

Oficio No. 00603

Quito DM, 24 MAR. 2015

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

Señor Doctor:

En atención a su oficio No. MF-CGJ-2015-091 de 23 de marzo de 2015, ingresado a esta Procuraduría el mismo día con número 00434-2015-AD-DG, mediante el cual solicita: "(...) se sirva 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 Inglesa, la solución de las controversias que se llegaren a producir, derivadas del Convenio de Línea de Crédito que celebrará con el Bank of China Limited, Sucursal de Beijing y otras Instituciones Financieras, por el monto de hasta US\$ 85'710.077,90 (OCHENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL SETENTA Y SIETE 90/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA), destinados a financiar la ejecución del 'Proyecto de 3 Carreteras en el País', en los términos establecidos en los artículos 33 (GOVERNING LAW) y 34 (ENFORCEMENT), 34.1 (SUBMISSION TO ARBITRATION), del referido proyecto de Convenio de Línea de Crédito, (...)"; cumples 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 y anexos se desprende que la República del Ecuador, representada por el Ministerio de Finanzas, el Bank of China Limited, Sucursal de Beijing, el Bank of China Limited, Sucursal de Panamá, y otras instituciones financieras, suscribirán un Convenio de Línea de

00003

Crédito por el monto de hasta US\$ 85'710.077,90, destinados a financiar la ejecución del "Proyecto de 3 Carreteras en el País".

- 1.3 El proyecto de Convenio de Línea de Crédito remitido por el Ministerio de Finanzas, denominado "FACILITY AGREEMENT", en las cláusulas 33 (GOVERNING LAW) y 34 (ENFORCEMENT), 34.1 (SUBMISSION TO ARBITRATION), establece lo siguiente:

"33. GOVERNING LAW

This Agreement and any contractual obligations arising out of it are governed by English law.

34. ENFORCEMENT

34.1 Submission to Arbitration

- (a) *Any contractual dispute, claim, difference or controversy of any nature whatsoever arising out of this Agreement or any other Finance Documents, including any dispute as to its existence, validity, interpretation, performance, breach or termination or the consequences of its nullity (a 'Dispute'), shall be referred to and finally resolved by arbitration by the London Court of International Arbitration (the 'LCIA') under the LCIA Arbitration Rules (the 'Rules'). The Parties expressly agree not to commence legal proceedings in any court in respect of a matter which, under the arbitration agreement contained in this Clause 34, is to be referred to arbitration*
- (b) *The Rules are incorporated by reference into this Clause and capitalized terms used in this Clause which are not otherwise defined in this Agreement have the meaning given to them in the Rules.*
- (c) *The number of arbitrators shall be three (3). In relation to any Dispute to which the Borrower is a party, the Borrower and the Facility Agent shall each nominate one arbitrator for appointment by the LCIA, and the LCIA shall appoint the third arbitrator who shall act as chairman. In relation to any Dispute to which the Borrower is not a party, the claimants shall collectively nominate one arbitrator for appointment by the LCIA, and the respondents shall collectively nominate one arbitrator for appointment by the LCIA, and the LCIA shall appoint the third arbitrator who shall act as chairman.*
- (d) *The seat or legal place of arbitration shall be London.*
- (e) *The language used in the arbitral proceedings shall be English.*



00603

- 1.4 La traducción no oficial al español del precitado texto es la siguiente:

"33. LEGISLACIÓN APLICABLE

Este Convenio y cualquier obligación contractual que surja de él se regirán por la ley inglesa.

34. APLICACIÓN

34.1 Sujeción a arbitraje

- (a) *Cualquier disputa contractual, reclamo, diferencia o controversia de cualquier clase que surja de este Convenio o cualquier otro Documento Financiero, incluyendo cualquier disputa relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento, violación o terminación, o las consecuencias de su nulidad (una 'Controversia'), será referida a, y finalmente resuelta mediante arbitraje por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (la 'LCIA') bajo las Reglas de Arbitraje de la LCIA (las 'Reglas'). Las Partes acuerdan expresamente no entablar ninguna acción judicial en ningún tribunal con respecto a una cuestión que, en el marco del acuerdo de arbitraje contenida en esta Cláusula 34, haya de ser sometida a arbitraje*
- (b) *Las Reglas están incorporadas por referencia en esta Cláusula y los términos utilizados en esta Cláusula que no estén definidos de otro modo en este Convenio tendrán el significado dado a ellos en las Reglas.*
- (c) *El número de árbitros será tres (3). En relación con cualquier Controversia en la que el Prestatario sea parte, el Prestatario y el Agente Facilitador designarán respectivamente un árbitro para su nombramiento por la LCIA, y la LCIA nombrarán al tercer árbitro que actuará como presidente. En relación con cualquier Controversia en la que el Prestatario no sea parte, los demandantes designarán colectivamente a un árbitro para su nombramiento por la LCIA, y los demandados designarán colectivamente a un árbitro para su nombramiento por la LCIA, y la LCIA nombrarán al tercer árbitro, quien actuará como presidente.*
- (d) *La sede o lugar legal del arbitraje será Londres.*
- (e) *El idioma utilizado en el procedimiento arbitral será el inglés.*

2. BASE CONSTITUCIONAL Y LEGAL:

- 2.1 Los artículos 190, 225, 289, 290, 291 e inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República preceptúan:



00603

“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.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

“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. 289.- La contratación de deuda pública en todos los niveles del Estado se regirá por las directrices de la respectiva planificación y presupuesto, y será autorizada por un comité de deuda y financiamiento de acuerdo con la ley, que definirá su conformación y funcionamiento. El Estado promoverá las instancias para que el poder ciudadano vigile y audite el endeudamiento público”.

“Art. 290.- El endeudamiento público se sujetará a las siguientes regulaciones:

1. Se recurrirá al endeudamiento público solo cuando los ingresos fiscales y los recursos provenientes de cooperación internacional sean insuficientes.
2. Se velará para que el endeudamiento público no afecte a la soberanía, los derechos, el buen vivir y la preservación de la naturaleza.
3. Con endeudamiento público se financiarán exclusivamente programas y proyectos de inversión para infraestructura, o que tengan capacidad financiera de pago. Sólo se podrá refinanciar deuda pública externa, siempre que las nuevas condiciones sean más beneficiosas para el Ecuador.
4. Los convenios de renegociación no contendrán, de forma tácita o expresa, ninguna forma de anatocismo o usura.
5. Se procederá a la impugnación de las deudas que se declaren ilegítimas por organismo competente. En caso de ilegalidad declarada, se ejercerá el derecho de repetición.
6. Serán imprescriptibles las acciones por las responsabilidades administrativas o civiles causadas por la adquisición y manejo de deuda pública.
7. Se prohíbe la estatización de deudas privadas.



00603

8. La concesión de garantías de deuda por parte del Estado se regulará por ley.

9. La Función Ejecutiva podrá decidir si asumir o no asumir deudas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

“Art. 291.- Los órganos competentes que la Constitución y la ley determinen realizarán análisis financieros, sociales y ambientales previos del impacto de los proyectos que impliquen endeudamiento público, para determinar su posible financiación. Dichos órganos realizarán el control y la auditoría financiera, social y ambiental en todas las fases del endeudamiento público interno y externo, tanto en la contratación como en el manejo y la renegociación”.

“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.

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 El artículo 4 -inciso primero-, artículo 141, 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

100603

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:

1. Que con la operación no se exceda el límite de endeudamiento previsto en este Código ni el fijado por la Asamblea Nacional, para el respectivo ejercicio fiscal anual.
2. Que el endeudamiento público sea sostenible y conveniente al Estado en términos del perfil de vencimiento de la deuda y/o de la tasa de interés de la deuda y de las condicionalidades aplicables al endeudamiento.

Las entidades, organismos e instituciones del Estado beneficiarias de los recursos de endeudamiento público, previo a la utilización de los mismos deberán verificar que el proyecto o programa haya sido declarado prioritario por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. En el caso de endeudamiento para empresas públicas nacionales, entidades financieras públicas y gobiernos autónomos descentralizados o sus empresas, la prioridad será emitida por el directorio o por el gobierno autónomo descentralizado, según el caso.

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 El artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva dispone:

"Art. 2.- AMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos; (...)"

- 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



100603

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

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

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;*
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación*



100603

más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,

c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad".

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

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

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

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

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

3. NATURALEZA:

De conformidad con lo prescrito en el artículo 225 de la Constitución de la República y artículo 2, literal b), del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el Ministerio de Finanzas es parte de la Función Ejecutiva, por lo tanto, integra el sector público, por lo que debe someterse a las disposiciones de orden público señaladas en el acápite precedente. En tal virtud, requiere de la autorización previa del Procurador General del Estado, para pactar arbitraje internacional, así como para someterse a legislación extranjera, distinta a la ecuatoriana, para la solución de divergencias relativas a contratos que celebre con entidades públicas o privadas extranjeras.

4. ANÁLISIS:

De la revisión de las cláusulas 33 (GOVERNING LAW) y 34 (ENFORCEMENT), 34.1 (SUBMISSION TO ARBITRATION), del proyecto de Convenio de Línea de Crédito, se desprende lo siguiente:



100603

- El acuerdo se regirá por la ley inglesa.
- Las partes han acordado someter a arbitraje internacional administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), todas aquellas controversias contractuales o reclamos relacionados con el convenio de préstamo.
- La sede del arbitraje será en la ciudad de Londres y el idioma utilizado será el inglés.
- El tribunal arbitral estará conformado por tres miembros. Cada una de las partes nominará a un miembro que será oficialmente nombrado por la LCIA, y el tercer miembro, quien actuará como presidente del tribunal, será nombrado directamente por la LCIA. Las reglas aplicables serán las del Reglamento de Arbitraje de la LCIA.
- Se observa que en la cláusula compromisoria no se ha pactado si el arbitraje será en derecho o en equidad. Al respecto, los numerales 22.3 y 22.4 del artículo 21 del Reglamento de LCIA establecen:

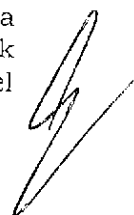
"22.3 El Tribunal Arbitral decidirá sobre la controversia de acuerdo con las disposiciones de la ley, leyes o normas elegidas por las partes como aplicables al fondo del asunto. En la medida en que se aprecie la inexistencia de elección por las partes de ley, leyes o normas aplicables, el Tribunal Arbitral 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 4, 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, así como a someterse a la legislación inglesa, en el Convenio de Línea de Crédito que suscribirán la República del Ecuador, el Bank of China Limited, Sucursal de Beijing, el Bank of China Limited, Sucursal de Panamá, y otras instituciones financieras, por el



00603

monto de hasta US\$ 85'710.077,90, destinados a financiar la ejecución del "Proyecto de 3 Carreteras en el País".

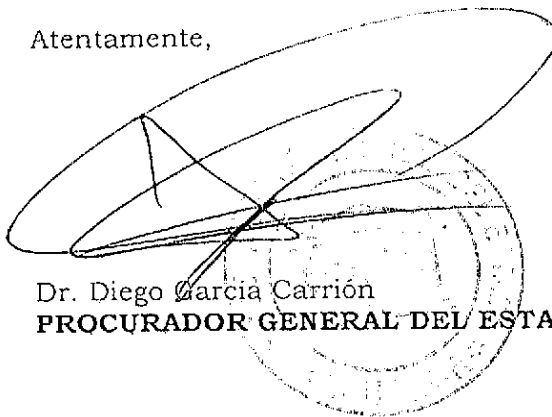
Este pronunciamiento se refiere única y exclusivamente a lo estipulado respecto al sometimiento a arbitraje internacional y legislación extranjera, que consta en las cláusulas 33 y 34.1 del referido proyecto de Convenio de Línea de Crédito. Por consiguiente, las condiciones económicas y técnicas, así 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 Convenio 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 objeto de 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 referidas cláusulas, para lo cual, una vez que el convenio sea suscrito por el Ministerio de Finanzas, deberá remitirlo a esta Entidad.

Atentamente,



Dr. Diego García Carrion
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO