

Memorando Nro. MEF-CGJ-2021-0909-M

Quito, D.M., 19 de agosto de 2021

PARA: Sr. Econ. Carlos Ivan Carrera Noritz
Subsecretario de Financiamiento Público

ASUNTO: Criterio jurídico y autorización institucional para arbitraje internacional, Contrato de Préstamo CAF, en el marco del "Programa para disminuir la desnutrición crónica bajo un Enfoque de Presupuesto por Resultados".

Mediante memorando No. MEF-SFP-2021-0474-M, de 6 de agosto de 2021, la Subsecretaría de Financiamiento Público solicitó a esta Coordinación General: *“...emita el criterio jurídico en relación al texto del proyecto de Contrato de Préstamo y, de ser el caso, emita sus observaciones. Agradezco también se realice el análisis legal correspondiente y se indique a esta Subsecretaría si la operación de financiamiento se enmarca dentro de la normativa legal vigente y si, por tanto, no existe objeción legal para la contratación de la misma.”*

Al respecto, cabe tener en cuenta lo siguiente:

I.- Antecedentes

1.1.- En el referido memorando No. MEF-SFP-2021-0474-M, también se indica que:

“El Ministerio de Economía y Finanzas se encuentra trabajando en el proceso para la contratación de un préstamo bajo la modalidad Sectorial de Enfoque Amplio (SWAp, por sus siglas en inglés) que otorgaría la Corporación Andina de Fomento (CAF) a la República del Ecuador para financiar proyectos de inversión o gastos permitidos por la legislación ecuatoriana en el marco del “Programa para disminuir la desnutrición crónica bajo un Enfoque de Presupuesto por Resultados” con base al reconocimiento de acciones de política, programas y estrategias para la disminución de la Desnutrición Crónica Infantil entre 2018 y 2021.

El denominado Programa, que refleja los objetivos y acciones que se plantea el país para definir los ajustes y mecanismos necesarios para adaptar las acciones del Gobierno y políticas públicas, a una estrategia de PPR, como la principal herramienta de Gobierno en la lucha contra la Desnutrición Crónica Infantil; no se refiere a los programas y proyectos de inversión que determinan el uso del crédito, sino al marco en el que se estructura el apoyo financiero de la CAF.

Los recursos del préstamo son de libre disponibilidad [1] y se deberán destinar exclusivamente a gastos permitidos por la legislación vigente, lo que incluye lo establecido en el artículo 290 de la Constitución y el 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. (...)

Memorando Nro. MEF-CGJ-2021-0909-M

Quito, D.M., 19 de agosto de 2021

(...) Además, agradeceré que el texto relacionado con Arbitraje y/o ley aplicable del proyecto de Contrato de Garantía sea sometido a consideración de la Procuraduría General del Estado, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y la Ley de Arbitraje y Mediación.

Para el efecto, adjunto copia del proyecto de Contrato de Préstamo (Condiciones Particulares, Condiciones Generales y Anexos).” (El resaltado no consta en el original).

1.2.- Mediante memorando No. MEF-CGJ-2021-0113-O, de 10 de agosto de 2021, esta Coordinación General Jurídica solicitó al Procurador General del Estado:

“(...) Sobre la base de lo expuesto, en uso de la delegación conferida por el señor Ministro de Economía y Finanzas mediante Acuerdo Ministerial No. 0098 de 20 de septiembre de 2017; y, en atención al pedido de la Subsecretaría de Financiamiento Público antes citado, de conformidad con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 11 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en el penúltimo inciso del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tengo a bien solicitar que la Procuraduría General del Estado realice el análisis respectivo y se sirva emitir la autorización correspondiente para el sometimiento a arbitraje internacional, para la solución de eventuales controversias que se llegaren a producir derivadas del Contrato de Préstamo que suscribirá la República del Ecuador, por intermedio del Ministerio de Economía y Finanzas, con la Corporación Andina de Fomento (CAF), por un monto de hasta USD 200 millones, bajo la modalidad Sectorial de Enfoque Amplio (SWAp, por sus siglas en inglés), para financiar proyectos de inversión o gastos permitidos por la legislación ecuatoriana en el marco del “Programa para disminuir la desnutrición crónica bajo un Enfoque de Presupuesto por Resultados” con base al reconocimiento de acciones de política, programas y estrategias para la disminución de la Desnutrición Crónica Infantil entre 2018 y 2021, en los términos establecidos en la Cláusula 19 “Arbitraje” de las “Condiciones Particulares”, en concordancia con el artículo 36 “Arbitraje” del Capítulo II, “Condiciones Generales”, del aludido Contrato de Préstamo, cuya copia me permito remitir adjunta para el efecto.”

1.3.- El Procurador General del Estado, mediante oficio No. 15062, de 13 de agosto de 2021, manifestó que:

“(...) 5. RECOMENDACIONES

5.2 En la cláusula 36 de las “Condiciones Generales” del proyecto de Contrato de Préstamo, en el numeral 36.2. se establece que: “De no obtenerse una solución a la controversia o discrepancia de acuerdo a lo indicado en la sub-cláusula 37.1 anterior ...”. Por cuanto, la sub-cláusula anterior es la 36.1, se recomienda enmendar dicha numeración.

Memorando Nro. MEF-CGJ-2021-0909-M

Quito, D.M., 19 de agosto de 2021

5.3 Con relación a las disposiciones contenidas en la cláusula 36 “Condiciones Generales” del proyecto de Contrato de Préstamo, se advierte que el numeral 36.7, literal c), numeral 5, se establece que: “el laudo será vinculante, inapelable y no admitirá en su contra recurso alguno”.

Por consiguiente, se recomienda que al final de dicha oración se añada lo siguiente: “(…), excepto aquellas acciones de nulidad y de ejecución del laudo”.

El efecto jurídico de las recomendaciones mencionadas, no es un condicionamiento que impida suscribir el Contrato en los términos constantes en el documento adjunto a su pedido de autorización. Las recomendaciones son el resultado de un análisis técnico, no son de cumplimiento obligatorio y son emitidas por esta Procuraduría en uso de su facultad asesora, prevista en el artículo 237 de la Constitución de la República.

6 AUTORIZACIÓN

De conformidad con el análisis realizado y en virtud de lo dispuesto en las normas citadas en el acápite 2 de este oficio, en particular los artículos 190 de la Constitución de la República del Ecuador, 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 4 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 Economía y Finanzas a someterse a pactar arbitraje internacional en las controversias que llegaren a surgir del Contrato de Préstamo que será suscrito con la Corporación Andina de Fomento. (...) (El resaltado no consta en original).

II.- Base normativa

2.1.- El artículo 289 de la Constitución de la República del Ecuador manda: “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.”

2.2.- El artículo 290 de la Carta Magna dispone: “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

Memorando Nro. MEF-CGJ-2021-0909-M

Quito, D.M., 19 de agosto de 2021

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.

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.”.

2.3.- El artículo 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPLAFIP) dispone: “*Destino del endeudamiento. - Las entidades del sector público que requieran operaciones de endeudamiento público lo harán exclusivamente para financiar:*

1. Programas.

2. Proyectos de inversión:

2.1 para infraestructura; y,

2.2 que tengan capacidad financiera de pago.

3. Refinanciamiento de deuda pública externa o renegociación de deuda pública interna en condiciones más beneficiosas para el país.

Se prohíbe el endeudamiento para gasto permanente. Con excepción de los que prevé la Constitución de la República, para salud, educación y justicia; previa calificación de la situación excepcional, realizada por la Presidenta o el Presidente de la República”.

2.4.- El artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas prevé: “**Contenido y finalidad.-** *El componente del endeudamiento público comprende los siguientes ámbitos: normar, programar, establecer mecanismos de financiamiento, presupuestar, negociar, contratar, registrar, controlar, contabilizar y coordinar la aprobación de operaciones de endeudamiento público, de administración de deuda pública y operaciones conexas para una gestión eficiente de la deuda.*

El endeudamiento público constituye el conjunto de obligaciones adquiridas por las entidades del sector público, en virtud de las cuales la entidad deudora obtiene para su uso recursos financieros con el cargo de restituir al acreedor el capital y/o intereses en

Memorando Nro. MEF-CGJ-2021-0909-M

Quito, D.M., 19 de agosto de 2021

una fecha o fechas futuras. El endeudamiento público puede provenir de contratos de mutuo; colocaciones de bonos y otros valores que apruebe el comité de deuda, incluidos las titularizaciones y las cuotas de participación; convenios de novación y/o consolidación de obligaciones; y, aquellas obligaciones en donde existan sustitución de deudor establecidas por Ley. (...)

2.5.- La Sección II (De la Regla de Deuda y otras obligaciones) del Capítulo II (De las Reglas Fiscales) del Título IV (De las Reglas Fiscales), agregado a continuación del artículo 177 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, por el artículo 40 de la Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial No. 253-S de 24 de julio de 2020, dispone: *Art. (...)- Regla de deuda y otras obligaciones de pago del sector público no financiero y Seguridad Social.- El saldo consolidado de la deuda pública y otras obligaciones no podrá superar el equivalente al 40% del PIB. (...)*

2.6.- La Disposición Transitoria Décima Séptima de la citada Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, por su parte, en su inciso primero prevé: *“Para el período 2018-2021 y hasta alcanzar el límite de endeudamiento establecido en las reglas macrofiscales definidas en esta Ley, no registrará el límite de endeudamiento público del 40% del PIB. (...)*”.

2.7.- El artículo 139 del COPLAFIP prevé: *“...El Comité de Deuda y Financiamiento, con observancia de la Constitución de la República y la legislación pertinente, previo el análisis de los términos financieros y estipulaciones contenidas en los instrumentos respectivos, autorizará mediante resolución, la contratación o novación de operaciones de endeudamiento público en el Presupuesto General del Estado, cualquiera sea la fuente de endeudamiento, con la garantía del Estado, cuando fuere pertinente. Además, autorizará las colocaciones o las recompras de los títulos emitidos por el Estado.*

El Comité de Deuda y Financiamiento regulará los procedimientos de endeudamiento del resto de entidades fuera del Presupuesto General del Estado, pudiendo delegar algunas funciones del párrafo anterior a otras entidades públicas.

Cada entidad del sector público que tenga la calidad de persona jurídica de derecho público, con la autorización previa del Comité de Deuda y Financiamiento podrá resolver en forma definitiva sobre el endeudamiento correspondiente, y asumirá la responsabilidad de que el respectivo endeudamiento y las estipulaciones de contratos o convenios inherentes, no afecten la soberanía de la República del Ecuador.

El Comité de Deuda y Financiamiento será corresponsable de las condiciones financieras de los procesos de endeudamiento que apruebe.”

Memorando Nro. MEF-CGJ-2021-0909-M

Quito, D.M., 19 de agosto de 2021

2.8.- El artículo 140 del COPLAFIP dispone: *“Deberes del Comité de Deuda y Financiamiento. - Son deberes del Comité de Deuda y Financiamiento, los siguientes:*

1. *Dictar directrices para la gestión de deuda pública.*
2. *Normar, analizar y aprobar los términos y condiciones financieras de las operaciones de endeudamiento público. Se excluyen los contratos de mutuo de deuda pública interna de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y la deuda flotante.*

En el caso de los contratos de mutuo de deuda pública suscritos con organismos multilaterales, gobiernos, créditos comerciales y contratos de préstamo de proveedor cuyo monto no supere el 0.15% del Presupuesto General del Estado, que no requiera garantía soberana, no deberá contar con el análisis y recomendación del Comité de Deuda y Financiamiento previo al proceso de negociación formal con el prestamista. (...).”

2.9.- El artículo 142 del Reglamento General del COPLAFIP dispone: *“Proceso de endeudamiento.- La aprobación de los términos y condiciones financieras de operaciones de deuda pública y la autorización de las contrataciones pertinentes que se efectúen como instrumentos de financiamiento será emitida por el Comité de Deuda y Financiamiento, previo informe del Ente rector de las finanzas públicas. El pronunciamiento del Comité de Deuda y Financiamiento se referirá únicamente a las condiciones financieras de los contratos de endeudamiento. Cuando se trate de operaciones de endeudamiento, cuyo monto sea menor al 0,15% del Presupuesto General del Estado, no se requerirá autorización del Comité de Deuda, sino del ente rector de finanzas públicas o quien ejerza la delegación emitida o que emitiera el Comité de Deuda y Financiamiento”*.

III.- Análisis jurídico

Por lo expuesto, una vez analizado este asunto por esta Coordinación General Jurídica, se tiene que a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, no rige el límite de endeudamiento público del 40% del PIB conforme a la Disposición Transitoria Décima Séptima arriba transcrita, por lo que, conforme al memorando No. MEF-SFP-2021-0474-M, de 6 de agosto de 2021, de la Subsecretaría de Financiamiento Público, la operación de financiamiento que otorgaría la Corporación Andina de Fomento (CAF) a la República del Ecuador, por intermedio del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo la modalidad Sectorial de Enfoque Amplio (SWAp, por sus siglas en inglés), para financiar proyectos de inversión o gastos permitidos por la legislación ecuatoriana en el marco del *“Programa para disminuir la desnutrición crónica bajo un Enfoque de Presupuesto por Resultados”* con base al reconocimiento de acciones de política, programas y estrategias para la disminución de la Desnutrición

Memorando Nro. MEF-CGJ-2021-0909-M

Quito, D.M., 19 de agosto de 2021

Crónica Infantil entre 2018 y 2021, por un monto total de hasta USD 200.000.000.00 (doscientos millones de Dólares de los Estados Unidos de América), no contraviene la normativa vigente, por lo que esta Coordinación General Jurídica recomienda se prosiga con el trámite correspondiente para la contratación del préstamo.

Por otra parte, y con relación al texto y contenido del Contrato de Préstamo y sus anexos puestos a consideración, cabe señalar que son los que usualmente ha venido empleando la CAF, en operaciones similares con la República del Ecuador, por tanto, van acordes con su objeto y finalidad, por lo que no cabe formular observaciones a los mismos.

Finalmente, es pertinente indicar que esta opinión jurídica se circunscribe al análisis estrictamente de los aspectos normativos para la contratación de la operación de crédito, y sus documentos vinculantes, y no a los aspectos técnicos, económicos, financieros y operativos, que no son competencia de esta Coordinación General Jurídica.

IV.- Autorización institucional para arbitraje internacional

En uso de la delegación conferida por el señor Ministro de Economía y Finanzas a través de Acuerdo Ministerial No. 0098 de 20 de septiembre de 2017, y de conformidad con lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación que prevé que: *“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...”* (el destacado no consta en el original), considerando que el Procurador General del Estado mediante el citado oficio No. 15062, de 13 de agosto de 2021, autorizó a este Ministerio a pactar arbitraje internacional en el Contrato de Préstamo que a nombre de la República del Ecuador celebrará con la Corporación Andina de Fomento (CAF), por hasta USD 200.000.000.00 (doscientos millones de Dólares de los Estados Unidos de América), para la ejecución parcial del financiamiento bajo la modalidad Sectorial de Enfoque Amplio (SWAp, por sus siglas en inglés), destinado a financiar proyectos de inversión o gastos permitidos por la legislación ecuatoriana en el marco del *“Programa para disminuir la desnutrición crónica bajo un Enfoque de Presupuesto por Resultados”* con base al reconocimiento de acciones de política, programas y estrategias para la disminución de la Desnutrición Crónica Infantil entre 2018 y 2021, esta Coordinación General Jurídica autoriza el sometimiento a arbitraje internacional en caso de que se produzcan controversias derivadas del mismo.

V.- Sobre las recomendaciones de la PGE

Conforme lo ha manifestado en reiteradas ocasiones esta Coordinación General, las recomendaciones de la Procuraduría General del Estado, no constituyen un condicionamiento que impida a este Ministerio suscribir el correspondiente contrato de

Memorando Nro. MEF-CGJ-2021-0909-M

Quito, D.M., 19 de agosto de 2021

préstamo, tanto es así que la propia Procuraduría autoriza tal suscripción sin ningún tipo de condicionamiento. Si fuera un condicionante o un criterio vinculante, la Procuraduría General del Estado no hubiese autorizado el sometimiento a arbitraje internacional conforme lo prevé la Ley.

Finalmente, cabe señalar que si bien las recomendaciones emitidas por la Procuraduría General del Estado (PGE) no son de cumplimiento obligatorio, y son emitidas en uso de la facultad asesora prevista en el artículo 237 de la Constitución de la República, son el resultado de un análisis técnico que sería apropiado tenerlas en cuenta para futuras negociaciones de operaciones de endeudamiento público con la Corporación Andina de Fomento (CAF), por parte de la Subsecretaría de Financiamiento Público como unidad encargada de la negociación de tales operaciones.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dra. Rossana Consuelo Miranda Robayo
COORDINADORA GENERAL JURÍDICA, ENCARGADA

Referencias:

- MEF-DCD-2021-7433-E

Anexos:

- mef-sfp-2021-0474-m_de_6_agosto_2021.pdf
- of_mef-cgj-2021-0113-o_de_10_agosto_2021.pdf
- of_pge_no._15062_de_13_agost_2021.pdf

Copia:

Sr. Mgs. José Ignacio Samaniego Coloma
Director Nacional de Negociación y Financiamiento Público

Srta. Tlga. María Lorena Churo Churo
Secretaria Ejecutiva

jhm/jeba