los últimos años el incremento de controversias arbitrales ha sido exponencial, en las cuáles no tenemos fallos aún a favor o en contra. Lo que sí podemos decir es que en los casos concernientes a la Ley 42, la imposición de medidas

cautelares, que en la opinión del Estado exceden los poderes del tribunal arbitral y perjudican el poder soberano del Estado de emitir leyes, han sido sin duda perniciosas para el Ecuador. Asimismo, el reciente laudo parcial emitido por la Corte Permanente de Arbitraje en la Haya, en el caso Chevron, ha sido muy controversial debido a la suma impuesta por el Tribunal así como su razonamiento, el cual sobrepasa sus atribuciones al decidir de nuevo lo que las Cortes Nacionales ya lo habían realizado.

9. ¿Debería entonces el Estado someter sus controversias a un organismo con sede Latinoamérica, o eso es irrelevante cuando existe una buena defensa?

El Estado debe honrar sus compromisos internacionales, es decir, debe ejecutar sus arbitrajes de acuerdo a lo pactado con la parte en disputa. No se puede afirmar por el momento si es más beneficioso para el Estado someter sus controversias a un organismo con sede en Latinoamérica. Como lo dije anteriormente, existen varias ventajas, pero a la vez lo que se pretende es acudir a un organismo que sea imparcial.

Una buena defensa no garantiza que un Tribunal falle a favor o no del Estado, sino sobre todo que la conducta del Estado sea apegada a la ley y al derecho internacional.

V. CONCLUSIONES

1. Jurídicamente es procedente que el Estado ecuatoriano se someta a arbitraje internacional en América Latina y en cualquier país del mundo bajo las condiciones que las partes pacten en una cláusula arbitral incluida en el contrato.
2. El Estado ecuatoriano, al someterse a arbitraje internacional renuncia a la inmunidad de legislación y de jurisdicción. Esto significa que los laudos que dicten los tribunales o árbitros tienen calidad de cosa juzgada y deben ejecutarse en el país como si fuera una sentencia. Si bien, los estados tiene inmunidad de jurisdicción, al consentir el arbitraje y plasmar su voluntad de manera escrita, se someten a la jurisdicción del organismo competente para conocer el caso; y sería irse en contra el Derecho Internacional desconocer un laudo, pues si el Estado no está de acuerdo con la decisión arbitral, puede en todo caso, seguir el procedimiento necesario para demandar la nulidad del laudo por ejemplo, pero no desconocerlo.
3. La prohibición del artículo 422 de la Constitución de la República, implica la no suscripción de instrumentos internacionales como los Tratados Bilaterales de Inversión que cedan jurisdicción soberana a instancias internacionales de arbitraje, excepto cuando estas tengan sede latinoamericana. Es importante aclarar que la prohibición a la que nos referimos no impide de ninguna manera que el Estado ecuatoriano resuelva sus controversias ante un tribunal arbitral fuera de América Latina, puesto que, como mencionamos, se lo puede hacer mediante una cláusula arbitral; y, lo que busca este precepto constitucional, es que el Estado no se someta

previamente a una jurisdicción impuesta en un tratado o convenio internacional, sino que para cada caso concreto se pacte entre las partes.

4. Los inversionistas buscan en un país seguridad jurídica, y que sus divergencias se ventilen en un foro distinto al de la justicia ordinaria. Al ser factible que el Estado y el inversionista acuerden mediante una cláusula arbitral el tipo de arbitraje al que se someterán sus posibles controversias, tanto el Estado como el inversionista tienen la tranquilidad de que el Tribunal que escojan será imparcial, razón por la cual en mi opinión, la prohibición a la que nos hemos referido no afecta directamente a la inversión extranjera en el país, pues ésta busca, además de seguridad jurídica, otras condiciones. Por ejemplo, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, CIADI, fue denunciado por el Presidente Correa⁷⁸, y no necesariamente esta decisión afecta a la inversión extranjera en el país, pues si tomamos a Brasil como referencia, este país fue el único de la región que no se adhirió al Convenio y esto no ha repercutido en la inversión en ese país.

5. Si bien, no existe norma que impida que las instituciones del Estado se sometan a arbitraje internacional fuera de América Latina, las políticas del actual gobierno es seguir el espíritu del artículo 422 de la Constitución de la República, y en lo posible, que sus conflictos sean resueltos en sede latinoamericana. Además de que la misma Constitución promueve la integración de la región latinoamericana, el gobierno aplica esta medida, porque de alguna u otra manera le da tranquilidad al Estado al momento de que sus controversias sean resueltas.

⁷⁸ Mediante Decreto Ejecutivo número 1823 mediante el cual el Ecuador denuncia y da por terminado el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

6. Estamos de acuerdo con la política del actual gobierno, no precisamente porque creamos que las decisiones que tome un Tribunal arbitral con sede en América Latina van a ser más favorables para el Ecuador, sino porque, someter nuestras divergencias a un organismo en la región, significaría que los costos del arbitraje para los países de la región serán mucho menores, en comparación con los arbitrajes que se realizan por ejemplo en Londres, Washington, La Haya, tomando en cuenta la movilización, el hospedaje y las altas cantidades que hay que pagarle a los árbitros o a los tribunales arbitrales por la realización del proceso.

7. La solución de controversias en los contratos de crédito tienen un trato diferente y no se aplica la mencionada política del gobierno, en razón de la naturaleza misma del contrato, pues al tratarse de un préstamo, en el que el país se está beneficiando directamente, cualquier conflicto que nazca de éste debe resolverse en virtud del origen de la deuda.

8. De los resultados de los arbitrajes internacionales, podemos concluir que el Estado ecuatoriano no se ha visto perjudicado por organismos internacionales como el CIADI⁷⁹ o la CCI, sin embargo, existen muchos casos que siguen en proceso por lo que es muy prematuro sugerir que dichos organismos han fallado en equidad y motivadamente en beneficio de los intereses del Estado. Sin embargo, el gobierno ecuatoriano prefiere no esperar a que los tribunales arbitrales internacionales decidan sobre las causas pendientes y se siente más confiado si en lo posible se lo puede hacer en América Latina.

⁷⁹ Las empresas multinacionales que han denunciado al país ante el CIADI y que aun no existe un laudo al respecto son: MCI Power Group L.C. and New Turbine Inc., Noble Energy Inc. and Machala-Power Cia Ltd., Occidental Petroleum corporation and Occidental Exploration and Production Company, Murphy Exploration and Production Company, Burlington resources Inc. and others, Perenco y Repsol YPF SA.

VI. RECOMENDACIONES

Toda vez que el Ecuador no puede suscribir instrumentos internacionales que cedan jurisdicción soberana a organismos de arbitraje internacional, excepto que sea un organismo con sede Latinoamericana como lo expresa el artículo 422 de la Constitución de la República, el Estado debe procurar que dicha disposición no se malinterprete, puesto que lo único que se prohíbe en este precepto constitucional es la celebración de tratados o convenios internacionales que contengan arbitraje internacional fuera de la región, más no el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversia; consideramos importante una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación la cual debería ser más explícita y amplia en el tema de arbitraje internacional.

Por ejemplo, el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que para que las entidades del sector público puedan someterse a arbitraje deben pactar un convenio antes del surgimiento de la controversia pero si es posterior requiere el informe favorable del Procurador General del Estado, sin embargo, el artículo 190 de la Constitución de la República señala que en los contratos administrativos el arbitraje procede previo el informe favorable de la Procuraduría General del Estado. En este sentido, el artículo 4 de la Ley de arbitraje y mediación debe ser reformado señalando que en cualquier caso, antes o después de surgida la controversia el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado es necesario para que proceda el arbitraje, y que además debido a que los contratos de crédito tienen un tratamiento especial, no se someten al artículo 190 de la Constitución de la República (conforme la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional para el período de transición No. 001-09-SIC-CC) y por lo tanto, no necesitan informe del PGE para que puedan pactar arbitraje.

En las controversias que surjan de un contrato de crédito, se debe indicar cómo proceder para la solución de controversias que surjan de este tipo de contratos, tomando en consideración la Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC de la Corte Constitucional, que señala que el inciso final del artículo 422 de la Constitución⁸⁰ se aplica “*específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales*”.

El artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación indica que “*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*”, a continuación recomendamos que se agregue a dicho artículo lo siguiente “***los mismos que no podrán ceder jurisdicción soberana a instancias arbitrales internacionales fuera de América Latina. Los contratos de créditos por su naturaleza, no necesitan informe favorable del Procurador General del Estado y sus controversias serán resueltas en función del origen de la deuda***”

Si bien concluimos en el presente trabajo que la prohibición constitucional de no suscribir tratados o convenios internacionales que cedan jurisdicción a organismos de arbitrajes fuera de América Latina, no afecta directamente a la inversión extranjera, puesto que los inversionistas buscan, entre otras cosas, seguridad jurídica que sus divergencias no se conozcan en la justicia ordinaria; es importante que el Estado haga conocer su intención de resolver sus conflictos ante un tercero imparcial fuera de su sistema jurídico.

⁸⁰“... En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”

Para lograr esto, el Ecuador debe impulsar la creación de un Centro Latinoamericano de Arbitraje (CLA), que preste servicios para la conciliación y el arbitraje en materia de inversión, con sede en cualquiera de los países miembros de la UNASUR, podría ser en Colombia o Chile por su experiencia en arbitraje. La creación de este Centro debe tener como principal objetivo mejorar el clima de confianza entre inversionistas y Estados latinoamericanos, y fomentar la inversión extranjera en los países de la región al tener un organismo independiente en materia de arbitraje.

Se debe trabajar de manera conjunta con los países miembros de la UNASUR, en la elaboración de un Reglamento del Centro Latinoamericano de Arbitraje en el cual se especifique la sede del organismo, el idioma en el que se van llevar a cabo los arbitrajes (preferiblemente español), la selección de árbitros, si éstos van a ser escogidos por las partes o el Centro los nombrará por su cuenta, si el arbitraje es institucional o adhoc, los costos del mismo, los ámbitos de competencia del Centro, el debido proceso, los recursos que se pueden presentar durante el proceso y una vez dictado el laudo arbitral, etc.

Las normas que se apliquen en el Centro, pueden tomar como punto de referencia las establecidas por la Ley Modelo de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), ya que al ser la Organización de las Naciones Unidas, el organismo con mayor número de miembros de la Comunidad Internacional, este modelo es mundialmente aceptado.

Los países miembros de la UNASUR deben suscribir un Convenio en el cual se comprometen a someter en lo posible sus diferencias, al Centro. Es importante que los servicios que preste este Centro no solamente sean para los países de América Latina, sino para todos los que

consideren necesario acudir al Centro, es decir que debe ser un Centro de Arbitraje Internacional.

La creación del CLA, de ninguna manera debe pretender buscar resultados más favorables para los países del cono sur; esto produciría que los inversionistas no quieran someter sus controversias al Centro, pues sería lo mismo someterlo a los tribunales nacionales de justicia. Las ventajas que tendrían los estados de la región serían básicamente en costos y en idioma, mas no de decisiones parcializadas.

Mientras se crea este organismo latinoamericano, el Estado ecuatoriano debe a través de la Procuraduría General del Estado, continuar con la defensa de los procesos que algunas compañías internacionales siguen en su contra. Es indudable que una buena defensa en estricto apego a la ley y a los fundamentos del Derecho Internacional, garantizan al Ecuador que el Tribunal falle de forma motivada. Sin embargo, el país debe procurar que no surjan conflictos de los enormes contratos que celebra con compañías transnacionales, porque además de que las obras y los servicios contratados se paralizan, causandole un perjuicial Estado, además de que los costos del arbitraje, movilización y defensa representan enormes recusus económicos para el Ecuador.

ANEXOS

1. Oficio No. 14480 de 3 de junio de 2010, suscrito por el Procurador General del Estado- Autorización de arbitraje, contrato de Fideicomiso de la iniciativa Yasuní – ITT con el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
2. Oficio No. 14481 de 3 de junio de 2010, suscrito por el Procurador General del Estado- Autorización de arbitraje, contrato de Consultoría con entre el Gobierno Provincial de Tungurahua y el Consorcio CES-GFA.
3. Oficio No. 11114 de 17 de diciembre de 2009, suscrito por el Procurador General del Estado- Autorización de arbitraje, contrato de Préstamo a suscribirse entre el Ministerio de Finanzas y el Banco Interamericano de Desarrollo.



Oficio No. **14480**

Quito - **3 JUN. 2010**

Señora
María Fernanda Espinosa Garcés
MINISTRA COORDINADORA DE PATRIMONIO
En su despacho

Señora Ministra:

Con oficio No. MCP-0993-2010 de 28 de mayo de 2010, ingresado el 31 de los mismos mes y año con el No. 14952, solicita al Procurador General del Estado emita su pronunciamiento respecto a que el Gobierno de la República del Ecuador pueda someterse a arbitraje en el Memorando de Entendimiento para el manejo y otros servicios de apoyo relacionados con el contrato de Fideicomiso de la iniciativa Yasuni - ITT, a suscribirse con el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

1.- ANTECEDENTES

El 19 de enero de 2005 se suscribió un Acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, publicado en el Registro Oficial No. 526 de 17 de febrero de 2005. En dicho instrumento se estipula las condiciones básicas en las cuales el PNUD y sus Organismos de Ejecución prestarán asistencia al Gobierno para llevar a cabo sus proyectos de desarrollo y se ejecutarán los proyectos que reciban ayuda del PNUD. La asistencia que el PNUD puede prestar al Gobierno será, entre otras: cualquier otra forma de asistencia en que convengan el Gobierno y el PNUD.

El PNUD apoya al Gobierno en la construcción y difusión del modelo para mantener el crudo en tierra, y con el cual el Gobierno se compromete a no explotar el petróleo que yace en la Zona denominada ITT del Parque Nacional Yasuni, considerado uno de los lugares más biodiversos del planeta. Para mitigar el ingreso no percibido por la no-explotación, el Gobierno ha solicitado a la comunidad internacional apoyo financiero que permita compensar en parte este sacrificio fiscal. El PNUD administraría el Fideicomiso que se constituya con los fondos de la Iniciativa ITT-Yasuni.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 882 publicado en el Registro Oficial No. 269 de 9 de febrero de 2008, se creó la Unidad de Coordinación de la Iniciativa Yasuni ITT, como un órgano temporal dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, para que ejecute todas y cada una de las

'a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

'b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

'c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

'd) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

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

Artículo 42, inciso cuarto: *"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."*

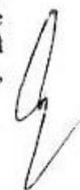
3.- ANÁLISIS

De conformidad con las normas transcritas, el pronunciamiento previo del Procurador General del Estado para autorizar el sometimiento a arbitraje es requerido en los siguientes casos: en materia de Contratación Pública; cuando se quisiera firmar un convenio arbitral, una vez surgida la controversia; y, cuando se someta la solución de controversias a arbitraje internacional.

En el caso del proyecto remitido, se trata de un memorando de entendimiento, en el cual el Gobierno y el PNUD han llegado a acuerdo para constituir un fondo con los recursos provenientes de las contribuciones, resultado de la preservación de las reservas de petróleo del campo Yasuni ITT, así como la administración de esos recursos a través de un Fideicomiso manejado por el PNUD. El Memorando presentado no recae en la esfera de la contratación pública, no involucra la prestación de servicios, adquisición de bienes ni ejecución de obras, únicamente establece lineamientos y términos de referencia para la suscripción de un contrato posterior, es decir, el Fideicomiso, por tanto, no es procedente someterse a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 190 de la Constitución.

Al ser un acuerdo que no ha sido suscrito, es claro que no existe controversia de ningún tipo, con lo que no procede aplicar el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Para que proceda la aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado debe pactarse arbitraje internacional; y, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo entre el Gobierno del Ecuador y el PNUD, publicado en el Registro Oficial de 17 de febrero de 2005,



actividades para el establecimiento y funcionamiento de la Secretaría Técnica de la Iniciativa Yasuní ITT, cuya vigencia es indefinida, conforme lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 1572, publicado en Registro Oficial 530 de 17 de febrero de 2009.

De conformidad con el Decreto Ejecutivo 882 y sus posteriores reformas, la Iniciativa Yasuní-ITT funciona a través del Consejo Administrativo y Directivo, el cual tiene a su cargo la definición de las políticas, la guía estratégica y supervisión general del trabajo temporal de la Unidad de Coordinación de la Iniciativa Yasuní-ITT, la designación del Coordinador General, del Representante de la Sociedad Civil a la Junta de Fideicomiso, así como la institucionalización de la iniciativa para su funcionamiento. Conformarán el Consejo Administrativo y Directivo de la Iniciativa Yasuní-ITT, entre otros, un equipo técnico, cuya misión principal será apoyar el funcionamiento de esta iniciativa, la ejecución de las políticas, elaborar planes de trabajo, diseñar productos financieros e inversiones, apoyar la búsqueda de fondos y elaborar una estrategia de comunicación única y de relaciones públicas. Este equipo lo integrarán los profesionales que designe el Ministerio Coordinador de Patrimonio, el cual conformará la Secretaría Técnica, quien mantendrá la estructura orgánica necesaria para el funcionamiento de la iniciativa, adscrito ha dicho Ministerio. *El representante permanente del Ecuador ante la Organización de las Naciones Unidas, en el ámbito de sus competencias, gestionará la constitución del fideicomiso con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).*

En el proyecto de Memorando de Entendimiento presentado consta que las partes acordarán la creación del Fondo Yasuní, el cual será aperturado para recibir, como resultado de la preservación de las reservas de petróleo del campo Yasuní ITT, contribuciones monetarias. Ese fondo será manejado en un Fideicomiso que será administrado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, a través de su Oficina de Fideicomisos Multi-Contribuyentes (Multi Donor Trust Fund Office-MDTF) y será gobernado, monitoreado y evaluado por un Comité Directivo (Steering Committee) conformado por representantes del Gobierno, de los Gobiernos contribuyentes y de la sociedad civil ecuatoriana.

En el proyecto de Memorando de Entendimiento, se establece que las partes usarán sus mejores esfuerzos para solucionar de manera amigable y directa, mediante negociaciones directas cualquier controversia o reclamo relacionado con el acuerdo. Las controversias o reclamos que no se solucionen en un plazo de 60 días desde que se notificó a la contraparte, serán resueltas en la forma prevista en el Acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, publicado en el Registro Oficial de 17 de febrero de 2005.

En el numeral 1 del artículo 12 del Acuerdo de 2005 antes indicado se estipula que:

“Art. 12.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS



'1. Toda controversia entre el PNUD y el Gobierno que surja a causa del presente acuerdo o en relación con él, y que no sea resuelta por medio de negociaciones o por otro medio de solución aceptada de común acuerdo se someterá a arbitraje a solicitud de cualquiera de las Partes. Cada una de las Partes nombrará un árbitro y los dos árbitros así nombrados designarán a un tercer árbitro quien actuará de Presidente. Si dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud de arbitraje una de las Partes no ha nombrado todavía árbitro, o si dentro de los 15 días siguientes al nombramiento de los dos árbitros no se ha designado al tercer árbitro, cualquiera de las Partes podrá pedir al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que nombre un árbitro. Los árbitros establecerán el procedimiento arbitral y las costas del arbitraje correrán a cargo de las Partes en las proporciones que determinen los árbitros. El laudo arbitral contendrá una exposición de los motivos en que esté fundado y las Partes lo aceptarán como solución definitiva de la controversia."

2.- BASE LEGAL

El artículo 190 de la Constitución de la República dispone:

"Art. 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 artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que:

"Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

"Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado."

Los artículos 4, inciso segundo y 42, inciso cuarto de la Ley de Arbitraje y mediación establecen que:

Artículo 4, inciso segundo: *"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:*



no está definido expresamente el arbitraje internacional, por tanto, no podría emitirse la autorización requerida.

Finalmente, se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

4.- OBSERVACIÓN

Por lo expuesto, a fin de que proceda la autorización requerida, es necesario que el numeral 1, del artículo 12 del Acuerdo del año 2005, se incorpore al Memorando de Entendimiento, haciéndose referencia expresa a que las partes se someterán a arbitraje internacional, por tanto en el artículo 11, el acápite 50, tendría el siguiente texto:

"Toda controversia entre el PNUD y el Gobierno que surja a causa del presente contrato o en relación con él, y que no sea resuelta por medio de negociaciones o por otro medio de solución aceptada de común acuerdo se someterá a arbitraje internacional a solicitud de cualquiera de las Partes. Cada una de las Partes nombrará un árbitro y los dos árbitros así nombrados designarán a un tercer árbitro quien actuará de Presidente. Si dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud de arbitraje una de las Partes no ha nombrado todavía árbitro, o si dentro de los 15 días siguientes al nombramiento de los dos árbitros no se ha designado al tercer árbitro, cualquiera de las Partes podrá pedir al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que nombre un árbitro. Los árbitros establecerán el procedimiento arbitral y las costas del arbitraje correrán a cargo de las Partes en las proporciones que determinen los árbitros. El laudo arbitral contendrá una exposición de los motivos en que esté fundado y las Partes lo aceptarán como solución definitiva de la controversia."

5.- RECOMENDACIONES

Con la finalidad de facilitar la aplicación de la cláusula arbitral, se recomienda la incorporación de los siguientes textos:

En el acápite 50:

"Negociaciones Directas y Mediación.- En conflictos que por su naturaleza puedan ser transigibles y que tengan relación con las consecuencias económicas de la aplicación, interpretación, ejecución, incumplimiento, resolución de actos técnicos y operativos así como montos por la terminación anticipada o cualquier otra circunstancia relacionada con las operaciones realizadas durante la vigencia del Contrato, las partes buscarán negociar un arreglo directo entre ellas.

'El lugar del arbitraje será.....,

'El idioma del procedimiento será el Cualquiera de las Partes podrá presentar pruebas testimoniales o documentales en un idioma distinto al

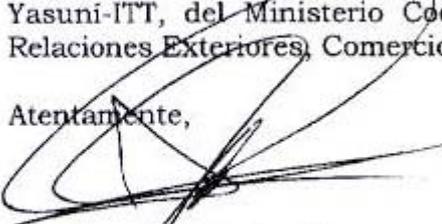
castellano, siempre que esa Parte le provea a la otra Parte una traducción escrita al castellano de dicha prueba testimonial o documental."

6.- PRONUNCIAMIENTO

De conformidad con el análisis expuesto, se autoriza a pactar arbitraje internacional en el Memorando de Entendimiento para la administración y otros servicios de soporte del Fondo Yasuní ITT, a suscribirse entre el Gobierno del Ecuador con el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), siempre y cuando se acoja la observación constante en el numeral 4 precedente.

Las condiciones económicas y técnicas así como el cumplimiento de los requisitos legales que debieron cumplirse para la suscripción de contrato de fideicomiso son de exclusiva responsabilidad de la Unidad de Coordinación de la Iniciativa Yasuní ITT, del Consejo Administrativo y Directivo de la Iniciativa Yasuní-ITT, del Ministerio Coordinador del Patrimonio y del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

Atentamente,



Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



Oficio No. 14481

Quito, = 3 JUN. 2010

Ref.: Autorización de arbitraje

Señor Ingeniero
Fernando Naranjo Lalama
Prefecto Provincial
H. GOBIERNO PROVINCIAL DE TUNGURAHUA
Quito.-

Señora Doctora
Victoria Montero Tamayo
Procuradora Sindica
H. GOBIERNO PROVINCIAL DE TUNGURAHUA
Quito.-

En atención a su oficio No. S/N de 26 de mayo de 2010, ingresado con el número 14902-2010-AD-DG el mismo día, y a su alcance presentado mediante oficio No. 114 de 28 de mayo de 2010, ingresado con número 14986-2010-AD-DG el 1 de junio de 2010, por medio de los cuales se informa que el H. Consejo Provincial de Tungurahua es la entidad designada como **contratante** para la suscripción del contrato de Consultoría a suscribirse con el Consorcio CES-GFA, y se solicita el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado con respecto a la cláusula de arbitraje, a usted comunico lo siguiente:

1. ANTECEDENTES

Según se desprende de su oficio No. 0246 de 27 de abril de 2010, ingresado con el número 14490-AD-DG el 4 de mayo de 2010, el H. Consejo Provincial de Tungurahua y la KfW, Frankfurt AM MAIN suscribieron dos contratos, uno de Préstamo y otro de Aporte Financiero, para la implementación del Programa de Manejo Ecológico de las Aguas y Cuencas de Tungurahua. Dichos contratos fueron firmados bajo el pronunciamiento a favor otorgado por la Procuraduría General del Estado al Ministerio de Finanzas y al H. Consejo Provincial de Tungurahua.

Posteriormente se realizó una Licitación de Servicios de Consultoría para la implementación del Programa de Manejo Ecológico de las Aguas y Cuencas de Tungurahua, el mismo que fue adjudicado al Consorcio CES-GFA.

El contrato de consultoría a suscribir entre el H. Consejo Provincial de Tungurahua, y el Consorcio GES-GFA liderado por CES Consulting Engineers Salzgitter GMBH, se establece una cláusula de Solución de Controversia.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 190 de la Constitución Política del Ecuador, así como el Artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, solicita autorización para someter a arbitraje al mencionado contrato.

A su comunicación se adjuntaron copias de los siguientes documentos:

1. Contratos de Préstamo y Aporte Financiero celebrados el 6 de octubre de 2009 entre KfW Frankfurt AM MAIN y el Honorable Consejo Provincial de Tungurahua.
2. Oficio No. 08101 de 2 de julio de 2009, emitido por la Procuraduría General del Estado.
3. Acuerdo separado al Contrato de Préstamo y Aporte Financiero del 5 de diciembre de 2009, de Cooperación Financiera Oficial entre Alemania y Ecuador, en cuyo anexo 4 constan las Normas para la Contratación de Consultores en el Marco de la Cooperación Financiera Oficial con Países en Desarrollo, y en el anexo 7 constan los principales elementos del Contrato de Consultoría.
4. Contrato de Consultoría a suscribirse para la provisión de servicios de consultoría para el Programa de Manejo Ecológico de las Aguas y Cuenca de Tungurahua.

En función al último documento nombrado, se desprende el siguiente análisis.

2. BASE LEGAL

El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador señala:

“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 subrayado me corresponde).

El Artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que:

“Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje en derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en

la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.”

El artículo 4, literal a) de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone:

“Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

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.*
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;*
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,*
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.”*

3. ANÁLISIS DEL CONVENIO ARBITRAL

Contrato de Consultoría entre el Honorable Consejo Provincial de Tungurahua y el Consorcio CES –GFA liderado por CES Consulting Engineers Salzgitter GMBH, Braunschweig, Alemania.

La redacción de la cláusula arbitral utilizada señala:

[S/N.] Solución de Controversias

“Todas las controversias resultantes de o en relación con este Contrato deberían ser resueltas amigablemente entre las Partes.

En caso de que las Partes no llegasen a un acuerdo amigable, se someterán a un arbitraje en derecho, en la Cámara de Comercio Internacional con sede en París. Las controversias serán resueltas en base al Reglamento de Arbitraje de dicha institución, por un comité de arbitraje compuesto por tres árbitros que será nombrados de acuerdo al Reglamento.”



La solicitud es acompañada de los documentos pertinentes que establecen que los funcionarios autorizados a firmar el convenio arbitral se encuentran legalmente acreditados.

La cláusula es clara, puede ejecutarse, no es imperfecta ni patológica.

4. PRONUNCIAMIENTO

4.1 Conforme a los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley se autoriza la cláusula de arbitraje del Contrato de Consultoría entre el Honorable Consejo Provincial de Tungurahua y el Consorcio CES -GFA liderado por CES Consulting Engineers Salzgitter GMBH, Braunschweig, Alemania.

4.2 Este pronunciamiento se refiere únicamente a las cláusulas de resolución de controversias. Las condiciones económicas y técnicas, así como el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la suscripción y ejecución de estos contratos son de exclusiva responsabilidad del Honorable Consejo Provincial de Tungurahua.

Atentamente,



Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



Oficio No. 11114

Quito, 17 DIC 2009

Señora economista
Isela Sánchez Viñan
MINISTRA DE FINANZAS. (E)
En su despacho

Señora Ministra:

Contesto su oficio No. MF-SGJ-DM-2009-2228 de 8 de diciembre de 2009 ingresado con el número 02795-2009-JJ-DG al día siguiente, mediante el cual solicita emitir el informe correspondiente, respecto de la procedencia de que la República del Ecuador, someta a Arbitraje bajo fallo en conciencia con base en los términos del contrato, las controversias que se deriven del Contrato de Préstamo a suscribirse con el Banco Interamericano de Desarrollo "BID", para financiar el "Programa Nacional para Infraestructura Social de Vivienda" por un monto de USD 100 millones.

1. ANTECEDENTES

- a. Según se desprende del oficio que contesto, el Banco Interamericano de Desarrollo "BID" otorgará un crédito destinado a financiar Programa Nacional para Infraestructura social de Vivienda.
- b. A su oficio se adjunta copia del Proyecto de Contrato de Préstamo entre República del Ecuador y el Banco Interamericano de Desarrollo "BID".

2. BASE LEGAL

- 2.1. El primer inciso del artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador dispone:

"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. (El subrayado me corresponde).

- 2.2. El tercer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

En caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional"

2.2. El artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone:

“El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

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. (El subrayado me corresponde).

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.”

3. ANÁLISIS

La cláusula 7.01 titulada “Cláusula Compromisoria” del capítulo VII de las Estipulaciones Especiales del proyecto de contrato de préstamo establece que para la solución de toda controversia que se derive del contrato de préstamo y que no se resuelva por acuerdo entre las partes, éstas se someten incondicional e irrevocablemente al procedimiento y fallo del Tribunal de Arbitraje a que se refiere el Capítulo IX de las Normas Generales del Contrato de Préstamo que establece la composición del Tribunal, la iniciación del procedimiento, la constitución del Tribunal, el procedimiento, los gastos y notificaciones.

El Tribunal Arbitral adoptará su propio procedimiento y fallará en conciencia con base en los términos del contrato.

La cláusula establece que la sede del arbitraje será la ciudad de Washington.

La cláusula es clara y no da lugar a confusiones.



4. PRONUNCIAMIENTO

Por lo dicho y de conformidad con el análisis expuesto, se autoriza al Ministerio de Finanzas para pactar arbitraje internacional en el contrato que se suscribirá con el Banco Interamericano de Desarrollo "BID".

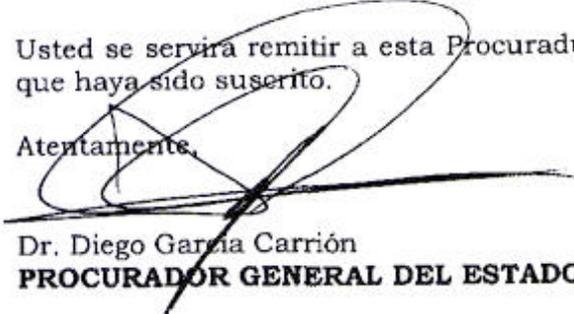
Las condiciones económicas y técnicas así como el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la suscripción de este contrato son de exclusiva responsabilidad del Ministerio de Finanzas.

Esta autorización a favor del Ministerio de Finanzas se la otorga no obstante que la Corte Constitucional podría emitir un pronunciamiento expreso, respecto al alcance de la aplicación de la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución de la República, lo que podría limitar la facultad de autorización del Procurador General del Estado para sometimiento a Arbitraje Internacional en contratación de deuda.

Al respecto me permito indicar que, mediante Oficio No. 06930 de 13 de abril del 2009, dirigido al Doctor Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional, solicité un pronunciamiento expreso, porque es mi criterio que el numeral primero de la sentencia interpretativa (No. 0001-09-SIC-CC) del artículo 422 de la Constitución de la República, en su parte resolutive, establece en forma obligatoria que este se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa y que en consecuencia, no es aplicable la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución. Por lo tanto, tampoco sería aplicable para la contratación de deuda externa, el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y que en los casos en que las entidades y organismos del sector público que pacten arbitraje internacional en contratos de deuda externa, en el futuro no deberían requerir el pronunciamiento previo favorable de la Procuraduría General del Estado.

Usted se servirá remitir a esta Procuraduría un ejemplar del contrato una vez que haya sido suscrito.

Atentamente,



Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

BIBLIOGRAFÍA

1. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito: Editora Cevallos, 2009.
2. Treviño García, Ricardo, Teoría General de las Obligaciones, Monterrey-México: Editorial Mc Graw Hill, 2007.
3. Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, Quinta Edición, 1996.
4. Abeliuk Manasevich, René, Las Obligaciones, Tomo I, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
5. López de Zavalía, Fernando S., Teoría de los Contratos, Argentina: Víctor P. de Zavalía Editor, 1971.
6. Dr. Cesar Montaña Ortega, Naturaleza y Estructura del Acto Jurídico, Guía Didáctica, Ecuador: Talleres Gráficos Universidad Técnica Particular de Loja, 2010.
7. Granja Galindo, Nicolás, Fundamentos de Derecho Administrativo, Ecuador: Talleres Gráficos Universidad Técnica Particular de Loja, 1999.
8. Pérez, Efraín, Manual de Derecho Administrativo, Quito: Ediciones CEP, 2009
9. Revista Judicial, Cevallos Librería Jurídica, Quito-Ecuador 2009.
10. Silva Romero Eduardo, El Contrato de Arbitraje, Introducción, Legis Editores, 2005.
11. Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V , 29 Edición, Editorial Heliasta S.R.L 1944.
12. García Feraud, Galo, Cuestiones Jurídicas, Guayaquil: Editorial EDINO, 2005
13. Alsina, Hugo, Tratado Teórico Práctico De Derecho Procesal Civil Y Comercial, Tomo III, Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1943.

14. García De Enterría, Eduardo & Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo: Madrid, Civitas, 2001, Tomo I.
15. Fernández, Tomás R., De la Arbitrariedad de la Administración, Madrid: Civitas, 2002.
16. Eisenman, Charles, Thèorie pure du droit, París: Bruylant L.G.D.J., 1999
17. L. Oppenheim, Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo II.- Vol. I, Controversias, Guerra y Neutralidad, Barcelona- España: Bosch, 1966.
18. Feldstein De Cárdenas, Sara Lidia, Arbitraje e Inversiones Extranjeras, Programa de Derecho Internacional, Buenos Aires- Argentina: Centro Argentino de Estudios Internacionales.
19. Fernández Rozas, J.C, citado por José María Roca Martínez, Arbitraje e Instituciones arbitrales, Barcelona – España: Editorial J.M. Bosch Editor S.A. 1992.
20. Peñaherrera, Víctor Manuel, Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, Tomo I, Guayaquil: Editorial EDINO.
21. Delaume, G. & Soabi V. Senegal, American Journal of Internacional Law, Vol. 86, enero 1992.
22. Matute Morales, Claudia, El Desarrollo de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias en América Latina,
<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc25/25-3.pdf>
23. Barragán, Luis Alfredo, El contrato de arbitraje, Colombia: Legis Editores S.A, 2005.
24. <http://eriblog7.files.wordpress.com/2009/02/los-contratos-en-la-administracion2.doc>

25. Constitución Política de 1998 publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
26. Constitución de la República de 2008, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
27. Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997.
28. Código Civil, codificación 10, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 46, de 24 de junio de 2005.
29. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
30. Ley Orgánica de la Función Legislativa.
31. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
32. Reglamento a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.
33. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
34. Código Sánchez de Bustamante.
35. Gaceta Judicial. Año XVI. Serie III. Nro. 193. Pág. 2780 (Quito, 31 de Octubre de 1887).
36. Gaceta Judicial. Año LVII. Serie VIII. No. 3. Pág. 218, 13 de enero de 1953.
37. Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde de acceso de los consumidores a la justicia y solución de Litigios en materia de Mercado Único, Com. (93) 576 final, N° catálogo: CV- CO – 93 – 614 –ES-C, 16 de Noviembre de 1993.