PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO
P G E
ECUADOR

Oficio No. 15178

Quito, - 8 JUL. 2010

Señor abogado
Ciro Camilo Morán Maridueña
GERENTE GENERAL
HIDROPASTAZA EP
Baños de Agua Santa.-

De mi consideración:

Respondo a su oficio No. 355-HPEP-2010 de 28 de mayo de 2010, y sus alcances Nos. 0412-HPEP-2010 y 0435-HPEP-2010 de 21 de junio de 2010 y 6 de julio de 2010, respectivamente, con los cuales adjunta el proyecto de acta transaccional a suscribirse entre Hidropastaza EP y el Consorcio Odebrecht-Alstom-Va-Tech, con el fin de que esta Procuraduría autorice la suscripción del mismo y la cláusula arbitral incluida, en los términos siguientes:

I. ANTECEDENTES.-

1.1. Hidropastaza y el Consorcio Odebrecht-Alstom-Va-Tech, el 29 de marzo de 2000, suscribieron el Contrato de Ingeniería de Detalle, del Proyecto Básico, Suministro y Montaje de Equipos Eléctricos, Mecánicos e Hidromecánicos y Construcción Civil del Proyecto Hidroeléctrico San Francisco, ubicado en Baños, Provincia de Tungurahua, bajo la modalidad de "llave en mano".

1.2. En la ejecución del antes mencionado contrato se han suscitado varias divergencias, por lo cual mediante oficio No. CCO-001-2010 de 4 de febrero de 2010, dirigido por el Consorcio al Ministro Coordinador de los Sectores Estratégicos, el Consorcio manifestó su voluntad de buscar una solución definitiva a los desacuerdos, derivados de la ejecución del Proyecto. Esta comunicación fue contestada, en sentido favorable por los señores Ministros Coordinador de los Sectores Estratégicos y de Electricidad y Energía Renovable, el día 9 de marzo de 2010 mediante oficio No. MICSE-10-241.

1.3. Luego de varias reuniones realizadas entre Hidropastaza y el Consorcio, han llegado a los términos y condiciones comprendidos en el proyecto de convenio enviado a la Procuraduría con oficio No. 355-HPEP-2010 de 28 de mayo de 2010, y sus alcances Nos. 0412-HPEP-2010 y 0435-HPEP-2010 de 21 de junio de 2010 y 6 de julio de 2010, respectivamente, encaminado a poner fin a sus controversias.

1.4. El mencionado proyecto cuenta con el informe jurídico favorable del doctor Fernando Chávez Drouet, Asesor Jurídico de Hidropastaza EP, contenido en el memorando No. 0120-HPEP-AJ-2010 de 12 de mayo de 2010 y sus alcances en memorandos Nos. 148-HPEP-AJ-2010 y 164-HPEP-AJ-2010 de 21 de junio de 2010 y 5 de julio de 2010, respectivamente. En estos últimos documentos se afirma lo siguiente: **a)** en el primer alcance del 21 de junio de 2010, en relación a la cláusula arbitral que "mejor opción es un arbitraje internacional cuya sede cumpla con ciertas condiciones: (i) que esté ubicada en Latinoamérica; (ii) que esté ubicada en un país en el que se hable el español; (iii) que cuente con una legislación arbitral moderna; y (iv) que su sistema jurídico sea lo más cercano posible al ecuatoriano. Adicionalmente se ha considerado que los costos del arbitraje, incluidos, costos de desplazamiento, testigos, etc. sean razonables."; **b)** en el mismo informe del 21 de junio de 2010, el funcionario expresa que respecto de la subsanación total de los efectos de la ejecución de garantías de Alstom y Andritz, "queda excluido totalmente cualquier responsabilidad que pretendieran que asuma Hidropastaza EP, por eventuales daños morales o lucro cesante que consideraren las compañías ejecutadas Alstom o Vatech."; y, **c)** en el segundo alcance del 05 de julio de 2010, expresa el funcionario de Hidropastaza EP, que la cifra de US$ 9'500,000.00, acordada como límite de responsabilidad, se estableció considerando: "1) En la cláusula 30 del Contrato de Construcción EPC, se pactó como límite de responsabilidad un monto de hasta US$ 10'000,000.00 (obra nueva); 2) El Consorcio Constructor asumió a su costo obras por las reparaciones del año 2008; 3) En el presente convenio de transacción el Consorcio Constructor, está asumiendo nuevas responsabilidades; 4) El monto de la garantía para la ejecución de nuevas obras de acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es del 5%, porcentaje equivalente al límite de responsabilidad asumido por el Consorcio en el Convenio; y, 5) La Garantía por ruina, en los términos del artículo 1937 del Código Civil es ilimitada de acuerdo a lo establecido en la cláusula 2.2. del convenio.";

Concluye el informe del 21 de junio de 2010, señalando que "luego del análisis de los puntos objeto del presente informe, sobre temas que constan en el borrador definitivo del convenio de transacción con el Consorcio Constructor, numerales 2.3 (garantías Alstom/Vatech); 5.1 (límite de responsabilidad) y 4.1 (arbitraje internacional), las mismas no contravienen leyes expresas, por lo que es jurídicamente viable el texto en el convenio definitivo de transacción.".

1.5. De conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Procurador debe autorizar las transacciones que realicen las instituciones del sector público, entendiéndose por transacción de conformidad con el artículo 2348 del Código Civil, el contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. Sin embargo, el proyecto de convenio revisado no constituye propiamente una transacción, puesto que no pone fin a las controversias, sino que establece mecanismos que revelan la intención de las partes para que, una vez cumplidos los condicionamientos, puedan dar fin al conflicto de manera definitiva. En el momento en que se cumplan los condicionamientos que las partes han previsto en el convenio como precedentes para llegar a una transacción, recién podría solicitarse al Procurador General del Estado, la autorización para transigir y consecuentemente dar las partes por terminadas todas las controversias.

1.6. El artículo 237 de la Constitución de la República, en concordancia con la letra e) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, señala como facultad del Procurador General del Estado la función de asesoramiento legal, por lo que se ha procedido al análisis del proyecto de convenio a efectos de precautelar los intereses del Estado.

1.7. Mediante memorando No. 136-DNAJ-2010 de 7 de julio de 2010, la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la Procuraduría General del Estado expresa, que si bien el proyecto no constituye propiamente una transacción que ponga fin a las controversias de las partes, los términos y condiciones expresadas en el convenio, están encaminadas eventualmente a ese fin, que de darse los condicionamientos establecidos, por una parte, no contravienen normas de derecho y por otra, pueden resultar convenientes para Hidropastaza EP, según los informes técnico y jurídico que acompaña a su petición. Por lo tanto, Hidropastaza EP (que sucedió legalmente a Hidropastaza S.A.), en vista a la actividad que desarrolla, a través de su representante legal tiene la facultad, bajo su responsabilidad, para suscribir dicho

instrumento, de considerarlo beneficioso para sus intereses, y por ende, para el Estado Ecuatoriano, sin que para ello se requiera autorización de la Procuraduría General del Estado.

II. OBSERVACIONES AL TEXTO DEL PROYECTO DE CONVENIO EN OFICIO NO. 0412-HPEP-2010 DEL 21 DE JUNIO DE 2010.-

2.1. Debe eliminarse el numeral 5 de los antecedentes y objetivos señalados en el contrato, toda vez que no se trata de un convenio que pone fin a las controversias y por consiguiente el Procurador General del Estado no tiene facultad de autorizar el mismo.

2.2. En los numerales 1.1.1 y 1.1.2 debe agregarse que tanto los trabajos preliminares, como los complementarios, así como el cronograma de su ejecución inmediata deben ser sometidos a aprobación de Hidropastaza EP, a fin de verificar que los trabajos a realizarse, que no están especificados en el convenio, serán ejecutados de conformidad con las especificaciones técnicas del contrato de construcción.

2.3. El convenio entre Hidropastaza EP y el Consorcio Odebrecht-Alstom-Va-Tech, también deberá hacer constar en el numeral 1.2.1, que se refiere a las obras civiles, que la próxima parada programada será en el mes de agosto de 2010, según lo determinan las partes en el proyecto de convenio presentado.

2.4. Debe cambiarse la potestad de Hidropastaza EP, establecida en el numeral 1.2.1.5, de contratar a una empresa para garantizar el control de calidad de las obras civiles, de forma que sea una obligación la contratación de esta fiscalización; y, que no sólo garantice, sino que realice el control de calidad de las obras civiles previstas en los trabajos complementarios.

2.5. Se debe agregar en el 2.3 que se excluyen también a Hidropastaza EP de cualquier responsabilidad por concepto de intereses.

2.6. Respecto del numeral 3.3 se hace notar a Hidropastaza EP que solamente tendría una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato durante 6 meses, para asegurar el pago de US$ 20,000.000.00 establecidos en el 3.1. Transcurrido dicho período, Hidropastaza EP solamente tendría la facultad de recaudar dicho valor directamente al Consorcio, lo que podría tomar mucho más tiempo que el de cobro de la garantía bancaria. Por lo tanto, se recomienda que se prevean

condiciones que aseguren el pago hasta el cumplimiento de las obligaciones previstas en el convenio.

2.7. A continuación en el 4.2.3 debe eliminarse la declaración, desde donde dice: "Las partes declaran..." hasta "... Proyecto San Francisco."

2.8. En virtud de los memorandos No. 0120-HPEP-AJ-2010 de 12 de mayo de 2010 y sus alcances Nos. 148-HPEP-AJ-2010 y 164-HPEP-AJ-2010 de 21 de junio de 2010 y 5 de julio de 2010, respectivamente, en los que consta el informe jurídico del asesor de Hidropastaza EP, y conforme a las disposiciones expresadas en los artículos 237 de la Constitución de la República y 3 letra e) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, esta Procuraduría considera que los condicionamientos establecidos, por una parte, no contravienen normas de derecho; y, en virtud de los objetivos estatales señalados en sus estatutos, Hidropastaza EP tiene la facultad, a través de su representante legal y bajo su responsabilidad, de suscribir dicho instrumento de considerarlo beneficioso para sus intereses y por ende para el Estado Ecuatoriano, sin que para ello requiera autorización del Procurador General del Estado.

Una vez cumplidos los condicionamientos que las partes han previsto en el convenio como precedentes para llegar a una transacción, Hidropastaza EP deberá remitir el proyecto de acuerdo que dé fin a las controversias, solicitando autorización para suscribirlo, conforme la facultad establecida en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

III. AUTORIZACIÓN DEL COMPROMISO ARBITRAL.-

Amparado en la facultad establecida en el artículo 190 de la Constitución de la República, se autoriza el compromiso arbitral, contenido en el anexo 3 del proyecto de convenio; en vista del memorando No. 148-HPEP-AJ-2010 de 21 de junio de 2010, suscrito por el Asesor Jurídico de Hidropastaza EP, con el que fundamenta la conveniencia de someterse a arbitraje internacional; y, del informe favorable del Director Nacional de Patrocinio Internacional de la Procuraduria del Estado, contenido en el memorando No. 139-DNPI-2010 de 10 de junio de 2010, con las siguientes observaciones:

a) Respecto a cómo se constituirá el Tribunal, se establece el plazo para la designación de los árbitros por las partes, sin embargo no se lo hace para el nombramiento del Presidente. Aunque esto podría ser subsanado por las reglas de arbitraje que regirán el

procedimiento, es conveniente que las partes establezcan un plazo para la designación o se remitan a las reglas.

b) En cuanto a la autoridad nominadora que será la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, se recomienda que las partes sean más precisas y se designe específicamente a la autoridad nominadora, pues este papel no puede ser ejercido por una institución. Si la intención de las partes es la aplicación de las reglas CNUDMI éstas establecen que la autoridad nominadora, en caso de que las partes no lo establezcan, será el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje. Si se quiere que sea otra la autoridad nominadora, se deberá particularizar.

c) La frase que dice que Hidropastaza renuncia de manera irrevocable e incondicional a cualquier defensa sobre la inmunidad soberana resulta intrascendente, puesto que se ha pactado una cláusula arbitral, por lo que debe eliminarse la frase.

Todo lo analizado en este informe deberá entenderse como criterio de asesoramiento legal de esta autoridad en uso de sus atribuciones, sin perjuicio de las facultades y competencia de la Contraloría General del Estado, respecto a la determinación de responsabilidades en vía administrativa o judicial, respecto de la ejecución del contrato materia del acuerdo.

Se deja constancia que es de exclusiva responsabilidad del representante legal de Hidropastaza EP, lo concerniente a los aspectos técnicos, económicos y financieros, particularmente lo relativo al monto fijado en el numeral 3.1 del convenio.

Atentamente,

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

I-15042-2010
I-15371-2010
I-15638-2010

Elaborado: Ab. Luis Cabezas-Klaere
Revisado: Ab. Francisco Falquez Cobo