Oficio Nº 10810

Quito, DM, 26 NOV 2012

TRAMITE Nº 27794-E

Señor Doctor
Darío Velástegui Enríquez
Coordinador General Jurídico
MINISTERIO DE FINANZAS
Av. 10 de Agosto y J. Washington
Presente.-

Señor Coordinador General:

En atención a su oficio No. MF-CGJ-DJFP-2012-103 de 19 de noviembre de 2012, ingresado en esta Procuraduría el 20 de noviembre de 2012, con el número 09355-2012-AD-DG, mediante el cual solicita emitir el informe favorable para el sometimiento a arbitraje internacional de las controversias que puedan surgir derivadas del Convenio de Préstamo de Crédito al Comprador a suscribirse con The Export – Import Bank of China, por un monto de a USD 312.480.967,00, para financiar parcialmente el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico "Minas San Francisco", a usted comunico lo siguiente:

1. ANTECEDENTES

1.1. Mediante comunicación del 19 de noviembre de 2012 su representada envía copia del Convenio de Préstamo para la financiación parcial el Proyecto Hidroeléctrico "Minas San Francisco", instrumento en el cual se pacta arbitraje internacional y sometimiento a legislación extranjera.

1.2. El artículo 14 Ley Gobernante y Resolución de Controversias del Convenio de Préstamo establece lo siguiente:

"14. Ley Gobernante y Resolución de Controversias

14.1 Ley Gobernante *El presente Convenio de Préstamo de Crédito al Comprador y cualquier obligación no contractual que surja del mismo o en relación con el mismo, estará gobernado por la Ley Inglesa.*

ES FIEL COPIA
DEL ORIGINAL

SUBSECRETARIA DE
FINANCIAMIENTO PUBLICO

14.2. Consultas de Buena Fe *Las partes del presente se comprometen a emplear sus mejores esfuerzos para resolver cualquier controversia que surja de, o en conexión con este Convenio de Préstamo de Crédito al Comprador, a través de consultas de buena fe y acuerdos mutuos, previsto que dichas consultas no perjudicarán al ejercicio de a cualquier derecho o remedio de cualquiera de las partes del presente, por cualquiera de dichas partes, con respecto de cualquiera de dichas disputas.*

14.3. Sujeción a arbitraje

(a) Cualquier controversia, demanda, diferencia o disputa de cualquier clase que surja de, o relacionada con, o que tenga cualquier conexión con este Convenio de Préstamo de Crédito al Comprador, incluyendo cualquier controversia 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 pro al Corte Internacional de Arbitraje de Londres (la "Corte LCIA") bajo las Regulaciones. Consecuentemente, las partes renuncian expresamente a la jurisdicción ordinaria.

(b) Las Regulaciones están incorporadas para referencia en este Artículo 14, y los términos en mayúsculas utilizados ene este Artículo 14, que no estén definidos de otro modo en este Convenio de Préstamo de Crédito al Comprador, tendrán el significado dado a ellos en las Regulaciones.

(c) El número de árbitros será de tres. El Prestatario y el Prestamista nominarán a uno cada uno, un árbitro para su nombramiento por la Corte LCIA. La Corte LCIA designará 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 LEGAL

2.1. Los artículos 190, 225, 289, 290, 291 y tercer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República prescriben:

"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.*

ES FIEL COPIA
DEL ORIGINAL

SUBSECRETARIA DE
FINANCIAMIENTO PUBLICO

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.

ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL

SUBSECRETARIA DE FINANCIAMIENTO PUBLICO

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.-** 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.*
Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.
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. Los artículos 4, inciso segundo y letra a); y, 42, inciso cuarto, de la Ley de Arbitraje y Mediación disponen:

***Artículo 4, inciso segundo:** "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;"

***Artículo 42, inciso cuarto:** "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*

ES FIEL COPIA
DEL ORIGINAL

SUBSECRETARIA DE
FINANCIAMIENTO PUBLICO

del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes."

2.3. Los artículos 70, 71 y 141 y la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas preceptúan:

"Art. 70.- *Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP).- El SINFIP comprende el conjunto de normas, políticas, instrumentos, procesos, actividades, registros y operaciones que las entidades y organismos del Sector Público, deben realizar con el objeto de gestionar en forma programada los ingresos, gastos y financiamiento públicos, con sujeción al Plan Nacional de Desarrollo y a las políticas públicas establecidas en esta Ley.*
Todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República se sujetarán al SINFIP, en los términos previstos en este código, sin perjuicio de la facultad de gestión autónoma de orden administrativo, económico, financiero, presupuestario y organizativo que la Constitución o las leyes establecen para determinadas entidades."

*"**Art. 71.-** Rectoría del SINFIP.- La rectoría del SINFIP corresponde a la Presidenta o Presidente de la República, quien la ejercerá a través del Ministerio a cargo de las finanzas públicas, que será el ente rector del SINFIP."*

***"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,..."*

***"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 extrajeras".*

2.4. El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone:

***"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.*

ES FIEL COPIA
DEL ORIGINAL

SUBSECRETARIA DE
FINANCIAMIENTO PUBLICO

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."

3. NATURALEZA

El Estado, a través del Ministerio de Finanzas, previo el trámite de endeudamiento previsto en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, tiene competencia para contratar deuda externa y, por tanto, suscribir el contrato de préstamo a suscribirse con el Export Import Bank of China.

La referida Cartera de Estado es parte de la Función Ejecutiva, según lo dispuesto en el artículo 2, letra b) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, por lo que, integra el sector público, de conformidad con lo establecido en el artículo 225 de la Constitución de la República, en tal virtud, está sometido a las normas de Derecho Público antes referidas, en particular, a la Disposición General Quinta del indicado Código.

4. ANÁLISIS

El inciso primero del artículo 190 y el artículo 422 de la Norma Suprema promueven la solución de controversias por la vía arbitral en contratos de deuda. El pronunciamiento previo del Procurador General del Estado es mandatorio, de conformidad con los artículos 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, cuando se pacta un arbitraje internacional, cual es el caso, en concordancia con la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

En el artículo 14 del Convenio de Préstamo denominado "Ley Gobernante y Resolución de Controversias", las partes acuerdan que el Convenio de Crédito estará gobernado por la ley inglesa.

Igualmente las partes acuerdan someter a arbitraje internacional toda controversia que se derive del convenio de préstamo. Así también, se observa que el arbitraje propuesto es un arbitraje internacional bajo las regulaciones de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres; el Tribunal Arbitral estará compuesto por tres árbitros. Se renuncia de manera expresa a la jurisdicción ordinaria y se establece a Londres como la sede del arbitraje, utilizando el idioma inglés como oficial.

ES FIEL COPIA
DEL ORIGINAL

SUBSECRETARIA DE
FINANCIAMIENTO PUBLICO

10810

La cláusula no contiene elementos patológicos que podrían invalidarla, razón por la cual, se considera procedente.

Por otro lado, se establece que el Convenio de Préstamo como las obligaciones no contractuales estarán gobernadas por la Ley Inglesa.

5. PRONUNCIAMIENTO

De conformidad con las disposiciones legales citadas y con base en el análisis expuesto se autoriza al Ministerio de Finanzas, a someterse a legislación inglesa y a pactar convenio arbitral para la solución de controversias relativas al Convenio de Préstamo.

Este pronunciamiento se refiere única y exclusivamente a lo estipulado en el Artículo 14 del Convenio de Préstamo para la financiación parcial del Proyecto Hidroeléctrico "Minas San Francisco", por lo tanto, las condiciones financieras, operativas y técnicas, así como el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la suscripción de este contrato, 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, para el sometimiento a arbitraje internacional, se deberá contar con la autorización expresa del señor Ministro de Finanzas.

La Procuraduría General del Estado se reserva la facultad de efectuar la revisión de la cláusula referida en este pronunciamiento, para lo cual, una vez que el contrato sea suscrito deberá remitírselo a esta Entidad.

Atentamente,

Dr. Rafael Parreño Navas
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO SUBROGANTE

ES FIEL COPIA
DEL ORIGINAL

SUBSECRETARIA DE
FINANCIAMIENTO PUBLICO