



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

VI PROMOCIÓN

**TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 422 DE LA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR EN
LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE ADHESIÓN EN
EL EXTERIOR POR PARTE DE INSTITUCIONES
PÚBLICAS**

ANDRES ECUADOR LOOR MOREIRA

11 DE DICIEMBRE DEL 2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Abg. Andrés Ecuador Loor Moreira

DECLARO QUE:

El examen complejo **INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR EN LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE ADHESIÓN EN EL EXTERIOR POR PARTE DE INSTITUCIONES PÚBLICAS**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 11 de diciembre del 2018

EL AUTOR

Abg. Andrés Ecuador Loor Moreira



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Abg. Andrés Ecuador Loor Moreira

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen Complexivo: **INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR EN LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE ADHESIÓN EN EL EXTERIOR POR PARTE DE INSTITUCIONES PÚBLICAS** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 11 de diciembre del 2018

EL AUTOR

Abg. Andrés Ecuador Loor Moreira

ÍNDICE

RESUMEN	
CAPÍTULO I	VII
INTRODUCCIÓN	2
EL PROBLEMA	2
OBJETIVOS	3
Objetivo General.	3
Objetivos Específicos.	3
BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL.	3
CAPÍTULO II	6
DESARROLLO	6
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	6
Antecedentes.	6
Descripción del objeto de investigación.	8
Pregunta principal de investigación.	10
Variable única.	10
Indicadores.	11
Preguntas complementarias de investigación.	11
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.	11
Antecedentes de Estudio.	11
El derecho a nivel mundial.	11
Sobre la administración pública y sus potestades	12
Sobre la actividad jurídica del Estado.	13
Bases Teóricas.	14
El derecho público.	14
El derecho administrativo.	15
El derecho administrativo internacional.	15
La contratación pública como política estatal.	17
La responsabilidad en las contrataciones públicas y	
los mecanismos de control.	17

Los contratos internacionales.	18
La competencia judicial o arbitral internacional.	18
Principales fuentes de la contratación pública internacional.	20
La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones.	
Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional.	20
El Acuerdo de Contratación Pública de la Organización	
Mundial del Comercio.	20
La contratación pública en el ámbito internacional.	20
Características.	21
Transparencia.	22
Publicidad.	22
Procedimientos claros y específicos.	22
Categorización	23
Servicios	23
Suministros	23
Obras	23
Los contratos de adhesión.	23
La atipicidad de los contratos de adhesión suscritos	
por las entidades públicas en el extranjero.	24
Relevancia del Principio de Buena Fe en los contratos	
celebrados en el extranjero por entidades públicas.	25
Legislación Comparada.	26
El arbitraje internacional en Chile.	25
El arbitraje internacional en Panamá.	27
Sobre las relaciones jurídicas que tiene PRO ECUADOR	29
Breve revisión de procedimientos de Contratación Pública	29
en PRO ECUADOR.	29
Las cláusulas de arbitraje.	30
METODOLOGÍA.	31
Modalidad.	31
Población y muestra.	31

Métodos de Investigación.	32
Teóricos.	32
Análisis	32
Deducción	32
Hermenéutica	32
Empíricos	33
Procedimiento	33
CAPÍTULO III	35
RESPUESTAS	35
Base de datos cualitativos y análisis.	35
Entrevistas a expertos y análisis.	39
CONCLUSIONES.	45
RECOMENDACIONES.	47
BIBLIOGRAFÍA	49
Anexos	
Anexo 1	

RESUMEN

Este trabajo ha verificado una situación de riesgo para los funcionarios públicos que realizan su gestión en el exterior. Si bien dicha actividad no es común en las instituciones gubernamentales, el pequeño grupo que la ejecuta, se expone a situaciones que eventualmente acarrearían la determinación de responsabilidades administrativas, civiles o penales por incumplimiento de normas que pese a no ser claras exigen obligatoriedad. El problema es que la prohibición de ceder jurisdicción nacional en instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador, constante en el artículo 422 de la Constitución de la República, contradice lo dispuesto en convenios internacionales suscritos por el país sobre el respeto a las normas de países donde se encuentren funcionarios ecuatorianos, incluidos aquellos que gozan de privilegios e inmunidades diplomáticas. La teoría analizada a lo largo de este trabajo se centra en la legislación nacional, convenciones suscritas por el Ecuador y situaciones que representan riesgos para la población de servidores públicos en el exterior, quienes enfrentan la disyuntiva entre abstenerse de ejecutar su planificación institucional o correr el riesgo de suscribir contratos de adhesión en el exterior. PRO ECUADOR es una institución cuya gestión se realiza mayormente en el exterior y hasta ahora no se ha involucrado en procesos de controversias contractuales; sin embargo; a través de un análisis normativo y de consultas a expertos en materia de derechos constitucional e internacional se han identificado los riesgos a los que se expone. También propone acciones a la Procuraduría General del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, de solicitar a la Corte Constitucional el examen respectivo, sobre lo aquí expuesto.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA.

El 3 de mayo del 2017 la Asamblea Nacional del Ecuador resolvió y aprobó la denuncia (retiro) de doce Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) que se habían suscrito con China, Chile, Venezuela, Países Bajos, Suiza, Canadá, Argentina, Estados Unidos, España, Perú, Bolivia e Italia. El argumento jurídico que expusieron los asambleístas que impulsaron las denuncias de los tratados se basó en que dichos instrumentos internacionales, al contemplar la resolución de disputas a través de arbitrajes internacionales, eran contrarios a la Constitución de la República del Ecuador. La noticia, más allá de interesar a la opinión pública, llevó al suscrito a cuestionar la situación de las entidades gubernamentales que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, celebran contratos con entidades y privadas en el exterior, ya que en dicho artículo contempla la posibilidad de que las entidades del sector público se sometan a arbitraje de derecho o mediación internacional, previa autorización de la Procuraduría General del Estado.

Es bien conocido que en el ámbito internacional prima el derecho consuetudinario en las relaciones interestatales, cuya concepción general está representada por el principio de buena fe y la costumbre. Sin embargo, los contratos celebrados en el exterior contienen, en su gran mayoría, cláusulas que estipulan que en caso de controversias que se presentaren durante su ejecución, las mismas serán sometidas a la jurisdicción del país donde se celebran dichos contratos y a los procedimientos que para solucionarlas contemple su legislación interna. Muchos de esos contratos son de adhesión, es decir, que una de las partes acepta las reglas contractuales impuestas por la otra sin objeción. Considerando que el artículo 422 de la Constitución establece expresamente la prohibición de celebrar instrumentos internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales entre el Estado y personas naturales y jurídicas privadas, nace el cuestionamiento sobre la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado o de la aplicabilidad del artículo 422 de la Constitución.

OBJETIVOS.

Objetivo General.

Determinar la aplicabilidad del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador en los contratos de adhesión suscritos por entidades públicas en el exterior.

Objetivos Específicos.

1. Analizar lo contemplado en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador y su efecto en la celebración de contratos de adhesión en el exterior por parte de las instituciones públicas.
2. Establecer la eficacia jurídica de la aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en relación a lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador.
3. Presentar un proyecto de reforma del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador a fin de que contemple la celebración de contratos de adhesión en el exterior por parte de las instituciones públicas.

BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL.

Para este trabajo es necesario reconocer al ordenamiento jurídico ecuatoriano como unitario ya que pese las múltiples normas que lo conforman todas se entienden irradiadas por la Constitución y por lo tanto en armonía con ella. Kelsen (citado por Zavala Egas J., 2011) lo afirma en sus explicaciones a Bobbio al decir que:

Las normas de un ordenamiento no se encuentran todas en un mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores. Las normas inferiores dependen de las superiores. Partiendo de las normas inferiores y pasando por las que se encuentran en un plano más alto, llegamos por último a una norma suprema que no depende de ninguna otra norma superior, la norma fundamental en la cual reposa la unidad del ordenamiento. Todo ordenamiento tiene una norma fundamental, que da unidad a las otras normas. (p.54).

Por lo tanto, no podemos concebir que normas inferiores sobrepasen a normas superiores y se debe entender que todos los poderes del Estado, así como sus instituciones, al nacer de la Constitución se deben formal y materialmente a ella. Sin embargo, en la actualidad el derecho internacional ha tenido gran desarrollo, por lo que los países suscriptores de convenios internacionales deben,

o al menos deberían, revisar sus legislaciones internas para armonizarlas con dichos instrumentos suscritos.

La Corte Constitucional en su sentencia interpretativa, (Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008) estableció que la nueva forma de Estado es el de derechos y justicia. En esta sentencia señala la corte, entre otros, que se debe reconocer y respetar la superioridad de la norma constitucional sobre las demás normas y que la Constitución es de aplicación directa. (p. 34). Con esto se consagra la idea general del neoconstitucionalismo de la superioridad de la Constitución y su fuerza normativa, por lo que en teoría no debería haber lugar a confusión sobre su prevalencia y vigencia. Con estos antecedentes queda establecido plenamente que las normas inferiores deben ser concordantes con la norma suprema.

Las instituciones públicas se encuentran en todos los niveles de gobierno, existen entidades pertenecientes a la función ejecutiva, gobiernos autónomos descentralizados, empresas públicas, mixtas, etc. Todas estas entidades deben regirse irrestrictamente, primero por la constitución y después por las leyes que de ella nacen, siempre y cuando no contravengan la norma suprema. El concepto de supremacía constitucional consagrado en el artículo 424 de la Constitución señala que los actos del poder público deben tener conformidad con las disposiciones constitucionales, bajo amenaza de carecer de eficacia jurídica por su incumplimiento. Muñoz Machado S. (2011) lo afirma así: “La Constitución se sitúa en un plano jerárquicamente superior al de la ley. Sus normas no pueden ser desconocidas, violentadas o modificadas de cualquier manera por el legislador ordinario.” (p. 436). Pero la Constitución no se limita únicamente a exigir el sometimiento de las leyes a su supremacía, también contempla los órganos llamados a defenderla, así como los mecanismos para la expulsión del sistema jurídico ecuatoriano de las normas inferiores que contradigan sus preceptos.

El artículo 429 de la Constitución establece que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional; y, en los numerales 2 y 3 del artículo 436 de la norma constitucional se establece entre sus atribuciones, las de conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por

órganos y autoridades del Estado; y, la de declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución, respectivamente. A lo largo de este trabajo se analizará si el artículo 422, tal como se encuentra redactado actualmente, protege los intereses del Estado o si atenta contra ellos en el ámbito de los contratos de adhesión celebrados en el exterior por las entidades públicas, al mismo tiempo se analizará si el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado cumple el precepto de sometimiento a la Constitución contemplado en el artículo 424.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Antecedentes.

La Constitución como norma suprema rige a todo el país y no se la debe entender únicamente como un conjunto de normas que estructuran el Estado, sino como el alma del Estado en sí misma. De ella nacen los principios que generan derechos, los mecanismos para ejercerlos y las instituciones que deben velar por su cumplimiento. Las denuncias de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) que dieron origen al cuestionamiento que hoy es presentado en este trabajo son ejemplo de la unidad normativa de la Constitución, y menciono esto porque al momento de las denuncias y retiro unilateral por parte del Ecuador de dichos instrumentos internacionales, se abarcó, por decirlo de cierta manera, el tema macro; es decir, a las relaciones que tiene el Estado Ecuador con entidades privadas de otro Estado a través de contratos que son ejecutados en territorio ecuatoriano producto de un convenio o acuerdo con el gobierno del inversor extranjero. En esos contratos se estipuló que surgida la controversia y no habiéndose solucionado a través de las llamadas vía diplomática, consultas o cualquier otra acción de amigable composición, devienen procesos arbitrales internacionales en los que el Ecuador, con o sin buena defensa, no ha tenido las mejores experiencias o resultados.

Esos instrumentos internacionales llamados tratados, también pueden llamarse convenios o contratos ya que son acuerdos voluntarios y son bilaterales porque actúan dos Estados. Cabanellas G. (2012) define al contrato de esta manera: "Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas" (p. 216). Ahora bien, el argumento del Ecuador para su denuncia y retiro se basa en que las cláusulas de arbitraje internacional en los antedichos tratados son contrarias a la Constitución porque ceden jurisdicción soberana, por lo que se podría suponer que se busca la protección constitucional de la soberanía ecuatoriana, no siendo del todo correcto. Así lo entienden Pérez Ordoñez D. y Marchán J. (2010) al señalar:

En el Ecuador, tradicionalmente, el arbitraje internacional ha despertado sospechas y miedos injustificados, en particular de parte del Estado y sus instituciones. Se cree, por ejemplo, que el sometimiento a tribunales arbitrales internacionales implica una entrega de la soberanía estatal, aun cuando la decisión de someterse por vía de cláusulas arbitrales y de tratados internacionales, se ha llevado, justamente, como una decisión soberana. (p. 191).

Al respecto, cabe señalar que los tratados internacionales suscritos por un país soberano, cualquiera que sea, donde se contemple la posibilidad de que en caso de discrepancias sobre aspectos relacionados con dichos tratados, sean resueltos por tribunales internacionales de arbitraje, necesariamente merece la suposición, lógica y jurídica, de que previo a la suscripción del tratado, se analizó la conveniencia del mismo para los intereses de los países suscriptores. Por lo tanto, no es consecuente, ético y mucho menos señal de acción de buena fe, que un gobierno con pensamiento radical, independientemente de su tendencia, denuncie un tratado porque los resultados de los arbitrajes le son adversos. Esta situación debería obligar a una administración responsable de los recursos estatales para crear una fuerza efectiva de profesionales que ejerzan una representación digna en cortes de arbitraje internacionales.

De la lectura detenida del primer inciso del artículo 422 de la Constitución se concluye que la prohibición se refiere específicamente a controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas y no a los contratos de inversión nacidos de los Tratados Bilaterales de Inversión. Así lo afirman Pérez Ordoñez D. y Marchán J. (2010) al señalar: "... la prohibición constitucional se limita claramente a las controversias contractuales o de índole comercial en las que pudiera involucrarse el Estado ecuatoriano con personas privadas..." (p. 192). Aquí empieza a configurarse el problema jurídico ya que la mayoría de los procesos internacionales de arbitraje a los que se somete el Ecuador no son por controversias de índole contractual o comercial y son producto de controversias de inversión, Pérez Ordoñez D. y Marchán J. (2010) señalan: "... las estadísticas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI) muestran que la inmensa mayoría de los arbitrajes internacionales que el Estado ecuatoriano enfrenta, se derivan de controversias de inversión. Los casos en los que el Estado ecuatoriano litiga en arbitraje por controversias contractuales son pocos y excepcionales." (p. 194). Es decir que si el objetivo era salvaguardar la soberanía ecuatoriana en

controversias llevadas ante tribunales internacionales de arbitraje, el contenido del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, es insuficiente.

Es pertinente concebir el espíritu del artículo 422 de la Constitución y especialmente del primer inciso, plasmado de manera concreta en las palabras de la ex asambleísta constituyente Calle M. (2008) que sobre el primer inciso del artículo 422 de la Constitución señaló que:

El primer inciso, se habla, concretamente, que el Estado ecuatoriano no va a ceder jurisdicción soberana cuando se trate de convenios con personas naturales, jurídicas, privadas, jurídicas privadas; ése es el espíritu del primer inciso, es decir, un convenio que se realice con una compañía transnacional estadounidense deberá regirse por las leyes, por las normas jurídicas ecuatorianas, esa es la voluntad de ejercer soberanía sobre los convenios internacionales. (p. 98).

Con esto se entendería que el espíritu del primer inciso fue concebido para proteger la soberanía nacional en las controversias contractuales o de índole comercial en las que pudiera involucrarse el Estado ecuatoriano con personas privadas en territorio ecuatoriano, concepción que es acertada, sin embargo no fueron considerados los contratos de adhesión suscritos por entidades públicas en el exterior, los mismos que estipulan en su totalidad que toda controversia contractual será ventilada en centros internacionales de arbitraje.

Descripción del objeto de investigación.

El artículo 95 del Código Orgánico de Producción Comercio e Inversiones (COPCI) da vida jurídica al Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones Extranjeras - PRO ECUADOR como una entidad de derecho público, de gestión desconcentrada, con independencia técnica, administrativa y financiera, adscrita, con su red de oficinas comerciales, al Ministerio que tenga a su cargo el Comercio Exterior, con sede en la ciudad de Guayaquil y competencia a nivel nacional. Tiene como objetivo coordinar y ejecutar actividades de promoción de exportaciones y la atracción de inversión extranjera directa. Entre las competencias de PRO ECUADOR se encuentra la de desarrollar metodologías y herramientas técnicas que normen la ejecución de las actividades de promoción de exportaciones y atracción de inversiones extranjeras, dichas actividades de promoción comprenden eventos internacionales, misiones comerciales, ferias, encuentros de negocios, entre otros. Las actividades antes señaladas son ejecutadas por las Oficinas Comerciales de PRO ECUADOR alrededor del

mundo, de las cuales, actualmente cuenta con 31 oficinas en 26 países. Entre las atribuciones y responsabilidades que ostentan los jefes de las oficinas comerciales se encuentran las siguientes:

1. Coordinar y dirigir la administración de la Oficina Comercial con apego a las leyes y normas vigentes.
2. Coordinar y dirigir el diseño y ejecución del Plan de Promoción de Exportaciones que incluye las siguientes actividades: Identificación, coordinación y apoyo logístico para la participación en eventos internacionales, misiones comerciales, misiones de prensa, ferias comerciales, encuentros de negocios, envío de muestras.
3. Coordinar y dirigir el diseño y ejecución del Plan de Promoción de Inversiones que incluye las siguientes actividades: Identificación, captación de potenciales inversionistas; identificación, coordinación y apoyo logístico para la realización de misiones de inversiones, reuniones específicas con inversionistas, eventos de promoción de inversiones.
4. Coordinar y dirigir el apoyo en el diseño y ejecución del Plan de Inteligencia Comercial, que incluye las siguientes actividades: noticias del mercado nacional e internacional; recabar y procesar información; identificar las tendencias, noticias, alertas de mercado internacional, identificar los obstáculos no arancelarios a las exportaciones del país.
5. Coordinar y dirigir el apoyo en el diseño y ejecución del Plan de Balcón de Servicios que incluye las siguientes actividades: identificar oportunidades comerciales.
6. Coordinar el diseño y ejecución del Plan Operativo Anual de la Oficina Comercial.
7. Coordinar y dirigir el diseño y ejecución del Plan Anual de Compras.

Todas las atribuciones y responsabilidades señaladas anteriormente requieren en alguna forma la contratación de varios tipos de servicios por parte de las oficinas comerciales, los cuales son provistos una vez firmados los correspondientes contratos, solicitudes, órdenes, respuesta de comunicaciones electrónicas u otro tipo de instrumentos de requerimiento de servicios (el nombre, formato y modalidad varían dependiendo de cada país). Estos instrumentos y mecanismos establecen derechos y obligaciones para ambas partes, precios,

plazos, y demás elementos constitutivos de un contrato. Adicionalmente contienen cláusulas de sometimiento a la jurisdicción local del país donde se contrate el servicio y a la solución de controversias en tribunales arbitrales locales, regionales o internacionales. Esos formatos de contratos se clasifican como de adhesión, en los que se exige al requirente del servicio (en este caso la oficina comercial) aceptar los términos y condiciones del contratista, caso contrario tiene un doble efecto negativo: no obtiene el servicio requerido y por lo tanto incumple con los objetivos institucionales de su gestión. Esto ha obligado a que se conciban varios tipos de acciones con la finalidad de suscribir contratos sin someterse, al menos, a tribunales internacionales de arbitraje.

Hasta la presente fecha PRO ECUADOR ha realizado su gestión internacional sin inconvenientes en temas contractuales con los contratistas; sin embargo, configura un riesgo constante, toda vez que pese a que las oficinas comerciales tienen rango diplomático, los artículos 41 y 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, respectivamente, consagran que sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de estatus diplomático están en la obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor; por lo tanto, PRO ECUADOR podría ser involucrado en procesos arbitrales e incluso judiciales en sedes internacionales por controversias contractuales, aun cuando no conste dicho clausulado en el instrumento jurídico (contrato) firmado.

Pregunta principal de investigación.

¿Cómo procede lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador para los contratos de adhesión que suscriben las entidades públicas ecuatorianas en el exterior, de acuerdo a los artículos 41 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares?

Variables e Indicadores.

Variable única.

Aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador de acuerdo a los artículos 41 de la Convención de Viena

sobre Relaciones Diplomáticas y 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares para las entidades públicas ecuatorianas que celebran contratos de adhesión en el exterior,

Indicadores.

1. Imposibilidad de celebración de contraer obligaciones contractuales de condiciones unilaterales con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas fuera del territorio nacional.
2. Incumplimiento del Plan Operativo Anual (POA) de las instituciones públicas.
3. Efectos negativos en la gestión institucional de las entidades públicas que celebran contratos de adhesión en el exterior.

Preguntas complementarias de investigación.

1. ¿Qué tipo de alcance tiene el espíritu de lo contemplado en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, respecto de la celebración de contratos de adhesión en el exterior por parte de las instituciones públicas?
2. ¿Cómo afecta a la seguridad jurídica ecuatoriana la facultad establecida en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en relación a lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, considerando lo establecido en el artículo 424 de la Norma Suprema?
3. ¿Qué efectos produciría modificar el texto constitucional a fin de que el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador contemple los contratos de adhesión suscritos en el exterior por entidades públicas?

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.

Antecedentes de Estudio.

El derecho a nivel mundial.

El derecho es una ciencia dinámica, por lo tanto está sujeto a cambios constantes y en ocasiones simultáneos dependiendo de los fenómenos que se presentan en la sociedad. Siendo la globalización el resultado de décadas de

progreso en todos los aspectos de las sociedades modernas, no es raro que actualmente se hable de la globalización del derecho. Si se toma como punto de partida el derecho internacional nos encontraremos con la realidad de que en el derecho internacional lo que prima es la costumbre ya que nunca se ha podido llegar a un acuerdo específico sobre derechos concretos y siempre se ha hablado de principios o derechos universales, y en base a éstos las legislaciones internas de cada país, según su nivel de desarrollo político y democrático, se ha ido modificando, según se van emitiendo dictámenes o sentencias de cortes internacionales, principalmente de derechos humanos, que actualmente contemplan los derechos generacionales. Es decir, que en las legislaciones internas del mundo civilizado se siente la presencia de normas supranacionales, lo cual hace que el derecho interno siempre esté en espera de su modificación conforme el derecho internacional se desarrolla.

Sobre la administración pública y sus potestades.

El artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador define a la administración pública como un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Se entiende que la administración pública adapta sus medios de acuerdo a los fines que persigue, debiendo siempre establecer un marco jurídico, debidamente expedido, previo a cualquier acción que pretenda iniciar o ejecutar. De la Cuétara, J. (1986) señala que las potestades – de la administración pública - son un poder reconocido por el derecho conferido en el ordenamiento jurídico a determinados centros de poder. (p. 13). En ese sentido se necesita una norma previa a cualquier acto de la administración pública ya que el Ecuador desde el 2008 se constituyó como un Estado de Derechos y Justicia, por lo que todos los actos del poder público gozan de principio de legalidad, entendida como la exigencia jurídica que tiene la administración pública del cumplimiento de la ley.

Respecto de las obligaciones de la administración pública, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de la República del Perú (Resolución No. 456-2008-TC-S4, 12 de febrero del 2008) señaló:

La Administración Pública se encuentra en la obligación de realizar un análisis concienzudo del costo beneficio de sus decisiones, las mismas que deben darse

dentro de un contexto que incida en la plena satisfacción de sus necesidades, en concordancia con un óptimo uso de los recursos públicos, en tiempo oportuno y en plena observancia de los derechos e intereses de los administrados. (p. 1).

Es decir que la administración pública no debe únicamente cumplir con sus objetivos, sino que en el ejercicio de sus potestades debe realizar acciones que consigan la satisfacción de las necesidades de la población y al mismo tiempo con uso óptimo de recursos - entendiéndose buscando los precios más bajos – en el menor tiempo posible. Tarea que no es sencilla en el territorio nacional y se vuelve aún más difícil de realizar en el exterior. Considerando lo expuesto por García de Enterría E. (2001) de que los actos de la administración pública que exteriorizan el ejercicio de su Potestad (poder) pueden crear, modificar, extinguir, proteger y ejercitar relaciones jurídicas concretas (p. 28), es imperativo, en función del control ejercido por los organismos de control, que se cuente con una normativa que considere las actuaciones de la administración pública en el exterior de manera específica y no general.

Sobre la actividad jurídica del Estado.

Es necesario señalar el origen de la actividad jurídica del Estado, en este caso, se puede entender que lo que hace posible que el Estado tenga vida jurídica es la Constitución. De la norma suprema nacen varias ramas del derecho, siendo necesaria para el trabajo que nos ocupa, la rama del derecho administrativo o derecho público. Este derecho no contempla únicamente la relación que tiene el Estado entre sus instituciones, a dicha agrupación de entidades se la conoce como la administración pública, sino que también contempla las relaciones jurídicas del Estado con las personas de carácter privado, ya sean naturales o jurídicas. Un campo que no ha sido estudiado a profundidad en el Ecuador es el de las relaciones jurídicas que tiene el Estado con personas privadas en el ámbito internacional.

Si bien el derecho administrativo o público nace a finales del siglo XIX y se consolida en el siglo XX, con el pasar de los años ha sufrido una serie de mutaciones ocasionadas por varios fenómenos sociales, económicos y jurídicos. Uno de los primeros fenómenos suscitados y que se mantiene hasta la actualidad es el sometimiento de la administración pública a la ley, que con el pasar de los

siglos llegó a ser el sometimiento de todos los poderes públicos a los preceptos consagrados en la Constitución. Así lo señala Muñoz Machado S. (2011) al afirmar: “Pero, en el plano de los principios, el sometimiento de la administración a la legalidad tenderá a representarse no solo como la obligación de no atentar contra la ley contradiciéndola, sino como la necesidad de encontrar en la ley la habitación precisa para adoptar decisiones de cualquier clase.” (p. 34). En este sentido queda claro que la administración pública no debe solo cumplir con la Ley, que debe estar acorde a la Constitución, sino que dentro de ella debe encontrar la forma de velar por el cumplimiento progresivo de los derechos que se desprenden de los principios constitucionales y en caso de no encontrar modos de hacerlo, debe acudir a la corma suprema de manera directa.

Los principios de la Revolución Francesa se plasmaron en el nacimiento del constitucionalismo europeo y no podía ser de otra manera que dicha corriente inunde las administraciones públicas del mundo al punto de someterlas completamente a su poder; sin embargo, hasta el presente existen campos en los que la administración pública falla en su sometimiento a la Constitución y las leyes, principalmente por la ausencia de claridad de normas. Con esto no hablo de especificidad sino de posibilidades de aplicación en situaciones que, no siendo consideradas por el legislador, se presentan de manera esporádica o reiterativa en la gestión de la administración pública. El derecho administrativo es en consecuencia la rama especializada que gobierna a la admiración pública en toda su actividad, pero no únicamente en su estructuración o relacionamiento, también lo hace en sus actividades mercantiles, tributarias, laborales, punitivas y en general todas.

Bases teóricas.

El derecho público.

Zavala Egas J. (1999) define al derecho público como el derecho de los poderes públicos (p. 45), que se entiende como el conjunto de normas que rigen a dichos poderes, además los controlan y contienen cuando es necesario. Esta concepción crea la seguridad jurídica de un Estado y evita el abuso de poder por parte de sus instituciones. En ese sentido se aprecia la personería jurídica así como

la capacidad de contratar de las entidades que pertenecen al sector público. Un principio básico de derecho universal es que en materia de derecho público únicamente se puede actuar en función de lo que está específicamente contemplado de manera positiva, es decir el texto escrito constante en las normas.

El derecho administrativo.

Es necesario un breve concepto de lo que comprende el derecho administrativo; y, en ese sentido se puede señalar someramente que se trata de la aplicación del derecho público dentro de las instituciones del Estado; que de esta manera controla y determina las actividades de dichas instituciones y consecuentemente del Estado. Madariaga M. (1993) señala:

(...) el derecho administrativo condiciona y determina la función pública. Los agentes del Estado ya no son libres para actuar en forma en que lo estimen conveniente sino que, por el contrario, sólo pueden, legítimamente, satisfacer el rol que tienen asignado; porque no hay mas Estado ni más poderes de la autoridad que allí donde están institucionalmente consagrados (...) (p. 12).

Por lo tanto, se puede señalar que las instituciones públicas carecen de potestades discrecionales en cuanto a su gestión, salvo los casos y de las formas que las normas contemplan específicamente. Dicha obligatoriedad se encuentra en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador que consagra:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

El derecho administrativo internacional.

Como se ha señalado anteriormente, no existe un derecho internacional concreto, sino de principios universales, pero en algunos sectores, en la práctica existen concordancias de algunas normas que permiten que los procesos de la administración pública sean similares, por no llamarlos iguales. Una de esas áreas es la de la contratación pública, particularmente por los principios bajo los que se rige: transparencia, concurrencia, no discriminación, etc. El área de gestión que este trabajo busca exponer es el de los contratos de administración pública de un

país en otro, que pese a no ser tan conocido o desarrollado puede ser de gran importancia.

Las fuentes de derecho internacional en general carecen de legitimidad al verse conformadas por especialistas que no pertenecen a instancias internacionales sino que más bien son entidades o personas privadas que producto de sus actividades han generado una dinámica jurídica que les permite una apreciación más completa de esta problemática. Los Estados por otro lado, realizan mayormente contrataciones en el exterior para importar bienes o adquirir servicios para su propio territorio, cuando se busca contratar en territorio extranjero el mecanismo debe ser diferente. Esto demuestra la necesidad de que los Estados y sus instituciones cumplan los principios de objetividad, transparencia, concurrencia, participación y prohibición de discriminación, a través de mecanismos que permitan instrumentar adecuadamente los procesos que se llevan a cabo en el extranjero.

La contratación pública según Rodríguez J. y otros (2011) debe cumplir con la metodología del pensamiento abierto, dinámico y complementario (p 17); los mismos que buscan el derecho a la libre competencia, igualdad de trato, no discriminación, transparencia, imparcialidad y objetividad, generando sistemas confiables. La existencia del Derecho Administrativo a nivel internacional se configura de mejor manera en comunidades internacionales de carácter regional, siendo el mejor ejemplo la Unión Europea. Dicha comunidad de naciones cuenta con su propia legislación comunitaria para contratación pública y hace poco, en diciembre del 2016, se suscribió entre el Ecuador y la Unión europea un acuerdo comercial que contempla la libre participación de empresas europeas en los procesos de contratación pública ecuatorianos.

Aunque el derecho administrativo internacional sea casi nulo, la contratación pública, al estar concebida bajo los mismos principios en todos los países occidentales, empujada por la globalización, ha permitido que se den procesos, aunque pocos, en los que los Estados contratan servicios en otros Estados con personas naturales o jurídicas de ámbito privado. Con este tipo de contrataciones, que se realizan por conveniencia o necesidad, se adquieren

derechos y obligaciones que por lógica, deberían adecuarse a la legislación que rige el territorio donde se contrata. No pudiendo el contratante alegar que por soberanía nacional no va a someterse a la jurisdicción territorial.

La contratación pública como política estatal.

Como ya se ha mencionado la contratación pública es parte fundamental del desarrollo económico de un país. Al mismo tiempo se convierte en un medio por el cual se realiza una política pública que ha sido concebida previamente. En ese sentido, los procesos de contratación pública deben tener una planificación macro que los dirija; esto se instrumentaliza a través de los contratos, los mismos que son planeados, celebrados y ejecutados en diferentes ambientes. Según Subirats, J. (1991) las políticas públicas comprenden los procesos, decisiones y resultados, sin desconocer los conflictos de intereses y tensiones entre diferentes definiciones del problema que se busca resolver y sus racionalidades organizativas y de acción. (p. 5); esto en virtud de la consecución del objetivo de atender el interés general de la población.

La responsabilidad en las contrataciones públicas y los mecanismos de control.

El manejo de recursos en la administración pública contempla un riesgo alto para los funcionarios. Pese a que existen varios organismos y mecanismos de control, nunca se está del todo cubierto. En materia de contratación pública, un proceso nunca es llevado por una sola unidad o área, lo cual en principio es lo deseable ya que así existe control interno, pero al mismo tiempo representa un riesgo si una de las partes no cumple su función debidamente y esto pasa desapercibido a las áreas que deben continuar con el proceso. Al respecto, Nieto, A (2000) establece que la facultad sancionadora del derecho administrativo trata de evitar exponer a cualquier riesgo los intereses colectivos, por lo que el Estado exige el cumplimiento de las normas que contienen normas de control so pena de una sanción (p. 35). Esto concuerda con la abundante normativa nacional en cuanto al cuidado de los recursos públicos, ya sea dinero o bienes; sin embargo, existe poca o insuficiente normativa para los gastos que se realizan en el exterior, de acuerdo a las competencias de cada institución de la administración pública.

En la actualidad la opinión pública tiene mayor acceso a la información, incluso existe normativa que garantiza a los ciudadanos el libre acceso a la información calificada como pública, y dentro de ella, las contrataciones de las entidades gubernamentales. Esto ha llevado a que la actividad pública sea regida por la ética y transparencia; siendo obligación de toda la administración pública actuar de manera adecuada y en procura de los bienes generales de la población. La responsabilidad se presumiría como garantía de control, siendo facultad de los ciudadanos la fiscalización de los actos del poder público también constituye un principio de control de dicho poder. El principio de contrapesos de poderes en los Estados democráticos es la base de la responsabilidad en la administración pública; así lo señala Loewenstein, K (citado por Ekmekdjian, M. 1997) al decir que un detentador de poder tiene que dar cuenta a otro detentador de poder sobre el cumplimiento de la asignación que le ha sido asignada. (p. 200). Con esto se puede manifestar que si bien los funcionarios públicos poseen facultades de decisión en ejercicio de sus funciones, su gestión debe ser reportada y fiscalizada por el poder que le otorga, de manera directa o indirecta, dichas funciones, poder que en todos los casos es la ciudadanía.

Los contratos internacionales.

El concepto de contrato internacional varía según la perspectiva doctrinaria e incluso política con la que se lo analice, por lo que es necesario tomar las fuentes más conocidas. La Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, suscrita en Viena el 10 de abril de 1980 establece que un contrato es internacional cuando las partes tienen sus domicilios en Estados diferentes. Siendo esta la concepción más simple es al mismo tiempo la más lógica, sin embargo las legislaciones posteriores han complementado este criterio, ya que fenómenos como la descentralización o la autonomía de muchas regiones han modificado la aplicación de dicha concepción.

En cuanto al derecho español, el artículo 3 de la Ley 60/2003 del 23 de diciembre del 2003, conocida como la Ley de Arbitraje, concibe a un contrato como internacional cuando concurra una de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el

convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; y, c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional. Con este concepto se especifican las circunstancias que pueden determinar los conceptos de contratos, esto a propósito del nacimiento de la Unión Europea en la década del noventa.

La competencia judicial o arbitral internacional.

Es conocido que la competencia judicial se da en función de aspectos como son territorio, materia y grado; obviamente con la evolución del derecho pueden existir variaciones dentro de esos aspectos pero se entiende que los antes mencionados son los básicos. Sin embargo en materia arbitral la jurisdicción y competencia arbitral puede ser acordada entre las partes, no siendo necesario que el territorio donde se presenta la controversia forzosamente sea donde se solucione el conflicto. Lo mismo pasa con los árbitros que no necesariamente deben ser jurisconsultos sino que deben demostrar conocimiento y probidad para ser elegidos por las partes.

En materia contractual, el derecho internacional no contempla de manera específica los lineamientos que se deben seguir en procesos arbitrales de índole internacional, dando paso a la autonomía de la voluntad, la cual, Virgos M. y Garcimartín. (citados por Amores M. y otros, 2011) señalan que la competencia judicial –o en este caso arbitral- por voluntad de las partes no es especial para los supuestos contractuales, sino que se admite con carácter general; y, que las razones que justifican la adopción de esta regla son fundamentalmente tres: 1) es un principio de derecho procesal civil, ya que si las partes pueden decidir si implementar o no sus derechos es coherente que además puedan decidir dónde hacerlo; 2) las partes son quienes mejor conocen sus intereses y las características de su relación por lo tanto pueden identificar mejor que tribunales están en mejor posición para conocer el litigio; y, 3) reduce la incertidumbre en la medida de que puede conocer previamente ante que tribunales y bajo que legislación se va a litigar en caso de conflicto, excepto en los casos de sometimiento tácito. (p. 320).

Al igual que en el derecho internacional en general, los arbitrajes internacionales se rigen por principios generales, comúnmente aceptados por sus partícipes, basados siempre en el principio de buena fe.

Principales fuentes de la contratación pública internacional.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Contratación Pública (CNUDMI).

El Ecuador se adhirió a esta Ley Modelo el 18 de junio de 1997 y entro en vigor el 01 de enero del 2000 y sigue vigente según el portal de la CNUDMI. Lo que llama la atención es que en el texto de dicha Ley Modelo, su artículo 3 establece las obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública, donde establece que en la medida que dicha ley entre en conflicto con un tratado, acuerdo internacional o federal, prevalecen las exigencias impuestas en los instrumentos supralegales. Una analogía con lo establecido en el artículo 424 de nuestra norma suprema que establece que los convenios internacionales tienen rango constitucional vislumbraría un posible conflicto en la aplicación de normas.

El Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio

El Acuerdo de Contratación Pública de la OMC es plurilateral, negociado en el marco de la OMC, por lo tanto no todos los miembros de la organización son parte de él. Actualmente cuenta con 19 Partes que incluyen a 47 Miembros de la OMC. Otros 29 Miembros participan en el Comité de Contratación Pública como observadores. Su misión es aperturar los mercados de contratación pública entre las partes. Producto de este acuerdo se ha dinamizado la oferta internacional de proveedores residentes o ciudadanos de los países partes por un valor estimado en USD 1,7 billones de dólares anuales en bienes y servicios.

El Acuerdo entró en vigencia en 2014 y atrae cada vez más atención a nivel mundial. Esto fue gracias a la concreción de los esfuerzos realizados en las negociaciones realizadas en la Ronda de Tokio de Negociaciones Comerciales de 1979, donde se firmó el primer acuerdo sobre contratación pública denominado "Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público", que entró en

vigencia en 1981 y actualmente se encuentra derogado. El Ecuador no participa bajo ninguna modalidad del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC. El Acuerdo contiene los principios fundamentales de la contratación pública, que nacen de la legislación interna hasta alcanzar jerarquía internacional con los principios de trato justo y en igualdad de condiciones a los productos, servicios y proveedores nacionales, transparencia, concurrencia, imparcialidad, desagregación tecnológica, etc.

La contratación pública en el ámbito internacional.

La contratación pública a nivel internacional realizada por gobiernos u organismos multilaterales tiene efectos directos en la sociedad, por lo tanto es un campo importante del comercio internacional. La limitación de recursos públicos obliga a que exista un riguroso control en este campo ya que son pocas las instituciones, o al menos eso es lo que se supone, que realizan contrataciones en el exterior, por lo tanto, la eficiencia del proceso de adquisiciones es esencial en todo régimen de contratación. Realizar procesos de manera abierta y transparente es la mejor forma de hacer uso óptimo de los recursos, ya que permite aprovechar al máximo las ofertas de los proveedores en libre competencia.

Se entiende que la Contratación Pública Internacional (CPI) la realizan los países que requieren bienes o servicios con los que no cuentan dentro de sus fronteras, sin embargo, no se presta la necesaria atención a los procesos que realizan los países en otros Estados. Existen varias instituciones y organismos multilaterales que realizan este tipo de contrataciones. Según la Organización de Naciones Unidas, la contratación pública internacional representa alrededor de dos billones de euros al año, en diferentes modalidades de contratación, representando una porción del mercado de bienes y servicios a nivel internacional que no se puede ignorar.

Características.

La contratación pública internacional requiere de las siguientes características:

Transparencia.

Independientemente del monto, todos los procesos de contratación pública deberían ser información de acceso público; sin embargo, por operatividad se establecen montos y mecanismos para su publicación sin observar que la discrecionalidad en procesos pequeños permite que por medio de la división de contratos se perjudique al Estado. De igual manera, los procesos que manejan información de carácter sensible, como seguridad nacional o inteligencia, permite que algunas entidades puedan mantener en reserva determinados procesos. En los sectores calificados como estratégicos se ha observado la mayor cantidad de actos de corrupción debido a que bajo la figura de su giro de negocio se ha permitido cierto nivel de clandestinidad en las contrataciones estatales.

Publicidad.

Los procesos de contratación pública deberían ser difundidos a través de publicaciones especializadas en el ámbito local e internacional y así lo contempla la legislación ecuatoriana para procesos en el exterior, pero la forma en la que lo establece es deficiente ya que requiere únicamente de publicación en medios de prensa escrita. En la actualidad el acceso a internet brinda la oportunidad de que los procesos sean más visibles, existiendo páginas web especializadas que recogen los procesos de contratación pública de varios países.

Procedimientos claros y específicos.

En el Ecuador las contrataciones realizadas localmente están sometidas a lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento de aplicación y las resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, y es precisamente en el reglamento donde su artículo 3 permite que las contrataciones en el exterior se sometan a la legislación del lugar donde se contrate, en los siguientes términos:

Art. 3.- Aplicación territorial.- Las normas contenidas en la Ley y en el presente Reglamento General se aplicarán dentro del territorio nacional.

No se registrarán por dichas normas las contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero y cuya importación la realicen las entidades contratantes o los servicios que se provean en otros países, procesos que se someterán a las normas

legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

Categorización:

Servicios

Se refiere a la contratación o compras de todo tipo de servicios. Los proveedores poseen experiencia y conocimiento de los cuales se espera como resultado final diversos productos relacionados con un servicio requerido. En este grupo se incluyen los servicios de consultoría, que son servicios de profesionales expertos en determinada área o rama de conocimiento, también está la representación legal o el patrocinio jurídico. También puede considerarse como un servicio la provisión de bienes fungibles, como los combustibles o gases envasados.

Suministros

Se refiere a las compras de material tangible con características concretas, en general bienes y equipos. Los suministros son descritos de manera técnica y específica, con la finalidad de que el proveedor u oferente que cumpliendo con todos los requisitos establecidos por el contratante, oferte el mejor precio. Los procedimientos que se utilizan para la adquisición de bienes de este tipo son dinámicas, es decir que existe una competencia de ofertas.

Obras

Abarca las adquisiciones de obras físicas. También puede considerarse el mantenimiento de estructuras que tienen cierto nivel de complejidad. Este tipo de contratación se realiza una vez que se han culminado procesos previos como estudios y planos, los cuales son desarrollados mediante procesos de prestación de servicios de consultorías ya que una vez que se cuenta con los estudios definitivos se inician las construcciones o los trabajos de reparación o mantenimiento.

Los contratos de adhesión.

Como se ha señalado anteriormente, los contratos de adhesión se diferencian de los de negociación por el simple hecho de que estos no son

consensuados, es decir, carecen de igualdad entre las partes. Este tipo de contratos son los que gobiernan el sector público; Blanquer D. (2013) señala que en estos contratos las empresas interesadas en la adjudicación presentan su proposición. La proposición u oferta debe ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la adhesión y la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las condiciones o cláusulas, sin salvedad o reserva alguna. (p. 260). En el Ecuador los contratos de la administración pública son de adhesión, toda vez que el contratante (Estado) impone sus condiciones y los oferentes que quieran ganar la adjudicación deben someterse a las exigencias del contratante.

La atipicidad de los contratos de adhesión suscritos por las entidades públicas en el extranjero.

Como se indicó anteriormente, los contratos de la administración pública ecuatoriana son de adhesión por las características de las que gozan, pero la pregunta asoma cuando se piensa en el exterior. ¿Qué tipo de contrato son los de adhesión en el exterior que suscriben las entidades públicas ecuatorianas? Pues pueden ser calificados de atípicos, toda vez que las partes no gozan de igualdad de condiciones. Blanquer D. (2013) señala que corresponde a la ley establecer los criterios que deben utilizarse para deslindar qué contratos se rigen por derecho privado y cuales se rigen por naturaleza administrativa. Asimismo, establece que se pueden distinguir tres factores que sirven para identificar contratos atípicos de naturaleza administrativa que pueden celebrar las administraciones públicas: 1) Que las prestaciones objeto del negocio jurídico estén vinculadas al giro propio o específico de la competencia de cada administración pública; 2) Tiene el objeto de satisfacer una finalidad pública de forma directa o inmediata, no basta con que indirectamente produzca efectos de interés general; y, 3) La naturaleza administrativa o privada de un contrato puede ser determinado así por la ley. Esta facultad queda supeditada al poder legislativo. (p. 375). Estos factores deben ser normados a través de legislación que los clasifique para que una vez plenamente identificados, sean diferenciables entre ellos. La falta de esta diferenciación interna afecta el criterio de la administración pública para establecer una postura

de negociación en los contratos en el exterior, ya que existe la posibilidad de que se consideren iguales, lo cual es un error.

Relevancia del Principio de Buena Fe en los contratos celebrados en el extranjero por entidades públicas.

La concepción universal denominada “Pacta Sund Servanda” de que los contratos deben ser cumplidos de buena fe es una de los pilares del derecho y es la base fundamental del concepto de seguridad jurídica. Tiene su origen en el derecho romano en las palabras de Ulpiano (citado por Blanquer D.) habla sobre respetar los pactos: “Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de ellos” (Digesto 2, 14, 7). Igual apreciación aparece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969), cuyo artículo 26 establece que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

El concepto de “Pacta Sund Servanda” en los contratos suscritos en el exterior de carácter privado tiene mayor relevancia que los mismos contratos celebrados con la figura de administrativo u oficial. No es ajeno al conocimiento que antes de que la administración pública en general tuviera alcance internacional, este tipo de contratos eran celebrados por miembros del cuerpo diplomático asentados en los países, lo que provocó algunos abusos por parte de la administración pública en el exterior. Esto debido al estatus diplomático impedía que fueran sometidos a procesos ordinarios de reclamo en caso de incumplimiento y en caso de llegar a serlo gozaban de una idea perversamente concebida de inmunidad. Producto de esas experiencias cada vez se hizo más común que en el exterior los contratos fueran suscritos con carácter de privado y no administrativo. Se puede decir que la mediación y el arbitraje nacen de la buena fe de las partes; Barrios, D. (citado por Hughes, C. 2010) estipula al arbitraje como un medio para la resolución de conflicto de intereses de carácter jurídico, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada a lo que debe agregarse diferente al proceso. (p. 142). Por lo tanto, un laudo o proceso arbitral no es propiamente un conflicto declarado, sino una controversia o desacuerdo surgido entre las partes, que de buena fe, buscan solucionar por así convenir a sus intereses.

Legislación Comparada.

El arbitraje internacional en Chile.

La Ley No. 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional fue publicada en el Diario Oficial chileno el 29 de septiembre del 2004. Dicha ley se basó en la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, en cuya elaboración participó Chile, por lo que al tratarse de una norma utilizada mundialmente es amigable a las partes interesadas aunque sean extranjeras. La referida ley considera como elemento esencial en materia de arbitraje internacional, el reconocimiento de la voluntad (autonomía de voluntad) lo que permite que las partes definan los parámetros en las que se dará el arbitraje y la legislación que sobre dicha materia existe, únicamente se presenta como normas subsidiarias. Asimismo, la intervención de los tribunales de justicia en materia arbitral está limitada a los casos en los que la misma ley los contempla. Otro de los principios que deben señalarse respecto de esta ley es el de igualdad entre las partes ya que no se pueden acordar estipulaciones que signifiquen o deriven en el estado de indefensión de una de ellas.

El Decreto Ley No. 2.349 (1978) contempla las Normas sobre Contratos Internacionales para el Sector Público y en su artículo 1 prescribe que son válidos los acuerdos que sometan al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto tenga relación con negocios de carácter económico o financiero, que se celebren entre organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras, que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas (Art. 1, inciso 1). Esta disposición legal abre virtualmente la oportunidad de que cualquier persona jurídica – chilena o extranjera - pueda someterse al derecho extranjero. Asimismo, el inciso 2 del mismo artículo señala que son válidas las estipulaciones que por causales se hayan sometido o se sometan a controversias derivadas de los contratos a jurisdicción de tribunales extranjeros, incluidos los de arbitraje; previstos en mecanismos preestablecidos o en el contrato; o, aquellas en las que se determine domicilio especial. Finalmente, el referido artículo 1 estipula que una

vez expresada la voluntad de sometimiento a jurisdicción extranjera se perderá el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción (inciso 4).

En el caso chileno, se estipuló que los contratos celebrados con posterioridad a la expedición del Decreto Ley No. 2.349 deberán contar con la autorización del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda, señala que dicha autorización puede otorgarse por el plazo de hasta un año, con opción a renovación, e incluso permite que al momento de acordar el arbitraje, las partes puedan acordar el derecho aplicable al mismo.

El arbitraje internacional en Panamá.

En el derecho panameño, el artículo 1 del Decreto Ley No. 5 (Gaceta Oficial 23.837 del 10 de julio de 1999), define el arbitraje como una institución de solución de conflictos, mediante la cual una persona con capacidad jurídica para obligarse, somete las controversias surgidas o que puedan surgir con otra persona, al juicio de una o más árbitros, que deciden definitivamente mediante laudo con eficacia de cosa juzgada. A este proceso se puede someter cualquier tipo de litigio, conflicto o discrepancia que exista o pudiera existir entre las partes de un contrato, sobre aplicación, interpretación o ejecución del mismo. Dicha norma contempla que los arbitrajes pueden ser entre particulares entre sí, entre particulares y el Estado o entre Estado, en el último caso señala que se requerirá de un convenio o acuerdo internacional previamente firmado. Es meritorio señalar que pese a la antigüedad de la norma referida, en la misma se aprecia que la figura de la mediación y arbitraje se encuentra institucionalizada, aunque para aquella época no haya sido de práctica común. Lo interesante es la calidad de cosa juzgada y de ejecutabilidad que otorga a la resolución del arbitraje, lo que termina el conflicto en los mismos términos que la justicia ordinaria podría con la ventaja de la celeridad, esto en virtud de que los árbitros son jueces jurisdiccionales del Estado.

En el ámbito del arbitraje internacional el mismo Decreto Ley antes referido, en su artículo 5 estipula que éste se da cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que lo caractericen como tal o bien que conforme a la regla de

conflicto del foro lo califiquen como internacional. También califica como internacional a un arbitraje si:

1. Las partes, al momento de la celebración de un convenio arbitral tienen domicilios en distintos países;
2. Si el lugar del arbitraje que se ha determinado en un convenio arbitral está situado fuera del país donde las partes tienen sus domicilios;
3. Si el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica de las partes está fuera del país en el que las partes tienen sus establecimientos;
4. Si el lugar con respecto al cual la controversia guarda relación más estrecha está fuera del país en el que las partes tienen sus establecimientos; y,
5. Si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o está relacionada con más de un Estado y/o consista en prestación de servicios, disposiciones de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos extraterritoriales.

Respecto de los domicilios de las partes para efectos del proceso arbitral, el artículo 6 del mismo cuerpo legal señala que si alguna de las partes tiene varios establecimientos a nivel internacional se tomará el que guarde mayor relación con el objeto del arbitraje pactado; o en su defecto se tomará como domicilio el del representante legal. De esta manera se garantiza la notificación a la otra parte, bien sea por conceptos facticos como la ubicación geográfica y relación con el objeto del arbitraje; o, por concepto legal al notificar y citar a un representante debida y legalmente autorizado.

Panamá cuenta con dos centros de arbitraje internacional: el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Industrias y Agricultura de Panamá CeCAP, creado en 1994; y, los Servicios de Solución de Controversias de la CCI de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que se situó en Panamá en el 2007. En este sentido se puede plantear que Panamá tiene un centro arbitral local en su Cámara de Comercio y Agricultura y una sede arbitral internacional, la cual puede conocer procesos locales e

internacionales. Esto demuestra el desarrollo y aceptación que este tipo de procesos tienen por su rapidez y eficacia.

Sobre las relaciones jurídicas que tiene PRO ECUADOR

PRO ECUADOR, al ser una entidad perteneciente a la administración pública se rige bajo los conceptos y principios constitucionales, pero efectiviza sus acciones a través del derecho administrativo o público propiamente dicho. PRO ECUADOR por sí mismo no puede obligarse sino a través de su representante legal o los delegados del mismo, que actúan como medio para realizar la actividad jurídica de dicho instituto. Dicha actividad, según el artículo 64 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, manifiesta su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando la administración actúe dentro de dicho campo. Es así como se podría entender que PRO ECUADOR puede ejercer diversas acciones y entre esas está de la adquirir derechos y obligaciones contractuales.

Breve revisión de procedimientos de Contratación Pública en PRO ECUADOR.

Una vez que las contrataciones a realizarse constan en el Plan Operativo Anual (POA) de la oficina en el exterior de PRO ECUADOR, el procedimiento establecido para las contrataciones que realiza PRO ECUADOR en el exterior es el siguiente:

1. Preparación de los términos de referencia, independientemente de si se trata de un contrato de adhesión o con formatos propios.
2. Cotizaciones para determinar el presupuesto.
3. Solicitud de dictamen técnico del área relacionada con la naturaleza del contrato.
4. Solicitud de informe jurídico previo a la contratación.
5. Contratación.

En este tipo de procedimientos se trata de establecer las reglas o condiciones de la contratación con la mayor claridad posible ya que si las reglas no son claras y no se tienen mecanismos de control adecuados (técnico y jurídico), se podrían presentar discrecionalidades que podrían derivar en casos de corrupción en las contrataciones, con una adecuada planificación y el control debido se lograría que los procesos de contratación en el exterior resulten bienes y servicios óptimos en calidad y precio. Las acciones que se toman a nivel institucional están dirigidas a que las contrataciones estén libres de cualquier forma de corrupción.

Las cláusulas de arbitraje.

Las cláusulas de arbitraje no son nuevas, en los contratos nacionales de instituciones públicas se contempla el sometimiento a arbitraje en caso de controversias, generalmente el centro de arbitraje de la Procuraduría General del Estado. En los contratos internacionales se contemplan estas cláusulas en virtud de que tienen mayor viabilidad y agilidad en controversias contractuales. Sánchez S. y otros (2012) establece que para los operadores de tráfico mercantil internacional el objetivo principal de dicha estipulación es situar sus controversias en un entorno neutral, no influenciado por el mayor conocimiento de una de las partes hacia sus sistema jurídico nacional (p. 143). Es necesario señalar que el concepto de neutral no se refiere al interés del Estado en el que tiene lugar la controversia, sino a la existencia previa de reglas y procedimientos para resolver dicha controversia. El mejor conocimiento del sistema de justicia de una de las partes debilita la postura de la otra, especialmente en regiones donde existe corrupción en la administración de justicia, ya que pueden ser objetos de innumerables y engorrosos trámites que distraigan la defensa de su legítimo interés. Por eso es necesario un espacio que garantice la igualdad de condiciones.

También existe la posibilidad de elección de fuero, pero ese tipo de contratos no son los llamados de adhesión, en los cuales una de las partes acepta las condiciones de la otra sin oportunidad de negociación. En ese sentido la gestión de PRO ECUADOR siempre se ha visto comprometida, el mecanismo que se ha utilizado es solicitar que se elimine la cláusula de arbitraje y que en caso de surgir controversias se solucionarán de manera directa. Otra medida tomada es la

de eliminar la cláusula con la promesa de que en caso de controversias se someterán ambas partes al arbitraje, de esta manera se firma el contrato y en caso de ser necesario, recién en ese momento se solicita la autorización a la Procuraduría General del Estado para procesos arbitrales. Esto último se podría entender como una maniobra legal pero que no brinda la seguridad jurídica necesaria para la institución.

METODOLOGÍA.

Modalidad.

Dentro del presente trabajo se utilizará la modalidad cualitativa, categoría interactiva, se aplicará el diseño de estudio de casos de los contratos suscritos en el exterior por parte de las entidades públicas ecuatorianas y la eficacia jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado en las solicitudes de las instituciones públicas de someterse a arbitraje internacional previo a la suscripción de dichos contratos de adhesión.

Asimismo, se utilizará la modalidad cualitativa, categoría no interactiva, se aplicará el diseño de análisis de conceptos de preceptos internacionales de derecho administrativo y contratación pública, enfocados en la obligación que tienen los países de respetar la normativa interna de sus países receptores de acuerdo a lo establecido en los artículos 41 y 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, respectivamente, y la contraposición del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador.

Población y muestra.

Unidades de observación	Población	Muestra
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas Art. 41	53	1
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares Art. 55	79	1

Constitución de la República del Ecuador, 2008 Art. 422 Art. 424	444	2
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 11	15	1
Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 3	163	1
Sentencia Interpretativa Corte Constitucional del Ecuador (Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008)	1	1
Abogados especialistas en derecho constitucional e internacional público.	3	3

Elaborado por: Andrés Loor (2018)

Métodos de Investigación.

Teóricos.

Análisis de informe jurídicos elaborados sobre contratos de adhesión para eventos internacionales en los que ha participado PRO ECUADOR.

Dedución desde los convenios internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, para determinar si es aplicable la disposición constitucional que prohíbe celebrar instrumentos internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales entre el Estado y personas naturales y jurídicas privadas.

Hermenéutica de los convenios internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador y de los artículos 422 de la Constitución de la República del Ecuador, 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y 3 del Reglamento

de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Esta interpretación nos permitirá determinar si existe coherencia entre las normas y los hechos observados en el objeto de investigación.

Empírico.

Cuestionario de entrevista a tres profesionales en Derecho Constitucional, para la aplicación del juicio de expertos en el objeto de estudio. Este instrumento está constituido por cuatro preguntas abiertas de respuesta corta (ver anexo n° 1).

Procedimiento

1. En primer lugar, se examina en los convenios internacionales suscritos y ratificados en el Ecuador los artículos relacionados al respeto de la normativa interna de los países donde el Ecuador realiza actividades.
2. Se selecciona en la Constitución de la República del Ecuador, 2008, el conjunto de artículos relacionados con la soberanía estatal para confrontarlos con los artículos de las Convenciones de Viena sobre la obligación que tienen los Estados acreditados de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor.
3. Se analiza la Sentencia Interpretativa Corte Constitucional del Ecuador (Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008), que fue emitida con la finalidad de explicar y contextualizar la aplicación del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador en los Convenios Bilaterales de Inversión suscritos por el Ecuador.
4. Se revisa en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado la facultad otorgada a dicha entidad de autorizar a las entidades públicas a someterse a arbitraje internacional. Dicho estudio permitirá identificar los casos en los que dicha facultad es aplicable de acuerdo a lo establecido en el artículo 422 de la Constitución.
5. Se identifica en la Ley y Reglamento del Sistema Nacional de Contratación Pública los artículos que permiten que los contratos suscritos en el exterior se rijan bajo las leyes de los territorios donde se suscriben dichos contratos, para verificar su concordancia con las Convenciones de Viena y la Constitución.

6. Se analizó la eficacia jurídica que tienen las autorizaciones del Procurador General del Estado para que las entidades públicas se sometan a arbitraje internacional, considerando los artículos 422 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador.
7. Se examinó la problemática que enfrentan los informes jurídicos emitidos por PRO ECUADOR en los que no se contempla el sometimiento a arbitraje internacional pero que sí contemplan sometimiento a la jurisdicción del país donde se celebran contratos de adhesión.
8. Se aplicó la técnica juicio de expertos con un cuestionario de entrevista de cuatro preguntas de respuesta corta a tres abogados especialistas en derecho constitucional y contratación pública, con el propósito de discernir el nivel de entendimiento y capacidad de análisis de la problemática relacionada a los contratos de adhesión suscritos en el exterior.
9. Finalmente, se procedió a desarrollar el análisis de los resultados a partir de las bases de datos elaboradas con los contenidos convencionales y normativo-constitucionales, la legislación nacional y las respuestas de los expertos en derecho constitucional. Luego del análisis correspondiente y la consolidación de las respuestas obtenidas de las muestras de estudio, se establecerán las conclusiones correspondientes, dando respuesta a las preguntas de investigación.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

RESPUESTAS.

Base de Datos Cualitativos.

Estudio de los artículos normativos relacionados con la aplicabilidad del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador y su efecto en la celebración de contratos de adhesión en el exterior por parte de las instituciones públicas:

- A.** Normativa de Tratados Internacionales respecto de la obligación que tienen los funcionarios en el exterior de cumplir las leyes del país en el que se encuentran.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Art. 41:

41.- 1. Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. (...).

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Art. 55:

Art. 55.- Respeto de las leyes y reglamentos del Estado receptor.-
1. Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. También estarán obligados a no inmiscuirse en los asuntos internos de dicho Estado.

Análisis: En el marco de obligatoriedad de cumplimiento por parte de los países suscriptores de ambos instrumentos internacionales, se aprecia la claridad con la que se señala la obligación de cualquier funcionario que se encuentre en otro Estado de respetar su legislación interna, incluida su jurisdicción. Siendo lógico, tal como dicta el derecho universal y el sentido común, que dicha obligatoriedad es inherente a la soberanía que tienen los países miembros de la comunidad internacional de exigir el cumplimiento de su legislación interna; y, que a pesar de las preferencias o inmunidades que en ejercicio de su soberanía

dichos países pudieran otorgar a determinados funcionarios extranjeros, esto no los exime del cumplimiento de las mismas.

B. Normativa de la Constitución de la República del Ecuador respecto de la prohibición de ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional y su supremacía constitucional.

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

(...)

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

(...)

Análisis: Se inicia este análisis con el estudio del artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador. En dicho artículo se plasma la supremacía de la norma constitucional sobre las normas secundarias, entiéndase leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos y demás. De este artículo se puede deducir que todas las normas infraconstitucionales deben guardar armonía con la Carta Magna y que toda norma en contrario se entiende nula o sin efecto jurídico alguno. En ese sentido, el artículo 422 de la Constitución se entiende superior, de obligatorio cumplimiento y por encima de cualquier otro artículo, norma decreto, acuerdo ministerial o cualquier otro acto de la administración pública en general. Dicho artículo establece la prohibición taxativa de celebrar tratados o instrumentos (entiéndase también contratos) en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, por lo que a primera vista, no se podría celebrar contratos en territorio extranjero.

C. Sentencia Interpretativa Corte Constitucional del Ecuador (Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008).

Análisis:

La Corte Constitucional en su sentencia interpretativa, (Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008), mediante la cual el ex Tribunal Constitucional resolvió que sus integrantes debían asumir la calidad de Magistradas y Magistrados y ejercer las atribuciones que la Constitución de la República del Ecuador y demás normas secundarias conferían a la Corte Constitucional, hasta ser reemplazados de conformidad con la Constitución y la ley; realizó un análisis en el que señaló y concluyó que con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución dejó de ser un programa político y se convirtió en una norma jurídica de aplicación directa que debe ser reconocida y respetada como norma suprema. Con dicho análisis no existía posibilidad alguna de que las normas inferiores contradijeran a la Constitución; sin embargo, dentro del apurado análisis de sustento para asumir los nuevos cargos, los entonces magistrados de la Corte Constitucional no consideraron el poco explorado campo del Control de Convencionalidad. Dicho análisis de haber sido realizado de manera seria, hubiera arrojado que las legislaciones internas, incluidas las Constituciones, deben guardar concordancia con los tratados internacionales suscritos por los Estados, entre los que se encuentra la Convención de Viena, no pudiendo utilizar como pretexto la legislación interna para ignorar o no aplicar los convenios suscritos.

D. Normativa de carácter orgánico respecto del sometimiento a arbitraje internacional por parte de instituciones públicas.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 11:

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 (...) 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.

Análisis: Este artículo, que se encuentra en una ley orgánica -segunda en orden jerárquico vertical a la Constitución- establece la posibilidad de sometimiento a procesos arbitrales de derecho y a la mediación internacionales y al mismo tiempo especifica que debe ser de acuerdo a lo establecido en instrumentos internacionales. También estipula que una vez surgida la controversia –entiéndase esto como que el instrumento o contrato ya se había firmado previamente- las entidades del sector público podrán someterse a los antedichos procesos de conformidad con las leyes pertinentes –sin especificar cuáles o su procedencia- y que además se requerirá la autorización de la Procuraduría General del Estado. Esto a primera vista contradice lo estipulado en el artículo 422 de la constitución y por efecto del 424 de la misma debería quedar sin efecto o que carecería de eficacia jurídica.

E. Normativa de carácter reglamentario respecto de la aplicación territorial de las normas en materia de contratación pública.

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 3:

Art. 3.- Aplicación territorial.- Las normas contenidas en la Ley y en el presente Reglamento General se aplicarán dentro del territorio nacional.

No se regirán por dichas normas (...) los servicios que se provean en otros países, procesos que se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

Análisis: Este artículo, contemplado en un reglamento que se encuentra en una posición jerárquica más baja que una ley orgánica, contempla en cierta medida lo dispuesto en las Convenciones de Viena antes señaladas, en lo referente a procesos de contratación pública. En él se estipula y reconoce la soberanía de otros países y sus legislaciones internas; incluso es aplicable a legislaciones de comunidades internacionales como es el caso de la Unión Europea o comunidades autónomas o de Estados federados para procesos de contratación pública. Pero

este artículo va más allá y permite que se realicen contrataciones en el extranjero de acuerdo a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, es decir que tiene mucho más alcance y al mismo tiempo mayor obligatoriedad de su cumplimiento en procesos contractuales en el exterior. Esto crearía una contradicción con lo dispuesto en los artículos 422 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador.

Entrevista a expertos:

Sujeto A: Director de Asesoría Jurídica de PRO ECUADOR.

Sujeto B: Coordinador General de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

Sujeto C: Subprocurador Síndico Municipal de Contratación Pública del Gobierno Autónomo Descentralizado de Guayaquil.

Pregunta 1.-

Considerando lo establecido en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, ¿en qué medida considera usted aplicable lo contemplado en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado al momento de celebrar contratos de adhesión en el exterior?

Sujeto A: Considero aplicable lo establecido en el art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, esto es, que para someterse a Arbitraje Internacional se requiera autorización de dicha entidad de control; más aún si el art. 190 de la Carta de Montecristi así lo reconoce como medio alternativo a la solución de conflictos.

Por otro lado, el art. 422 de la Norma Suprema hace referencia a celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado -como un todo orgánico- cede jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, mas no, como una institución dentro de una controversia contractual, claro está previo pronunciamiento de la Procuraduría.

Sujeto B: Los contratos que celebren las entidades públicas en el exterior pueden tener distintos regímenes según la entidad pública que realice el contrato.

En caso de instituciones que se encuentren establecidas como representaciones diplomáticas o consulares, o similares, se someterán a lo establecido en los convenios de establecimiento que se regulan por las normas del derecho internacional público.

Ahora bien, los contratos que celebren entidades públicas ecuatorianas con ingresos de fuente ecuatoriana que no se radiquen en el exterior, se someterán a las normas de nuestra jurisdicción en todo aquello que no esté previsto en los tratados y convenios internacionales respectivos. Pero con respecto a las reglas comerciales.

Por lo tanto, la aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado estará supeditada a lo establecido en las citadas normas internacionales.

Sujeto C: Una interpretación armónica de la normativa citada en la pregunta, en concordancia con la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y el Instructivo para solicitar al Procurador General del Estado autorización para el sometimiento a arbitraje, ley y jurisdicción extranjeras, determina la posibilidad de someter controversias originadas por la suscripción de contratos de adhesión en el exterior al arbitraje internacional, jurisdicción extranjera y ley extranjera, previa autorización de la Procuraduría General del Estado. La normativa antedicha y en especial el artículo 1 del instructivo citado conceptualizan de forma amplia los instrumentos contractuales que deben cumplir la referida exigencia de contar con la autorización de la Procuraduría General del Estado, sin hacer excepciones. Desde luego que para controversias de índole contractual y comercial debe estarse a la restricción en cuanto al arbitraje internacional prevista en el artículo 422 de la Constitución del Ecuador, así como las excepciones a dicha restricción del sometimiento a arbitraje internacional (operaciones de endeudamiento, contratos de adhesión entre el estado ecuatoriano e instituciones estatales extranjeras y arbitraje internacional en la región latinoamericana). Entiendo que la normativa aplicable debiera racionalizar dicha exigencia de contar con la autorización de la Procuraduría General del Estado para contratos de adhesión suscritos en el exterior, cuyas prestaciones se cumplirán fuera de la jurisdicción ecuatoriana.

Análisis: Como se puede apreciar en las tres respuestas, existen criterios variados sobre la aplicabilidad del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado al momento de celebrar contratos en el exterior. Cada criterio contempla conceptos diferentes, esto significaría un riesgo potencial al momento de su aplicación ya que se entiende que al no existir norma expresa o claridad en la forma de interpretar la norma existente se pueden dar pronunciamientos diametralmente opuestos sobre el tema. Se podría decir que esto se solucionaría con los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, misma que fue solicitada pero de la cual no se obtuvo respuesta hasta la fecha de elaboración de este trabajo, sin embargo se debería aclarar, si se necesita un pronunciamiento global o anual para cada institución o si se debe solicitar ese pronunciamiento en cada proceso contractual de manera individual; esto último significaría la imposibilidad de suscribir contratos hasta contar con el pronunciamiento o autorización, lo cual afectaría gravemente la gestión de las entidades públicas y la consecución de sus objetivos institucionales.

Pregunta 2.-

Considerando los artículos 41 y 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, respectivamente, ¿cómo es aplicable lo establecido en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Sujeto A: Las tres disposiciones hacen referencia a un solo principio general el de la territorialidad de la ley, esto es deben de respetarse la normas del país receptor; tanto así que el referido Reglamento dice que se respetarán las normas del país en que se contraten; esto aunado al hecho de que el código civil también lo establece de manera general en los arts. 13 al 16, señalándose en este último artículo que la forma los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que han sido otorgados.

Lo anterior, debe de suplirse con las normas de contratación pública, código civil, como normas supletorias, valga la redundancia, en la medida de lo posible.

Sujeto B: El artículo 3 del Reglamento a la Ley, establece justamente el criterio de la repuesta anterior y refleja el régimen de contratación de instituciones ecuatorianas en el exterior, según lo cual, cuando las entidades públicas realicen

procesos de contratación en el exterior, deberán aplicar los criterios determinados en la norma del país en el que se realicen tales contrataciones.

Es posible que muchas normas ecuatorianas sean aplicables, pero siempre que no se encuentren en contradicción a los tratados y convenios internacionales como el citado Convenio de Viena.

Sujeto C: El ámbito de aplicación de las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, se circunscribe a delegaciones diplomáticas, mientras que el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se refiere en general a los casos de extraterritorialidad de la ley ecuatoriana respecto de contrataciones efectuadas en el exterior. En este sentido se destaca que si los servicios se prestan en el país o las obras se ejecutan en el Ecuador, se aplicará la ley ecuatoriana; diferenciándose la situación en la que los bienes se adquieran en el exterior para la importación de los mismos o los servicios se presten fuera de la jurisdicción ecuatoriana, en cuyo caso será aplicable la ley extranjera. Las disposiciones citadas de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares se refieren al deber genérico del respeto al ordenamiento jurídico del país receptor por parte de los agentes diplomáticos, sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades. Son plenamente compatibles en el marco del desenvolvimiento de la actividad jurídica y contractual de las delegaciones diplomáticas en el cumplimiento de funciones propias de su naturaleza, las disposiciones antedichas y el artículo 3 del RGLSNCP en la medida que los servicios que se presten en las mismas se regirán por la ley del país donde funcione tal delegación diplomática.

Análisis: Aunque las tres opiniones son emitidas desde diferentes perspectivas, se puede concluir que el criterio final es el mismo, los contratos celebrados deben someterse a la legislación del lugar –ya sea comunidad internacional, país, estado, provincia autónoma, etc.- donde se celebran y en ese sentido lo estipulado en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, respectivamente es determinante. Vale señalar que el *Locus Regit Actum* por regla general de derecho significa que los actos jurídicos en general (incluido la celebración de contratos) están regidos por la ley del lugar donde fueren celebrados. Por lo que se podría concluir, respecto de esta pregunta,

que el artículo 422 de la Constitución de la República armonice con las Convenciones antes referidas.

Pregunta 3.-

Considerando los artículos 41 y 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, respectivamente, ¿en qué medida es eficiente eliminar las cláusulas relacionadas con sometimiento a arbitraje y jurisdicción de los contratos de adhesión suscritos en el exterior?

Sujeto A: Habría que determinar si la eliminación de la referida cláusula va a ser eficaz, si se entiende ésta por los tiempos que conllevan determinados procesos jurídicos; claro está, en tanto y en cuanto la otra parte lo posibilite; caso contrario obtener la autorización del ente de control, en el caso puntual, la Procuraduría General del Estado, lo que sí le daría la legitimidad y legalidad del caso, incluso para efectos de un control posterior.

Sujeto B: Aplica la misma respuesta anterior.

Sujeto C: Sería eficiente eliminar la exigencia de la aprobación de la Procuraduría General del Estado si se tratara de contratos de adhesión suscritos en el exterior cuyas prestaciones se cumplirán fuera de la jurisdicción ecuatoriana, toda vez que para los mismos rige la ley extranjera. Entiendo que la cláusula de solución de controversias en la cual se refleja el sometimiento a jurisdicción nacional o extranjera, así como del procedimiento arbitral o judicial, debe estar presente en todo contrato. Lo conveniente es que existan reglas claras y eficientes acorde al lugar que se ejecutarán las prestaciones y su trascendencia. Si se trata de contrataciones cuyas prestaciones se cumplirán en el exterior y sin mayor relevancia económica, debería someterse a jurisdicción extranjera sin autorización para ello, desde luego contando con las pertinentes reformas a la normativa aplicable.

Análisis: Sobre esta pregunta, los criterios varían, por un lado el sujeto A considera que es eficaz eliminar las cláusulas de arbitraje con el consentimiento de la contraparte; sin embargo no considera lo establecido en los artículos 41 y 55 de la convención de Viena. Los sujetos B y C concuerdan en la ineficacia de eliminar las cláusulas relacionadas con sometimiento a arbitraje y jurisdicción de los contratos de adhesión suscritos en el exterior ya que se estaría, por un lado,

actuando en contra de lo estipulado en las Convenciones de Viena. El sujeto C considera un punto medio al establecer que para contratos de determinado monto no sea necesario solicitar autorización de la Procuraduría General del Estado, obviamente con las reformas legales del caso. Al respecto se debe considerar que ninguno de dichos actos jurídicos contempla algún tipo de garantía para la entidad contratante; toda vez que el eliminarlos de los textos contractuales o delimitar montos de autorizaciones, no significa que dichos textos estarían por encima o fuera de la legislación del país donde se celebren los contratos.

Pregunta 4.-

Según su criterio, ¿qué acciones se pueden seguir con la finalidad de que la celebración de contratos de adhesión en el exterior armonice con lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador?

Sujeto A: Coordinar con la Procuraduría General del Estado estos temas puntuales.

Que se expida la normativa para pedir la autorización por parte del mencionado ente de control, que de hecho ya existe en el Instructivo emitido por dicho ente.

Solicitar la autorización de la Procuraduría General del Estado previa a la suscripción de tales contratos.

Acuerdo de las partes suscriptoras respecto de la no inclusión de cláusulas que no armonicen con el mencionado artículo.

Debo puntualizar que, el tema del referido art. 422 hace una diferenciación con las controversias surgidas por motivos de deuda externa.

Sujeto B: En las hipótesis planteadas considero que la celebración de contratos de adhesión no se encuentran en contradicción con el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto, para su formación se han observado las normas que regulan el derecho internacional público que rigen la materia específica, y el Ministerio de Relaciones Exteriores, como entidad rectora, debe realizar el control de constitucionalidad y legalidad respectivos de manera previa a la suscripción de los convenios específicos de establecimiento de embajadas y consulados en el extranjero.

Sujeto C:

- Procurar que en caso de requerirse en un contrato de adhesión suscrito en el exterior someterse a jurisdicción extranjera, no se trate de arbitraje internacional porque en tal caso, estaría impedido de hacerlo.
- Promover una reforma para que en los demás casos de sometimiento a jurisdicción extranjera en que no se trate de arbitraje, no sea necesaria la autorización del Procurador General del Estado para casos específicos en los que el servicio se ejecutará en el exterior o que no tengan mayor relevancia económica.

Análisis: En esta pregunta los criterios nuevamente son variables, el sujeto A propone como primera opción la coordinación de acciones con la Procuraduría General del Estado a fin de contar con las autorizaciones correspondientes. Lamentablemente el tiempo que llevaría el análisis de cada contrato que suscribe únicamente PRO ECUADOR llevaría demasiado tiempo y afectaría la gestión institucional. En otro punto, los sujetos A y C concuerdan en que es viable retirar las cláusulas del arbitraje internacional de los contratos suscritos; sin embargo dicha propuesta surtiría poco efecto ya que por los artículos de la Convención de Viena, se está sometido a la jurisdicción del país en el que se contrata, lo cual se traduce en no tener laudos arbitrales pero ser posibles objetos de demandas civiles por vía judicial. El sujeto B por otro lado no considera que exista contradicción con el artículo 422 de la Constitución, de acuerdo al desarrollo del derecho internacional público en materia de contratación pública. La propuesta del sujeto C de promover una reforma para que no sea necesaria la autorización del Procurador General del Estado en casos específicos de acuerdo a particularidades o montos, es una propuesta que merece consideración de parte de las autoridades pertinentes.

Fuente: Investigación realizada por Andrés Loor Moreira.

CONCLUSIONES.

1.- Del estudio de los artículos normativos relacionados con la aplicabilidad del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador y su efecto en la celebración de contratos de adhesión en el exterior; así como de las

entrevistas realizadas a expertos en materia constitucional y de derecho público internacional, se concluye que al momento de la concepción del referido artículo 422 no se consideró la gestión realizada en el exterior por parte de las instituciones públicas que no sean representaciones diplomáticas o consulares. A pesar de que este tipo de gestión no es común en la administración pública, no deja de representar un riesgo para el cumplimiento de los objetivos institucionales que debe ser realizado en apego a la normativa ecuatoriana, la que también debe considerar este tipo de situaciones. Igualmente, constituye un riesgo no considerado para los funcionarios que realizan esta gestión, quienes no cuentan con base legal que ampare su gestión al momento de celebrar contratos en el exterior, en materia de sometimiento a jurisdicción y arbitraje del lugar donde se contrata, en virtud de la obligación de sometimiento de la legislación interna de los Estados receptores que estipulan la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, respectivamente.

2.- Existe una contradicción entre lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador; toda vez que el primero establece la posibilidad de sometimiento a arbitraje internacional previo pronunciamiento por parte de la Procuraduría General del Estado, mientras que el artículo 422 de la Constitución prohíbe expresamente celebrar instrumentos internacionales, sin hacer distinciones de ninguna índole, en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Por lo tanto, en virtud de lo establecido en el artículo 424 de la Norma Suprema, el artículo 422 debe prevalecer y se debería expulsar de la legislación ecuatoriana el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado o considerar una reforma a uno de los dos con la finalidad de que ambos armonicen.

3.- Por las conclusiones precedentes se vuelve necesario analizar la posibilidad de modificación del texto de las normas, bien sea en el sentido de que se modifique las normas infraconstitucionales o el contenido del artículo 422 de la Constitución. Esto último debería contemplar la obligatoriedad de sometimiento a la jurisdicción del lugar donde se celebre un contrato de adhesión y

consecuentemente, al arbitraje en derecho o mediación; toda vez que los contratos de adhesión por su naturaleza no son modificables y la disposición del artículo 422, a pesar de la existencia del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, expresamente prohíbe ceder jurisdicción soberana ecuatoriana.

Lo señalado anteriormente lleva a concluir que lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador no es aplicable para la celebración de contratos de adhesión en el exterior por parte de entidades públicas ecuatorianas; toda vez que dichas contrataciones, independientemente de quien las celebre y el rango que tenga, incluso el diplomático, todos los funcionarios que se encuentran en otros países están sometidos a lo dispuesto en los artículos 41 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Al mismo tiempo es meritorio señalar que el artículo 422 de la Constitución afecta el cumplimiento de los objetivos institucionales de las entidades públicas que celebran este tipo de contratos y pone en doble riesgo a los funcionarios que en ellas laboran.

RECOMENDACIONES.

1.- En virtud de las conclusiones presentadas, corresponde al Procurador General del Estado analizar la aplicabilidad, el efecto y la eficacia jurídica del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en relación a la prohibición constante en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, respecto de los contratos de adhesión celebrados en el exterior por parte de las instituciones públicas; y, de considerarlo pertinente promover una reforma o elaborar un reglamento que contemple la autorización previa de la planificación de los contratos en el exterior que realiza PRO ECUADOR o una entidad en el exterior; y, que se realice un control posterior por parte de la Contraloría General del Estado.

2.- Con el resultado del análisis señalado en la sugerencia anterior, corresponderá al Procurador General del Estado, por ser de su competencia, presentar ante la Corte Constitucional la solicitud de control constitucional y convencional respecto del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, a fin de determinar su concordancia con los artículos 41 de la

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y demás normas vigentes en materia de derecho internacional público y privado.

3.- Toda vez que el derecho evoluciona constantemente, se puede inferir que próximamente el derecho constitucional será regido mayormente por el derecho convencional, esto en virtud de los instrumentos internacionales que se suscriben constantemente. Esto hace necesario que los centros de educación superior que ofrezcan la carrera de derecho contemplen en su plan de estudios, dentro de la materia derecho internacional, mayor énfasis en lo que a materia contractual se refiere y no limitarse a los tratados derogados o vigentes, esto con la finalidad de que los estudiantes cuenten con conocimientos más amplios en esta área, que se encuentra en crecimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa.

Sesión plenaria de Organización de las Naciones Unidas, 1980, Viena, Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Registro Oficial Suplemento 153 del 25 de noviembre 2005.

Sesión plenaria de Organización de las Naciones Unidas sobre Relaciones Diplomáticas, 1961, Viena, Registro Oficial 376 del 18 de noviembre 1964.

Sesión plenaria de Organización de las Naciones Unidas, 1964, Viena, Convención sobre Relaciones Consulares, Registro Oficial 472 del 05 de abril 1965.

Sesión plenaria de Organización de las Naciones Unidas, 1969, Viena, Convención sobre el Derecho de los Tratados, Registro Oficial 6 del 28 de abril del 2005.

Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, Montecristi, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, Reforma a Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Registro Oficial 312 del 03 de enero del 2014.

Ley de Arbitraje 60/2003, 2003, España.

Asamblea Nacional del Ecuador, Reforma al Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2016, Registro Oficial Suplemento 588 del 08 de noviembre del 2016.

Normas sobre Contratos Internacionales para el Sector Público chileno, 1978, Chile.

Ley de Arbitraje Comercial chileno, 2004, Chile.

Régimen General de Arbitraje, Conciliación y Mediación, Decreto Ley No. 5, 1999, Panamá.

Jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Corte Constitucional para el Período de Transición, 2008, Sentencia Interpretativa, Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008.

Textos.

Amores M. y otros, (2011), Tratado de Contratos, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Blanquer D., (2013), Los Contratos del Sector Público, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Cabanellas De Las Cuevas, G., (2012), Diccionario de Ciencias Jurídicas, Heliasta, Buenos Aires.

Calle M. en la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, Montecristi, Acta 51 de Sesión Asamblea, Biblioteca de la Asamblea Nacional.

De La Cuetara, J., (1986), Las Potestades Administrativas, Tecnos, Madrid

Ekmekdjian, M., (1997) Tratado de Derecho Constitucional, De Palma, Buenos Aires.

García De Enterría, E y otro., (2001), Curso de Derecho Administrativo Civitas, Madrid.

Hughes, C., (2010), El Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica, 1ra. Edición, 1ra Parte, Palestra, Lima.

Nieto, A., (2000), Derecho Administrativo Sancionador, 2da. Edición, Tecnos, Madrid.

Madariaga, M., (1993), Seguridad Jurídica y Administración Jurídica Pública en el Siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Muñoz Machado, S., (2011), Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomos I y II, Iustel, Madrid.

Pérez Ordoñez, D., y otros., (2010), Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica, Volumen XI, Palestra, Lima.

Rodríguez J. y otros., (2011), Derecho internacional de Contrataciones Internacionales, 1era. Edición, Konrad, Adenauer, Stiftung, Costa Rica.

Sánchez S. y otros., (2012), Cláusulas en Contratos Internacionales, redacción y análisis, Atelier, Barcelona.

Subirats, J., (1991), El Proceso de Elaboración de Políticas Públicas, Ministerio para Administraciones Públicas, Madrid.

Zavala Egas, J. , (2011), Derecho Constitucional, 1era. Edición, Edilex S.A., Lima.

Zavala Egas, J. (1999), Lecciones de Derecho Administrativo, Tomo I, Edino, Guayaquil.

Fuentes Virtuales.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, (2013), Evaluación legal en el Gobierno Federal, en el Distrito Federal y en el Estado de Puebla sobre el cumplimiento del Artículo 9° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), tomado de: http://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Transparencia_Publicas.pdf

Comisión de las Naciones Unidas sobre Contratación Pública, (2011), Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Contratación Pública, tomado de: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-s.pdf>

Sesión plenaria de la Organización Mundial de Comercio, (2014), Acuerdo de Contratación Pública revisado, tomado de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm

Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de la República del Perú, (2008), Resolución No. 456-2008-TC-S4 del 12 de febrero del 2008, tomado de: <http://www.osce.gob.pe/articulo.asp?ids=9&ido=172>

Anexo 1

Cuestionario de entrevista a profesionales de derecho constitucional e internacional.

Pregunta 1.-

Considerando lo establecido en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, ¿en qué medida considera usted aplicable lo contemplado en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado al momento de celebrar contratos de adhesión en el exterior?

Pregunta 2.-

Considerando los artículos 41 y 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, respectivamente, ¿cómo es aplicable lo establecido en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Andrés Ecuador Loor Moreira, con C.C: # 0912120052 autor del trabajo de examen complejo: **“INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR EN LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE ADHESIÓN EN EL EXTERIOR POR PARTE DE INSTITUCIONES PÚBLICAS”**, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 11 de diciembre del 2018

f. _____
Nombre: Andrés Ecuador Loor Moreira
C.C: 0912120052



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Inaplicabilidad del artículo 422 de la constitución de la república del Ecuador en la suscripción de contratos de adhesión en el exterior por parte de instituciones públicas.		
AUTOR(ES):	Loor Moreira Andrés Ecuador		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Dr. Teodoro Verdugo / Dr. Nicolás Rivera		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Constitucional		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	11 de diciembre de 2018	No. DE PÁGINAS:	50
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Internacional Público; Derecho Constitucional; Derecho Administrativo Internacional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Contrato de Adhesión; Arbitraje Internacional; Jurisdicción Soberana; Examen de Convencionalidad		

RESUMEN/ABSTRACT:

Este trabajo ha verificado una situación de riesgo para los funcionarios públicos que realizan su gestión en el exterior. Si bien dicha actividad no es común en las instituciones gubernamentales, el pequeño grupo que la ejecuta, se expone a situaciones que eventualmente acarrearían la determinación de responsabilidades administrativas, civiles o penales por incumplimiento de normas que pese a no ser claras exigen obligatoriedad. El problema es que la prohibición de ceder jurisdicción nacional en instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador, constante en el artículo 422 de la Constitución de la República, contradice lo dispuesto en convenios internacionales suscritos por el país sobre el respeto a las normas de países donde se encuentren funcionarios ecuatorianos, incluidos aquellos que gozan de privilegios e inmunidades diplomáticas. La teoría analizada a lo largo de este trabajo se centra en la legislación nacional, convenciones suscritas por el Ecuador y situaciones que representan riesgos para la población de servidores públicos en el exterior, quienes enfrentan la disyuntiva entre abstenerse de ejecutar su planificación institucional o correr el riesgo de suscribir contratos de adhesión en el exterior. PRO ECUADOR es una institución cuya gestión se realiza mayormente en el exterior y hasta ahora no se ha involucrado en procesos de controversias contractuales; sin embargo; a través de un análisis normativo y de consultas a expertos en materia de derechos constitucional e internacional se han identificado los riesgos a los que se expone. También propone acciones a la Procuraduría General del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, de solicitar a la Corte Constitucional el examen respectivo, sobre lo aquí expuesto.

ADJUNTO PDF:	<input type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0991805215	E-mail: andres-loor@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Hernández Terán, Miguel Antonio	
	Teléfono: 0985219697	
	E-mail: mhtjuridico@gmail.com	