

INSTRUCTIVO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL, LEY EXTRANJERAS

Resolución de la Procuraduría General del Estado 122

Registro Oficial 254 de 27-may.-2014

Estado: Vigente

No. 122

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Considerando:

Que, el artículo 190 de la Constitución de la República reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, establece que estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir y que 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;

Que, el artículo 225 de la Constitución de la República establece que el sector público comprende: los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, 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, las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos;

Que, el artículo 226 de la Constitución de la República manda 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";

Que, el tercer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República ordena que: "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";

Que, la sentencia No. 0001-09-SIC-CC expedida por la Corte Constitucional el 13 de marzo de 2009, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 549 de 16 de marzo de 2009, interpretó que: 1) 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; y, 2) 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 12, 289, 290 y 291 de la Constitución de la República del Ecuador;

Que, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece 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, que realicen las personas jurídicas detalladas en esa norma;

Que, el artículo 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé 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";

Que, los artículos 161 y 162 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública disponen: "**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 árbitro. 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"; y, "**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";

Que, el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que "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. 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 a arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado";

Que, el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación manda que para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esa 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. El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral;

Que, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad;

Que, el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación ordena que "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 (...);

Que, la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas señala que "Prevía autorización por el Procurador General del Estado, podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras";

Que, de conformidad con lo prescrito en el Art. 3 letra k) de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Procurador tiene la atribución para expedir reglamentos, acuerdos, resoluciones e instructivos de carácter general y particular dentro del ámbito de su competencia.

En uso de sus atribuciones conferidas por el artículo 3, letra k) de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dicta el siguiente instructivo.

INSTRUCTIVO PARA SOLICITAR AL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, AUTORIZACION PARA EL SOMETIMIENTO A ARBITRAJE NACIONAL, INTERNACIONAL, LEY Y JURISDICCION EXTRANJERAS

Art. 1.- AMBITO.- Las instituciones detalladas en el artículo 225 de la Constitución de la República requerirán de la autorización del Procurador General del Estado, en forma previa al sometimiento a arbitraje, ley y jurisdicción extranjeras, en los siguientes casos:

- a) En los contratos derivados de la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con inclusión de aquellos regulados bajo régimen especial; contratos financiados con préstamos y cooperación internacional; y, contratos realizados según procedimientos especiales de ese cuerpo legal.
- b) En todos los contratos, sin importar su naturaleza, en que se pacte arbitraje internacional, con inclusión de aquellos contratos celebrados en el exterior al amparo del artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- c) En todos los contratos celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras en los que se acepte jurisdicción y se someta a Ley extranjera.

Art. 2.- En los casos en los que no se haya pactado el sometimiento a arbitraje, sin importar la naturaleza de la relación contractual, una vez surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público que vayan a someter la controversia a arbitraje, deberán solicitar previamente autorización al Procurador General del Estado.

Art. 3.- Todo convenio arbitral deberá observar lo previsto en los artículos 190 de la Constitución de la República; y, 1, 4, 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, según corresponda. Para el caso del sometimiento a Ley y Jurisdicción Extranjeras se estará a lo dispuesto en el artículo 4 y la disposición general quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Los requisitos para cada uno de los casos establecidos en los artículos 1 y 2 de este instrumento, se

desprenden de las normas señaladas en el inciso precedente y constan pormenorizados en el Anexo "A" de este instructivo.

Art. 4.- Todas las entidades, organismos y empresas públicas obligadas a obtener la autorización del Procurador General del Estado, deberán adjuntar a su solicitud:

- a) El proyecto de contrato final, con todos sus anexos.
- b) El proyecto de convenio arbitral, con sus correspondientes documentos adjuntos.

La Procuraduría General del Estado no emitirá autorización previa a formatos genéricos o preestablecidos. La autorización se otorgará, sobre la base de instrumentos completos y finales, en cada caso y previa solicitud de la máxima autoridad de la institución correspondiente.

Art. 5.- En caso de duda, deberá solicitarse el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado.

Art. FINAL.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito, D.M., el 07 de mayo de 2014.

f.) Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado.

ANEXO A: "PROCEDIMIENTO AUTORIZACIONES"

Nota: Para leer Anexo, ver Registro Oficial 254 de 27 de Mayo de 2014, página 35.