

Oficio No. 05777

Quito DM, 02 MAY 2016

Señor Doctor
Vicente Guzmán Barbotó
GERENTE GENERAL
AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR
Puerto Bolívar, El Oro

Señor Gerente General:

Respondo a su oficio No. APPB-GG-0136 de 04 de abril de 2016, ingresado a esta Procuraduría el día 07 del mismo mes y año con el número 04318-2016-AD-DG, referente al contrato para la "delegación a la iniciativa privada de la gestión del servicio público portuario de Puerto Bolívar" que se suscribirá con la compañía YILPORT HOLDING N.V.

En su oficio realiza a esta Procuraduría la siguiente consulta:

"¿si el procedimiento y las sedes descritas anteriormente sobre el arbitraje en el proyecto de contrato del pliego en su numeral 79.3, procedimiento estipulado y que esta al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL, del año 1976, y su negociación en los numerales 11 y 12, es aplicable para el contrato de concesión que se suscribirá con YILPORT N.V.?"

"¿Y se debería considerar como sede obligatoria de arbitraje una Regional, por ejemplo el Tribunal de Arbitraje de Rio de Janeiro (Brasil) o Santiago (Chile), de acuerdo al Art. 422 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No.-449 de fecha 20 de octubre de 2008, a pesar de que dicho artículo habla de Tratados?"

Y adicionalmente solicita:

"(...) aprobación, en relación con la sujeción de las controversias que puedan derivarse de este contrato, al mecanismo de resolución de controversias estipulado en el capítulo XIV de título Resolución de Controversias del modelo de contrato descrito en esta comunicación, para lo cual se atenderá las observaciones que usted pueda realizar a la misma, sobre la consulta realizada, sede del arbitraje y los términos del procedimiento establecidos en la misma".

Al respecto, cúmpleme manifestar lo siguiente:



05777

1. ANTECEDENTES:

De su oficio y anexos se desprende lo siguiente:

1.1 La AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR celebrará un contrato para la *"delegación a la iniciativa privada de la gestión del servicio público portuario de Puerto Bolívar"* al amparo de lo dispuesto en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones y los Decretos Ejecutivos Nos. 810 y 674 de 5 de julio de 2011 y 12 de mayo de 2015, respectivamente, con la compañía YILPORT HOLDING N.V. en virtud del concurso público realizado para el efecto denominado *"CONCURSO PÚBLICO PARA EL DISEÑO, FINANCIAMIENTO, EJECUCIÓN DE OBRAS ADICIONALES, EQUIPAMIENTO, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TERMINAL PORTUARIO DE PUERTO BOLÍVAR"*.

1.2 Solicita en su oficio que esta Procuraduría se pronuncie respecto a la consulta planteada.

Para el efecto, remite adjunto a su oficio el Informe Jurídico del Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica denominado *"INFORME JURIDICO PARA LA APROBACIÓN DE LA CLÁUSULA DE CONTROVERSIAS DONDE CONSTA ARBITRAJE INTERNACIONAL, SEDE Y PROCEDIMIENTO, RELACIONADA AL CONTRATO 'DISEÑO, FINANCIAMIENTO, EJECUCIÓN DE OBRAS ADICIONALES, EQUIPAMIENTO, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TERMINAL PORTUARIO DE PUERTO BOLÍVAR', ADJUDICADO A LA 'EMPRESA YILPORT HOLDING NV'"*.

1.3 Además, solicita en su oficio que esta Procuraduría autorice el sometimiento de su representada a arbitraje internacional para la resolución de las controversias que puedan surgir del referido contrato.

Para el efecto, transcribe la cláusula arbitral contenida en el *"Capítulo XIV de título Resolución de Controversias, en el modelo de contrato de los pliegos para el concurso"* y manifiesta además que: *"(...) en la fase de negociación en la novena reunión, de fecha 19 de febrero de 2016, la Comisión Técnica junto con los representantes de YILPORT NV (...)"* acordaron modificar ciertos aspectos de la referida cláusula.

Se observa que su representada no ha remitido el proyecto final del contrato que suscribirán las partes.

2. RESPECTO A LA CONSULTA:

La Constitución de la República del Ecuador, artículo 237 -numeral 3-, dispone que corresponde al Procurador General del Estado *"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"*. (Lo subrayado me pertenece)

05777

De conformidad con los artículos 3 -letra e)- y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde al Procurador absolver consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

En aplicación de las normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional.

Por su parte, el artículo 429 de la Constitución de la República prescribe que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; y, en forma concordante el numeral 1 del artículo 436 ibidem establece como una de las atribuciones de la Corte Constitucional: *"ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante"*.

El artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que: *"El control abstracto de la constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico"*. Al tenor de la letra c) del artículo 75 Ibidem, es competencia de la Corte Constitucional resolver sobre las acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.

De la lectura de los términos de su consulta, se evidencia lo siguiente:

2.1 Sobre la pregunta: *"¿si el procedimiento y las sedes descritas anteriormente sobre el arbitraje en el proyecto de contrato del pliego en su numeral 79.3, procedimiento estipulado y que esta al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL, del año 1976, y su negociación en los numerales 11 y 12, es aplicable para el contrato de concesión que se suscribirá con YILPORT N.V.?"*

Esta pregunta no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, sino que pretende que este Organismo se pronuncie sobre aspectos relativos al contrato que su representada suscribirá con YILPORT HOLDING N.V., consecuentemente no es aplicable el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, razón por la cual y con fundamento en la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

2.2 Sobre la pregunta: *"¿Y se debería considerar como sede obligatoria de arbitraje una Regional, por ejemplo el Tribunal de Arbitraje de Rio de"*



05777

Janeiro (Brasil) o Santiago (Chile), de acuerdo al Art. 422 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No.-449 de fecha 20 de octubre de 2008, a pesar de que dicho artículo habla de Tratados?"

Esta pregunta no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, sino que pretende que este Organismo interprete una norma de carácter constitucional, hecho que excede la esfera de las competencias previstas en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, razón por la cual y con fundamento en la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

3. RESPECTO DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN PARA SOMETIMIENTO A ARBITRAJE INTERNACIONAL

El artículo 4 del INSTRUCTIVO PARA SOLICITAR AL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, AUTORIZACION PARA EL SOMETIMIENTO A ARBITRAJE NACIONAL, INTERNACIONAL, LEY Y JURISDICCION EXTRANJERAS, expedido mediante Resolución No. 122 de 07 de mayo de 2014, publicada en el Registro Oficial No. 254 de 27 de mayo de 2014, establece que la autorización para el sometimiento a arbitraje se otorgará, sobre la base de instrumentos completos y finales, en cada caso y previa solicitud de la máxima autoridad de la institución correspondiente.

Conforme lo observado en el inciso final del numeral 1.3 de este oficio, su representada no ha remitido el proyecto final del contrato que suscribirán las partes, limitándose tan solo a transcribir en su oficio el texto de la cláusula arbitral contenida en el "*Capítulo XIV de título Resolución de Controversias, en el modelo de contrato de los pliegos para el concurso*", el mismo que no constituye un texto definitivo, pues según señala en su oficio, las partes han acordado realizar ciertas modificaciones al mismo.

Consecuentemente, a efectos de emitir la respectiva autorización para que la AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR se someta a arbitraje internacional en el contrato que celebrará con YILPORT HOLDING N.V., se servirá remitir adjunto a su solicitud un ejemplar del proyecto de contrato, completo y final.

Adicionalmente, me permito indicarle que el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado no es aplicable para el efecto, pues la autorización no se obtiene mediante la absolución de una consulta.

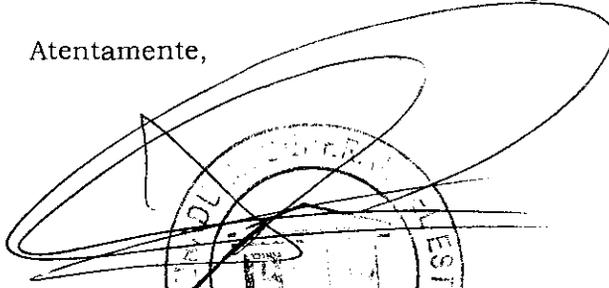
La AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR, al ser una entidad del sector público, conforme lo establece el inciso primero del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, puede someterse a un procedimiento de arbitraje internacional en derecho, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 4 y 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y previo informe favorable del Procurador General del Estado.

05777

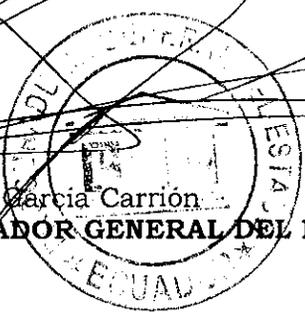
Adicionalmente, de conformidad con lo estipulado en el artículo 42 -inciso segundo- de la Ley de Arbitraje y Mediación, la AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR, observando lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República, es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento 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.

En virtud de lo señalado, me abstengo de emitir cualquier pronunciamiento respecto a la solicitud de autorización para sometimiento a arbitraje internacional, constante en el Oficio que contesto.

Atentamente,



Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



RECIBIDO
GERENCIA
Fecha: Mayo 3/2016
Hora: 11h30
Firma: Jethro