

Oficio N° 05292

Quito DM, 30 MAR 2016

Señor
Fausto Cordovez Tejada
GERENTE GENERAL (S)
EPMMOP
Ciudad

Señor Gerente General:

Me refiero a su oficio No. 973-GG-GC de 22 de marzo de 2016, ingresado a esta Procuraduría el mismo día con el número 04182-2016-AD-DG, mediante el cual manifiesta que: *"La Empresa Pública Metropolitana de Movilidad de Obras Públicas (...), suscribirá un Contrato Asociativo por Alianza Estratégica, con el objeto de ejecutar el proyecto denominado 'ACCESO A QUITO DESDE LOS VALLES ORIENTALES Y CONSTRUCCION DEL PUENTE GUAYASAMIN', (...) cuyo trámite se encuentra en proceso de negociación con la Empresa Estatal China Road and Bridge Corporation, se ha considerado someter las Divergencias y Controversias que pudieren surgir o se originaren por el cumplimiento o interpretación del contrato y que no se hubieren solucionado en forma amigable entre las Partes, a un procedimiento de Arbitraje Internacional (...)"*, y solicita: *"emitir su pronunciamiento sobre el texto de la cláusula antes citada; y, de ser pertinente se digne emitir su autorización a fin de que la misma forme parte del contrato Asociativo por Alianza Estratégica, antes citado"*.

Al respecto, cumpíeme manifestar lo siguiente:

1. ANTECEDENTES:

Se desprende de su oficio No. 973-GG-GC y anexos lo siguiente:

- 1.1 La EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD DE OBRAS PÚBLICAS, suscribirá con la empresa estatal CHINA ROAD AND BRIDGE CORPORATION un Contrato Asociativo por Alianza Estratégica, con el objeto de ejecutar el proyecto denominado "ACCESO A QUITO DESDE LOS VALLES ORIENTALES Y CONSTRUCCION DEL PUENTE GUAYASAMIN".
- 1.2 CHINA ROAD AND BRIDGE CORPORATION es una empresa estatal de la República Popular de China, con domicilio principal en la ciudad de Beijing, República Popular de China.

05292

- 1.3 El proyecto de "Contrato de Alianza Estratégica" remitido por su representada, señala en su cláusula 11 (reclamaciones, controversias y arbitraje), lo siguiente:

"11. RECLAMACIONES, CONTROVERSIAS Y ARBITRAJE

11.1. Controversias.

Cualquier Controversias que se derive de este Contrato o que guarde relación con éste, se resolverá de acuerdo a lo previsto en esta Cláusula 12.

11.2. Negociaciones Directas Obligatorias.

Las Partes deberán intentar un arreglo directo entre ellas en caso de cualquier Controversia. Para ello, la Parte afectada deberá presentar una solicitud de negociaciones directas. Para este efecto, la Parte afectada someterá la Controversia al representante legal de la otra Parte. Si dentro del plazo de treinta (30) Días contados desde que la Parte afectada hubiere referido la Controversia a la otra Parte, o aquel plazo que acuerden las Partes por escrito antes de vencido el referido plazo de treinta (30) Días, éste no hubiere sido resuelto, se observará el procedimiento previsto en la Cláusula 12.3 (Arbitraje).

11.3. Proceso Arbitral.

11.3.1. Arbitraje.

Las Partes podrán, en cualquier momento, someter todas y cada una de las Controversias que no hayan sido resueltas en forma definitiva entre las Partes según lo previsto en la Cláusula 12.2, a resolución definitiva mediante un arbitraje ad-hoc al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL del año 2010. El arbitraje será administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Serán de aplicación las siguientes reglas:

- (a) El lugar del arbitraje será Bogotá, Colombia.*
- (b) El idioma del procedimiento será el castellano. Cualquiera de las Partes podrá presentar pruebas testimoniales o documentales en un idioma distinto al castellano, siempre que esa Parte le provea a la otra Parte una traducción escrita al castellano de dicha prueba testimonial o documental.*
- (c) El arbitraje será en derecho y la normativa aplicable al fondo de la controversia será la Ley Aplicable.*
- (d) El arbitraje será confidencial.*

05292

- (e) Los árbitros están facultados para solicitar y ordenar medidas cautelares, entre las que se incluyen aquellas medidas destinadas a: (i) preservar la prueba; (ii) evitar o mitigar el daño que resulte de los hechos que originan la pretensión arbitral cuando tales daños pudieran agravarse significativamente o de manera irreparable de no expedirse por parte del Tribunal Arbitral las medidas que sean necesarias dadas las circunstancias.

12.3.2. Constitución del Tribunal Arbitral.

El tribunal arbitral estará compuesto por tres (3) miembros. Cada una de las Partes designará, dentro de los cuarenta y cinco (45) Días contados a partir de la Notificación del inicio del procedimiento, a un árbitro, y el tercero que actuará como presidente del tribunal arbitral, será designado de común acuerdo por los dos árbitros designados. Si una Parte no designara a un árbitro dentro del plazo antes indicado o si los dos árbitros designados no se ponen de acuerdo en cuanto a la designación del presidente del tribunal arbitral dentro de los cuarenta y cinco (45) Días contados a partir de la fecha de designación de los primeros dos árbitros, cualquiera de las Partes podrá solicitar su designación al Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

12.3.3. Costos.

El costo del procedimiento arbitral será cubierto en partes iguales, a no ser que el Tribunal, en su laudo, decida lo contrario.

12.3.4. Ejecución del Laudo.

El laudo que dicte el tribunal arbitral será de cumplimiento obligatorio para las Partes, sin perjuicio de los recursos previstos por la Ley Aplicable".

2. BASE CONSTITUCIONAL Y LEGAL:

- 2.1** Los artículos 190 -inciso primero-, 225, 237 y 315 de la Constitución de la República preceptúan:

"Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir".

"Art. 225.- 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.

05292

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”.

“Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1. La representación judicial del Estado.

2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.

3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público”.

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para 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.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. (...)”

2.2 Los artículos 4 –inciso primero-, 34 –numeral 3- y 35 –inciso primero- de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establecen:

“Art. 4.- DEFINICIONES.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado. (...)”.

“Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarbúricos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con

05292

observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente: (...) 3. REGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

“Art. 35.- CAPACIDAD ASOCIATIVA.- Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República”.

- 2.3 El artículo 1 de la Ordenanza del Distrito Metropolitano de Quito No. 309, publicada en Registro Oficial 186 de 5 de Mayo del 2010, establece:

“Art. 1.- Créase la Empresa Pública denominada “EMPRESA PUBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD Y OBRAS PUBLICAS”.

- 2.4 El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establece:

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

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

- 2.5 Los artículos 4, 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación establecen:

“Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;*
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;*
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,*
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.*

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma”.

“Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;*
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,*
- c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad”.*

“Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

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

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

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

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

3. NATURALEZA:

De conformidad con lo prescrito en los artículos 225 y 315 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD DE OBRAS PÚBLICAS, creada mediante Ordenanza del Distrito Metropolitano de Quito No. 309, publicada en Registro Oficial 186 de 5 de Mayo del 2010, es una persona jurídica de derecho público, por lo que debe someterse a las disposiciones de orden público señaladas en el acápite precedente. En tal virtud, requiere de la autorización previa del Procurador General del Estado para someterse a arbitraje internacional para la solución de divergencias relativas a contratos que celebre con entidades públicas o privadas extranjeras.

4. ANÁLISIS:

De la revisión del proyecto de "Contrato de Alianza Estratégica" se desprende lo siguiente:

En virtud de lo señalado en la cláusula 2.4.1. el contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las leyes de la República del Ecuador, las mismas que serán aplicables al fondo de cualquier controversia que pueda derivarse del contrato.

En lo referente a la resolución de controversias que se derive del acuerdo, establecidas la cláusula 11 (la numeración señalada en el oficio es la 12), como una instancia obligatoria previa a someterlas a arbitraje internacional, las partes han acordado mantener negociaciones directas durante un periodo de 30 días.

En el evento en que no haya sido posible llegar a un acuerdo mediante las negociaciones directas, las controversias irresolutas se someterán a arbitraje internacional administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL del año 2010.

05292

El lugar del arbitraje será Bogotá, Colombia, y el idioma utilizado será el español.

El arbitraje será en derecho y la normativa aplicable al fondo de la controversia será la Ley Aplicable, es decir la ecuatoriana

Los árbitros están facultados para solicitar y ordenar medidas cautelares.

El tribunal Arbitral estará compuesto por tres (3) miembros. Cada una de las Partes designará un árbitro, y el tercero, que actuará como Presidente del Tribunal, será designado por los dos primeros. En el evento que alguna de las Partes no designe árbitro dentro del plazo de 45 días calendario transcurridos a partir de la fecha notificación del inicio del procedimiento, o si los árbitros designados por las Partes no proceden a designar el tercer árbitro dentro del plazo de 45 días calendario transcurridos a partir de la fecha de su propia designación, el Director del Centro de Arbitraje, a pedido de cualquiera de las Partes, procederá a designar el árbitro o árbitros que faltaren.

5. OBSERVACIÓN

Se observa que existe un error en la numeración de la cláusula que contiene el convenio arbitral.

Por una parte, la numeración de la cláusula difiere entre la transcrita en el oficio No. 973-GG-GC (cláusula 12) y la que contiene el proyecto de "Contrato de Alianza Estratégica" (cláusula 11).

Por otra parte, la cláusula 11 que contiene el proyecto de "Contrato de Alianza Estratégica" hace referencia a las cláusulas 12, 12.2 y 12.3.

Se deberá revisar y corregir la numeración de la misma y las referencias a las otras cláusulas que en ella se hacen.

6. PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el análisis expuesto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y artículos 4 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se autoriza a la EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD DE OBRAS PÚBLICAS a someterse a arbitraje internacional en el "Contrato de Alianza Estratégica" que celebrará con la empresa estatal CHINA ROAD AND BRIDGE CORPORATION con el objeto de ejecutar el proyecto denominado "ACCESO A QUITO DESDE LOS VALLES ORIENTALES Y CONSTRUCCION DEL PUENTE GUAYASAMIN", previo se subsane la observación señalada en el acápite anterior.

Este pronunciamiento se refiere única y exclusivamente respecto al sometimiento a arbitraje internacional estipulado en la cláusula denominada "RECLAMACIONES, CONTROVERSIAS Y ARBITRAJE" del referido instrumento. Por lo tanto, las demás condiciones financieras, operativas y técnicas, así

05292

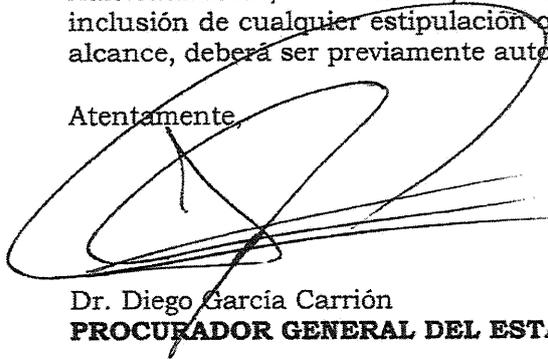
como el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la suscripción del mismo son de exclusiva responsabilidad de la EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD DE OBRAS PÚBLICAS.

Adicionalmente, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en forma previa a la suscripción del Contrato, para el sometimiento a arbitraje internacional, deberá contar con la autorización expresa de la máxima autoridad de la EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD DE OBRAS PÚBLICAS.

La Procuraduría General del Estado se reserva la facultad de verificar la redacción final de la cláusula objeto de este pronunciamiento, para lo cual, una vez suscrito el contrato por las Partes, deberá remitir una copia a esta institución.

Adicionalmente, se advierte que cualquier modificación a dicha cláusula o la inclusión de cualquier estipulación que pueda afectar su sentido, aplicación o alcance, deberá ser previamente autorizada por esta Procuraduría.

Atentamente,



Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

6
15
16

