

Oficio No. 08490

Quito DM, 10 NOV 2016

Señor Doctor
Marco Almeida Costa
COORDINADOR GENERAL JURÍDICO
MINISTERIO DE FINANZAS
En su despacho

Señor Doctor:

Me refiero a su Oficio No. 0111-MF-CGJ-2016 de 09 de noviembre de 2016, ingresados a esta Procuraduría el mismo día, con el número 06303-2016-AD-DG, mediante el cual solicita: "(...) emitir la autorización correspondiente para que la República del Ecuador por intermedio del Ministerio de Finanzas, pueda someter al Arbitraje Internacional, así como a la legislación extranjera, la solución de las controversias que se llegaren a producir, derivadas del instrumento denominado 'PREFERENTIAL BUYER CREDIT LOAN AGREEMENT' que suscribirá con THE EXPORT-IMPORT BANK OF CHINA, por un monto de hasta USD 102.567.186,91, destinados al financiamiento parcial de la primera etapa del proyecto 'Intervención, Ampliación y Construcción del Plan Hidráulico Acueducto Santa Elena', cuyo organismo ejecutor será la Empresa Pública del Agua EPA, en los términos establecidos en los numerales 8.4 y 8.5 del Artículo 8 (MISCELLANEOUS) del referido instrumento, (...)".

Al respecto, cúmpleme manifestar lo siguiente:

1. ANTECEDENTES:

- 1.1 Mediante Acuerdo Ministerial No. 107 de 14 de abril de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 443 de 9 de mayo de 2011 se delegó al Coordinador(a) General Jurídico(a) del Ministerio de Finanzas, para que "en nombre y representación del Ministro(a) de Finanzas, previo requerimiento de la Subsecretaría de Crédito Público, solicite a la Procuraduría General del Estado, emitir informe favorable respecto de la procedencia de que la República del Ecuador pueda someter a arbitraje internacional, la solución de las controversias que se llegaren a producir, derivadas de los contratos de deuda externa; así como, para el sometimiento a jurisdicción y legislación extranjera".
- 1.2 De su Oficio No. 0111-MF-CGJ-2016 se desprende que la República del Ecuador, representada por el Ministerio de Finanzas, y THE EXPORT-IMPORT BANK OF CHINA, suscribirán un Contrato de Crédito Preferencial denominado "PREFERENTIAL BUYER CREDIT LOAN AGREEMENT ON SANTA ELENA AQUEDUCT HYDRAULIC PLAN STAGE ONE PROJECT" por un monto de hasta USD 102.567.186,91, destinados al financiamiento parcial de la primera etapa del proyecto

Recibido hoy 14-11-2016

08490

'Intervención, Ampliación y Construcción del Plan Hidráulico Acueducto Santa Elena', cuyo organismo ejecutor será la Empresa Pública del Agua EPA.

1.3 THE EXPORT-IMPORT BANK OF CHINA es una entidad financiera de nacionalidad china, domiciliada en Beijing, República Popular de China.

1.4 Adjunto a su oficio remite el proyecto de contrato, en idioma inglés, en cuyas cláusulas 8.4 y 8.5 establece lo siguiente:

"8.4 This Agreement as well as the rights and obligations of the parties hereunder shall be governed by and construed in accordance with the laws of China.

8.5 The parties expressly renounce ordinary jurisdiction and, as a consequence, any contractual dispute arising out of or in connection with this Agreement shall be resolved through friendly consultation. If no settlement can be reached through such friendly consultation within thirty (30) days after one party receiving a written notice concerning the dispute from the other party, each party shall have the right to submit such dispute to the London Court of International Arbitration ('LCIA') for arbitration under the LCIA Arbitration Rules. There shall be three (3) arbitrators. The Borrower and the Lender shall each nominate one (1) arbitrator for appointment by the LCIA. The LCIA shall appoint the third arbitrator who shall act as chairman. The seat, or legal place of arbitration shall be London and the language used in the arbitral proceedings shall be English".

1.5 La traducción no oficial del precitado texto es la siguiente:

"8.4 El presente Acuerdo y todos los derechos y obligaciones de las partes establecidas en el mismo, se regirán e interpretarán de acuerdo con las leyes de China.

8.5 Las partes renuncian expresamente a la jurisdicción ordinaria y, como consecuencia, cualquier controversia que se derive de o esté en conexión con este Acuerdo se resolverá mediante consultas amistosas. Si no se lograra llegar a un acuerdo a través de tales consultas amistosas dentro de los treinta (30) días contados a partir del momento en que alguna de las partes haya recibido de la otra parte el aviso por escrito relativo a la controversia, cada una de las partes tendrá derecho a presentar dicha controversia a la Corte de Arbitraje Internacional de Londres ('LCIA') para un arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la LCIA. Habrá tres (3) árbitros. El Prestatario y el Prestamista designarán respectivamente un (1) árbitro para su nombramiento por la LCIA. La LCIA nombrará al tercer árbitro, que actuará como presidente. La sede o el lugar legal del arbitraje será Londres y el lenguaje utilizado en el procedimiento arbitral será el Inglés".

08490

2. BASE CONSTITUCIONAL Y LEGAL:

2.1 Los artículos 190 -inciso primero-, 225, 237 y 422 -inciso final- de la Constitución de la República preceptúan:

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

"Art. 225.- El sector público comprende:

- 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.*
- 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.*
- 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.*
- 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos".*

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

- 1. La representación judicial del Estado.*
- 2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.*
- 3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.*
- 4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público".*

"Art. 422.- (...) En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional".

2.2 La sentencia No. 001-09-SIC-CC expedida por la Corte Constitucional el 13 de marzo de 2009, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 549 de 16 de marzo de 2009, declara en su parte resolutive:

"1.- Interpretar, que el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales, en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consecuencia, no es aplicable, para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución.

08490

2.- Interpretar, que en los contratos de empréstito internacional, cuando se estipulen cláusulas que incorporen la expresión "fallo en conciencia", deberá entenderse como sinónimo de "fallo en equidad", de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República; debiendo, en todo caso, sujetarse a las reglas y principios contenidos en los artículos 416 numeral 12, 289, 290 y 291 de la Constitución de la República del Ecuador; (...).

- 2.3 Los artículos 4 -inciso primero-, 141 -inciso final- y la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas disponen:

"Art. 4.- Ámbito.- Se someterán a este código todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República".

"Art. 141.- Trámite y requisitos para operaciones de crédito.- Todo trámite de operaciones de endeudamiento público de las entidades del sector público deberá observar las disposiciones de este código y estará a cargo del ente rector de las finanzas públicas, el que en forma previa a la autorización del Comité de Deuda y Financiamiento, deberá verificar: (...)

De conformidad con los principios de soberanía y los derechos previstos en la Constitución de la República, en las operaciones de endeudamiento público externo, se observarán y aplicarán las condiciones legales propias de los contratos negociados bajo la ley y jurisdicción internacional".

"QUINTA.- Autorización Previa.- Previa autorización por el Procurador General del Estado, podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos, celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras".

- 2.4 Los artículos 2 -literal b- y 16 -literal d- del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva establece:

"Art. 2.- AMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende: (...) b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos; (...)"

"Art. 16.- ORGANIZACION MINISTERIAL.- La Función Ejecutiva se organiza en los siguientes ministerios: (...) d) Ministerio de Finanzas; (...)"

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

"Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de

derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

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

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

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

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

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral”.

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

a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;

b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación

08490

recibida la notificación de la controversia conversaciones amistosas para resolver el conflicto. En el evento en que las partes no logren un acuerdo sobre las controversias, se someterán a un arbitraje internacional administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA).

Las reglas aplicables al arbitraje serán las del Reglamento de la LCIA.

La sede del arbitraje será en la ciudad de Londres.

El idioma utilizado en el arbitraje será el inglés.

El tribunal arbitral estará conformado por tres miembros. Cada una de las partes nominará a un miembro. El tercer árbitro y presidente del tribunal será nombrado por la LCIA. Se observa que no se ha establecido la forma y plazo para realizar las nominaciones que les corresponde a las partes, ni el procedimiento a seguir en el evento que alguna de ellas no la realice, sin embargo, en virtud del sometimiento de las partes al Reglamento de la LCIA, queda entendido que el procedimiento a seguir en tales circunstancias será el establecido en dicho reglamento.

Se observa además que no se ha establecido si el arbitraje será en derecho o en equidad. Al respecto, los numerales 22.3 y 22.4 del artículo 22 del Reglamento de LCIA señalan:

"22.3 El Tribunal Arbitral decidirá sobre la controversia de acuerdo con las disposiciones de la ley, leyes o normas elegidas por las partes como aplicables al fondo del asunto. En la medida en que se aprecie la inexistencia de elección por las partes de ley, leyes o normas aplicables, el Tribunal Arbitral aplicará la ley, leyes o normas que juzgue apropiadas.

22.4 Solo si existe acuerdo expreso por escrito de las partes el Tribunal Arbitral aplicará en sus decisiones sobre el fondo de la controversia los principios derivados del 'ex aequo et bono', 'amiable composition' o 'pacto de caballeros'".

En este contexto, al no haberse estipulado expresamente que el arbitraje es en equidad, se entiende que, en virtud del Reglamento citado, el tribunal arbitral deberá fallar en derecho.

5. PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el análisis expuesto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 190 y 422 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se autoriza al Ministerio de Finanzas a pactar arbitraje internacional y a someterse a la legislación extranjera en el documento denominado "*PREFERENTIAL BUYER CREDIT LOAN AGREEMENT ON SANTA ELENA AQUEDUCT HYDRAULIC PLAN STAGE ONE PROJECT*" que celebrará con THE EXPORT-IMPORT BANK OF CHINA.

08490

Este pronunciamiento se refiere única y exclusivamente a lo estipulado en las cláusulas 8.4 y 8.5 del referido contrato, respecto al sometimiento a arbitraje internacional y legislación extranjera. Por consiguiente, las condiciones económicas y técnicas, así como, el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la suscripción y validez del mismo son de exclusiva responsabilidad del Ministerio de Finanzas.

De conformidad con el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en forma previa a la suscripción del contrato de préstamo, para el sometimiento a arbitraje internacional deberá contar con la autorización expresa de la máxima autoridad del Ministerio de Finanzas.

Adicionalmente, se advierte que cualquier modificación al texto de las cláusulas referidas en este pronunciamiento que pueda alterar su sentido, o la inclusión de cualquier estipulación contractual que pueda afectar su sentido, aplicación o alcance, deberá ser previamente autorizada por esta Procuraduría.

La Procuraduría General del Estado se reserva la facultad de verificar la redacción final de las cláusulas objeto de este pronunciamiento, para lo cual, una vez suscrito el documento, deberá remitir una copia a esta entidad.

Atentamente,

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

