

Oficio No. 07345

Quito DM, 05 AGO. 2016

Señor Doctor
Vicente Guzmán Barbotó
GERENTE GENERAL
AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR
Puerto Bolivar, El Oro

Señor Gerente General:

Me refiero a sus oficios No. APPB-GG-0294 y No. APPB-GG-0297 de 03 y 05 de agosto de 2016, ingresados a esta Procuraduría, en su orden, los días 04 y 05 del mismo mes y año con números 05469-2016-AD-DG y 05493-2016-AD-DG, referentes al "CONTRATO PARA EL DISEÑO, FINANCIAMIENTO, EQUIPAMIENTO, EJECUCIÓN DE OBRAS ADICIONALES, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA TERMINAL PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR" que suscribirá la AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR con la compañía YILPORT ECUADOR TERMINAL OPERATIONS S.A.

Mediante oficio No. APPB-GG-0294 solicita: "(...) aprobar la Cláusula de Arbitraje que forma parte del Contrato" y remite adjunto una copia del proyecto del contrato referido.

Mediante oficio No. APPB-GG-0297 manifiesta que: "En alcance al Oficio No.-APPB-GG-0294 de agosto 3 de 2016, me permito informar a usted que se ha acordado con la compañía YILPORT TERMINAL OPERATIONS S.A. modificaciones a la cláusula 88 de resolución de controversias conforme consta en el texto a continuación, la que reemplaza a la constante en el proyecto de contrato remitido como adjunto al Oficio ya referido".

Al respecto, cúmpleme manifestar lo siguiente:

1. ANTECEDENTES:

De sus oficios y anexos se desprende lo siguiente:

- 1.1** La AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR (APPB) celebrará un contrato para la "delegación a la iniciativa privada de la gestión del servicio público portuario de Puerto Bolívar" con la compañía YILPORT ECUADOR TERMINAL OPERATIONS S.A. en virtud del concurso público realizado para el efecto denominado "CONCURSO PÚBLICO PARA EL DISEÑO, FINANCIAMIENTO, EJECUCIÓN DE OBRAS

ADICIONALES, EQUIPAMIENTO, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TERMINAL PORTUARIO DE PUERTO BOLÍVAR”.

- 1.2 YILPORT ECUADOR TERMINAL OPERATIONS S.A. es una compañía constituida y domiciliada en el Ecuador para llevar a cabo la delegación del servicio operativo portuario de Puerto Bolívar por parte de APPB. Según consta de la información del Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, el capital suscrito por la compañía es de (USD) \$10'000.000,00, integrado 100% por inversión extranjera directa realizada por la sociedad de nacionalidad holandesa YILPORT HOLDING N.V. por el valor de (USD) \$5'500.000,00 que representa una participación del 55% del capital total y por la sociedad de nacionalidad sueca YILPORT ECUADOR TERMINAL INVESTMENTS AB por el valor de (USD) \$4'500.000,00 que representa una participación del 45% del capital total.
- 1.3 El proyecto de contrato remitido por la APPB, denominado “CONTRATO PARA EL DISEÑO, FINANCIAMIENTO, EQUIPAMIENTO, EJECUCIÓN DE OBRAS ADICIONALES, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA TERMINAL PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR”, señala en su cláusula 88 los mecanismos de resolución de controversias. Conforme lo señalado en el oficio No. APPB-GG-0297, el texto de dicha cláusula será remplazado por el siguiente:

“CAPÍTULO XIV.
RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

88. *Mecanismos de resolución de controversias:*

88.1 *Negociaciones Directas.-*

(a) *Por medio del presente las Partes aceptan que todo desacuerdo, reclamo, discrepancia, o controversia que surja o se relacione con el presente Contrato, incluyendo, entre otros, su interpretación, ejecución, terminación, liquidación o vigencia ('Controversia'), en primera instancia se dialogará y negociará entre las Partes para lograr un entendimiento y resolución de la Controversia ('Negociaciones Directas'). Por lo tanto, las Partes se obligan a tratar de lograr un entendimiento directo para solucionar cualquier tipo de controversia.*

(b) *Cualquiera de las Partes ('Parte Notificante') podrá iniciar el proceso de Negociaciones Directas mediante notificación escrita a la otra Parte ('Aviso de Negociaciones Directas') que contenga necesariamente lo siguiente:*

i. *Descripción de la Controversia, con cada uno de los temas que considere que generan controversias y para los cuales se requiera una solución acordada.*

ii. *La identificación de cada uno de los eventos alegados, con cualquier evidencia documental disponible.*

iii. *La petición y/o reclamación con su propuesta de acuerdo que se hace a la otra Parte, con carácter no vinculante y sin perjuicio del*

ejercicio de los derechos que le confiere la ley y el Contrato en caso de no lograrse un acuerdo directo.

(c) La Parte que reciba el Aviso de Negociaciones Directas estará obligada a informar la Parte Notificante su posición con carácter de no vinculante y sin perjuicio del ejercicio de los derechos que le confiere la ley y el Contrato en caso de no lograrse un acuerdo directo, refiriéndose punto por punto, a cada término o punto del Aviso de Negociaciones Directas ('Aviso de Respuesta'), dentro de los 30 días siguientes a la recepción del Aviso de Negociaciones Directas ('Periodo de Aviso de Respuesta').

(d) Con el Aviso de Respuesta, las Partes dialogarán para llegar a un acuerdo sobre la Controversia dentro de un plazo máximo de treinta (30) días a partir de la entrega del Aviso de Respuesta ('Periodo de Negociaciones Directas'), pudiendo celebrar tantas reuniones como las Partes lo acuerden. El Periodo de Negociaciones Directas podrá prorrogarse mediante acuerdo mutuo y por escrito de las Partes. Sin embargo, ninguna de las Partes estará obligada a convenir dicha prórroga.

(e) El Periodo de Negociaciones Directas se considerará terminado el día siguiente al vencimiento de los plazos previstos a continuación, en los siguientes casos:

i. Si la Parte que recibe el Aviso de Negociaciones Directas no ha respondido la petición con un Aviso de Respuesta, al final del Periodo de Aviso de Respuesta.

ii. Si las Partes no llegan a un acuerdo total dentro del Periodo de Negociaciones Directas, al final del mismo.

(f) Si las Partes llegan a un acuerdo sobre la Controversia pertinente dentro del Periodo de Negociaciones Directas, tal acuerdo se consignará por escrito por las Partes y será vinculante para las Partes.

(g) El aporte de evidencia sobre el fin o terminación del periodo de Negociaciones Directas estará a cargo de la Parte que tenga la intención de hacer uso de las fases procedimentales siguientes, según lo previsto en esta cláusula.

88.2 Mediación Opcional.-

(a) Una vez el Periodo de Negociaciones Directas se termine, incluidos los procedimientos por la vía Administrativa como se indica en la Cláusula 88.1 (f), sin alcanzar un acuerdo, cualquiera de las Partes podrá, sin perjuicio de los procedimientos de Arbitraje, tratar de resolver cualquier conflicto de acuerdo con el Reglamento de la CCI Mediación (Opcional Mediación).

(b) El inicio de un procedimiento de Mediación Opcional no impedirá a una Parte de iniciar el arbitraje de conformidad con la Cláusula [88,3] a continuación.

(c) *La Entidad Delegante declara y garantiza que cuenta con todas las autorizaciones previas de una entidad pública para llegar a un acuerdo directo dentro de la Mediación Opcional.*

88.3 Arbitraje.-

(a) *Todas las Controversias que no se hayan resuelto mediante las Negociaciones Directas, deberán ser finalmente resueltos de manera definitiva mediante arbitraje conforme el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) actualmente vigente, por uno o más árbitros designados de acuerdo con el mencionado Reglamento.*

(b) *El idioma que se utilizará en los procedimientos de arbitraje será el inglés y todo laudo se escribirá en inglés.*

(c) *La sede del arbitraje será Paris - Francia.*

(d) *El (los) laudo (s) del Tribunal de Arbitramiento será (n) definitivo (s) y vinculante(s) para las Partes y no estará sujeto a ninguna apelación. Una Parte podrá procurar el cumplimiento de un laudo arbitral a través de una corte de la jurisdicción competente.*

(e) *El procedimiento de arbitraje se llevará a cabo de manera confidencial hasta la emisión del laudo definitivo.*

(f) *Todos los gastos de dichos procedimientos de arbitraje los sufragarán las Partes de conformidad con las determinaciones aplicables del tribunal de arbitraje.*

(g) *Las disposiciones de esta Cláusula [88.3] son separables de las demás disposiciones del presente Contrato y subsistirán a la terminación o vencimiento del mismo o a cualquier sentencia o laudo dictado en relación con cualquier Controversia, independientemente de si dicha Controversia surge antes o después de la terminación o vencimiento del presente Contrato, e independientemente de si los procedimientos ocurren antes o después de la terminación o vencimiento del presente Contrato."*

Asimismo, el proyecto de contrato remitido por la APPB, denominado "CONTRATO PARA EL DISEÑO, FINANCIAMIENTO, EQUIPAMIENTO, EJECUCIÓN DE OBRAS ADICIONALES, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA TERMINAL PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR" estipula en su artículo 3.2. lo siguiente:

"3.2. Definiciones

[...]

"Legislación Aplicable" o "Régimen Legal Aplicable"

Significa el sistema legal ecuatoriano con todos los estatutos, leyes, ordenanzas, normas y regulaciones aplicables, incluyendo pero sin

07345

limitarse a, cualquier licencia, permiso o demás autorizaciones gubernamental o Acto de Autoridad, según como corresponda, vigente de tiempo en tiempo durante el Período de la APP y en todo momento, que rija los derechos y obligaciones de las Partes. [...]"

2. BASE CONSTITUCIONAL Y LEGAL:

2.1 Los artículos 190 –inciso primero-, 225, 237, 261 -numeral 10- y 394 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. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: (...)

10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos”.

“Art. 394.- El Estado garantizará la libertad de transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial dentro del territorio nacional, sin privilegios de ninguna naturaleza. La promoción del transporte público masivo y la adopción de una política de tarifas diferenciadas de transporte serán prioritarias. El Estado regulará el transporte terrestre, aéreo y acuático y las actividades aeroportuarias y portuarias”.

- 2.2** Los artículos 1 y 7 de la Ley General de Puertos, promulgada mediante Decreto Supremo 289 publicado en el Registro Oficial 67 del 15 de abril de 1976, disponen:

“Art. 1.- Todas las instalaciones portuarias del Ecuador, marítimas y fluviales, así como las actividades relacionadas con sus operaciones que realicen organismos, entidades y personas naturales o jurídicas se regirán por las disposiciones contenidas en esta Ley”.

“Art. 7.- Las Entidades Portuarias en cuanto a su organización y administración se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional”.

- 2.3** El artículo 1 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, promulgada mediante Decreto Supremo 290, publicada en el Registro Oficial 67 del 15 de abril de 1976, dispone:

“Art. 1.- Los puertos de la República del Ecuador contarán para su administración, operación y mantenimiento como Autoridades Portuarias, organizadas como entidades de derecho público, personería jurídica, patrimonio y fondos propios, y sujetas a las disposiciones de la Ley General de Puertos, de la presente Ley, y a las normas generales o especiales que afecten su vida administrativa”.

- 2.4** La derogada Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional -disposiciones transitorias primera y tercera- expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 1043 del 28 de Diciembre de 1970, publicada en el Registro Oficial 147 de Enero 22 de 1971, derogada mediante el artículo final de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional publicada en el Registro Oficial 67 de 15 de abril de 1976, dispuso:

“PRIMERA: En el plazo de cuarenta y cinco días, contados desde la vigencia de esta Ley, deberán conformarse los Directorios de las Autoridades Portuarias de Esmeraldas y Puerto Bolívar, para proceder a la organización de las mismas con arreglo a lo que se preceptúa en esta Ley, mientras tanto continuarán a cargo de los asuntos portuarios, incluyendo su administración, los respectivos Consejos Provinciales”.

“TERCERA: Hasta que se determine las respectivas jurisdicciones, en conformidad con el artículo 3º de la presente Ley, las Autoridades Portuarias de Guayaquil, Manta y Puerto Bolívar, conservarán su jurisdicción sobre las circunscripciones territoriales que se fijan en los Decretos Ejecutivos números 15, de 10 de abril de 1958, publicado en el Registro Oficial Nº 486 de 12 de abril del mismo año; Nº 1373 de 24 de octubre de 1966, publicado en el Registro Oficial 149, de 27 del mismo mes y año y Nº 827 de 3 de agosto de 1966, publicado en el Registro Oficial Nº 91 de 4 del mismo mes y año”.

- 2.5** Los artículos 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 674 emitido por el Presidente de la República el 12 de mayo de 2015, y publicado en el Suplemento del Registro Oficial 512 de 1 de junio de 2015 señalan:

“Artículo 1.- Autorizar, con carácter excepcional, la delegación al sector privado de la gestión del servicio pública de Puerto Bolívar, ubicado en el cantón Máchala, provincia de El Oro, bajo la modalidad contractual que defina el ente concedente según lo previsto por el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Artículo 2.- Encargar a la Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar la ejecución del presente Decreto Ejecutivo, particularmente, la elaboración de los documentos precontractuales, la conducción del concurso público, la adjudicación y la suscripción del contrato correspondiente, de conformidad con el régimen jurídico vigente”.

- 2.6** 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”.

- 2.7** 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 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 las normas precitadas, la AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR es una persona jurídica de derecho 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 para la solución de divergencias relativas a contratos que celebre con entidades públicas o privadas extranjeras.

4. ANÁLISIS:

De la revisión de la cláusula 88 del referido contrato se desprende lo siguiente:

Las partes han acordado que en el caso de surgir cualquier disputa relacionada con el contrato, como instancia previa al arbitraje, se obligan a tratar de lograr un entendimiento mediante negociaciones directas, por un periodo de 30 días (*Periodo de Negociaciones Directas*) a partir de la entrega del Aviso de Respuesta al Aviso de Negociaciones Directas o si la parte notificada con el Aviso de Negociaciones Directas no responde dentro de 30 días siguientes al dicho aviso (*Periodo de Aviso de Respuesta*).

Una vez agotada la etapa de negociaciones directas, las partes han acordado que podrán acudir a un proceso de mediación opcional de conformidad con el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. No obstante, el inicio del procedimiento de mediación opcional no impedirá a una Parte iniciar el arbitraje.

Respecto al arbitraje, las partes han acordado lo siguiente:

- Las reglas aplicables serán las establecidas en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).
- La conformación del tribunal y la designación de los árbitros que lo integran, se realizará conforme el procedimiento establecido en dicho reglamento.
- El idioma utilizado será el inglés y la sede del arbitraje será Paris, Francia.
- Las partes han acordado que el laudo será definitivo y vinculante.
- La legislación aplicable es el sistema legal ecuatoriano.
- Se observa que no se ha pactado el número de árbitros y la forma de su designación, al respecto, el artículo 12 del Reglamento de Arbitraje de la CCI dispone:

“Artículo 12

Constitución del Tribunal Arbitral

Número de Árbitros

[...]

2 Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el número de árbitros, la Corte nombrará un árbitro único, a menos que ésta considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros.

En este caso, la demandante deberá designar un árbitro en un plazo de 15 días contados a partir de la recepción de la notificación de la decisión de la Corte, y la demandada deberá designar un árbitro en un plazo de 15 días contados a partir de la recepción de la notificación de la designación hecha por la demandante. Si una parte no designa un árbitro, el nombramiento será hecho por la Corte.”

En este contexto, al no haberse estipulado expresamente la forma de constitución del Tribunal Arbitral se estará a lo dispuesto en el precitado Reglamento.

- Se observa que no se ha pactado si el arbitraje será en derecho o en equidad. Al respecto, el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI dispone:

“Artículo 21

Normas jurídicas aplicables al fondo

- 1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.*
- 2. El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes.*
- 3. El tribunal arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes”.*

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 fallará en Derecho.

- Finalmente, de la información pública que consta en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador, se desprende que las accionistas de YILPORT ECUADOR TERMINAL OPERATIONS S.A. son las compañías extranjeras YILPORT HOLDING N.V. (holandesa) y YILPORT ECUADOR TERMINAL INVESTMENTS AB (sueca), con una participación del 55% y 45% del capital social, respectivamente, domiciliadas en estados diferentes al ecuatoriano, con

lo cual se cumple con el requisito previsto en el literal a) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo que procede un arbitraje internacional.

5. RECOMENDACIÓN:

Finalmente, en uso de la facultad asesora prevista en el Artículo 237 de la Constitución de la República, me permito llamar su atención sobre dos temas atinentes al contrato:

De la revisión del contrato y de la información constante en los oficios a los que respondo, se desprende que el contrato se suscribirá con la compañía YILPORT TERMINAL OPERATIONS S.A., de nacionalidad ecuatoriana, cuyos accionistas son las compañías extranjeras YILPORT HOLDING N.V. (holandesa) y YILPORT ECUADOR TERMINAL INVESTMENTS AB (sueca), con una participación del 55% y 45%, que no suscribirán el contrato.

Hago notar a usted que en el caso del contrato de concesión para el uso del puerto internacional de carga de Manta celebrado entre la Autoridad Portuaria de Manta y Terminales Internacionales de Ecuador Sociedad Anónima (TIDE), los accionistas de TIDE: Hutchison Port Investments Limited y Hutchinson Port Holdings del grupo Hutchison Whampoa Limited de nacionalidad china, al no haber suscrito el contrato de concesión, ante la demanda arbitral presentada en contra de ellos por el abandono unilateral de las concesiones y de las instalaciones, han alegado que los incumplimientos al contrato no les son oponibles al no ser suscriptores del mismo así como tampoco la cláusula arbitral constante el mismo. Dicha afirmación la realizaron, aun cuando participaron en las negociaciones previas al mismo y uno de sus representantes suscribió el contrato como testigo de honor.

Dichas alegaciones, aunque no fueron aceptadas en el laudo de mayoría, fueron recogidas de manera favorable en el voto disidente de un miembro del Tribunal, en donde determina que el principal propósito de la constitución de una compañía en el Ecuador es limitar la responsabilidad de la sociedad matriz, limitando la exposición al riesgo por parte de los accionistas.

Bajo estas consideraciones, de ser la intención de la contratante el incluirlas en el compromiso arbitral, se debe evaluar la inclusión de las compañías accionistas como partes suscriptoras del contrato.

6. PRONUNCIAMIENTO:

Respecto a la solicitud para el sometimiento a arbitraje internacional, de conformidad con el análisis expuesto, en virtud de lo dispuesto en las normas precitadas, en particular, artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se autoriza

a la AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR (APPB) a pactar arbitraje internacional en el contrato que celebrará con la compañía YILPORT ECUADOR TERMINAL OPERATIONS S.A. para la "delegación a la iniciativa privada de la gestión del servicio público portuario de Puerto Bolívar".

Este pronunciamiento se refiere única y exclusivamente respecto al sometimiento a arbitraje internacional del denominado "CONTRATO PARA EL DISEÑO, FINANCIAMIENTO, EQUIPAMIENTO, EJECUCIÓN DE OBRAS ADICIONALES, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA TERMINAL PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR". Por tanto, 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 de la APPB.

Adicionalmente, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en forma previa a la suscripción del convenio referido, para el sometimiento a arbitraje internacional deberá contar con la autorización expresa de la máxima autoridad de la APPB.

La Procuraduría General del Estado se reserva la facultad de verificar la redacción final del convenio arbitral objeto de este pronunciamiento, para lo cual, una vez que el mismo sea suscrito por la APPB, deberá remitir una copia a esta entidad. Adicionalmente, se advierte que cualquier modificación al documento que las partes acuerden realizar en el futuro, que afecte la cláusula objeto de este pronunciamiento o la inclusión de cualquier estipulación que pueda afectar su sentido, aplicación o alcance, deberá ser previamente autorizada por esta Procuraduría.

Atentamente,

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



| | |
|----------------------|-----------------|
| | RECIBIDO |
| Puerto Bolívar | GERENCIA |
| Fecha: Agosto 9/2016 | |
| Hora: 1:00:30 | |
| Firma: J. L. Linares | |