

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS



Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Tema: La autorización previa del Procurador General del Estado para convenios arbitrales
en contratación pública

Trabajo (Titulación Especial) previo a la obtención del título de Abogado

Autor: Tatiana Sofía Vernaza Gonzenbach

Tutor: Estefanía Granda Granda

Quito, 2017

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podrá disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

A HS.

1	Introducción y conceptos preliminares	8
1.1	Introducción	8
1.2	Conceptos preliminares	10
1.2.1	<i>El arbitraje</i>	10
1.2.2	<i>Sector público</i>	12
1.2.3	<i>Contratación pública en Ecuador</i>	14
1.2.4	<i>Procuraduría General del Estado</i>	16
2	Arbitraje en contratación pública	17
2.1	El arbitraje en la Constitución	17
2.1.1	<i>Artículo 190 de la Constitución: génesis</i>	18
2.2	El arbitraje en la LOSNCP	19
2.3	El arbitraje en la Ley de Arbitraje y Mediación	21
2.4	Consideraciones respecto de la Ley Orgánica de Empresas Públicas	24
2.5	Postura de la Procuraduría General de Estado	25
2.6	Normativa secundaria emitida por la Procuraduría General del Estado	26
2.6.1	<i>Circular 09258</i>	26
2.6.2	<i>Circular 10623</i>	27
2.6.3	<i>Instructivo de autorización de arbitraje</i>	27
2.6.4	<i>Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado</i>	28
2.6.5	<i>Consultas a la Procuraduría General del Estado</i>	28
2.7	Doctrina	30
2.8	Postura de los Tribunales Arbitrales	30
2.8.1	<i>Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito</i>	30
2.8.2	<i>Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito</i>	32
3	Doctrina de los actos propios y nulidad de contrato	33
3.1	Doctrina de los actos propios	33
3.2	Nulidad de contrato	36
4	Recomendaciones y conclusiones	39
4.1	Pliegos de SERCOP: recomendaciones a la cláusula arbitral	39
4.2	Conclusiones	42
	Bibliografía y Referencias	44

RESUMEN

El presente trabajo intenta analizar las diferentes posturas sobre la necesidad de autorización previa del Procurador General del Estado para incluir cláusulas arbitrales en contratos sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; concluyendo que de acuerdo a la normativa aplicable, no es imperativa la autorización, por lo que su omisión no vicia de nulidad la cláusula arbitral. En igual sentido, se analiza también si es indispensable esta autorización previa en los supuestos de controversias derivadas de los citados contratos cuando estos no cuenten con una cláusula arbitral y que las partes acuerden que las controversias sean resueltas por un tribunal arbitral. Adelantando la conclusión, respecto de este punto en concreto, consideramos que sí es necesaria la autorización previa del Procurador General del Estado. Finalmente, para los casos en que se determine que es indispensable la autorización previa del Procurador General del Estado, se intenta analizar las posibles consecuencias jurídicas de no contar con dicha autorización previa a luz de la teoría de los actos propios y de la nulidad contractual.

ABSTRACT

The present paper attempts to analyze the different posture son the necessity of the prior authorization of the General State Attorney in order to include arbitral clauses in agreement subject to the Organic Law on Public Procurement (*Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*); concluding that as per the applicable regulations, the authorization is not imperative, therefore its omission does not make the arbitral clause null and void. In the same sense, it is analyzed if it is indispensable the prior authorization in such agreement when there is no prior arbitral clause and the parties agree that the disputes should be resolved by an arbitral tribunal. Advancing the conclusion, with respect to this point, we consider that it is necessary the prior authorization from the General State Attorney. Finally, for cases in which it is determine that a prior authorization from the General State Attorney is needed, the legal consequences of not obtaining such authorization will also be analyzed under the light of the theory of self acts and nullity of agreements.

1 Introducción y conceptos preliminares

1.1 Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación ecuatoriana aplicable a la introducción de cláusulas arbitrales en contratos suscritos por las instituciones del sector público sujetas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, “LOSNCP”).

En particular, nuestro análisis se centrará en la necesidad de contar con la autorización previa del Procurador General del Estado (el “Procurador”) por parte de las instituciones del sector público para incluir cláusulas arbitrales en los contratos sujetos a la LOSNCP o para pactar arbitraje en controversias contractuales existentes. Nos hemos centrado en este aspecto en concreto pues es la normativa aplicable a estos supuestos no es clara y existen distintas interpretaciones respecto de su aplicación. Dado que es un tema que no es sencillo, la normativa aplicable ha sido objeto de interpretación por tribunales arbitrales y jueces, incluso ciertos artículos de la Constitución de la República han sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, y en caso de que de este análisis se concluya que es indispensable la autorización previa del Procurador, consideramos relevante analizar las posibles consecuencias jurídicas de la falta de autorización para dichos supuestos.

Consideramos un tema de vital importancia pues en el Ecuador el Estado es una parte importante de la economía. En efecto, dentro del presupuesto aprobado para el año 2015, se asignó USD 3.668.136.114 a obras públicas y otros gastos de inversión, esto es un 3,37% del presupuesto general del Estado se destina a obra pública. En 2016 el Estado aprobó destinar USD 3.085.939.542,03 a inversión pública (bienes y servicios para inversión, obras públicas y otros gastos de inversión). Por otro lado, el Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos ha publicado un Catálogo de Inversiones de los Sectores Estratégicos 2015 – 2017 que busca “orientar a inversionistas e instituciones financieras, tanto nacionales como internacionales, sobre las oportunidades de inversión

pública y privada que ofrece el país” (Catálogo de Inversiones de los Sectores Estratégicos 2015 – 2017, 2015, p. 4). Este Catálogo de Inversiones de los Sectores Estratégicos 2015 – 2017 recoge 94 proyectos en dichos sectores, principalmente en industrias básicas, mineros, petróleo, bioenergéticos, eléctricos, hídricos, telecomunicaciones e implican una inversión de 37.153 millones de dólares.

Por ello, dada la importancia que ha tenido y que se espera que tenga el Estado como actor económico, no es irreal concluir que muchos de las controversias contractuales que se suscitan en el Ecuador tendrán como una de las partes al Estado. Es absolutamente relevante, en estos casos, que los actores (en este caso, los actores privados) tengan las reglas del juego claras a la hora de suscribir contratos con el Estado. Actualmente las reglas respecto de la materia que aborda esta tesis no están claras.

La importancia de esto también se refleja en que una muestra del 10% de los casos sustanciados en el 2012 ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, reflejó que el 40% de los procesos tenían al Estado (o a una entidad pública) como parte. No fue posible conseguir una muestra más actualizada debido a la confidencialidad con que el mencionado Centro de Arbitraje y Mediación maneja sus procesos.

Como complemento al tema principal, intentaremos analizar la cláusula arbitral que actualmente se incluye en los modelos del pliegos del Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”) publicados mediante Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 35, publicada en el Registro Oficial Suplemento 65, de 12 de noviembre de 2009.

Antes de adentrarnos en el tema, será necesario revisar qué se entiende por sector público y la naturaleza de los contratos sujetos a la LOSNCP. Posteriormente procederemos a plantear las diferentes situaciones que se pueden presentar respecto del tema: suscripción de un contrato con cláusula arbitral y controversias surgidas respecto de un contrato sin cláusula arbitral, pero que las partes acuerden someterlas a arbitraje. Analizaremos la postura de la Procuraduría General del Estado (en adelante, la “Procuraduría”) al igual que diferente normativa, fallos arbitrales, judiciales relevantes, la teoría de los actos propios, la nulidad de convenios para emitir conclusiones; adicionalmente, se incluirán sugerencias de redacción a la actual cláusula arbitral utilidad en los modelos de pliegos del SERCOP.

1.2 Conceptos preliminares

1.2.1 El arbitraje

Según nuestra actual Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, “LAM”)

El sistema arbitral es 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. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, artículo 1).

En la Resolución del Recurso de Casación de 10 de octubre de 2001, la Sala define al arbitraje como el

mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, y cuya existencia impide a la Función Judicial conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje. (Res. el 10 de octubre de 2001, CSJ 2).

En otras definiciones proporcionadas por la doctrina se incluyen elementos como la forma de elección del tribunal o árbitros, el investimento transitorio de jurisdicción, entre otros. Del análisis de la doctrina, Salcedo Verduga concluye que

Todas las definiciones tienen en común que consideran al arbitraje como un mecanismo o sistema de solución de conflictos de jurisdicción privada, instituido por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, que permite el desplazamiento de la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales de justicia ordinarios, para que sus litigios se tramiten en los tribunales arbitrales establecidos en la forma determinada por ley de cada país. (Salcedo Verduga, E., 2001, p. 21).

Sin perjuicio de las distintas definiciones que ofrece la doctrina, es necesario centrarnos en la definición que rige en la legislación ecuatoriana y para ello, es necesario resaltar los siguientes elementos de dicha definición: mutuo acuerdo, controversias susceptibles de transacción, controversias existentes o futuras y sean resueltas por árbitros.

El mutuo acuerdo o voluntad de las partes es un elemento *sine qua non*, que da origen al arbitraje; en caso de que las partes no tengan la voluntad de someter una controversia – existente o futura- a un tercero distinto de la función judicial, sería imposible acudir a un procedimiento arbitral. Salcedo Verduga establece que “la voluntad de las partes es, pues, la fuente del arbitraje”. (Salcedo Verduga, E., 2001, p. 36).

Respecto de las controversias susceptibles de transacción, son todas aquellas que no están expresamente determinadas a ser ventiladas por un procedimiento o juez especial, por razón de su materia, como es el caso de delitos. Así el Código Civil establece que la transacción es “contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.” (Código Civil Ecuatoriano, 2005, artículo 2348). Sin embargo, la LAM no se refiere a la forma de documentar un acuerdo extrajudicial entre partes respecto de un potencial litigio o de un litigio en curso, si no más bien a las materias transigibles que Salcedo Verduga describe como

todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales, las partes tienen capacidad legal para disponer libremente sobre ellos; bienes y derechos éstos, cuya existencia y disposición no deben ser contrarios a la ley, al orden publico, ni a las buenas costumbres. (Salcedo Verduga, E., 2001, p. 76).

Coincide Díez-Picazo al establece que “ha de tratarse de una relación jurídica respecto de la cual las partes tengan plena libertad de disposición.” (Díez-Picazo, L., 1963).

La contratación pública desde la promulgación de la LAM se incluye dentro del grupo de controversias susceptibles de transacción, lo que ha sido respaldado por la LOSNCP y por la actual Constitución. La doctrina sobre este punto manifiesta que:

La contratación administrativa, como se ha señalado reiteradamente por la doctrina, dado su carácter convencional, se manifiesta como una de las materias más idóneas para el arbitraje, y por tanto, como uno de los campos en los que preferentemente debiera incentivarse la solución de conflictos a través de medios arbitrales y de la conciliación. (Díaz Madrera, B., 2007, p. 156).

El objeto del arbitraje es naturalmente una controversia entre partes y esta puede ser existente (cuando la controversia ya se ha originado y las partes deciden someterla a arbitraje) o futura (las partes previendo futuras controversias pactan una cláusula arbitral para lo venidero). Estas controversias deben de ser expuestas y resueltas por un tercero

imparcial. La composición del tribunal arbitral puede estar establecida por las partes, quienes también pueden aplicar lo dispuesto en la legislación pertinente o lo previsto en los diferentes reglamentos de los centros de arbitraje.

1.2.2 Sector público

Antes de comenzar propiamente el análisis del tema en cuestión, es necesario establecer que se entiende por sector público bajo la normativa ecuatoriana. Así, el artículo 225 de la Constitución establece que el sector público comprende:

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.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 225).

En este mismo sentido reza las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia interpretativa No. 0001-09-SIC-CC que “el Pleno de esta Corte considera que el sector público, conforme se establece en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, comprende: 1) los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral, de Transparencia y Control Social; 2) entidades del régimen autónomo descentralizado; 3) los organismos y entidades creadas por la Constitución y la Ley; y, 4) las personas jurídicas creadas mediante acto normativo.”. (Res. el 16 de marzo de 2009, CC).

A diferencia del sector privado, las actuaciones del sector público están altamente reguladas pues se rigen por el principio constitucional de legalidad que consagra que las instituciones estatales “ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”. (Res. el 2 de julio de 2002, CSJ). Así lo establece la Corte Suprema de Justicia al disponer que:

todos los actos administrativos tienen como único origen la ley, pues conforme al principio, elevado en nuestro derecho positivo al rango de constitucional, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley. (Res. el 2 de julio de 2002, CSJ).

Lo anterior es una característica intrínseca del derecho administrativo. Este tinte se refleja en los delimitados procedimientos de contratación para estas entidades al igual que en la capacidad –o falta de- para incluir una cláusula arbitral en sus contratos o un convenio arbitral ante el surgimiento de una disputa.

Resulta interesante analizar de forma particular a las empresas públicas, dentro de las instituciones del sector público, por su capacidad de contratar de acuerdo a los procedimientos establecidos en la LOSNCP y mediante procedimientos *sui generis* amparados en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante, “LOEP”). Las empresas públicas son actualmente una herramienta que se ha proliferado dentro del sector público para llevar a cabo determinadas actividades y, dentro de esas actividades, importantes proyectos públicos. Dada la creciente popularidad de la empresa pública, el ejecutivo creó a finales de 2015 a la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas - EMCO EP con el objeto de “planificar, articular, coordinar, controlar y validar las políticas y acciones de todas las empresas públicas, sus subsidiarias, filiales, agencias y unidades de negocio, constituidas por la Función Ejecutiva”. (Decreto Ejecutivo 842, 2015, artículo 2).

Hago referencia particular a las empresas públicas que, atendiendo a la definición de sector público incluye a estas entidades, pero que se las diferencia de las restantes entidades públicas pues tienen finalidad específica “la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 315§1). Adicionalmente, cuentan con regulación con ciertos matices a la hora de contratar, se distingue un régimen común y un régimen especial; e igualmente se distingue entre contratación administrativa y la contratación privada.

En el régimen común se incluyen a aquellas contrataciones de bienes, obras y servicios, consultoría realizados bajo la LOSNCP. Por otro lado, el régimen especial incluye la suscripción de “alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar”

en donde el propio contrato o convenio establecerá los procedimientos de contratación. (Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009, artículo 34§3).

Por otro lado, la LOEP establece, en su disposición general primera que “Los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa.” (Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009, Disposición General Primera). Se debe de entender, entonces, que los contratos que no tengan como objeto la obra pública o la infraestructura no son contratos administrativos, si no que, por el contrario, son contratos de naturaleza privada no sujetos al principio de legalidad mencionado anteriormente, si no a las reglas de contratación civiles entre operadores privados? De ser así, en aquellos contratos que no tengan por objeto una obra pública o infraestructura, se puede pactar arbitraje sin someterse a las disposiciones que analizaremos en el presente trabajo? Dejamos ambas dudas abiertas puesto que exceden del análisis de este trabajo si no que meramente sirven para ejemplificar los matices en el régimen de contratación de las empresas públicas[1].

1.2.3 Contratación pública en Ecuador

El ERJAFE establece lo que se considera un contrato administrativo en Ecuador:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables. (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002, artículo 75).

De la anterior regulación queda absolutamente claro que para que un contrato se considere administrativo debe de ser celebrado por una persona en ejercicio de la función administrativa. La anterior definición da pie, por otro lado, que la materia de los contratos administrativos sea regulado por normas separadas (no necesariamente el ERJAFE).

Así, la normativa aplicable a contratación pública en Ecuador es la LOSNCP y el Reglamento de aplicación de la LOSNCP. De acuerdo a las definiciones que proporciona la LOSNCP, entendemos que la contratación pública “se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, artículo 6§5) realizados por los organismos y dependencia

de las funciones del Estado, los Organismos Electorales, los Organismos de Control y Regulación, las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo, los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley, personas jurídicas creadas por actos legislativos seccional para la prestación de servicios públicos o las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en determinados casos.

No se entiende la regulación separada de la contratación pública (frente a la contratación privada) sin atender a su naturaleza. En este sentido, la siguiente distinción general de los contratos administrativo de los contratos privados es acertada:

suponen esencialmente la existencia de los contratantes en pie de igualdad (...) mientras que en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés. (García de Enterría, E. & Fernández T., 2004, p. 691).

La institución pública “encargada” de la contratación pública en el Ecuador es el Servicio de Contratación Pública SERCOP¹. Institución que fue creada por la LOSNCP con competencias para rectoras en el ámbito de contratación pública. Hacemos alusión a este instituto pues dentro de sus resoluciones ha emitido las resoluciones contentivas de los pliegos y documentos precontractuales y contractuales de uso obligatorio para todas las instituciones sujetas a la LOSNCP, cuya cláusula arbitral analizaremos en el epígrafe 8 siguiente.

Nótese que la LOSNCP fue publicada en el Registro Oficial unos meses antes de que se publicara la Constitución de la República. Tras su promulgación la LOSNCP ha sido reformada en varias ocasiones y en ninguna de estas ocasiones se ha reformado el artículo 105 relativo a la los procedimientos para ventilar controversias, como veremos más adelante.

La contratación pública se rige por los principios de “principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, artículo 4). Como se mencionó anteriormente en derecho administrativo, al igual que en contratación pública (pues es una rama del derecho

¹ Inicialmente se denominaba Instituto Nacional de Contratación Pública.

administrativo) rige el principio de legalidad, según el cual “el órgano público solamente puede actuar conforme a la norma positiva”. (Pérez, E., 2009, p. 757).

1.2.4 Procuraduría General del Estado

No estaría completo el capítulo respecto a los conceptos preliminares sin una breve reseña de la Procuraduría y sus funciones en general y en particular, en cuanto a temas de arbitrajes que involucren al Estado.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establece que este es un:

organismo público de control, con personería jurídica, patrimonio y fondos propios, autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado legalmente por el Procurador General del Estado. Tendrá su sede en la Capital de la República y podrá establecer delegaciones distritales o provinciales, de acuerdo a sus necesidades administrativas. (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004, artículo 1).

Esta norma, también nos indica –en mi opinión en términos más prácticos- que el Procurador es el que ejerce de representante judicial del Estado y que, por tanto, también es la institución encargada de asesorar legalmente al Estado. Destacan, en esta línea, las siguientes funciones atribuidas a este organismo público²: a) Ejercer el patrocinio del Estado; b) Representar al Estado en defensa del patrimonio nacional y del interés público; c) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público; d) Representar al Estado Ecuatoriano en cualquier juicio o reclamo que deban proponer o que se plantee en su contra en otro Estado; e) Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público; y f) Expedir reglamentos, acuerdos, resoluciones e instructivos de carácter general y particular, dentro del ámbito de su competencia.

² Dichas funciones se encuentran recogidas en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procuraduría General del Estado.

2 Arbitraje en contratación pública

2.1 El arbitraje en la Constitución

Como regla general, la Constitución de la República consagra la posibilidad de mediación y arbitraje para entidades públicas y privadas al igual que para particulares, siempre que los procedimientos versen sobre materias sobre las cuales por su naturaleza se pueda transigir. Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución, al referirse al sector público, realiza ciertas precisiones para determinadas materias en concreto, como es la contratación pública, tratados internacionales o deuda externa.

Respecto de la contratación pública, la Constitución en su artículo 190 inciso segundo, si bien permite el arbitraje para las instituciones públicas en contratación pública establece que se deben de dar dos requisitos: (i) que exista previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría, conforme a las condiciones establecidas en la ley; y (ii) que el arbitraje sea en derecho. En el apartado **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** siguiente veremos cuales son las condiciones establecidas por la ley de la materia, esto es, la Ley de Arbitraje y Mediación.

La Corte Constitucional en su sentencia interpretativa No. 001-09-SIC-CC, respecto del artículo 190 considera que

El Procurador General del Estado, al emitir su criterio respecto del inciso segundo del artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, no diferencia el límite expreso que contiene la norma, que es referida a 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., mismas que según mandato constitucional están obligadas a realizar un arbitraje en derecho. (Res. el 16 de marzo de 2009, CC).

Como se desprende del texto, la Corte Constitucional parece que únicamente reconoce como requisito esencial que el arbitraje en materia de contratación pública sea en derecho.

Así, de lo anterior queda claro que, de acuerdo al artículo 190 de la Constitución, procede arbitraje en contratación pública cuando este sea en derecho y cuando exista previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría, conforme a las condiciones establecidas en la ley. Queda claro también que la Constitución no regula las condiciones o situaciones en

las cuales es necesario el pronunciamiento previo del Procurador, si no que lo deja abierto para que dichos requisitos o condiciones se regulen por ley. Así lo interpreta Neira:

(...) una recta y completa aplicación del Art. 190 de la Constitución de la República exige remisión a las condiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y de la Ley de Arbitraje y Mediación, para establecer en qué casos específicos se debería obtener, previamente, el informe favorable de la Procuraduría que manda obtener la Constitución, y evitar con ello la nulidad del convenio arbitral. (Neira Gallegos, E., 2011, p. 48 – 63).

2.1.1 Artículo 190 de la Constitución: génesis

Para un mejor análisis del artículo 190 de la Constitución de Montecristi es necesario conocer la génesis de dicho artículo en la Asamblea Constituyente.

El texto propuesto a la Asamblea rezaba así:

Artículo 1. Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán en materias en las que por su naturaleza se puedan transigir, y con sujeción a la ley. Dichas resoluciones estarán sujetas a control de constitucionalidad cuando sean vulnerados los derechos humano (...). (Asamblea de Montecristi, 2008).

La redacción original del artículo no aparece la necesidad de la autorización previa del Procurador. Existieron modificaciones posteriores en las que aparece expresamente la mención expresa del previo informe favorable de Procurador, pero se circunscribían a áreas del derecho particulares, como fue la propuesta de las “relaciones jurídicas mercantiles”. El texto final es el que conocemos, cuya redacción se remite a las “condiciones establecidas en la ley”.

Neira Gallegos³ analiza los entretelones de las actas de la Asamblea Constituyente y concluye que

lejos de avalar la posición de la Procuraduría del Estado (...), la contradicen porque después de examinar todas esas actas, se encuentra que la propuesta inicial para los constituyentes fue que el informe previo y favorable del Procurador sea una

³ Neira Gallegos ha ejercido como árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

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

Lo anterior es un argumento adicional que apoya la necesidad de la autorización del Procurador aplica “conforme las condiciones establecidas en la ley” que aparece en nuestra actual Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior, me parece relevante destacar la siguiente conclusión de Neira Orellana:

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

Existen interpretaciones distintas a los textos de la Asamblea Constituyente, como es por la que opta en seguir y exponer Albuja Guarderas.

2.2 El arbitraje en la LOSNCP

La LOSNCP 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. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, artículo 104).

Recordemos que la LOSNCP es una norma anterior a la Constitución de la República, pero que las modificaciones posteriores para adecuar a esta norma la Constitución no han afectado al artículo correspondiente a los métodos alternativos de solución de controversias. Tras la promulgación de la Constitución, el legislador parece que no consideró necesario reformar su artículo 104 a la luz del artículo 190 de la Constitución. Así, “las condiciones establecidas en la ley” del artículo 190 de la Constitución si atendemos a la LOSNCP, son que el arbitraje sea en derecho y que se realice de acuerdo a la cláusula compromisoria respectiva.

Es el Reglamento de la LOSNCP, norma posterior a la Constitución, el que distingue entre dos situaciones: cláusulas compromisorias introducidas en un contrato y la solicitud posterior al contrato a suscribir un compromiso o convenio arbitral.

Respecto de la primera situación, el artículo 161 del Reglamento de la LOSNCP concreta que la cláusula compromisoria introducida en los contratos contará con tres (3) árbitros salvo que las partes decidan acudir a un árbitro único y que en las disputas de menor cuantía habrá un sólo arbitro. El Reglamento también añade que “Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje.”. (Reglamento de la LOSNCP, 2009, artículo 161§3).

Respecto de la segunda situación, el artículo 162 establece que cualquier de las partes puede solicitar a la otra parte suscribir un convenio arbitral para que las diferencias suscitadas en una relación contractual sean resueltas por un Tribunal Arbitral. Añade un requisito exclusivo para esta situación “En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado.” (Reglamento de la LOSNCP, 2009, artículo 162§1).

Por lo anterior, a más de lo que ya se establece en el artículo 190 de la Constitución, está claro que, bajo la normativa rectora en contratación pública, sí se puede pactar arbitraje. Ahora bien, de lo anterior, la normativa aplicable desarrolla un paso más lo previsto en la Constitución y distingue entre dos situaciones: controversia respecto de un contrato con cláusula arbitral y controversia respecto de un contrato sin cláusula arbitral pero con convenio arbitral posterior al respectivo contrato.

Resalto dos disposiciones adicionales de la LOSNCP que considero que se deben de tener en cuenta a la hora de analizar la necesidad de autorización previa del Procurador para la

inclusión de cláusulas arbitrales en contratación pública. El artículo 15 de dicha Ley establece un sistema de control posterior –no previo- a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes. Por su parte, el artículo 61 de la misma Ley establece que “Para la suscripción de un contrato adjudicado no se requerirá de autorización previa alguna.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, artículo 61§3). La adjudicación de un contrato no es un acto jurídico aislado, si no mas bien el resultado parcial de varios actos que han tenido lugar de forma previa: como es el caso de la bases de un determinado proceso que contienen unos pliegos -que pueden o no- incluir una cláusula arbitral. Finalmente, la LOSNCP establece los siguientes como requisitos para suscribir un contrato bajo esta norma:

1. La competencia del órgano de contratación; 2. La capacidad del adjudicatario; 3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y, 4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, artículo 68).

Por lo que esta claro que en tema de cláusulas arbitrales, de acuerdo a la LOSNCP, al no ser un requisito expreso por dicha norma y su Reglamento (haciendo alusión al requisitos del numeral 4), no podrían invalidar al contrato. Más aún la LOSNCP y su Reglamento distinguen las situaciones que distingue la LAM (v. epígrafe **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**) y respecto de ellas únicamente considera necesario el informe previo del Procurador General del Estado en controversias suscitadas dentro de una relación contractual ya existente. Ahondando más, el artículo 61 de la LOSNCP complementa el hecho de que la autorización previa, como regla general, no es necesaria.

2.3 El arbitraje en la Ley de Arbitraje y Mediación

La Ley de Arbitraje y Mediación se promulgó en 1997, bajo la vigencia de la Constitución de 1998, por lo que tras la promulgación de la Constitución de 2008, ha sufrido numerosas reformas, la última relevante siendo en 2006. Las reformas de 2009 y 2015 han tenido la intención de actualizar ciertos aspectos a la actual Constitución. Un claro ejemplo es la actualización realizada a los artículos 52 y 59 de la LAM que fueron modificados mediante Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de Marzo del 2009 para actualizar dichos artículos al contenido del artículo 83 de la Constitución. Así, el artículo

59, del Título III, "De la mediación comunitaria", se actualiza en concordancia con lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política de la República, haciendo expresa mención a los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos. Las modificaciones a la LAM no han afectado al artículo 4 que será comentado en el presente epígrafe y que es neurálgico para esta tesis.

No se explica muy bien porque no ha sido modificado el artículo 4 inciso segundo de la LAM si la intención constitucional (o por lo menos la aplicación de la Procuraduría de este artículo como se ve en el apartado 2.5 siguiente) es la exigencia de la aprobación previa del Procurador ante la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato del sector público y no únicamente cuando la disputa sea respecto de un contrato sin cláusula arbitral, es decir, una vez surgida la controversia.

Es necesario mencionar que la promulgación de la LAM en 1997 dio un gran impulso a la administración de justicia en Ecuador pues en esta norma se reconoce la posibilidad de que las instituciones del Estado y demás entes de derecho público puedan someter sus controversias al sistema arbitral. Así lo reconoce Salcedo Verduga al referirse a la LAM:

la que ha visto a vigorizar la operatividad del sistema arbitral en el campo contractual de las entidades públicas, bajo la influencia de las modernas corrientes del derecho administrativo que sostienen que aquel principio no es absoluto, si no que se debe distinguir entre los actos de autoridad sometidos a los tribunales administrativos, de los actos de "gestión" realizados por los entes públicos, que sí pueden ser sometidos a la jurisdicción ordinaria y al arbitraje. (Salcedo Verduga, E., 2001, p. 75).

Antes de la promulgación a esta norma, el arbitraje estaba regulado por el Código de Procedimiento Civil de 1960, que regulaba todo tipo de arbitrajes civiles y comerciales y por la Ley de Arbitraje Comercial de 1963, que aplicable únicamente a arbitrajes comerciales.

De lo previsto en la Constitución, LAM y en la LOSNCP, se desprende que no existe limitación para que las entidades del sector público, en materia de contratación pública, puedan acudir a arbitraje. Sin perjuicio de lo anterior, la LAM exige determinados requisitos para que las entidades del sector público se puedan someter a arbitraje:

- 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. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, artículo 4§2).

Analicemos cada uno de los requisitos. Por efectos prácticos dejaremos el análisis del requisito a) para el final.

Los requisitos mencionados en el punto b) y c) no requieren mayor explicación. El primero se refiere a la naturaleza de la controversia. En apartados anteriores y de acuerdo a lo previsto en la LOSNCP ya ha quedado establecido que los contratos sujetos a dicha normativa son de naturaleza transigible. Por otro lado, el requisito del punto c) se refiere a dejar claramente estipulado la forma de selección de los árbitros. Si bien esto parece claro si existe cierta discusión doctrinaria sobre si la remisión a una norma o reglamento de centro de arbitraje y mediación se considera válido a la hora de evaluar este requisito.

Por otro lado, la doctrina respecto de capacidad –requisito d)- establece

Las entidades públicas, como toda persona jurídica, desarrollan a su capacidad para la celebración de cualquier acto o contrato, a través de sus representantes legales, por tanto, para la celebración válida de un convenio arbitral, deben concurrir, en cuanto a la prueba de la capacidad, los siguientes elementos: a) Que el respectivo representante legal acredite, a más de la existencia de la entidad pública en cuyo nombre actúa, su condición de representante legal de la misma; b) Que dicho representante acredite, igualmente, que el organismo público que representa cuenta con la facultad legal para transigir, es decir, que tiene la facultad de disposición sobre los bienes o derechos que somete a la decisión arbitral. (Salcedo Verduga, E., 2001, p. 73).

Finalmente, el requisito a) considera dos supuestos: (i) el convenio arbitral que se pacta con anterioridad al surgimiento de la controversia; y (ii) el convenio arbitral que se pacta una vez surgida la controversia. De la interpretación literal del requisito a) del artículo 4 se desprende que únicamente para el segundo supuesto –convenio arbitral una vez que ha surgido la controversia- se requiere consulta al Procurador. En este sentido lo entiende parte de la doctrina

las entidades públicas pueden pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia. En este evento, sus representantes legales no necesitan ninguna clase de autorización. Si se quisiera firmar el convenio con posterioridad, es decir, después de surgida la controversia, en este caso, sus personeros tienen la obligación de consultar al Procurador General del Estado. (Salcedo Verduga, E., 2001, p. 73).

La consecuencia jurídica del incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LAM –requisitos adicionales para las entidades del sector público- es la nulidad del convenio arbitral. Sensus contrario y analizando únicamente el requisito a) del artículo 4, de acuerdo a la LAM, no se vicia de nulidad al convenio en caso de que no se obtenga autorización previa del Procurador para pactar una cláusula arbitral con anterioridad del surgimiento de la controversia; esto no ocurre cuando la controversia ha surgido y se quiera pactar un compromiso arbitral, en este caso, si es requisito solicitar autorización previa del Procurador.

2.4 Consideraciones respecto de la Ley Orgánica de Empresas Públicas

Al inicio del presente trabajo se realiza especial énfasis en las empresas públicas y diferenciación que existe en su régimen de contratación de acuerdo a la LOEP. En este epígrafe se resalta la disposición expresa de la mencionada norma respecto de la necesidad de determinados informes previo dentro del régimen de contratación de las empresas públicas. Así, la LOEP dispone lo siguiente:

Sólo las contrataciones de crédito o líneas de crédito previstas en el Art. 13 de la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y la Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, requerirán informes previos del Comité de Deuda y Financiamiento, como órgano externo ajeno a la gestión de la empresa, siempre y cuando las deudas a contraerse

conlleven la emisión de garantías soberanas o requieran avales o garantías colaterales del Estado. Ninguna otra contratación que realicen las empresas públicas, ni de régimen común ni de régimen especial, requerirán de informes previos favorables de la Contraloría General del Estado, de la Procuraduría General del Estado o de otro órgano externo a la gestión de la empresa. (...). (Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009, artículo 34§5).

Como se analizó en el epígrafe 2.2, la LOEP mantiene la regla general establecida en el artículo 61 de la LOSNCP e incluye una excepción a dicha regla: solo las contrataciones de determinados créditos requieren informes previos favorables. Por lo que la normativa que desarrolla la contratación de las entidades públicas como tales tiene una regla general: no requerimiento de informes previos favorables, salvo excepciones. En la materia en cuestión la excepción la da el artículo 162 del Reglamento de la LOSNCP (que va de acuerdo a la LAM): así, se requiere autorización de la Procuraduría General del Estado cuando una vez surgida la controversia se requiera suscribir un convenio arbitral tras la suscripción del contrato.

2.5 Postura de la Procuraduría General de Estado

Teniendo en cuenta que la Procuraduría es un organismo público que ejerce de representante judicial del Estado y que es la institución encargada de asesorar legalmente al Estado, y que de acuerdo a la normativa aplicable, es la institución llamada controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público y a emitir autorización o informe favorable respecto de las cláusulas compromisorias es altamente relevante analizar la postura de esta institución frente a esta problemática.

En lo que nos concierne, hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado confirma que las entidades del sector público se pueden someter a arbitraje en derecho y que dicha sumisión a arbitraje se debe de realizar de acuerdo a lo establecido en la LAM, previa la suscripción del respectivo convenio. En igual sentido que la LAM y el Reglamento de la LOSNCP, distingue dos supuestos: (i) existencia de convenio previo al surgimiento de la controversia; y (ii) surgimiento de controversia sin convenio. En este segundo caso, se remite a lo dispuesto en las “leyes pertinentes”, esto es a la LAM. Finalmente esta norma sí es específica respecto a un tercer supuesto: el arbitraje internacional. En este tercer supuesto además de que sea necesario cumplir con las leyes

pertinentes, se requiere informe favorable previo de la Procuraduría.

2.6 Normativa secundaria emitida por la Procuraduría General del Estado

El Procurador tiene facultad para “Expedir reglamentos, acuerdos, resoluciones e instructivos de carácter general y particular, dentro del ámbito de su competencia”. (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004, artículo 3). En virtud de dicha facultad ha dictado las siguientes circulares e instructivos: Oficio Circular 09258 sobre la autorización para someter a arbitraje, Oficio Circular 10623, Resolución 122, por la que se dicta el Instructivo para solicitar al Procurador autorización para el sometimiento a arbitraje nacional, internacional, ley y jurisdicción extranjeras, que analizamos a continuación. Parte de la doctrina se cuestiona si las circulares analizadas a continuación se consideran interpretaciones a la Constitución siendo que esta facultad reservada exclusivamente al Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 429 de la Constitución.

2.6.1 Circular 09258

El 15 de septiembre de 2009 el Procurador emitió el Oficio Circular 09258 sobre la autorización para someter a arbitraje. Dicho oficio, que va dirigido a las entidades incluidas en el artículo 1 de la LOSNCP (esto es, a las entidades del sector público, ver epígrafe 1.2.2 anterior), dispone que “se requiere el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado, para proceder a la suscripción de todo convenio arbitral, en materias reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (Oficio Circular 09258, 2009). Luego establece que “La Constitución de la República demanda el pronunciamiento del Procurador previa la suscripción del convenio arbitral” (Oficio Circular 09258, 2009) y continúa resaltando que las instituciones o empresas regidas por la LOSNCP deberán “solicitar este pronunciamiento previa a la suscripción de cualquier convenio arbitral, sea para controversias existentes o que puedan surgir en el futuro”. (Oficio Circular 09258, 2009).

Respecto de este punto me gustaría destacar lo dispuesto en la Sentencia interpretativa de la Corte Constitucional No. 0001-09-SIC-CC respecto de las facultades del Procurador:

Adicionalmente, el Pleno de la Corte Constitucional recuerda al Procurador General del Estado y a todas las servidoras y servidores públicos que de acuerdo con el artículo 429 de la Constitución en vigencia, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional, mientras que

corresponde al Procurador General del Estado, según dispone el inciso 3 del artículo 237 de la Constitución: “el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector públicos, con carácter vinculante, sobre la inteligencia y aplicación de la ley (...)”, lo cual implica que el Procurador no puede hacer interpretación constitucional con carácter vinculante y obligatorio so pena de incurrir en arrogación de funciones. (Res. el 16 de marzo de 2009, CC).

2.6.2 Circular 10623

El 27 de noviembre de 2009 el Procurador emitió el Oficio Circular 10623 por medio del cual se hace un alcance a la Circular 09258. El alcance iba destinado a todas las entidades del Estado que hubieren pactado convenios arbitrales sin haber obtenido la autorización del Procurador de acuerdo a lo previsto en el artículo 190 de la Constitución de la República. Insta a que estas entidades soliciten dicho pronunciamiento dentro del plazo de 3 meses y “de no solicitarse la autorización prevista en el artículo 190 de la Constitución (...) en el plazo previsto, y siendo dicha autorización un requisito esencial para la validez del convenio arbitral, tales convenios estarán sujetos a las consecuencias legales que esta omisión acarrea.” (Oficio Circular 10623, 2009).

2.6.3 Instructivo de autorización de arbitraje

En similares líneas a lo dispuesto por las Circulares anterior, la Resolución de la Procuraduría General del Estado 122 enumera los supuestos en los que las instituciones enumeradas en el artículo 225 de la Constitución deben de requerir la autorización de dicha institución para sometimiento a arbitraje, ley y jurisdicción extranjera: (i) contratos derivados de la aplicación de la LOSNCP; (ii) en todos los contratos en donde se pacte arbitraje internacional; y (iii) todos los contratos celebrados por el Estado y entidades del sector público en los que se sometan a ley extranjera.

Se añade un apartado adicional un el supuesto de que no se haya pactado el sometimiento a arbitraje y “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”. (Resolución de la Procuraduría General del Estado 122, 2014).

El instructivo se remite a lo previsto en el artículo 190 de la Constitución y a los artículos

1, 4, 41 y 42 de la LAM en cuanto a los requisitos que deben de observar los convenios arbitrales (v. Epígrafe 2.1).

2.6.4 Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado

El Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado precisa las funciones del Procurador, las diferentes direcciones y subdirecciones de la Procuraduría al igual que los productos que deben de generar dicha entidad. En lo correspondiente a este trabajo y de cara a tener una idea de la postura de la Procuraduría, destaco la siguiente:

Emitir pronunciamiento previo favorable para la suscripción de convenios arbitrales o autorización previa para aceptar otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias existentes o que puedan surgir en el futuro, relativas a contratos celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público, de conformidad con la Constitución y la ley. (Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, 2013, artículo 3).

Lo anterior va en línea con la postura que ha mantenido la Procuraduría desde la emisión de la Circular 09258.

2.6.5 Consultas a la Procuraduría General del Estado

Es necesario adicionalmente considerar las consultas realizadas por la Administración a la Procuraduría. Destacan algunas consultas sobre esta problemática y como parece lógico la Procuraduría guarda la misma postura que ha mantenido en las circulares mencionadas en epígrafes anteriores.

De acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica de Procuraduría General del Estado el pronunciamiento de la Procuraduría –respecto de la consulta- es obligatorio para la Administración Pública. El ámbito de las consultas vinculantes es “la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico”. (Ley Orgánica de Procuraduría General del Estado, 2004, artículo 13).

La consulta vinculante No. 14591 de 9 de junio de 2010 establece:

8.- El pronunciamiento previo del Procurador General del Estado se requiere para autorizar el sometimiento a arbitraje en los siguientes casos:

1. En materia de Contratación Pública: debe entenderse en aquellos contratos que

se regulan bajo esta materia. El pronunciamiento del Procurador General del Estado es un requisito previo para que las partes puedan someter sus diferencias a arbitraje.

Esta facultad del Procurador General del Estado, ha sido prevista en el artículo 190 de la Constitución del año 2008. Su aplicación no puede tener un carácter retroactivo, es decir, que la autorización de la Procuraduría General del Estado, bajo el artículo 190, es exigible en aquellos casos en que las partes acuerden someter sus diferencias con posterioridad a la promulgación de la Norma Suprema. Si el convenio arbitral fue pactado con anterioridad a esta fecha, no se requeriría informe previo del Procurador General del Estado bajo el artículo 190, porque el cumplimiento del convenio podría ser exigido en cualquier momento a las partes.

De lo señalado en el párrafo anterior, se concluye que el consentimiento otorgado por las partes para la celebración de un convenio arbitral, no puede ser invalidado por la promulgación de una nueva norma constitucional que rige para lo futuro. Con ello, se concluye que la ratificación no es sino una declaración de las partes respecto de su voluntad de someter sus diferencias a un procedimiento de resolución de conflictos, conforme un mecanismo previamente acordado.

El criterio expresado en el párrafo anterior parte del entendido de que el convenio arbitral originalmente celebrado cumplió con los requisitos legales exigibles a la fecha de su suscripción, y que el contrato que se pretende suscribir regula el mismo objeto contractual respecto del cual se otorgó el consentimiento. (Res. Procuraduría General del Estado 0, 2010).

En igual sentido se pronuncia la Procuraduría en la consulta No. 09712:

Por lo tanto, de conformidad con lo expuesto, para que proceda el arbitraje en contratación pública, es necesario que previo a la suscripción del convenio arbitral, se cuente con la autorización de la Procuraduría General del Estado.

(...)

En tal virtud, al ser éste un requisito esencial para la validez del convenio arbitral en materia de contratación pública, su omisión vicia de nulidad la cláusula arbitral; y, en consecuencia, al no haberse solicitado dicha autorización en el contrato que motiva su consulta, la misma se torna improcedente, lo que hace innecesario

cualquier análisis adicional al respecto.” (Res. Procuraduría General del Estado 0, 2012).

2.7 Doctrina

No existe mucha doctrina respecto del tema en cuestión; existe menos doctrina aún que defienda la postura de la Procuraduría. Dentro de esa doctrina destacada Fausto Albuja Guarderas en donde se respalda la posición de la Procuraduría en base a los siguientes argumentos (resaltamos aquellos novedosos respecto de los ya expuestos en este trabajo):

- El artículo 190 de la Constitución establece a la contratación pública como un caso adicional (respecto de los dos casos ya establecidos por la Ley de Arbitraje y Mediación) a los ya previstos en donde se requiere autorización previa;
- La Constitución es posterior a la LAM, por lo que afirmar que no se requiere autorización previa en materia de contratación pública es contradecir directamente a la Constitución;
- En contraposición a la Constitución de 1998, esta no requería autorización previa en materia de contratación pública y se remitía a la LAM.

Pérez también interpreta el texto Constitucional y la normativa vigente considerando que:

El requerimiento del pronunciamiento “previo” del Procurador General del Estado deja sin efecto la norma de la Ley de Arbitraje y Mediación, que exige el dictamen del Procurador solamente para los casos de controversia en que no se haya pactado arbitraje con anterioridad y extiende esta obligatoriedad del dictamen para todos los casos de celebración de contratos públicos. (Pérez, E., 2009, p. 966).

2.8 Postura de los Tribunales Arbitrales

2.8.1 Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito

La postura del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito se refleja claramente en el proceso arbitral No. 109-11 interpuesto por Christian Eduardo Larraín contra la Superintendencia de Bancos y Seguros.

La controversia objeto del proceso nace de un supuesto incumplimiento contractual de contrato de consultoría suscrito entre ambas partes que incluía cláusula arbitral, sin que

esta haya sido previamente autorizada por el Procurador General del Estado, la Superintendencia alega la nulidad de la cláusula contractual por carecer de autorización previa del Procurador y por ende, falta de competencia del Tribunal Arbitral. Esta línea argumental es sostenida igualmente por la Procuraduría.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral se declara competente en base que el artículo 190 de la Constitución se remite a la ley, que en el caso en cuestión es la Ley de Arbitraje y Mediación, en donde solo se requiere el pronunciamiento previo del Procurador para un supuesto determinado. Adicionalmente examina el cumplimiento en el supuesto de hecho de cada uno de los requisitos del artículo 4 de la LAM. Por otro lado, establece que el contrato (y por ende la cláusula arbitral) fue impuesto por la propia entidad contratante, por lo que resulta que el propio obligado a obtener el informe previo es el autor de la cláusula.

En igual sentido considera la nulidad absoluta de acuerdo a lo prescrito por el artículo 1699 del Código Civil no puede ser alegada por el que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida, por lo que si la falta de informe previo invalida el contrato, la entidad contratante es la única que no puede alegar dicha nulidad. En este aspecto, alude a la doctrina de los actos propios y resalta que no existe disposición legal que sancione con la nulidad al contrato celebrado por una institución pública sin el informe favorable previo el Procurador.

Finalmente, basa su motivación en que, de acuerdo al artículo 1561 del Código Civil todo contrato es válido mientras no se declare su nulidad en sentencia ejecutoriada de última instancia, a lo que suma lo previsto en la LAM que establece que la “nulidad de un contrato no afectará a la vigencia del convenio arbitral” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, artículo 5).

Contra el comentado laudo arbitral se entabla una acción de nulidad por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en donde la Corte Provincial de Pichincha ratifica el laudo y descarta la nulidad del mismo pues la incompetencia alegada no se encuentra enunciada como causa de nulidad en la LAM⁴.

⁴ Tras la finalización de la presente tesis el 26 de enero de 2017 se dictó sentencia por parte de la Corte Nacional de Justicia respecto del recurso de casación interpuesto por la Superintendencia de Bancos en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 26 de noviembre de 2015. Dicha sentencia no casa la sentencia de 26 de noviembre de 2015; contó con el voto salvado del doctor Wilson Andino Reinoso. A su vez la sentencia de casación ha

2.8.2 Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito

Según se desprende del análisis realizado por Albuja Guarderas, el Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito decidió su incompetencia para conocer un determinado asunto pues “La constitución es Ley suprema y, por lo tanto, mientras el Art. 190 de la Constitución se halle vigente, este Tribunal no es competente para conocer el conflicto arbitral planteado, por que previamente a suscribir el contrato la (...), cometió una grave omisión al no contar con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.- La contratistas, (...), por su parte, no debió suscribir el contrato mientras la institución pública contratante no cuente con la debida autorización, ya que la ignorancia de Ley no es excusa a persona alguna...”. (Albuja Guarderas, F., s.f.).

Al parecer este Centro y sus Tribunales Arbitrales han mantenido esta línea en varias ocasiones, en donde se han declarado no competentes para conocer determinadas disputas, manifestando que:

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

sido objeto de una acción extraordinaria de protección interpuesta por el señor Larraín. La mencionada acción aún está pendiente de resolución.

3 Doctrina de los actos propios y nulidad de contrato

3.1 Doctrina de los actos propios

La doctrina parece estar de acuerdo que la doctrina de los actos propios tiene su origen en el derecho romano en dos enunciados *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam* de Papiniano y *Factum cuique suum non adversario nocere debet* de Paulo, cuya base es el principio de buena fe. Zavala Egas considera que el principio de buena fe es “un principio jurídico universal y siendo la idea de buena fe de tal evidencia (...) que es un principio general del Derecho”. (Zavala Egas, J., 2007). Anticipando lo que se comentará más adelante, Zavala Egas también considera que “En Derecho Público Administrativo los principios generales del Derecho son fuentes del Derecho y se aplica, en forma directa, por los operadores jurídicos” (2007) y que uno de los principios generales del Derecho proclamado es el principio de la buena fe.

La doctrina internacional civil explica esta doctrina como:

venir –o contravenir- contra el hecho propio significa tratar de alguna manera de destruir el efecto producido por este negocio jurídico que uno ha celebrado y, en particular, intentar o formular alguna acción dirigida a destruir esta eficacia. También puede significar conducta tendente, no a destruir lo hecho, sino simplemente a desconocerlo (...). (Diez-Picazo, L., 1963).

Los autores parecen coincidir que el principio tiende a proteger la confianza en las actuaciones en base al principio de buena fe. Esta doctrina es una “materialización del principio de buena fe que se especifica en la confianza en virtud de la cual una de las partes de una relación jurídica o un tercero actúa de buena fe” (Salah Abusleme, M., 2008). En el ámbito de derecho administrativo, Zavala Egas sostiene que “el sustento de la doctrina de los actos propios es la protección de la confianza entregada –conforme a la buena fe- en una conducta coherente de la Administración pública.” (2007).

Así también lo considera la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español:

El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que ni podría ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 9 de diciembre de 2010, 7 de diciembre de 2010, 25 de febrero de 2013).

De lo anterior se desprende que no cualquier acto aplica esta doctrina, si no que, como ha reiterado la jurisprudencia española se requiere que se debe de haber verificado un quebranto de la coherencia en los actos. Salah Anusleme lo explica de forma sencilla al establecer que:

se requiere, en primer lugar, de la existencia de una conducta por parte de un sujeto, la cual debe de ser susceptible de influir en la conducta de terceros. En segundo lugar, se requiere de la realización de una segunda conducta por parte del mismo sujeto, la que, si bien generalmente se materializa a través del ejercicio de un derecho subjetivo, dicha contradicción de conductas debe causar un perjuicio a los terceros que confiaron en la primera de las conductas (2008).

Este principio también ha tenido repercusión en el derecho administrativo nacional e internacional. En el ámbito internacional podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de España de 22 de enero de 2007, la que establece:

El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las Sentencias de 1 de febrero de 1990, 13 de febrero de 1992, 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997), y se consagra en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tras su modificación por la Ley 4/1999, que en su artículo 3, cuyo número 1, párrafo 2º, contiene la siguiente redacción: “Igualmente, deberá (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”. El contexto interpretativo de estos principios jurídicos se advierte en la Exposición de Motivos de la citada Ley procedimental administrativa, cuando afirma lo siguiente: “En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por otra parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental

administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente. (SSTS de 22 de enero de 2007)

La consecuencia de la aplicación de esta doctrina es que “se establece la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria”. (Salah Abusleme, M., 2008).

En Ecuador, ha tenido reconocimiento en la jurisprudencia en materia privada, al igual que en la normativa aplicable en el país. En cuanto a jurisprudencia, destacan la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 28 de mayo de 1996, en expediente No. 266 – 99 y el fallo de la Primera Sala de 17 de mayo de 2001. La sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 28 de mayo de 1996, la cual, en lo que interesa establece:

Es inconcuso el principio de derecho universal de recepción en todos los sistemas jurídicos, según el cual nadie puede ir válidamente, contra sus propios actos – “venire contra factum proprium”. El sujeto que voluntariamente ha celebrado un negocio jurídico se encuentra desposeído de todo poder de impugnación frente al acto o contrato que concluyó y, por consiguiente, carece de debida legitimación sustantiva para presentarse como opositor a la ejecución del negocio en que participó. (Res. CSJ de 28 de mayo de 1996).

Por otro lado en los correspondiente a la normativa nacional, destacamos el ERJAFE:

ACTOS PROPIOS.- Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado” (Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, 2002, artículo 96).

El anterior artículo es claro al establecer que errores y omisiones de autorizaciones o informes “que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían de ser solicitados o llevados a cabo” (Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función

Ejecutiva, 2002, artículo 96) no deben de perjudicar a los administrados. Así, de acuerdo a Zavala Egas concluye que en Ecuador el ordenamiento jurídico “veda la posibilidad que la empresa estatal pueda, contradiciendo su conducta precedente, alegar contra la validez de las estipulaciones convenidas y, mucho menos, invocando incumplimiento formales que solo a ella correspondía cumplir”. (2007).

Aplicando la doctrina de los actos propios a la presente temática, en caso de que se interprete que se requiere autorización previa del Procurador a suscribir un contrato con cláusula arbitral y la correspondiente entidad estatal firme el contrato público sin contar con la citada autorización previa, dicha entidad en un procedimiento arbitral posterior no podría alegar la nulidad de cláusula en perjuicio del administrado. El contratista confió en que la institución pública obtuvo, en su caso, las autorizaciones necesarias para suscribir el contrato y que este sea válido y vinculante en todos sus aspectos; la omisión de alguna formalidad por parte de la administración no puede perjudicar al contratista.

Si bien lo anterior no representa un argumento adicional a favor de la postura de que no es necesaria la autorización del Procurador para suscribir contratos con cláusula arbitral si representa un argumento importante que debe de ser invocado en supuestos en que la entidad pública alegue la nulidad de la cláusula por falta de autorización.

3.2 Nulidad de contrato

La nulidad de un acto o contrato ocurre cuando “falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estados de las partes.”. (Código Civil Ecuatoriano, 2005, artículo 1697).

Algunos tratadistas consideran que la “nulidad implica una invalidez total e insubsanable ya que al contrato le falta uno de los elementos esenciales o suponen una vulneración de la ley imperativa” (Letai, P., 2014).

Una de las causas de nulidad absoluta, de acuerdo a lo previsto en el Código Civil, es aquella “producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos.” (Código Civil Ecuatoriano, 2005, artículo 1698). En este sentido esta norma establece que:

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo

el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años. (Código Civil Ecuatoriano, 2005, artículo 1698).

En este sentido, Zavala Egas considera que:

Así, un contrato puede ser nulo, pero la alegación de nulidad, legítima por si sola, no es permitida a la parte que conociendo o debiendo conocer el vicio, ejecutó el contrato. Todo comportamiento que no sea compatible con la conducta válida precedente, debe de ser sancionado con la improcedencia, inadmitiendo el juez o la autoridad la alegación que le proporcione legitimidad. (2007).

Atendiendo a las leyes aplicables a la materia en cuestión, esto es la LAM y la LOSNCP, estas incluyen disposiciones propias respecto de la nulidad. La LAM, establece que “el incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral”. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, artículo 4). Esto es, el incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 4 (v. Epígrafe **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** anterior).

Por otro lado, la LOSNCP considera que los contratos regidos por dicha norma son nulos en las siguientes causas:

1. Por las causas generales establecidas en la Ley; 2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y, 3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente. El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará 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. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, artículo 65).

La suscripción de un contrato público bajo la LOSNCP con cláusula arbitral sin que la entidad hay obtenido de forma previa la autorización del Procurador no encuadra dentro de las anteriores causas: no consta en procedimiento alguno de la LOSNCP, ni en la LAM, ni es una formalidad considerada por dichas normas.

Atendiendo a lo previsto en el Código Civil, en caso de que existirá causa de nulidad deberá de ser declarada por un juez. Para ello, en contratación pública y atendiendo a que la nulidad afectaría a la cláusula arbitral, se deberá de considerar las causales de nulidad que se incluyen adicionalmente en dichas normas.

Finalmente y como consideración adicional a la expuesto están dos principios de las nulidades procesales: el principio de especificidad procesal y el principio de trascendencia. El primero, de acuerdo a la doctrina más estricta, implica

El principio en su formulación más estricta reclamaría que la ley conminase la nulidad de manera expresa. O sea, que en vez de establecer reglas genéricas, lo cual supone una ulterior valoración de los casos particulares para determinar si cabe o no esa extrema consecuencia, el legislador exprese que en ausencia de tales o cuales requisitos un acto es nulo. (Gelsi Bidart, A., 1981).

El principio de trascendencia, por su parte, que se refiere al antiguo aforismo *pas de nullité san grief* que es explicado por Gelsi de la siguiente forma:

Sólo se consagra jurídicamente, la nulidad que implica un perjuicio. El vicio o defecto acarrea la violación de un interés legítimo que protege la ley; si a pesar de existir dicha causa, no quedase perjudicado el interés superior de la justicia o el de las partes reconocido por el Código, no hay nulidad para este. (Gelsi Bidart, A., 1981).

Así, hemos visto que la normativa aplicable no contiene causal de nulidad expresa para alegar la nulidad de la cláusula arbitral sin autorización previa del Procurador; adicionalmente el sujeto llamado a alegar la nulidad no es la entidad que omitió la autorización de acuerdo a lo previsto en el Código Civil y finalmente, en caso de que la institución la alegue la nulidad deberá de probar el perjuicio que esta le acarrea.

4 Recomendaciones y conclusiones

4.1 Pliegos de SERCOP: recomendaciones a la cláusula arbitral

El SERCOP (antes, INCOP) emite modelos de pliegos de uso obligatorio para los procedimientos regulados por la LOSNCP. Dichos modelos de pliegos incluyen un proyecto de contrato para la correspondiente contratación. De mi experiencia profesional, las entidades contratantes son reticentes a modificar los términos incluidos en los proyectos de contratos pues responden personalmente de cualquier modificación. Dichos proyectos incluyen un modelo de cláusula arbitral que fue solicitada por el Procurador General del Estado mediante oficio No. 07555 de 26 de mayo del 2009. Hasta la presente fecha los modelos de contratos utilizan dicha cláusula.

La cláusula arbitral incluida en el Proyecto de Contrato para Licitación de Obras de acuerdo a los pliegos del SERCOP induce a confusión de las partes contractuales; no es clara en la intención de someter una controversia a arbitraje⁵, por lo que sin perjuicio de las

⁵ Cláusula Vigésima Primera.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS

21.01.- Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje (poner nombre del Centro).

Para que proceda el arbitraje, debe existir previamente el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, conforme el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

21.02.- En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria, las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a arbitraje y mediación y se conviene en lo siguiente:

21.02.01.- Mediación: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de (poner nombre del Centro) en el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este mecanismo de solución de controversias, las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas:

21.02.02.- Arbitraje: El arbitraje será en Derecho:

1. Las partes se someten al Centro de Arbitraje de (poner nombre del Centro). 2. Serán aplicables las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, y las del reglamento del Centro de Arbitraje de (poner nombre del Centro). 3. El Tribunal Arbitral se conformará por un árbitro único o de un número impar según acuerden las partes. Si las partes no logran un acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros. El procedimiento de selección y constitución del Tribunal será el previsto en la Ley y en el Reglamento del Centro de Arbitraje (poner nombre del Centro). Los árbitros serán abogados y preferiblemente con experiencia en el tema que motiva la controversia. Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la lista de árbitros del Centro. 5. Los asuntos resueltos mediante el laudo arbitral tendrán el mismo valor de las sentencias de última instancia dictadas por la justicia ordinaria. 6. La legislación ecuatoriana es aplicable a este Contrato y a su interpretación, ejecución y liquidación. 7. La sede del arbitraje es la ciudad de (poner

conclusiones del presente trabajo, y teniendo en cuenta la posición que viene manteniendo la Procuraduría considero que es necesario revisar la cláusula arbitral para que sea más clara y no incida -más aún- a confusión de los contratistas. Si la postura mantenida es la necesidad de autorización previa, la referencia a la resolución en que se otorgue la autorización previa debe de incluirse en la respectiva cláusula arbitral, al igual que en los antecedentes del contrato correspondiente.

Proponemos la siguiente redacción para la actual cláusula arbitral:

“Cláusula Vigésima Primera.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

21.01.- La Entidad Contratante ha obtenido autorización previa del Procurador General del Estado para someterse el presente Contrato a arbitraje mediante resolución (incluir referencia concreta de la autorización).

~~Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje (poner nombre del Centro).~~

~~Para que proceda el arbitraje, debe existir previamente el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, conforme el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.~~

21.02.- ~~En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria,~~ Las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a arbitraje y mediación y se conviene en lo siguiente:

21.02.01.- Mediación: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, cuando las partes no llegaren a un acuerdo

nombre del Centro). 8. El idioma del arbitraje será el castellano. 9. El término para expedir el laudo arbitral será de máximo 90 días, contados desde el momento de la posesión del (los) árbitro(s).

21.03.- Si respecto de la divergencia o divergencias suscitadas no existiere acuerdo, y las partes deciden someterlas al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será competente para conocer la controversia el Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público. Las entidades contratantes de derecho privado, en este caso, recurrirán ante la justicia ordinaria. (Para este numeral, los pliegos se ajustarán dependiendo de la condición jurídica de la CONTRATANTE).

21.04.- La legislación aplicable a este Contrato es la ecuatoriana. En consecuencia, el CONTRATISTA renuncia a utilizar la vía diplomática para todo reclamo relacionado con este Contrato. Si el CONTRATISTA incumpliere este compromiso, la CONTRATANTE podrá dar por terminado unilateralmente el contrato y hacer efectiva las garantías.

amigable directo, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de (poner nombre del Centro) en el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este mecanismo de solución de controversias, las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas:

21.02.02.- Arbitraje: El arbitraje será en Derecho:

- 1. Las partes se someten al Centro de Arbitraje de (poner nombre del Centro)*
- 2. Serán aplicables las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, y las del reglamento del Centro de Arbitraje de (poner nombre del Centro)*
- 3. El Tribunal Arbitral se conformará por un árbitro único o de un número impar según acuerden las partes. Si las partes no logran un acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros. El procedimiento de selección y constitución del Tribunal será el previsto en la Ley y en el Reglamento del Centro de Arbitraje (poner nombre del Centro). Los árbitros serán abogados y preferiblemente con experiencia en el tema que motiva la controversia. Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la lista de árbitros del Centro.*
- 5. Los asuntos resueltos mediante el laudo arbitral tendrán el mismo valor de las sentencias de última instancia dictadas por la justicia ordinaria.*
- 6. La legislación ecuatoriana es aplicable a este Contrato y a su interpretación, ejecución y liquidación.*
- 7. La sede del arbitraje es la ciudad de (poner nombre del Centro).*
- 8. El idioma del arbitraje será el castellano.*
- 9. El término para expedir el laudo arbitral será de máximo 15090 días, contados desde el momento de la posesión del (los) árbitro(s).*

~~*21.03. Si respecto de la divergencia o divergencias suscitadas no existiere acuerdo, y las partes deciden someterlas al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será competente para conocer la controversia el Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público. Las entidades contratantes de derecho privado, en este caso, recurrirán ante la justicia*~~

~~ordinaria. (Para este numeral, los pliegos se ajustarán dependiendo de la condición jurídica de la CONTRATANTE).~~

~~21.0403.- La legislación aplicable a este Contrato es la ecuatoriana. En consecuencia, el CONTRATISTA renuncia a utilizar la vía diplomática para todo reclamo relacionado con este Contrato. Si el CONTRATISTA incumpliere este compromiso, la CONTRATANTE podrá dar por terminado unilateralmente el contrato y hacer efectiva las garantías.”~~

4.2 Conclusiones

Considerando principalmente que la contratación pública se rige por el principio de legalidad las conclusiones de este trabajo son coherentes con ese principio. Así, si el artículo 190 inciso segundo de la Constitución dispone que el pronunciamiento previo favorable de la Procuraduría procede de acuerdo a las condiciones establecidas en la ley hay que analizar los textos legales aplicables que en este caso son la LAM y la LOSNCP (y su reglamento).

Ambos textos legales contemplan dos situaciones (i) inclusión de cláusula arbitral en un contrato; y (ii) pactar arbitraje una vez que ha surgido la controversia contractual. Respecto de esta segunda situación no cabe duda de que el pronunciamiento de la Procuraduría debe de ser previo. En el primer supuesto, la normativa aplicable no señala más requisitos que los analizados en el epígrafe 3.2 y 3.3. de este trabajo, por lo que el pronunciamiento previo de la Procuraduría no es un requisito legal de acuerdo a la LAM ni a la LOSNCP por lo que su obtención no es imperativa de acuerdo a la normativa aplicable. Aquello se ve reforzado para las Empresas Públicas cuya norma establece que no se quiere informes previos favorables para contratación pública de estas instituciones.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, respecto de la temática en cuestión, confirma que la sumisión a arbitraje se realizará de acuerdo a lo dispuesto en las “leyes pertinentes”, esto es, de acuerdo a lo expuesto en el presente trabajo a la LAM. A pesar de ello, la aplicación de la Procuraduría no va de acuerdo con lo expuesto por la mencionada ley orgánica.

Por ende, su omisión no vicia de nulidad a la cláusula arbitral, pues se entiende que ha sido un pacto contractual incluido por autonomía de la voluntad de las partes. Adicionalmente, y como se vio en el epígrafe 3.2 la normativa aplicable a la materia no contempla la

nulidad de un laudo por estos motivos y por otro lado, la LOSNCP no contempla dentro de las causales de nulidad de contratos causal alguna que se encuadre con este supuesto. Más aún, de acuerdo a lo previsto en el Código Civil, el sujeto llamado a alegar la nulidad no es la entidad que omitió la autorización.

Más aún, tras analizar la doctrina de los actos propios, en caso de que se interprete que se requiere autorización previa del Procurador a suscribir un contrato con cláusula arbitral y la correspondiente entidad suscriba el contrato público sin contar con la citada autorización previa, la entidad pública no podría alegar la nulidad de cláusula en perjuicio del administrado. Alegar la nulidad de una omisión propia de la institución contravendría la doctrina de los actos propios consagrada en el ERJAFE; recordemos que el ERJAFE dispone que los errores u omisiones de las instituciones públicas no pueden perjudicar a los administrados. Adicionalmente, vista la aplicación de la Procuraduría recomendamos encarecidamente revisar la actual redacción de la cláusula arbitral incluida en los modelos de pliegos que a su vez incluyen un modelo de contrato bajo la LOSNCP pues la actual redacción es cuanto menos deficiente.

Bibliografía y Referencias

Bibliografía

Aylwin Azócar, P. (1958). El juicio arbitral. Colección Estudios Jurídicos y Sociales (p. 21). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Bueno Jiménez, M. La doctrina de los actos propios: aplicación y exclusión. *Noticias Jurídicas*. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10185-la-doctrina-de-los-actos-propios:-aplicacion-y-exclusion/>

Gil Echeverry, J.H. (1993) Curso Práctico de Arbitraje (p. 11). Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

Boletín de Prensa No. 22, 4 de noviembre de 2015. Ministerio de Finanzas de Ecuador. Recuperado de http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/11/Bolet%C3%ADn-de-Prensa-Proforma-Presupuestaria-2016_31-octubre-2015.pdf

Boletín de Prensa No. 26, de 31 de octubre de 2014. Ministerio de Finanzas de Ecuador. Recuperado de <http://www.eltelegrafo.com.ec/images/eltelegrafo/Economia/2014/31-10-14-economia-Proforma-2015.pdf>

Catálogo de Inversiones de los Sectores Estratégicos 2015 – 2017. Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos. Recuperado de <http://www.sectoresestrategicos.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/Primera-parte-Cata%CC%81logo-de-Inversiones-de-los-Sectores-Estrate%CC%81gicos-2015-2017.pdf>

Referencias

Actas Asamblea de Montecristi, 2008.

Albuja Guarderas, F. (s.f.) Arbitraje en Contratación Pública ¿Es necesaria la aprobación previa de la PGE? Recuperado de Arbitraje en Contratación Pública, ¿Es necesaria la aprobación previa de la PGE? Fausto Albuja Guarderas

Catálogo de Inversiones de los Sectores Estratégicos 2015 – 2017. Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos. Recuperado de <http://www.sectoresestrategicos.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/Primera-parte-Cata%CC%81logo-de-Inversiones-de-los-Sectores-Estrate%CC%81gicos-2015-2017.pdf>

Díaz Madrera, B. (2007). El arbitraje y el derecho de la contratación pública. En Collantes González J.L (Ed.), *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho Primera Parte*. Perú: Palestra Editoriales S.A.C.

Diez-Picazo, L. (1963). *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona, España: Bosch Barcelona.

García de Enterría, E. & Fernández T. (2004). Curso de Derecho Administrativo II. Madrid, España: Civitas Ediciones S.L.

Gelsi Bidart, A. (1981). De las nulidades procesales. Montevideo, Uruguay: Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández.

Laniado Hollihan, H. (2013). *Reforma para fortalecer la administración privada de justicia en el Ecuador en beneficio de los usuarios, especialmente de las empresas*. (Tesis inédita de maestría). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil.

Letai, P. (2014). *Siete lecciones de derecho de contratos: Aspectos prácticos y económicos*. Madrid, España: Thomson Reuters Aranzadi

Neira Orellana, E. (s.f.). La Constitución de 2008 y el Arbitraje bajo la Ley Ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación. *Latin Arbitration Law*. Recuperado de <http://www.latinarbitrationlaw.com/la->

constituci-n-de-2008-y-el-arbitraje-bajo-la-ley-ecuatoriana-an-lisis-de-dos-problemas-que-surgien-antes-que-del-texto-constitucional-de-su-equivocada-aplicaci-n/

Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo: Acorde con la nueva Constitución Ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Tercera Edición.

Salah Abusleme, M. A. (2008). Las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*. N°2.

Salcedo Verduga, E. (2001). *El arbitraje: La justifica Alternativa*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Jurídica Miguez Mosquera.

Zavala Egas, J. (2007). La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en Derecho Administrativo Ecuatoriano. *Iuris Dictio Año VII, No. 11*, 100-107.

Normativa:

Codificación 10 - Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Decreto 837, Registro Oficial 656, de 25 de diciembre de 2015.

Decreto Ejecutivo 842, Registro Oficial Suplemento 647, de 11 de diciembre de 2015.

Decreto Ejecutivo 1700: Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial 588, de 30 de abril de 2009.

Decreto Legislativo 0: Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial 536, de 18 de marzo de 2002.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Registro Oficial 312, de 30 de marzo de 2004.

Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417, de 14 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial 395, de 4 de agosto de 2008.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Registro Oficial Suplemento 48, de 16 de octubre de 2009.

Ley No. 0, Registro Oficial Suplemento 544, de 9 de Marzo del 2009.

Oficio Circular No. 07555 del Procurador General del Estado, de 26 de mayo del 2009.

Oficio Circular No. 09258 de Procurador General del Estado, 15 de septiembre de 2009.

Oficio Circular No. 10623 de Procurador General del Estado, 27 de noviembre de 2009.

Resolución 14 de la Empresa Pública de Parques Urbanos y Espacios Públicos EP: Reglamento de Desconcentración de Funciones de la extinta Empresa Pública de Parques Urbanos y Espacios Públicos EP, Registro Oficial 242 de 9 de mayo de 2014.

Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 65 del 12 de noviembre de 2009.

Resolución de la Procuraduría General del Estado 0, Registro Oficial Suplemento 265, de 26 de agosto de 2010.

Resolución de la Procuraduría General del Estado 0, Registro Oficial Suplemento 824, de 6 de noviembre de 2012.

Resolución de la Procuraduría General del Estado 94: Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, Registro Oficial Suplemento 63 de 19 de octubre de 2013.

Resolución de la Procuraduría General del Estado 122, Registro Oficial 254, de 27 de mayo de 2014.

Fallos judiciales:

Christian Eduardo Larraín v. Superintendencia de Bancos y Seguros, proceso arbitral No. 109-11, 15 de julio de 2013.

Christian Eduardo Larraín v. Superintendencia de Bancos y Seguros, juicio No. 17100-2014-0010, 7 de agosto de 2015, CPJ del Guayas.

Res. el 10 de octubre de 2001, CSJ 2

Res. el 16 de marzo de 2009, CC.

Res. el 2 de julio de 2002, CSJ.

SSTS de 9 de diciembre de 2010.

SSTS de 7 de diciembre de 2010.

SSTS de 25 de febrero de 2013.

SSTS de 22 de enero de 2007.