

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad jurídica
en el contrato de gestión delegada**

Análisis del alcance del artículo 20 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera

María Bernarda Carpio Frixone

Jurisprudencia

Director:

Hugo García Larriva

Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, 05 de diciembre 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“La arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada ”

María Bernarda Carpio Frixone

Hugo Garcia, LLM
Director del Trabajo de Titulación

Dr. Jaime Vintimilla
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Juan Pablo Aguilar
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, diciembre del 2017



Quito, 25 de septiembre de 2017

Dr.

Farith Simon

Decano de Jurisprudencia

Universidad San Francisco de Quito

Por email.-

Estimado señor Decano,

Me complace remitir el informe aprobando la tesina de María Bernarda Carpio Frixone, intitulada “La arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada: Análisis del alcance del artículo 20 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera”. A continuación, un reporte de mi evaluación como director.

1. Importancia del problema presentado

La alumna aborda, en general, los siguientes temas: (i) validez de las cláusulas de estabilidad en la legislación ecuatoriana; (ii) formas de incumplimiento de las cláusulas de estabilidad jurídica; (iii) arbitrabilidad del incumplimiento de las cláusulas de estabilidad jurídica; (iv) particularidades de la arbitrabilidad de las cláusulas de estabilidad jurídica en el contexto de las Ley de APPs.

Los problemas analizados tienen relevancia desde un aspecto académico y desde un aspecto práctico.

Desde el aspecto académico, el problema estudiado plantea una discusión interesante sobre la validez de la cláusula de estabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, diseccionando sus componentes negociales y prestacionales para, posteriormente, relacionarlos con la noción de soberanía y potestad legislativa de Estado. De particular mención es el análisis realizado sobre las consecuencias negociales del incumplimiento de la cláusula de estabilidad jurídica y como, desde la óptica del derecho público y en una intersección con el derecho administrativo, la administración pública posee mecanismos para lidiar con los efectos de su incumplimiento. Finalmente, la tesina regresa al debate, lamentablemente aún vigente en el país, sobre la arbitrabilidad y el derecho público.

Desde la perspectiva práctica, el problema abordado por la alumna es de gran relevancia. En un contexto donde el Estado busca el incremento de flujos de inversión a través de mecanismos como los Contratos de APP y demás figuras asociativas, un estudio serio de una de las principales garantías que se ofrecen en los mismos – estabilidad jurídica- puede ofrecer luces en su futura aplicación a practicantes, inversionistas y autoridades administrativas.



2. Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La hipótesis planteada por la alumna es que, las cláusulas de estabilidad en el derecho ecuatoriano son válidas, generan una obligación de no hacer al Estado y que cualquier el incumplimiento de esta obligación es arbitrable, pues escapada de las prohibiciones de la Ley APP.

Desde esta perspectiva, la hipótesis planteada es trascendente porque da respuesta a los problemas planteados y perfila de manera cuidadosa los límites fenomenológicos donde se desenvuelve.

3. Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

La estudiante hace gala de un gran número de autoridades para sustentar sus afirmaciones y conclusiones. Esto, en general, es señal de una disciplina y rigurosidad académica deseable en todo trabajo de investigación. Todas las autoridades citadas son (i) actuales, (ii) pertinentes y (iii) adecuadas.

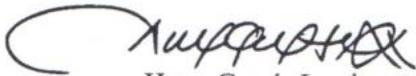
4. Contenido argumentativo de la investigación

Sin coincidir en un cien por ciento con los criterios expuestos por la alumna en su tesina, cabe destacar que el trabajo está construido de una manera extremadamente lógica y cada parte está sustentada con argumentos y conclusiones coherentemente estructurados. Para efectos metodológicos el alumno advierte en la introducción los límites de su investigación, lo que beneficia al lector de la tesina.

5. Conclusión

Por lo expuesto anteriormente, señor Decano, recomiendo que la presente tesina sea presentada para su defensa oral.

Atentamente,


Hugo García Larriva

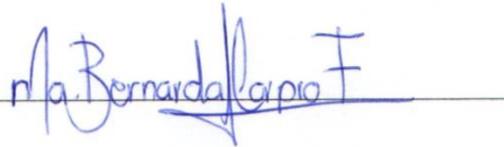
El presente documento es fiel copia
del original.

Nozaret Ramos
15/12/2017

Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: 

Nombres y apellidos: María Bernarda Carpio Frixone

Código: 00111284

Cédula de Identidad: 171508142-6

Lugar y fecha: Quito, diciembre de 2017

Agradecimientos:

A mis padres, Rossana y Guillermo, por brindarme las mejores oportunidades, ser mi apoyo incondicional y siempre confiar en mí;

A mis hermanas, Camila y Rossana, por ser mi motor y fuente de inspiración para alcanzar mis sueños;

A Luis Parraguez por transmitirme su pasión y dedicación por el Derecho y la cátedra; y,

A Hugo García por su valioso aporte en la elaboración de este trabajo de titulación.

Resumen

La inversión extranjera se presenta como una alternativa idónea para hacer frente a la situación económica del país. Es así que en diciembre de 2015 se promulgó la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. Dentro de los incentivos reconocidos en esta ley se encuentran la posibilidad de incluir en los contratos de gestión delegada (i) una cláusula de estabilidad y (ii) una cláusula arbitral. A través de la primera se asegura al inversionista certeza sobre el marco jurídico que regulará su inversión; por su parte, la segunda garantiza la posibilidad de acudir a una sede imparcial a fin de resolver cualquier eventual disputa entre el Estado y el inversionista. El Art. 20 de la Ley APP excluye la posibilidad de que se sometan a arbitraje los actos que deriven directamente de la potestad legislativa o regulatoria del Estado. Ante esto surge la siguiente interrogante ¿es arbitrable el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad? La ambigüedad en la regulación del arbitraje dentro de la Ley APP, en lugar de generar un incentivo, puede producir inseguridad y desconcierto en los inversionistas. Si se desea que efectivamente los inversionistas extranjeros se vean incentivados a invertir en el país, no es suficiente promulgar una ley que incluya la palabra “incentivos” en su título; se requiere un real beneficio a favor del inversionista. Es por ello que el objetivo de este trabajo de titulación es estudiar el alcance del Art. 20 de la Ley APP. A través de este estudio, en este trabajo de titulación se llegará a la conclusión de que el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad es arbitrable.

Abstract

Foreign investment is an ideal alternative to deal with the country's economic situation. Thus, in December 2015, the Organic Law of Incentives for Public-Private Partnerships and Foreign Investment (PPP Act) was enacted. Among the incentives recognized in this statute are the possibility of including in the public-private partnership agreement (i) a stabilization clause and (ii) an arbitration clause. The stabilization clause gives certainty about the legal framework that will govern the investment and the arbitration clause guarantees the possibility of accessing an impartial jurisdiction for resolving any possible dispute between the State and the investor. Article 20 of the PPP Act excludes the possibility of submitting to arbitration acts that derive directly from the legislative or regulatory power of the State. This article arises the following question: can breach of the stability clause be solved in arbitration? The ambiguity in the regulation of arbitration within the APP Act, instead of generating an incentive, causes insecurity and bewilderment for investors. If the objective is to encourage foreign investors to invest in the country, it is not enough to enact a law that includes the word "incentives" in their title; it is required a real benefit to the investors. That is why the purpose of this thesis is to clarify the scope of Art. 20 of the PPP Act in order to determine that breach of the stabilization clause can be solved in arbitration.

ÍNDICE

I. Abreviaturas.....	x
II. Introducción.....	1
III. Desarrollo	4
1. La cláusula de estabilidad en el Derecho de Inversiones y los efectos de su incumplimiento por parte del Estado	4
1.1. La cláusula de estabilidad y los compromisos asumidos por el Estado a través de su suscripción.....	4
1.1.1. La cláusula de estabilidad en el Derecho de Inversiones	4
1.1.2. El régimen de estabilidad jurídica en la legislación ecuatoriana	8
1.1.3. La cláusula de estabilidad como una obligación de no hacer del Estado.	10
1.2. El incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad.....	12
1.2.1. La cláusula de estabilidad no compromete la soberanía estatal	12
1.2.2. El incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad se da mediante la aplicación de la ley, no por su promulgación.....	17
1.2.3. El incumplimiento del Estado se materializa a través de actos administrativos	19
1.3. El régimen indemnizatorio ante el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad.....	22
1.3.1. El régimen indemnizatorio ante el incumplimiento de las obligaciones de no hacer	23
1.3.2. Ante el incumplimiento a la Cláusula de Estabilidad, ¿es posible destruir los efectos del hecho dañoso?	24
1.3.3. En caso de no ser posible la destrucción del hecho prohibido, la Entidad Delegante debe indemnizar al inversionista.....	29

2. La arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad.....	32
2.1. El arbitraje como mecanismo para resolver controversias que susciten de los contratos de gestión delegada	33
2.1.1. Arbitraje en el sector público: ¿la arbitrabilidad se mide en función a la transigibilidad de la disputa?.....	33
2.1.2. El arbitraje al amparo de la Ley APP	38
2.1.3. El incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad: ¿un caso de arbitrabilidad de actos administrativos?.....	42
2.2. El incumplimiento a la cláusula de estabilidad es arbitrable	50
2.2.1. La estabilidad jurídica nace del contrato, no de la ley	51
2.2.2. El incumplimiento a la cláusula de estabilidad no deriva de la potestad legislativa ni regulatoria del Estado	53
2.2.3. El incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es un asunto netamente contractual, razón por la cual su arbitrabilidad es indiscutible.....	56
IV. Conclusiones.....	58
V. Bibliografía.....	61

I. Abreviaturas

Abreviatura	Explicación
§	Sección
Art./Arts.	Artículo/Artículos
Cláusula de Estabilidad	Cláusula de estabilidad contenida en el Contrato de Gestión Delegada
COA	Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, Segundo Suplemento de 7 de julio de 2017
Constitución	Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008
Contrato de Gestión Delegada o Contrato	Contrato de gestión delegada válidamente suscrito entre la Entidad Delegante y un inversionista extranjero
Entidad Delegante	Entidad delegante que suscribió el Contrato de Gestión Delegada con un inversionista extranjero
ERJAFE	Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002
LAM	Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997
Ley APP	Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. Suplemento del Registro Oficial 652 de 18 de diciembre de 2015
Normativa Sectorial Específica	Normas regulatorias sectoriales que, en cumplimiento al Art. 10 del Reglamento a la Ley APP, fueron declaradas en el Contrato como relevantes y esenciales para el inversionista extranjero
Reglamento a la Ley APP	Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. Registro Oficial 786 de 29 de junio de 2016

II. Introducción

En diciembre de 2015 se adoptó la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (“**Ley APP**”). Uno de los incentivos que contempla este cuerpo legal es la incorporación de una cláusula de estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada. En virtud a dicha cláusula el Estado se compromete a congelar la normativa sectorial específica, que haya sido declarada como relevante en el contrato de gestión delegada, de suerte que, ninguna modificación a estas normas, pueda ser aplicada al inversionista. Es por ello que la inclusión de esta cláusula constituye un mecanismo de protección pues otorga certeza sobre el marco jurídico que regirá la inversión.

Por otro lado, en su Art. 20.2, la Ley APP también reconoce la posibilidad de pactar una cláusula arbitral a fin de someter a arbitraje la resolución de controversias que surjan respecto al contrato. Esta posibilidad es otra de las garantías que tiene el inversionista. Debe tomarse en cuenta que la entidad delegante es parte del Estado, por lo que acudir a una sede fuera de la jurisdicción estatal asegura la imparcialidad en la resolución del conflicto y, por tanto, configura una protección adicional para el inversionista.

Si bien, por un lado, la Ley APP reconoce la posibilidad de suscribir una cláusula de estabilidad y un convenio arbitral; por otro, también prescribe que “[no] se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano”¹. Al excluir la posibilidad de arbitrar cualquier acto que derive de estas potestades, podría ponerse en tela de duda si será posible arbitrar un eventual incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad.

Ante esta situación, el objetivo de este trabajo de titulación es responder a la siguiente interrogante: *¿Puede el inversionista extranjero acudir a arbitraje ante el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad?* Esta interrogante surge en razón del Art. 20 de la Ley APP que, como se enunció en el párrafo anterior, establece que no serán arbitrables asuntos de naturaleza tributaria o aquellos que se deriven directamente de la potestad

¹Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera [en adelante Ley APP]. Artículo 20. Suplemento del Registro Oficial 652 de 18 de diciembre de 2015.

legislativa y regulatoria del Estado. El alcance de esta norma puede ser malinterpretado, pues podría creerse que la aplicación de una nueva ley a una inversionista extranjero, que se encuentra amparado por la Cláusula de Estabilidad, es un acto que deriva de la potestad regulatoria o legislativa del Estado y como tal no podría ser arbitrable. De adoptarse esta postura, se estaría imposibilitando al inversionista reclamar en arbitraje el incumplimiento de una de sus principales garantías.

La posición del presente trabajo frente al problema jurídico planteado es que el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es arbitrable, pues escapada de la prohibición del Art. 20.2 de la Ley APP. Esta tesis se sustenta en la premisa de que al suscribir una cláusula de estabilidad jurídica, el Estado adquiere una obligación de no hacer, cuya prestación consiste en la *no aplicación*, al inversionista, de las modificaciones a la Normativa Sectorial Específica. Así, para que el Estado incumpla dicha obligación no basta la mera promulgación de normas que alteren la Normativa Sectorial Específica, sino que es necesario que efectivamente se *apliquen* estas modificaciones al inversionista; pues solo así el Estado contravendría su obligación de '*no aplicación*'. El incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad exige, entonces, que medie un acto de aplicación. Este acto no deriva directamente de la potestad legislativa o regulatoria del Estado; y, en consecuencia, no cabe cuestionar la arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad.

Para llegar a esta conclusión fue necesario abordar dos temas principales: los efectos del incumplimiento a una cláusula de estabilidad [§1] y la arbitrabilidad de este incumplimiento [§2], razón por la cual este trabajo de titulación se divide en dos secciones. El objetivo de la primera sección es determinar cuáles son los efectos del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad. Para ello corresponde analizar la cláusula de estabilidad y los compromisos asumidos por el Estado a través de su suscripción [§1.1]; cómo se configura el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad [§1.2]; y, el régimen indemnizatorio ante este incumplimiento[§1.3].

La segunda sección apunta a identificar si, al amparo del Art. 20 de la Ley APP, es arbitrable el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad. Para responder dicho cuestionamiento es necesario analizar el arbitraje como mecanismo para resolver las

controversias que susciten de los contratos de gestión delegada [§2.1] para, sobre la base de ello, finalmente determinar que el incumplimiento a la cláusula de estabilidad es arbitrable [§2.2]. Es importante anticipar al lector que, con el objetivo de sistematizar el estudio realizado, al finalizar cada sección y cada subsección existe una conclusión sobre el tema abordado en aquel acápite, dichas conclusiones se anticipan con el uso de tres asteriscos [***] y bajo ningún concepto pretenden sustituir las conclusiones finales de este trabajo de titulación [§IV].

Por otro lado, a efectos de enmarcar metodológicamente el análisis de este trabajo, cabe aclarar que el estudio parte de los siguientes supuestos: (i) existe un Contrato de Gestión Delegada debidamente suscrito entre la Entidad Delegante y un inversionista extranjero; (ii) dicho Contrato contiene una cláusula arbitral válida, ejecutable y lo suficientemente amplia para abarcar *toda* controversia relacionada con el Contrato; (iii) las Partes pactaron una Cláusula de Estabilidad; (iv) en la Cláusula de Estabilidad se fijó cuál es la normativa sectorial específica y relevante sobre la que regirá la estabilidad, tal y como lo exige el Reglamento a la Ley APP; y, (v) el Estado aplicó al inversionista las modificaciones a la Normativa Sectorial Específica, por lo que se presume el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad.

De igual forma, es importante señalar que el objetivo de este trabajo de titulación es analizar exclusivamente si al amparo de la Ley APP es arbitrable el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad. Por ello, a pesar de la existencia de otros mecanismos de protección a la inversión extranjera (tales como Tratados Bilaterales de Inversiones) o de la aplicación de la teoría de la internacionalización del contrato (en virtud de la cual sería posible elevar las obligaciones del Estado a rango internacional y aplicar en consecuencia normas de Derecho Internacional); estos temas no serán tratados en el presente trabajo de titulación.

Finalmente, en cuanto a la metodología de investigación, corresponde precisar que en algunas secciones de este trabajo de titulación se recurre a jurisprudencia extranjera, la cual si bien no resulta vinculante en Ecuador, da luces sobre el tratamiento que tribunales

extranjeros han dado a la cláusula de estabilidad jurídica, su incumplimiento, su régimen indemnizatorio y la posibilidad de arbitrar actos administrativos.

III. Desarrollo

1. La cláusula de estabilidad en el Derecho de Inversiones y los efectos de su incumplimiento por parte del Estado

Como se mencionó anteriormente, el objetivo de esta sección es identificar cuáles son los efectos del incumplimiento del Estado a una cláusula de estabilidad. Para ello, en primer lugar, se debe analizar la naturaleza de la cláusula de estabilidad así como de las obligaciones asumidas por el Estado al suscribirla [§1.1]. Una vez identificada la naturaleza de estas obligaciones es fundamental definir cómo se materializa su incumplimiento [§1.2], para finalmente entender qué puede exigir el inversionista frente a esta inobservancia [§1.3].

Es de este modo que al finalizar esta sección se podrá constatar que al suscribir una cláusula de estabilidad jurídica, el Estado contrae una obligación de no hacer, cuyo incumplimiento se da a través de la aplicación al inversionista de una ley que no estaba vigente al momento de la inversión y sobre la cual se pactó estabilidad. Frente al incumplimiento de dicha obligación, y siempre y cuando no sea posible la destrucción del hecho prohibido, el inversionista, en su calidad de acreedor, está facultado a exigir la respectiva indemnización.

1.1. La cláusula de estabilidad y los compromisos asumidos por el Estado a través de su suscripción

En esta sección se analizará el concepto de cláusula de estabilidad en el Derecho de Inversiones [§1.1.1]. Sobre la base de este primer acercamiento, se estudiará su tratamiento en la legislación ecuatoriana [§1.1.2] y se determinará la naturaleza de la obligación que asume el Estado a través de su suscripción [§1.1.3].

1.1.1. La cláusula de estabilidad en el Derecho de Inversiones

Dentro del Derecho de Inversiones, existen algunas herramientas para proporcionar seguridad al inversionista, una de ellas es la cláusula de estabilidad². A través de esta cláusula se otorga al inversionista certeza sobre el marco jurídico que regulará su inversión³. Es así que al pactarla se garantiza que, sin perjuicio de las modificaciones legislativas, la normativa sobre la cual se pactó estabilidad regirá, sin alteraciones, para el inversionista⁴. Es importante diferenciar la cláusula de estabilidad jurídica (conocida también como cláusula de congelamiento) de las cláusulas de estabilización, pues las primeras son la especie y las segundas el género⁵. Las cláusulas de estabilización son aquellas en virtud de las cuales el Estado receptor de la inversión brinda al inversionista seguridad sobre los términos y condiciones que rigen la inversión, contribuyendo de este modo al manejo de los riesgos no comerciales⁶. Estas cláusulas “envuelven un compromiso del Estado receptor de no alterar el marco regulatorio del proyecto, ya sea por cambios en la legislación o por cualquier otro medio, fuera de circunstancias específicas”⁷.

Estas, a su vez, se dividen en tres categorías⁸: (i) cláusulas de congelamiento; (ii)

² Vid. Patrick Dumbergy. *International Investment Contracts*. En Tarcisio Gazzini y Eric de Brabandere (Ed.) *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*. Boston: Leiden, 2012, p.221; Diana Carolina Bernal. *El Derecho Internacional de Inversión. Las Cláusulas de Estabilidad: ¿un caso de protección internacional prima facie?* Editorial Académica Española, 2013, p. 137; y Camilo Rodríguez-Yong y Karol Martínez-Muñoz. “The Andean approach to stabilisation clauses”. *International Journal of Private Law*. Vol. 6, No. 1, (2013), pp.68-69.

³ Vid. George Delaume. “Transnational Contracts: Applicable Law and Settlement of Disputes”. *Law and Practice* No. 8 (1983), p. 39 y Leonardo Granato y Carlos Nahuel Oddone. “La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión”. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño*, Vol. VIII. No. 2 (2007), p. 59.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Juliana Castaño y Paola Galeano. *Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia*. Medellín: Eafit, 2011. p.71; Sotonye Frank. “Stabilisation Clauses and Foreign Direct Investment: Presumptions versus Realities”. *The Journal of World Investment & Trade*, No.16 (2015), pp.89-91; Katja Gehne y Romulo Brillo. *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment*. Transnational Economic Law Research Center, 2017, pp.6-9; y, Jagriti Singh. “Stabilization Clauses in Investment Contracts in Developing Countries”. (2015). <http://ssrn.com/abstract=2658185>.

⁶ Lorenzo Cotula. “Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development”. *OECD Global Forum on International Investment VII* (2008), p. 5 goo.gl/pCvmyr.

⁷ *Ibíd.* Traducción libre.

⁸ Vid. Juliana Castaño y Paola Galeano. *Óp. cit.*, p.72; Diana Carolina Marín Vergara. *Contratos de estabilidad jurídica para la promoción de las inversiones: la experiencia colombiana*. Tesis de grado. Universidad de los Andes. Bogotá, 2013, p. 5; Yenifer Siomara Rodríguez Ariza y Mary Leidy Triviño Castillo. *Interpretación del estándar del trato justo y equitativo en inversiones extranjeras*. Tesis de grado. Universidad Militar Nueva

cláusulas de equilibrio económico; y, (iii) cláusulas híbridas. Las primeras son aquellas que “pretenden congelar [como su nombre lo indica] las leyes existentes desde el momento del perfeccionamiento del contrato hasta el momento de su terminación”⁹. Es así que a través de una cláusula de congelamiento “ningún cambio en la legislación del Estado receptor que afecte al inversionista podrá aplicársele”¹⁰. Estas cláusulas pueden ser totales o parciales. Las primeras garantizan el congelamiento de todas las leyes que podrían afectar al inversionista, mientras que las segundas únicamente brindan estabilidad sobre normativa específica¹¹.

Las cláusulas de equilibrio económico, tal como lo expone Sornarajah¹², no son cláusulas de estabilidad en estricto sentido, pues no buscan un congelamiento de la normativa. Al contrario, estas cláusulas abren la posibilidad a que el Estado aplique al inversionista leyes no vigentes al momento de la inversión, siempre y cuando se restablezca el equilibrio económico del contrato¹³. Es decir, el objetivo de estas cláusulas es que “el Estado asum[a] el costo de la implementación de las nuevas normas”¹⁴.

Estas cláusulas también pueden ser totales o parciales, las primeras “protegen el beneficio económico esperado del inversionista contra cualquier cambio normativo que le pueda generar consecuencias adversas a éste”¹⁵. Por otro lado, las cláusulas parciales se refieren solo a ciertas materias, por lo que el reequilibrio no está garantizado ante cualquier cambio normativo¹⁶.

Granada. Bogotá, 2015, p. 119; Camilo Rodríguez-Yong y Karol Martínez-Muñoz. *Óp. cit.*, p. 69 y, Muthucumaraswamy Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge Press, 2010, p. 282.

⁹ Juliana Castaño y Paola Galeano. *Óp. cit.*, p.72.

¹⁰ Rudolf Dolzer y Christoph Scheuer. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.75

¹¹ *Vid.* Diana Carolina Marín Vergara. *Óp. cit.*, p. 5.

¹² Muthucumaraswamy Sornarajah. *Óp. cit.*, p. 282.

¹³ *Ibid.*

El equilibrio del contrato puede darse ya sea a través de un reajuste de precio, una extensión en el tiempo de la concesión, una reducción en la carga impositiva del inversionista, una compensación económica, entre otras alternativas previstas en el contrato o en la legislación del Estado receptor. *Vid.* Juliana Castaño y Paola Galeano. *Óp. cit.*, p. 72.

¹⁴ Juliana Castaño y Paola Galeano. *Óp. cit.*, p.72.

¹⁵ *Id.*, p. 74.

¹⁶ *Ibid.*

Finalmente, las cláusulas híbridas admiten las dos posibilidades, es decir que por un lado imponen el deber al Estado de restablecer la situación económica inicialmente pactada, pero prescriben que una de las vías para lograrlo es la inaplicación de la ley que generó el desequilibrio¹⁷. Al igual que las cláusulas anteriores, estas pueden ser totales o parciales dependiendo de si la protección se da frente a cualquier cambio normativo o solo ante cierta legislación. Algunos doctrinarios¹⁸ no incluyen este tipo de cláusulas en la clasificación y al contrario identifican una tercera categoría denominada cláusula de intangibilidad, en virtud de la cual “cualquier modificación de un contrato requiere el consentimiento mutuo”¹⁹.

Como se podrá evidenciar en la sección 1.1.2 de este trabajo de titulación, la Ley APP, en su Art. 15, contempla la posibilidad de pactar en el contrato de gestión delegada una cláusula de congelamiento (en adelante se empleará, de manera indistinta, también el concepto de *cláusula de estabilidad jurídica*). Es por ello que a continuación se realizará un mayor análisis sobre este tipo de cláusulas de estabilización en específico.

La cláusula de estabilidad jurídica consiste en un mecanismo legal que busca brindar certeza al inversionista sobre las reglas del juego²⁰. En este sentido:

Las cláusulas de estabilidad en *stricto sensu* tienen concordancia con el principio de no retroactividad de la ley. Mediante estas cláusulas la ley que está en vigor en el Estado receptor, al momento de la ratificación de la concesión, es la ley que será aplicable para suplir los términos del contrato, a pesar de posteriores promulgaciones del gobierno. En suma, el propósito de éstas es precluir el acuerdo de la aplicación de cualquier subsecuente actuación legislativa (estatutaria) o administrativa (regulatoria) por el gobierno [...] que modifique la situación legal del inversionista. Es precisamente por esta razón que las cláusulas de estabilidad o estabilización jurídica son uno de los tipos contractuales e incentivos fiscales más utilizados por los países en desarrollo para la atracción de inversión extranjera directa a sus territorios²¹.

En efecto, el objetivo primordial de estas cláusulas es “asegurar el acuerdo frente a futuras

¹⁷*Id.*, p. 75; Yenifer Siomara Rodríguez Ariza y Mary Leidy Triviño Castillo. *Óp. cit.*, p. 120.

¹⁸*Vid.* Meriç Şar. *Stabilization Clauses in Investment Contracts*, pp. 11-14 goo.gl/oyXc9R; Esa Paasivirta. *Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty*. *British Yearbook of International Law*, 1989, p.323; y, Abdullah Al Faruque, “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection v. Functional Value”. *Journal of International Arbitration*, Vol. 23 (4), (2006), p. 319.

¹⁹Esa Paasivirta. *Óp.cit.*, p.323.

²⁰Diana Carolina Bernal Pérez. *Óp.cit.*, p.150.

²¹*Id.*, p.153.

acciones del gobierno o cambios en la ley”²².

La suscripción de una cláusula de estabilidad jurídica tiene como consecuencia el congelamiento de la legislación del Estado receptor, impidiendo de este modo que legislación subsecuente altere el contrato²³. Si bien la naturaleza de la obligación que asume el Estado a través de la suscripción de este tipo de cláusulas será analizada con más detalle en la sección 1.1.3 de este trabajo de titulación, es importante adelantar que a través de una cláusula de estabilidad jurídica no existe una renuncia por parte del Estado a la potestad de emitir normativa futura. Al contrario, “esta cláusula simplemente impide la aplicación de la nueva legislación al acuerdo de inversión”²⁴. En consecuencia, el Estado mantiene su aptitud para modificar y actualizar su ordenamiento jurídico cuantas veces lo desee, pero estas alteraciones no son aplicables al inversionista *vis-a-vis* con el Estado.

Una vez expuesto el concepto y alcance las cláusulas de congelamiento, y una vez que han sido diferenciadas de los otros tipos de cláusulas de estabilización, corresponde analizar cuál es el tratamiento de dichas cláusulas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1.1.2. El régimen de estabilidad jurídica en la legislación ecuatoriana

En Ecuador las cláusulas de estabilidad jurídica son plenamente válidas. La legislación ecuatoriana las reconoce como un instrumento idóneo y legítimo para incentivar la inversión extranjera. Estas cláusulas son reconocidas tanto en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones [en adelante COPCI] como en la Ley APP. Sin embargo, a efectos de este trabajo corresponde centrarse exclusivamente en el tratamiento al amparo de la Ley APP.

El Art. 15 de la ley en mención prescribe la posibilidad de incluir en el contrato de gestión delegada una cláusula de estabilidad. Es así que en su tenor literal prescribe que:

La estabilidad jurídica que se garantiza en esta Ley se extiende a los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en los correspondientes contratos de gestión delegada.

²²Christopher Curtis. “The Legal Security of Economic Development Agreements”. *Harvard International Law Journal* No. 29 (1988), p.246.

²³*Vid.* Meriç Şar. *Óp. cit.*, pp. 12-13 y Abdullah Al Faruque, “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection v. Functional Value”. *Óp. cit.*, p. 319.

²⁴Meriç Şar. *Óp. cit.*, p. 13.

[...]

La estabilidad jurídica no recaerá sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por el tribunal competente, durante la vigencia de los contratos de gestión delegada [...]²⁵.

Se evidencia de este modo que en la Ley APP contempla una cláusula de congelamiento parcial, pues no otorga inmutabilidad sobre todo el ordenamiento jurídico sino que exclusivamente frente a los aspectos sectoriales que hayan sido declarados como esenciales en el contrato de gestión delegada.

En este sentido, el Art. 10 del Reglamento a la Ley APP es claro al establecer que “[l]a estabilidad jurídica asegura la permanencia de los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en el contrato [...]²⁶. Es decir que si el inversionista desea contar con una protección de estabilidad no bastará la inclusión de una cláusula de estabilidad en sentido amplio, pues si en esta no se detalle cuáles son las normas regulatorias sobre las cuales se desea estabilidad, la cláusula será ineficaz.

Respecto a los efectos de la incorporación de una cláusula de estabilidad en el contrato de gestión delegada, es importante destacar lo establecido en el último inciso del Art. 10 del Reglamento a la Ley APP. Según este artículo, “[l]a señalada garantía [de estabilidad] no implica la renuncia del Estado al ejercicio de su capacidad regulatoria²⁷. Es de este modo que es posible evidenciar la diferenciación que existe entre el compromiso a no regular y el compromiso a no aplicar la normativa en cuestión.

Sin embargo, existen quienes cuestionan la validez de las cláusulas de congelamiento bajo el argumento que estas impiden al Estado realizar cambios en su legislación y por tanto son contrarias al orden público²⁸ [*infra* §2.1]. No obstante, dicho cuestionamiento no tiene cabida en la legislación ecuatoriana, pues a la luz del Reglamento a la Ley APP no queda duda que al suscribir una cláusula de estabilidad jurídica el Estado mantiene su potestad de emitir cuanta regulación desee. Esta cláusula no afecta, entonces, la potestad legislativa o regulatoria del Estado, sino que tan solo impide que la normativa, sobre la cual se pactó

²⁵Ley APP. Artículo 15. *Óp. cit.*

²⁶Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera [en adelante Reglamento a la Ley APP]. Artículo 10. Registro Oficial 786 de 29 de junio de 2016.

²⁷Reglamento a la Ley APP. Artículo 10. *Óp. cit.*

²⁸*Vid.* Muthucumaraswamy Sornarajah. *Óp. cit.*, pp. 282-284 y Camilo Rodríguez-Yong y Karol Martínez-Muñoz. *Óp. cit.* pp.70-71.

estabilidad, sea aplicada al inversionista con el cual se ha suscrito dicha cláusula, quedando plenamente aplicable para todos los otros casos.

Tras entender los efectos de incluir una cláusula de estabilidad en un contrato de gestión delegada al amparo de la legislación ecuatoriana, resulta necesario analizar la naturaleza de la obligación que asume el Estado tras su suscripción.

1.1.3. La cláusula de estabilidad como una obligación de no hacer del Estado

Conforme al Art. 1467 del Código Civil toda obligación debe tener una prestación ya sea de dar, hacer o no hacer. Estas últimas consisten en una abstención a cargo del deudor²⁹. Es así que

[e]l objeto de la obligación de no hacer es una omisión: abstenerse de ejecutar un hecho que de no existir la obligación podría hacerse. Es como una limitación a la libertad de actuar de una persona, que debe privarse de hacer ciertas cosas que normalmente y a no mediar la obligación podría llevar a cabo³⁰.

En efecto, la “obligación de no hacer es aquella que tiene por objeto la no ejecución de un hecho por parte del deudor, aquella que le impone al deudor la no ejecución de un hecho que sin la obligación le sería lícito hacer”³¹. En consecuencia, este tipo de obligaciones se cumplen mediante la abstención por parte del deudor, en los términos que se haya convenido por las partes.

Al pactar una cláusula de estabilidad jurídica “el Estado se obliga a través del acuerdo contenido en la cláusula a no aplicar, al contrato en particular, cualquier cambio posterior en la legislación (subrayado añadido)”³². Así:

La principal implicación de este tipo de cláusulas de estabilidad sugiere que el Estado receptor prometa que las subsecuentes legislaciones u otro tipo de intervención por el ejercicio de los poderes estatales no le serán aplicables a la relaciones entre las partes del acuerdo durante el periodo de duración del mismo [...] (subrayado añadido)³³.

²⁹Vid. Arturo Alessandri. *Teoría de las Obligaciones*. Tomo I. Santiago: Nascimento, 1936, p. 26; Mischel Cohen Chicurel. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. México: Porrúa, 2014, p.23; Luis Diez Picazo y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Tomo 1. Madrid: Tecnos, 11ª edición, 2016, p.127; y, Guillermo Ospina Fernández. *Régimen General de las Obligaciones* (6ta edición). Bogotá: Temis, 1998, p.24.

³⁰René Abeliuk. *Las Obligaciones*. Tomo I. 4ta edición. Dislexia Virtual, p. 220.

³¹Arturo Alessandri. *Teoría de las Obligaciones*. *Óp. cit.*, p.26.

³²Muthucumaraswamy Sornarajah. *Óp. cit.*, p. 281 (traducción libre).

³³Diana Carolina Bernal Pérez. *Óp. cit.*, p.154.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia resolvió que:

[a través de] los contratos de estabilidad jurídica no se les garantiza a los inversionistas la inmodificabilidad de la ley, sino que se les asegura la permanencia, dentro los términos del acuerdo celebrado con el Estado, las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración de aquél³⁴.

A través del compromiso de estabilidad jurídica:

[...] el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo³⁵.

Este derecho que tienen los inversionistas para que les sean aplicadas las normas vigentes al momento de la inversión tiene como correlativa obligación la abstención por parte del Estado de aplicar la normativa que, tras la suscripción del acuerdo de inversión, haya sufrido alteraciones.

De este modo, se evidencia que al incorporar una cláusula de estabilidad el Estado asume un deber de abstención que se traduce en la *no aplicación*, al inversionista, de la normativa que no estaba vigente al momento de la inversión. Esto quiere decir que en Ecuador, la obligación que asume el Estado al pactar la Cláusula de Estabilidad consiste en *no aplicar* al inversionista cualquier modificación que se dé respecto a la Normativa Sectorial Específica.

Sobre la base de todo lo expuesto es posible concluir que la obligación que asume el Estado a través de una cláusula de estabilidad tiene como prestación un *no hacer*. Por lo tanto, el incumplimiento y las acciones que tiene el inversionista en calidad de acreedor serán aquellas que correspondan a este tipo de obligaciones. Para ello deberá tomarse en consideración las particularidades que surgen en los casos en los que no es la Entidad Delegante quien irrumpe la estabilidad, las cuales serán analizadas en la sección 1.1.3 de este trabajo de titulación.

³⁴Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-320 de 2006, Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 24 de abril de 2006.

³⁵Anderson Marrugo. *Contratos de estabilidad jurídica en Colombia. Análisis de la ley 963 de 2005*. Tesis de Grado. Universidad de Cartagena. Cartagena, 2012, p. 5.

A lo largo de la sección 1.1 se ha constatado que dentro del Derecho de Inversiones existen varios tipos de cláusulas de estabilización, entre las cuales se encuentra la cláusula de congelamiento. Mediante esta cláusula se garantiza al inversionista que durante su inversión le será aplicable la normativa vigente al momento de la suscripción del contrato. En Ecuador, la Ley APP prescribe la posibilidad de pactar una cláusula de congelamiento parcial. Es decir que no se otorga estabilidad sobre todo el ordenamiento jurídico, sino que exclusivamente sobre la normativa sectorial específica que haya sido declarada como esencial en el contrato de gestión delegada. A través de esta cláusula el Estado asume el compromiso de abstenerse de aplicar al inversionista las modificaciones a las normas sobre las cuáles se pactó estabilidad. En consecuencia, al pactar una cláusula de estabilidad el Estado asume una obligación de no hacer. Sobre la base de estas conclusiones se analizará en la siguiente sección el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad.

1.2. El incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad

Después de haber analizado el concepto y alcance de la cláusula de estabilidad en el Derecho de Inversiones; su regulación en la legislación ecuatoriana; y, tras haber identificado que a través de su suscripción el Estado asume una obligación de no hacer, corresponde analizar cómo se configura su incumplimiento. Para ello, en primer lugar es necesario aclarar que la cláusula de estabilidad no compromete la soberanía estatal [§1.2.1], pues solo de este modo será posible determinar en qué momento se configura el incumplimiento por parte del Estado [§1.2.2]. Finalmente, se analizará mediante qué tipo de actos se materializa este incumplimiento [§1.2.3].

1.2.1. La cláusula de estabilidad no compromete la soberanía estatal

Dentro del Derecho de Inversiones algunos doctrinarios han cuestionado la validez de la cláusula de estabilidad³⁶. Esta crítica se debe a que “en su forma más pura [...] las cláusulas de congelamiento prohíben contractualmente al Estado la promulgación de legislación

³⁶Vid. Abdullah Al Faruque. “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses”. *Journal of International Arbitration* No. 23 (2006), pp. 323-325; Muthucumaraswamy Sornarajah. *Óp. cit.*, pp. 282-284; Camilo Rodríguez-Yong y Karol Martínez-Muñoz. *Óp. cit.* pp.70-71 y, Katja Gehne y Romulo Brillo. “Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment”. *NCCR Trade Regulation*, 2014, pp.3-5.

incompatible con los términos del acuerdo”³⁷. Esta concepción ha puesto en tela de duda a las cláusulas de estabilidad, pues “[algunos escritores] [s]ostienen que la cláusula impone restricciones importantes al derecho soberano de un Estado a ejercer su prerrogativa legislativa dentro de su propio territorio [...]”³⁸.

Dolzer y Scheuer explican que existen dos perspectivas sobre el alcance de la cláusula de estabilidad. La primera –aquella que sostienen quienes critican la validez de este tipo de cláusulas– radica en que “cualquier cambio en la legislación aplicable al contrato [...] contraviene la cláusula de estabilidad”³⁹. En cambio, la segunda “apunta a proteger la soberanía del Estado receptor y sostiene que todo cambio en la legislación es permitido, pero que conlleva el deber de compensar a la compañía extranjera que está protegida por la cláusula de estabilidad”⁴⁰.

Frente a la existencia de estas dos posturas, es importante notar que al inversionista no le interesa que el Estado se abstenga de modificar su legislación indistintamente, sino que pretende no verse afectado por dicha modificación. Por tanto, lo que realmente busca el inversionista es que la legislación sea congelada *para él*, no en general. De este modo es posible desvirtuar la primera postura, ya que el verdadero objetivo de una cláusula de estabilidad no es impedir al Estado que legisle, sino evitar que los efectos de las nuevas normas afecten una inversión en concreto.

Al respecto, el tribunal arbitral del caso *AGIP c. República Popular del Congo* reconoció la validez de las cláusulas de estabilidad al señalar que “[e]stas cláusulas de estabilización, aceptadas libremente por el Gobierno, no afectan al principio de soberanía sobre sus facultades legislativas y reglamentarias, ya que las conserva frente a los nacionales y extranjeros con los que no ha asumido tales obligaciones”⁴¹. De igual modo se pronunció el tribunal arbitral en el caso *Texaco Overseas Petroleum Company c. República de Libia* al

³⁷Meriç Şar. *Óp. cit.*, p.12 (traducción libre).

³⁸Patrick Dumberry. *Óp. cit.*, p.221 (traducción libre).

³⁹Rudolf Dolzer y Christoph Scheuer. *Óp. cit.*, p. 75 (traducción libre).

⁴⁰*Ibíd.*

⁴¹*AGIP c. República Popular del Congo*. Laudo final, 30 de noviembre de 1979, pp. 735-736 (traducción libre). En el caso *LETCO c. Liberia* el tribunal arbitral también reconoció la validez de estas cláusulas al sostener que “la cláusula de estabilidad debe ser respetada [...]. De lo contrario, el Estado contratante podría fácilmente evadir sus obligaciones contractuales”.

sostener que “Libia conserva todas sus facultades para regular el campo de las actividades petroleras respecto de nacionales y extranjeros con los que no asumió tal compromiso [contenido en cláusula de estabilidad]”⁴².

En efecto, si se toma en consideración que al suscribir una cláusula de estabilidad el Estado asume una obligación de no hacer, cuya prestación es la *no aplicación* de los cambios a la normativa estabilizada [*supra* §1.1.3], así como los intereses que tiene el inversor al suscribir este tipo de cláusulas; se evidencia que el efecto de esta cláusula no es impedir que el Estado legisle. Por lo tanto, la cláusula de estabilidad no contraviene la soberanía estatal. Precisamente, al pactar una cláusula de estabilidad jurídica,

[...] el Estado anfitrión promete que la legislación posterior no se aplicará a la relación entre las partes en el acuerdo. Por lo tanto, este tipo de cláusula no equivale a una renuncia a la soberanía estatal para legislar; significa más bien que la legislación posterior no se aplique al contrato (subrayado añadido)⁴³.

A su vez, otro de los argumentos que permite otorgarle validez a la cláusula de estabilidad gira en torno a la posibilidad que tiene el Estado, en ejercicio de su soberanía, de autolimitarse. Así, Dumberry explica que “[...] [n]ada impide que un Estado acuerde restringir su propia autoridad y tal concesión es, de hecho, un acto de soberanía en sí mismo”⁴⁴. Si la legislación del Estado receptor de la inversión permite la incorporación de tales cláusulas, no hay razón para cuestionar su validez. Al contrario, su suscripción es como tal un acto soberano⁴⁵. Precisamente por estos motivos Al Faruque denomina a estas cláusulas como:

[...] una limitación autoimpuesta, pero temporal, a la soberanía de los Estados receptores [que no puede ser] interpretada como un bloque absoluto sobre el poder legislativo del Estado [porque] simplemente [significa] que cualquier legislación promulgada posteriormente, que pueda tener un impacto especialmente adverso sobre el régimen del contrato, no le será aplicable (subrayado añadido) **46**.

En este sentido, en el caso *TOPCO c. Libia*, el tribunal arbitral estimó que la cláusula de

⁴²*Texaco Overseas Petroleum Company c. República de Libia* [en adelante *TOPCO c. Libia*]. Laudo final, 19 de enero de 1977 (traducción libre), párr. 71 (traducción libre).

⁴³Abdullah Al Faruque. “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses”. *Óp. cit.*, p. 329 (traducción libre).

⁴⁴*Ibid.* (traducción libre).

⁴⁵Herbert Smith Freehills. Stabilisation clauses- issues and trends, 2010. goo.gl/dhWrDk y Camilo Rodríguez-Yong y Karol Martínez-Muñoz. *Óp. cit.*, p. 70.

⁴⁶Abdullah Al Faruque. “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses”. *Óp. cit.*, p. 324–325 (traducción libre).

estabilidad no afectó la soberanía legislativa de Libia. Al contrario, señaló que Libia ejerció dicha soberanía “aceptando la inclusión de cláusulas de estabilización pactadas con una parte privada extranjera”⁴⁷. De este modo el tribunal consideró que “el Estado no puede invocar su soberanía para desconocer compromisos que asumió libremente a través del ejercicio de esa misma soberanía”⁴⁸. Así, sobre la base de ello, afirmó que el hecho que el Estado deba abstenerse de aplicar al inversionista una determinada ley no se debe a que la soberanía de Libia haya sido reducida, sino que simplemente se debe al hecho que Libia, a través del ejercicio de su soberanía, asumió este compromiso⁴⁹. El mismo criterio llevó al tribunal arbitral del caso *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Co.* a reconocer la validez de la cláusula de estabilidad⁵⁰.

A pesar de ello, es importante reconocer que “el ejercicio por parte del Estado de su potestad soberana en pos del interés público no puede negarse en el contexto de las clásicas cláusulas de estabilización”⁵¹. Ello quiere decir que independientemente de si se pactó una cláusula de estabilidad, el Estado conserva su potestad para aplicar la norma modificada, inclusive, al inversionista protegido por la inversión. A esta posibilidad se refiere precisamente la segunda postura mencionada Dolzer y Scheuer⁵².

Si ello ocurre, el Estado deberá responder por los perjuicios ocasionados. Así, en el caso *LIAMO c. República de Libia* el tribunal arbitral sostuvo que debido al principio de soberanía estatal, resulta imposible impedir a través de cláusulas de congelamiento que un Estado cambie su ley. Sin embargo, reconoció que al incluir en un contrato una cláusula de estabilidad, el Estado es responsable ante su incumplimiento, por lo que el inversionista puede reclamar de indemnización correspondiente⁵³. Así, “las cláusulas de estabilidad, al no

⁴⁷ *TOPCO c. Libia* (traducción libre).

⁴⁸ *Ibíd.*, par. 68.

⁴⁹ *Ibíd.*, pár. 71.

⁵⁰ En este caso el tribunal señaló que “En razón de su propia soberanía en su territorio nacional, el Estado posee los poderes legales para otorgar derechos [al inversionista] [...]. Nada puede impedir que un Estado, en el ejercicio de su soberanía, se vincule irrevocablemente por las disposiciones de una concesión y otorgue al concesionario derechos irrevocables. Tales derechos tienen el carácter de derechos adquiridos”. *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Co.* Laudo final, 23 de agosto de 1958, pár. 168.

⁵¹ AFM. Maniruzzaman. “The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends”. *Journal of World Energy Law & Business*, Vol.1, No.2, (2008), p.138.

⁵² Véase nota al pie No. 39.

⁵³ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. República de Libia*. Laudo final, 12 de abril de 1977, pp. 121-

privar al Estado del ejercicio de su inalienable facultad de legislar en razón del interés público, la principal consecuencia jurídica del incumplimiento a la cláusula de estabilidad es la obligación de pagar una compensación (énfasis añadido)⁵⁴.

Al no ser posible limitar la soberanía estatal mediante la celebración de una cláusula de estabilidad, la garantía que obtiene el inversionista a través de su suscripción es “recibir una indemnización mayor, por el daño ocasionado, a la que le correspondería en aquellos casos en los que no exista tal cláusula”⁵⁵. Así, la Corte Constitucional de Colombia, al referirse al alcance de las cláusulas de estabilidad, fue enfática al sostener que a pesar de haberse pactado una cláusula de estabilidad, “los órganos del Estado conservan plenamente sus competencias normativas, incluso sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión, sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los inversionistas”⁵⁶.

En Ecuador no existe cabida para sostener que las cláusulas de estabilidad impliquen un menoscabo a la soberanía estatal. Ello debido a que, como se mencionó anteriormente, el Art. 10 del Reglamento a la Ley APP es claro en establecer que al pactar una cláusula de estabilidad el Estado conserva su potestad regulatoria.

En consecuencia, tal como se señaló a lo largo de la sección 1.1.3, el verdadero efecto de una cláusula de estabilidad es que el Estado asuma una obligación de no hacer, consistente en la no aplicación de la normativa futura a un inversionista en un caso particular. Por lo tanto, el Estado no renuncia a su potestad soberana de emitir legislación, sino que se abstiene de aplicar las nuevas normas al inversor. Dicha aclaración es de suma importancia, pues

122 y 167-168.

⁵⁴Abdullah Al Faruque. *Óp. cit.*, p. 330 (traducción libre).

⁵⁵AFM. Maniruzzaman. *Óp. cit.*, p. 126.

⁵⁶Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-320 de 2006. *Óp. cit.* En esta línea argumentativa, la Corte Constitucional colombiana, en el mismo precedente, sostuvo que “[...] la Ley 963 de 2005 no le está impidiendo al Congreso de la República ejercer su competencia en el futuro para reformar las leyes[...]; lo que sucede es que, dichas modificaciones, llegado el caso, pueden dar origen a controversias con los inversionistas, para cuya solución las partes pueden incluir una cláusula compromisoria mediante la cual se prevé la conformación de un tribunal de arbitramento. En otras palabras, no se está garantizando una inmutabilidad del ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto, de llegar a entendida de esa manera, se vulneraría el principio democrático, consagrado en el artículo 1 Superior. De allí que la Ley 963 de 2005 no puede ser entendida como una cesión al ejercicio de la soberanía nacional. [...] Lo que sucede, se insiste, es que se está ante un contrato, en virtud del cual el Estado se comprometió a mantener unas condiciones normativas favorables, aplicables únicamente en el contexto de dicho acuerdo particular, equilibrio económico que podría verse alterado por la adopción de una norma aplicable a la inversión realizada, caso en el cual el Estado podría ver comprometida su responsabilidad (subrayado añadido)”.

únicamente sobre la base de ella será posible determinar cómo se configura el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad.

1.2.2.El incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad se da mediante la aplicación de la ley, no por su promulgación

Al suscribir la Cláusula de Estabilidad, el Estado asume una obligación de no hacer que se traduce en la abstención de aplicar al inversionista cualquier modificación en la Normativa Sectorial Específica [*supra* §1.1.3]. El incumplimiento a las obligaciones de no hacer se configura a través de la realización, por parte del deudor, del acto que prometió abstenerse⁵⁷. Así, “la obligación de no hacer se viola por el solo hecho de que el deudor ejecute el hecho prohibido”⁵⁸.

El hecho prohibido para el Estado es la aplicación, al inversionista, de toda alteración que haya sufrido la Normativa Sectorial Específica. Entonces, el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad se traduce en la aplicación de estas normas al inversor. Si bien aquella conclusión resulta lógica, no es la única.

Calero Taruf, al determinar en qué momento se da el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad menciona que se puede optar por dos vías⁵⁹: (i) una interpretación literal del contrato de inversión o (ii) una interpretación de la sentencia C-320 de la Corte Constitucional de Colombia (a la cual se ha hecho referencia en líneas anteriores de este trabajo de titulación). Así, afirma que según la primera el incumplimiento del Estado consiste en “[...] el hecho de aplicar al inversionista una nueva norma que desmejore sus intereses por ser contraria a otra, previamente “congelada” para él (subrayado añadido)”⁶⁰. En cambio, considera que a la luz del precedente de la Corte Constitucional, “el incumplimiento coincide con el cambio de legislación, siempre que este sea adverso a los intereses de un inversionista”⁶¹.

⁵⁷Vid. Omar Barbero. *Introducción al Derecho Privado*. Rosario: Editorial Iuris, 2004, p.193 y Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. 5. Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1992, p.700.

⁵⁸Arturo Alessandri. *Teoría de las Obligaciones*. *Óp. cit.*, p.72.

⁵⁹María Andrea Calero Taruf. *El Contrato Estatal de Estabilidad Jurídica*. Tesis de postgrado. Universidad del Rosario. Bogotá, 2014, pp. 90-93.

⁶⁰*Id.*, p. 91.

⁶¹*Ibíd.*

La segunda interpretación se fundamenta en el hecho que en su sentencia, la Corte Constitucional señaló que: “el artículo 1º de la Ley 963 de 2005 [referente a la estabilidad jurídica] no habilita o faculta a un determinado grupo de personas para que incumplan la Constitución o la ley”⁶². Al amparo de esta aclaración, Calero Taruf considera que al no estar facultado a incumplir la ley, por su simple promulgación, el inversionista debe acatarla y que, en consecuencia, todo cambio en la legislación siempre le será aplicable.

Sin perjuicio del hecho que en Ecuador el precedente de la Corte Constitucional colombiana no tenga fuerza vinculante, este trabajo sostiene que la interpretación realizada por Calero Taruf a dicha sentencia no es el única plausible. Si bien la Corte Constitucional menciona que al amparo de una cláusula de estabilidad el inversionista no está facultado a incumplir la ley, ello no quiere decir que la simple modificación de una ley sobre la cual rige estabilidad sea en sí un incumplimiento a la cláusula de estabilidad.

Al contrario, para que alguien pueda incumplir una ley debe encontrarse bajo sus efectos. Es decir, nadie puede incumplir algo que no le es aplicado. En este sentido, si la norma modificada no es aplicada al inversionista, este, bajo ningún supuesto puede incumplirla. A la luz de este razonamiento, lo que la Corte Constitucional de Colombia quiso decir es que si el Estado, en contravención a su obligación de no hacer, decide aplicar al inversionista la norma modificada, este no puede ampararse en la cláusula de estabilidad para incumplir aquella norma. En este caso, tal como lo menciona la Corte, lo que el inversionista puede hacer ante el incumplimiento del Estado, es exigir la correspondiente indemnización⁶³.

Esta interpretación se sustenta en el hecho que, como se mencionó en líneas anteriores, en la misma sentencia la Corte Constitucional señaló (i) que a través de una cláusula de estabilidad se garantiza al inversor la permanencia de las condiciones legales, no la inmodificabilidad de la ley; y, (ii) que la cláusula de estabilidad no limita la potestad normativa de los órganos del Estado. Por tanto, la Corte reconoce que pese a la existencia de un cláusula de estabilidad el Estado puede modificar la ley. Esta modificación no puede, entonces, ser entendida como un incumplimiento, pues ello nos llevaría al absurdo de

⁶²Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-320 de 2006. *Óp. cit.*

⁶³ Véase nota al pie No. 56.

considerar que aún si la norma no es aplicada, pero si modificada, existe un incumplimiento por parte del Estado.

De este modo, no es posible afirmar que el incumplimiento del Estado consiste en la simple promulgación de una nueva ley o en la modificación de otra. Ello debido a que “la violación de los convenios de estabilidad jurídica se genera [...] por el incumplimiento por parte del estado cuando pretenda aplicar un régimen legal distinto al estabilizado alterando unilateralmente las normas que fueran materia de las garantías de estabilidad”⁶⁴.

Así, al amparo de la teoría de las obligaciones, y tomando en cuenta que al pactar una cláusula de estabilidad, el Estado asume una obligación de no hacer y que el hecho prohibido consiste en aplicar la normativa modificada al inversionista; el incumplimiento no puede darse de otra forma que mediante la aplicación de la ley que se prometió no sería aplicada. Una vez determinada cuál es la contravención por parte del Estado corresponde analizar cómo se materializa este incumplimiento.

1.2.3.El incumplimiento del Estado se materializa a través de actos administrativos

Conforme lo expuesto en la sección anterior, el incumplimiento del Estado se da al momento en el que las modificaciones a las leyes sobre las cuales se pactó estabilidad son aplicadas al inversionista. Si la emisión de una nueva ley no implica, per se, una inobservancia por parte del Estado, entonces, para que exista incumplimiento es necesario que medie un acto de aplicación de esta ley.

Los actos jurídicos de Derecho Público se dividen en cuatro categorías⁶⁵: (i) actos legislativos o reglamentados; (ii) actos-condición; (iii) actos jurisdiccionales; y, (iv) actos creadores de una situación jurídica individual, los cuales pueden ser unilaterales o contractuales⁶⁶. A través de los primeros, la Administración crea situaciones jurídicas

⁶⁴Jorge Danós Ordóñez. “Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú”. *Ius et Veritas*, N° 46, (2013), p. 269.

⁶⁵Esta clasificación es fundada en la realizada por Jeze. *Vid.* Gastón Jeze. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 16 y siguientes.

⁶⁶*Vid.* Alberto Pérez Dayán. *Teoría General del Acto Administrativo*. México: Porrúa, 2003, pp. 8-12; Efraín Pérez. “La noción de acto administrativo en el Derecho Público Ecuatoriano”. *Iuris Dictio*, No.5 (2005), p.76; Felix Sarría. “Teoría del Acto Administrativo”. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*. No, 20

generales⁶⁷. Dado que a efectos de determinar el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad, la aplicación de la ley debe diferenciarse de su promulgación, el incumplimiento del Estado no puede darse a través de un acto legislativo o reglamentado.

Por su parte, el acto-condición es aquel “por el que la autoridad competente coloca a una persona en una situación jurídica general e impersonal que tiene por efecto hacer posible sobre ella la aplicación de una normativa preexistente”⁶⁸. La existencia de este acto exige una situación jurídica preexistente, la cual es reconocida mediante el acto. Es así que un ejemplo de acto condición es la declaratoria de quiebra, ciudadanía, incapacidad, etc.⁶⁹, pues “invisten a un individuo de un status legal [preexistente] el de quebrado, el de ciudadano, el de incapaz”⁷⁰. Al suscribirse una cláusula de estabilidad, el inversionista se encuentra excluido del alcance de cualquier modificación sobre dichas leyes, es por eso que en este caso no existe ningún status legal preexistente al cual debe aplicarse una normativa previa. En consecuencia, el incumplimiento del Estado tampoco se materializa a través de este tipo de actos.

En cuanto al acto jurisdiccional, este “tiene por objeto hacer constar una situación jurídica, general o individual, o un hecho”⁷¹. En este sentido “puede definirse al acto jurisdiccional como la manifestación exterior y unilateral de la voluntad del Estado, [...] que se produce con motivo de una controversia de derecho que se somete a la decisión [del poder jurisdiccional]”⁷². Es por ello que se suele asimilar al acto jurisdiccional con aquellos emitidos durante el proceso, en particular la sentencia⁷³. Para que exista un proceso entre el Estado y el inversionista, es necesario que de manera previa exista un conflicto entre ellos. Si este proceso gira en torno al incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad,

(1933), p. 197; y, Humberto Briseño. *El proceso administrativo en Iberoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, p.41.

⁶⁷Felix Sarría. *Óp. cit.*, p. 197 y Humberto Briseño. *Óp. cit.*, p. 41.

⁶⁸“*El acto administrativo. Concepto, clases y elementos. Motivación y notificación*” (2008). goo.gl/ezMmSn

⁶⁹Felix Sarría. *Óp. cit.*, p. 197.

⁷⁰*Ibíd.*

⁷¹*Id.*, p. 189.

⁷²Carlos de Silva. “El acto jurisdiccional”. *Insomnia*, No.21 (2004), p. 157.

⁷³Humberto Briseño. *Óp. cit.*, p. 41.

entonces, antes de entrar al proceso, el Estado ya incumplió la cláusula en cuestión, por lo tanto, el incumplimiento tampoco puede efectuarse a través de actos jurisdiccionales.

Finalmente, la última categoría de actos se refiere a aquellos actos que, a diferencia de los primeros, crean situaciones jurídicas particulares, puesto que están dirigidos a una persona determinada⁷⁴. Sobre la base de esta clasificación podemos concluir que el acto mediante el cual el Estado incumple su obligación es un acto creador de una situación jurídica individual. En efecto, a través de este el Estado aplica al inversionista una ley cuyos efectos no le eran aplicables, creando de este modo una nueva situación jurídica para el inversionista en cuestión.

Precisamente, dentro de esta categoría de actos jurídicos se encuentran los actos administrativos, pues estos tienen por objetivo crear modificar o extinguir las situaciones jurídicas de los administrados⁷⁵. Es así que se definen como “toda clase de declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual, la Administración tiende a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”⁷⁶. El COA define al acto administrativo como la “declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa (subrayado añadido)”⁷⁷.

Los actos administrativos están encaminados a producir efectos jurídicos de manera individual. En consecuencia, es a través de estos que el Estado incumple la cláusula de estabilidad. Mediante un acto administrativo el Estado modifica la situación jurídica del inversionista. Esta modificación es personal, pues era ese inversionista en particular el que no se encontraba bajo los efectos de la norma y, por tanto, es únicamente él quien requiere

⁷⁴*Ibíd.*

⁷⁵*Vid.* Juan Carlos Cassagne. *El Acto Administrativo*. Bogotá: Themis, 2013, pp. 17-25; Julio Comadira. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, pp. 4-7; y, Efraín Pérez. “La noción de acto administrativo en el Derecho Público Ecuatoriano”. *Iuris Dictio*, No.5 (2005), p.79.

⁷⁶Pfo Jaramillo. *Derecho Público Interno*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953, p. 273.

⁷⁷Código Orgánico Administrativo[en adelante COA]. Artículo 98. Registro Oficial No. 31, Segundo Suplemento de 7 de julio de 2017.

Los actos administrativos se diferencian de los actos normativos en la medida en la que los segundos, tal como lo prescribe el Art. 128 del COA, no producen efectos de forma individual, solo general. Por esta razón los actos normativos entran en la primera categoría de la clasificación de los actos jurídicos.

de un acto de aplicación que lo obligue a acatar la norma modificada. De no mediar este acto administrativo, el inversionista, al verse excluido de la aplicación de la norma, no se encuentra bajo sus efectos.

Durante esta subsección se evidenció, en primer lugar, que el pactar una cláusula de estabilidad no contraviene la soberanía estatal. Si bien algunos autores han criticado la validez de esta cláusula por contravenir la soberanía, en Ecuador aquella discusión no tiene cabida, pues el Art. 10 del Reglamento a la Ley APP es claro al señalar que sin perjuicio de la incorporación de una cláusula de estabilidad, el Estado conserva su facultad regulatoria. De igual modo, se constató que el incumplimiento del Estado no consiste en la simple promulgación o modificación de una ley, sino que requiere que aquella nueva normativa sea efectivamente aplicada al inversionista. Esta aplicación se da mediante un acto administrativo, por lo que el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad se materializa por medio de este tipo de actos. Tras haber analizado cómo se configura el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es necesario identificar cuál es el régimen indemnizatorio que ampara al inversionista ante esta situación.

1.3. El régimen indemnizatorio ante el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad

No queda duda que el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad se da a través de la aplicación al inversionista de cualquier modificación realizada a la Normativa Sectorial Específica. Sin embargo, ¿qué puede hacer el inversionista ante esta inobservancia? Para responder esta interrogante es necesario analizar el régimen indemnizatorio de las obligaciones de no hacer [§1.3.1]. Ante el incumplimiento contractual se debe procurar, en primera instancia, la destrucción del hecho prohibido, para lo cual es necesario que se deje sin efecto el acto administrativo en cuestión o que se retome el equilibrio económico del Contrato a través de su renegociación [§1.3.2]. En caso de no ser posible esta destrucción, el inversionista, en su calidad de acreedor, está facultado a exigir la correspondiente indemnización a la Entidad Delegante [§1.3.3].

1.3.1. El régimen indemnizatorio ante el incumplimiento de las obligaciones de no hacer

Al contraer una obligación de no hacer, el deudor se abstiene de realizar determinado hecho, pero, ¿qué sucede ante la realización del hecho prohibido? El Art. 1571 del Código Civil señala que:

Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos.

El acreedor quedará de todos modos indemne⁷⁸.

En este sentido, se evidencia que “las obligaciones de no hacer llevan implícito la obligación de indemnizar cuando se ha incumplido la misma pero únicamente cuando no se puede deshacer lo hecho”⁷⁹.

A la luz del Art. 1571 del Código Civil, para determinar qué opciones tiene el acreedor es imprescindible analizar si cabe o no la destrucción del hecho prohibido. La necesidad de preferir la destrucción del hecho radica en “la fuerza obligatoria del contrato [la cual] exige que se asegure el cumplimiento de la obligación”⁸⁰. En caso de ser posible la destrucción del hecho, “la ejecución forzada consistirá en la destrucción de lo hecho a costa del que estaba obligado a no hacerlo”⁸¹. Es importante señalar que también es posible que “la destrucción del hecho prohibido se sustituy[a] por algo que suple cumplidamente el fin”⁸², en cuyo caso estamos ante un cumplimiento por analogía, toda vez que el deudor logra revertir los efectos del hecho dañoso⁸³. En estos casos nos encontramos ante situaciones que si bien no equivalen al cumplimiento en naturaleza (es decir a la abstención del hecho prohibido) “[...] tienden a imitarlo, y por ello son casos de cumplimiento forzado y no de indemnización”⁸⁴.

⁷⁸Código Civil. Artículo 1571. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

⁷⁹Corte Nacional de Justicia. Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil. Juicio No. 710-2009, 31 de octubre de 2012.

⁸⁰Luis Claro Solar. *Óp. cit.*, p. 700.

⁸¹Sergio Azúa Reyes. *Teoría General de las Obligaciones*. México: Porrúa, 1997, p. 26.

⁸²Rommy Moeller Gómez. “La indenmización de perjuicios”. *Revista Jurídica Online*, p. 326. goo.gl/SWTFy7

⁸³*Ibíd.*

⁸⁴René Abeliuk. *Las Obligaciones*. Tomo II. 4ta edición. Dislexia Virtual, p. 132.

No obstante, existen ocasiones en las que no es posible alcanzar el cumplimiento forzado de una obligación de no hacer⁸⁵. En estos escenarios, una vez incumplido el deber de abstención “la ejecución forzada no podrá consistir en el cumplimiento de la obligación, por lo tanto el pago de una cantidad de dinero a título de indemnización por los daños y perjuicios causados hará sus veces”⁸⁶. Ello se debe a que “la obligación que uno se ha impuesto de no hacer alguna cosa, produce asimismo el efecto de que contraviniendo el deudor a lo pactado, estará tenido al pago de todos los daños y perjuicios ocasionados al acreedor con la ejecución del hecho cuya omisión se le había prometido”⁸⁷.

Es importante resaltar el último inciso del Art. 1571 del Código Civil en virtud del cual “[e]l acreedor quedará de todos modos indemne”⁸⁸. De este se destaca la necesidad de reparar al acreedor cualquier daño que haya sufrido por la realización del hecho prohibido, sea que esta reparación se alcance por medio de la destrucción del hecho o a través del pago de una indemnización.

Sobre la base de todo lo expuesto, se evidencia que ante el incumplimiento a una obligación de no hacer es fundamental que el acreedor sea indemnizado, ya sea a través de la destrucción de los efectos del hecho dañoso (en cuyo caso se está ante un cumplimiento forzado) o mediante el pago de una compensación por daños y perjuicios. Una vez establecidas ambas alternativas, cabe analizar a cuál de ellas puede recurrir el inversionista ante el incumplimiento a la Cláusula de Estabilidad.

1.3.2. Ante el incumplimiento a la Cláusula de Estabilidad, ¿es posible destruir los efectos del hecho dañoso?

Las obligaciones de no hacer se resuelven en la indemnización de los perjuicios ocasionados, siempre y cuando no sea posible la destrucción del hecho prohibido. Al irrumpir la estabilidad jurídica existe una alteración del equilibrio económico del Contrato. Ello debido a que los riesgos y cargas del Contrato se fijaron bajo el entendido que ninguna

⁸⁵Manuel Bejerano Sánchez. *Obligaciones civiles*. México: Oxford University Press, 1999, p. 269.

⁸⁶Sergio Azúa Reyes. *Óp. cit.*, p. 26.

⁸⁷Joseph Pothier. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona: Rogers, 1839, p. 88.

⁸⁸Código Civil. Artículo 1571. *Óp.cit.*

modificación en la Normativa Sectorial Específica afectaría la inversión. En consecuencia, para revertir los daños generados, es necesario que se retome el equilibrio económico del Contrato, ya sea dejando sin efecto el acto administrativo mediante el cual se alteró la estabilidad jurídica o renegociando el Contrato. Estas opciones dependerán de quién alteró la estabilidad jurídica, la Entidad Delegante u otra entidad del Estado.

Si fue la Entidad Delegante quien afectó la estabilidad jurídica, es posible que exista una revocatoria del acto administrativo mediante el cual se incumplió la obligación y que de este modo se destruyan los efectos del hecho dañoso. El Art. 103 del COA establece que entre las formas por las que se puede extinguir un acto administrativo están (i) las razones de legitimidad y (ii) la revocatoria⁸⁹. Respecto a la primera es importante tomar en cuenta que no en todos los casos será posible atacar el acto administrativo por su ilegitimidad. Ello debido a que, al suscribir una cláusula de estabilidad, el Estado conserva intacta la facultad de emitir o modificar su legislación. En consecuencia, es plenamente legítimo que el Estado, en uso de sus facultades soberanas, aplique sus leyes incluso a un inversionista protegido por una cláusula de estabilidad. Así, pese a que el acto administrativo mediante el cual se altera la estabilidad jurídica genere un daño, y una correspondiente responsabilidad de la Entidad Delegante, dicho acto es legítimo. La legitimidad de este acto solo podrá cuestionarse si ocurre alguna de las causales contempladas en el Art. 105 del COA⁹⁰. Es por ello que, por regla general, el acto por el cual se irrumpe la estabilidad jurídica no es un acto con vicios de ilegitimidad. Siendo así, es del todo probable que ante el incumplimiento del Estado a la

⁸⁹El Art. 103 del COA prescribe que “El acto administrativo se extingue por: (1) Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad; (2) Revocatoria, en los casos previstos en este Código; (3) Cumplimiento, cuando se trata de un acto administrativo cuyos efectos se agotan; (4) Caducidad, cuando se verifica la condición resolutoria o se cumple el plazo previsto en el mismo acto administrativo o su régimen específico; (5) Ejecución de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que se deriven de él, de conformidad con la ley, si no se ha previsto un régimen específico”.

⁹⁰El Art. 105 contempla las siguientes causales de nulidad del acto administrativo: (i) sea contrario a la Constitución y a la ley; (ii) viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide; (iii) se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo; (iv) se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado; (v) determine actuaciones imposibles; (vi) resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo; (vii) se origine en hechos que constituyan una infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada; y, (viii) se origine de modo principal en un acto de simple administración.

cláusula de estabilidad no quepa la extinción del acto administrativo por razones de legitimidad. De ser así, cabe analizar, entonces, la viabilidad de la revocatoria.

El Art. 118 del COA prescribe la posibilidad de que la Administración revoque el acto administrativo desfavorable para el administrado en aquellos casos en los que “tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por el ordenamiento jurídico o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”⁹¹. Es claro que la Ley APP permite incluir en los contratos de gestión delegada una cláusula de estabilidad jurídica [*supra*§1.1.2], por lo que si se revoca el acto en consideración a la estabilidad jurídica que la propia Entidad Delegante garantizó en el Contrato, tal revocatoria se sustentaría precisamente en una exención permitida por el ordenamiento jurídico y que bajo ningún concepto podría contravenirlo.

Al respecto, vale la pena aclarar que la revocatoria del acto no se fundamenta en que el contrato de gestión delegada prime por sobre la ley. La cláusula de estabilidad jurídica no puede ser entendida como una simple disposición contractual, sino que debe recordarse que el propio ordenamiento jurídico habilita al Estado a pactar este tipo de cláusulas, precisamente, en uso de sus facultades soberanas. Por lo tanto, es viable que la Entidad Delegante revoque su propio acto administrativo, en consideración a las disposiciones legales que le facultaron inicialmente a asumir los compromisos que derivan de la Cláusula de Estabilidad. La revocatoria es, entonces, una opción idónea para destruir el hecho prohibido.

Sin embargo, debe tomarse en consideración que el Art. 119 del COA establece que la revocatoria de actos desfavorables corresponde a la máxima autoridad administrativa. Por lo tanto, la revocatoria se presenta como una alternativa plausible para destruir el hecho prohibido solamente en los casos en los que la Entidad Delegante es la máxima autoridad administrativa. Así, si la revocatoria no depende de la propia Entidad Delegante mal se haría en esperar que el inversionista deba acudir ante la máxima autoridad administrativa para pretender dicha revocatoria, pues conforme lo prescrito en el Art. 1571 del Código Civil la destrucción del hecho prohibido le compete al deudor (es decir la Entidad Delegante) y al

⁹¹COA. Artículo 118. *Óp. cit.*

acreedor en aquellos casos en los que esté autorizado. Así, en ningún supuesto tal destrucción está a cargo de un tercero. En consecuencia, si la Entidad Delegante no es la máxima autoridad administrativa, la revocatoria no es una alternativa para destruir el hecho prohibido. Si no es posible dejar sin efecto el acto administrativo por medio del cual se alteró la estabilidad jurídica, entonces, conforme lo expuesto en la sección 1.3.1, cabrá la indemnización de perjuicios [*infra* 1.3.3].

En cambio, si fue otra entidad del Estado quien alteró la estabilidad jurídica, la Entidad Delegante no puede destruir el hecho prohibido a través de la revocatoria, pues no está facultada a revocar los actos emitidos por otro órgano del Estado. Sin embargo, en estos casos es posible que, sin perjuicio de que no se destruya el acto administrativo, exista una destrucción de los efectos dañinos de este acto. Es así que aún en los casos en los que es otra Entidad del Estado quien altera la estabilidad jurídica, la Entidad Delegante está en la posibilidad de destruir, por equivalencia, el hecho prohibido, al retomar el equilibrio económico del Contrato.

En todo contrato administrativo rige el principio de equilibrio financiero⁹², el cual “implica el mantenimiento de la equivalencia entre las ventajas y las cargas como habían sido calculadas [...] en el momento de perfeccionamiento el contrato”⁹³. En consecuencia,

[...] cuando la conmutatividad de las prestaciones establecida en la celebración del contrato resulte gravemente afectada, nace tanto para el contratista como para la Administración el derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, correlativamente, surge en cabeza del contratante correspondiente el deber de la restauración del mismo (subrayado añadido)⁹⁴.

Al incorporar una cláusula de estabilidad en un contrato de gestión delegada, el inversionista calcula los riesgos asumiendo la permanencia de la normativa que fue estabilizada. En consecuencia, la aplicación de cualquier variación a esta normativa se

⁹²Vid. Julián Parra Benítez. “La teoría del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión como instrumentos que restablecen el equilibrio económico contractual en los Contratos Estatales” (2016), pp. 185-186 (digital). goo.gl/wBDkvj.

⁹³Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio No. 409-2007, 04 de diciembre de 2007.

⁹⁴Manuela Canal-Silva. “La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 15 (2016), p. 147.

traduce en un actual o eventual quiebre en el equilibrio económico financiero, existiendo la posibilidad de que el cumplimiento del inversionista se vuelva más gravoso. Cuando tal aplicación se realiza por una institución distinta a la Entidad Delegante, la única forma que tiene la Entidad Delegante, en su calidad de deudor de la obligación contenida en la cláusula de estabilidad jurídica, para destruir los efectos del hecho dañoso, es retomar el equilibrio económico del Contrato. En caso de no hacerlo, al no existir destrucción de los efectos del hecho dañoso, le corresponderá entonces indemnizar al inversionista por el daño generado [*infra* §1.3.3].

Al respecto vale señalar que el procurar la destrucción del hecho prohibido por equivalencia, mediante la restauración del equilibrio económico del Contrato, va de la mano con lo prescrito en el Art. 20.1 de la Ley APP. Según este artículo “[c]uando la parte que se estime afectada comunique a la otra el objeto de la controversia, estas podrán solucionar la disputa mediante diálogos directos o mediación”⁹⁵. En efecto, antes de accionar la vía arbitral el inversionista podrá en el marco de una negociación (ya sea por diálogos directos o dentro de un proceso de mediación) procurar que se retome el equilibrio económico del Contrato. Si tal renegociación es alcanzada, entonces habrá una destrucción de los efectos del hecho dañoso, lo que implica que no existe daño que deba ser indemnizado y como tal no existe controversia que pueda ser sometida a arbitraje. En cambio, si la Entidad Delegante no retoma el equilibrio contractual, existe un incumplimiento y un respectivo daño que debe ser indemnizado.

En conclusión, debido a la naturaleza de la obligación que asume el Estado al suscribir una cláusula de estabilidad, si se realiza el hecho prohibido corresponde, en primer lugar, procurar su destrucción. Si fue la Entidad Delegante quien alteró la estabilidad jurídica, dicha destrucción se alcanza al dejar sin efecto el acto en cuestión. Sin embargo, ello no será posible en todos los casos. Si no se logra esta destrucción, la Entidad Delegante deberá indemnizar al inversionista. En cambio, si fue otra entidad del Estado quien afectó la estabilidad jurídica, la destrucción del hecho, por equivalencia, se obtiene al retomar el equilibrio económico del

⁹⁵Ley APP. Artículo 20.1. *Óp. cit.*

Contrato. Si la Entidad Delegante renegocia el Contrato no existe entonces incumplimiento, pero si no lo hace, le corresponde indemnizar al inversionista los daños generados. Una vez identificadas las distintas alternativas que tiene la Entidad Delegante para destruir el hecho prohibido, es necesario analizar su obligación de indemnizar al inversionista por el daño sufrido.

1.3.3. En caso de no ser posible la destrucción del hecho prohibido, la Entidad Delegante debe indemnizar al inversionista

Tal como se señaló en la sección 1.3.1, el régimen indemnizatorio de las obligaciones de no hacer exige que en caso de no mediar la destrucción del hecho prohibido el deudor indemnice al acreedor por los daños sufridos. Ello debido a que “[s]i el deudor no cumple su obligación cuándo y cómo debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios”⁹⁶. Como se señaló anteriormente, el Art. 1571 del Código Civil es claro al prescribir que “[e]l acreedor quedará de todos modos indemne”, razón por la cual es indiscutible el deber de indemnización que recae en el deudor.

El Contrato de Gestión Delegada se suscribe entre el gestor privado –inversionista– y la Entidad Delegante⁹⁷, por lo que al ser la Entidad Delegante quien contrajo las obligaciones del Contrato de Gestión Delegada, es quien al suscribir la Cláusula de Estabilidad asume la respectiva obligación de indemnización. En consecuencia, si la Entidad Delegante no destruye el hecho prohibido, el inversionista tiene derecho a que la Entidad Delegante, en su calidad de deudora, lo indemnice.

La Entidad Delegante está obligada a indemnizar al inversionista por los daños generados, independientemente de si fue ella, u otra entidad del Estado, quien alteró la estabilidad jurídica del Contrato. Si bien el aplicar al inversionista normativa que no estaba vigente al momento de la inversión es un acto que no depende necesariamente de la Entidad Delegante, ello no la exime de su deber de indemnización.

⁹⁶Marcel Planiol y George Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones* (segunda parte), Argentina: Cultural, 1939, p. 132.

⁹⁷Ley App. Arts. 9 y 10. *Óp.cit.*

Es claro que la Entidad Delegante no es siempre la encargada de aplicar la Normativa Sectorial Específica, por lo que no tiene sentido pensar que la obligación de indemnizar al inversionista sea exigible solo en casos en los que sea la propia Entidad Delegante quien altere la estabilidad jurídica del Contrato. Al contrario, mediante la suscripción de una cláusula de estabilidad jurídica, la Entidad Delegante garantiza al inversionista que aún en los casos en los que sea otra entidad del Estado quien altere la estabilidad jurídica, la Entidad Delegante hará frente a los daños causados. Si no fuere así ¿cuál sería entonces la garantía de pactar una cláusula de estabilidad?

Al suscribir una cláusula de estabilidad jurídica la Entidad Delegante asume la responsabilidad por todo hecho ajeno mediante el cual se aplique, al inversionista, cualquier modificación en la Normativa Sectorial Específica. Precisamente,

[en los casos de] responsabilidad contractual por el hecho ajeno, la fuente de imputación al principal deudor no radicaría en su acto personal, sino en aquél del tercero por quien responde. Y, como es evidente, el deudor no respondería por cualquier tercero involucrado en la ejecución de la obligación contractual, dependerá si el deudor participó en dicha elección. Sólo en las hipótesis en que el deudor principal haya introducido -organizado- una ejecución mediante la participación de los terceros deberá responder por estos (subrayado añadido)⁹⁸.

Esta es la situación que se da al pactar una cláusula de estabilidad jurídica. Al otorgar al inversionista la garantía de que los cambios a la Normativa Sectorial Específica no le serán aplicados, la Entidad Delegante asume la responsabilidad contractual por los daños que se generen en caso de irrumpir aquella estabilidad.

La modificación y aplicación de la Normativa Sectorial Específica no está necesariamente en manos de la Entidad Delegante. De hecho, es por ello que desde la suscripción del Contrato, la Entidad Delegante sabe que la ejecución de su obligación de *no aplicación* no depende únicamente de ella, ya que existen otras entidades del Estado que están en la posibilidad de aplicar al inversionista la Normativa Sectorial Específica. De esta forma, la ejecución de la obligación de no hacer, a cargo de la Entidad Delegante, requiere a su vez de la participación de otros actores estatales; actores que la Entidad Delegante reconoció al acordar, en el contrato de gestión delegada, el alcance de la cláusula de estabilidad. Así, la

⁹⁸Carlos Pizarro Wilson. "Obligaciones y responsabilidad civil". *Revista Chilena de Derecho Privado*, No.13 (2009), p. 242.

obligación que asume al incluir una cláusula de estabilidad jurídica conlleva la responsabilidad de indemnizar al inversionista también por los hechos ajenos que generen una inobservancia a su obligación. En consecuencia, no existe razón para desconocer la responsabilidad contractual a cargo de la Entidad Delegante.

En conclusión, si bien la alteración a la estabilidad jurídica no depende necesariamente de la Entidad Delegante; existe una obligación de indemnización a su cargo. Dicha obligación persiste independientemente de quien irrumpió la estabilidad jurídica del Contrato. Así, sin importar quién alteró la estabilidad jurídica, el inversionista *quedará de todos modos indemne*, pues esa es la verdadera garantía de una cláusula de estabilidad.

A lo largo de la sección 1.3 se evidenció que, para determinar las alternativas que tiene el deudor frente al incumplimiento de una obligación de no hacer, es fundamental analizar si cabe o no la destrucción del hecho prohibido. La razón por la cual se debe preferir la destrucción del hecho por sobre la simple indemnización radica en la fuerza vinculante del contrato y la importancia de su cumplimiento. Siendo así, ante la inobservancia del Estado a la Cláusula de Estabilidad, se debe procurar en primera instancia la destrucción del hecho prohibido. La forma en la que se alcanza esta destrucción dependerá de quien alteró la estabilidad jurídica. Si fue la Entidad Delegante entonces la destrucción del hecho prohibido requiere que se deje sin efecto el acto de aplicación. En cambio, si fue otra entidad del Estado quien irrumpió la estabilidad jurídica, la destrucción, por equivalencia, consiste en retomar el equilibrio económico del Contrato. Finalmente, dado que es la Entidad Delegante quien suscribe el Contrato, es esta quien al pactar la Cláusula de Estabilidad asume la obligación de indemnizar al inversionista todos los perjuicios que se deriven del incumplimiento, independientemente de si fue ella quien modificó la estabilidad jurídica.

En la sección 1 se constató que la cláusula de estabilidad es uno de los mecanismos reconocidos en el Derecho de Inversiones para brindar seguridad al inversionista extranjero.

Dentro de la legislación ecuatoriana esta cláusula es válida y garantiza al inversionista que, sin perjuicio de las posteriores modificaciones legislativas, le será aplicable la Normativa Sectorial Específica. Esta garantía se traduce en una obligación de no hacer a cargo del Estado.

La suscripción de una cláusula de estabilidad no contraviene la soberanía estatal, razón por la cual el incumplimiento del Estado no se da por la mera promulgación o modificación de una ley, sino que requiere de la aplicación de dicha ley al inversionista. Este incumplimiento se materializa a través de un acto administrativo.

Frente al incumplimiento de una obligación de no hacer, en primera instancia se debe procurar la destrucción del hecho a fin de velar por el cumplimiento del contrato. Frente al incumplimiento a la Cláusula de Estabilidad la destrucción del hecho prohibido puede consistir en (i) dejar sin efecto el acto administrativo mediante el cual se alteró la estabilidad o (ii) retomar el equilibrio económico del Contrato; estas opciones dependerán de si la estabilidad la irrumpió la Entidad Delegante o no. Si no le logra la destrucción del hecho prohibido, el inversionista está facultado a exigir la respectiva indemnización de daños y perjuicios a la Entidad Delegante.

Sin embargo, ¿puede el inversionista reclamar tal indemnización en arbitraje? Tras haber estudiado los efectos del incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad y con el objetivo de responder esta interrogante, corresponde analizar si al amparo del Art. 20 de la Ley APP es arbitrable dicho incumplimiento.

2. La arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad

El objetivo de esta sección es determinar si, al amparo del Art. 20 de la Ley APP, es arbitrable el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad. Para ello, en primer lugar, se analizará la viabilidad de resolver en sede arbitral las controversias que susciten de los contratos de gestión delegada [§2.1]. Sobre la base de este análisis se determinará si el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad es arbitrable conforme lo prescrito en el Art. 20 de la Ley APP [§2.2].

De este modo, al finalizar esta sección será posible concluir que la Ley APP admite que las controversias suscitadas con ocasión de los contratos de gestión delegada sean resueltas mediante arbitraje, con la excepción de los actos que deriven directamente de la potestad legislativa o regulatoria del Estado. Dado que el incumplimiento del Estado a una cláusula de estabilidad es un asunto contractual, que no se materializa a través de un acto que derive de ninguna de estas potestades, aquel es plenamente arbitrable.

2.1. El arbitraje como mecanismo para resolver controversias que susciten de los contratos de gestión delegada

Debido a que el contrato de gestión delegada es un contrato administrativo, en esta sección se analizará en primer lugar las particularidades del arbitraje en el sector público [§2.1.1]. Posteriormente, se expondrá la regulación del arbitraje al amparo de la Ley APP [§2.1.2]. Finalmente, se estudiarán las distintas posturas que existen frente a la posibilidad de arbitrabilidad actos administrativos a fin de determinar si el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es un caso de arbitrabilidad de actos administrativos [§2.1.3].

2.1.1. Arbitraje en el sector público: ¿la arbitrabilidad se mide en función a la transigibilidad de la disputa?

La legislación ecuatoriana prevé una serie de exigencias para que las entidades del sector público puedan someterse a arbitraje⁹⁹. Sin embargo, para determinar en qué casos una disputa en la que interviene el Estado es arbitrable, no basta referirnos al cumplimiento de estos requisitos. Ello debido a en el arbitraje en el sector público existe una particularidad respecto a la relación entre arbitrabilidad y transigibilidad.

El concepto de arbitrabilidad se refiere a la posibilidad de que una determinada disputa sea susceptible de resolverse mediante arbitraje¹⁰⁰. La arbitrabilidad se analiza tanto desde

⁹⁹Conforme al Art. 190 de la Constitución “[...] 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”. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁰⁰Vid. Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinoza. *El Contrato de Arbitraje: La formación del contrato de arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis, 2005, p. 84; Daniel Restrepo Soto. “La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje”. *EAFIT Journal of International Law*. Vol. 5, No. 01, (2014), p.68; María Fernanda Vásquez Palma. “Arbitralidad Objetiva: Delimitación e importancia”. *Revista Foro de Derecho Mercantil*,

una concepción subjetiva como objetiva¹⁰¹. La primera consiste en “la capacidad de la persona para someterse a arbitraje”¹⁰², mientras que la segunda “se refiere a las controversias, que según el legislador, pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje (subrayado añadido)”¹⁰³.

En el marco jurídico ecuatoriano, el Art. 180 de la Constitución prescribe que “[s]e 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” (subrayado añadido).¹⁰⁴ De igual modo, el Art. 1 de la LAM establece que:

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias (subrayado añadido)¹⁰⁵.

Es así que resulta clara la vinculación que existe entre transigibilidad y arbitrabilidad en el Derecho Privado. Tal como lo mencionan Fernández Rozas y Artuch Iriberry, la arbitrabilidad de la materia se refiere a “que verse [...], en general, sobre una cuestión sobre la que las partes tengan el poder de libre disposición”¹⁰⁶.

Cierta parte de la doctrina¹⁰⁷ afirma que la relación entre transigibilidad y arbitrabilidad puede extrapolarse al Derecho Administrativo. Bajo esta idea, se afirma que “en el ámbito del Derecho administrativo [las materias disponibles] se corresponden con las materias típicamente convencionales”¹⁰⁸, lo cual tiene como consecuencia que se deje fuera del campo

No 15 (2007); y, Myriam Salcedo Castro. “Arbitrabilidad Subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”. Citado en: Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinoza. *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis, 2005, p. 113.

¹⁰¹Vid. Daniel Restrepo Soto. *Óp. cit.*, p.68.

¹⁰²Adriana Zapata Suarez, *Estatuto Arbitral Colombiano: La Norma sustancial aplicable al arbitramento internacional*. Bogotá: Editorial Legis, 2013, p. 423.

¹⁰³María Fernanda Vásquez Palma. *Óp. cit.*

¹⁰⁴Constitución de la República del Ecuador. Artículo 180. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁰⁵Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997.

¹⁰⁶*Id.*, p. 747.

¹⁰⁷Vid. Edgar Neira. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Iuris Dictio*, No.11 (2007), p.64; Juan Manuel Trayter. “El arbitraje de Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública*, No. 14, (1997), pp. 81 y 85.

¹⁰⁸Juan Manuel Trayter. *Óp. cit.*, p. 81.

arbitral “la actividad reglada de la Administración, pues en esta última la Ley permite una única solución justa”¹⁰⁹.

El afirmar que la arbitrabilidad en el arbitraje con la Administración se mide en función de la transigibilidad de la disputa se debe a que la LAM no hace diferenciación entre el arbitraje entre privados y aquel con entidades del sector público. Es así que Edgar Neira es claro al señalar que:

[...] El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación prevé que podrán someterse a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros las controversias susceptibles de transacción. Y éste que es requisito de validez para toda clase de controversias arbitrales, lo es también para aquellas en que el Estado sea parte¹¹⁰.

Si bien es cierto que la LAM, al exigir la transigibilidad de los asuntos sometidos a arbitraje, no diferencia entre uno u otro arbitraje, es importante tomar en consideración que la Administración no actúa sobre la base del principio de autonomía de la voluntad y, por consiguiente, no existe un margen de disponibilidad de potestades públicas¹¹¹. De hecho, la Administración obra con base en el principio de legalidad¹¹², razón por la cual “no tiene derechos, sino potestades [y] no obra libremente sino que requiere una habilitación legislativa previa”¹¹³. Siendo así, en Derecho Administrativo no es posible hablar de transigibilidad como se lo hace en el ámbito de los privados, pues la Administración no está en la capacidad de disponer, como lo está un privado, sino que siempre actúa dentro del margen de la ley.

Sostener que en Derecho Administrativo la arbitrabilidad está atada a la transigibilidad permitiría que la eficacia del convenio arbitral quede al arbitrio de la Administración. Ello debido a que para impedir que se acuda a sede arbitral bastaría que la Administración, en uso de sus potestades públicas, emita un acto administrativo para blindar al contrato y convertir la controversia en intransigible y, por tanto, en inarbitrable¹¹⁴. Este escenario es inconcebible,

¹⁰⁹*Ibíd.*

¹¹⁰Edgar Neira. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Óp. cit.*, p.64.

¹¹¹*Vid.* Juan Pablo Aguilar. “Derecho administrativo y transigibilidad”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6 (2014), pp. 258-261.

¹¹²*Ibíd.*

¹¹³*Id.*, p. 259.

¹¹⁴*Vid.* Juan Pablo Aguilar. *Arbitrabilidad de Actos Administrativos*. Tesis de Postgrado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2014, p. 44 y 45 y Francisco Larrea. “Arbitrabilidad de los Actos Administrativos Contractuales”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No, 7, (2015), p. 271

pues “[n]o es lógico ni admisible que la sola voluntad de una parte del contrato, en muchos casos abusiva de su función, pueda desconocer el efecto del acuerdo sobre el juez del contrato, pues equivale a que esa parte pueda dejar sin validez la cláusula compromisoria acordada”¹¹⁵.

En efecto, para entender qué es realmente arbitrable en el Derecho Administrativo resulta crucial alejarnos del concepto de transigibilidad, puesto que “[m]ientras en el Derecho Privado se recurre al arbitraje en ejercicio de la autonomía de la voluntad, siendo la ley la que pone límites a este ejercicio de libertad, en el Derecho Público la competencia para recurrir al arbitraje se entrega como un todo, al que no hay que buscar más límites que los que consten en la propia norma”¹¹⁶. Así, Juan Pablo Aguilar explica que:

[...] la posibilidad de que los asuntos en los que interviene la Administración puedan someterse a arbitraje, depende de que exista una norma que confiera la potestad de celebrar el correspondiente convenio arbitral. Cuando esa norma existe, el tema es arbitrable, sin más limitaciones que las que la misma norma establece. En otras palabras, conferida una potestad no hay que buscar en ella límite alguno; es la ley que regula la potestad, la que debe expresamente excluir determinados asuntos de su ejercicio y, si no lo hace, no pueden considerarse excluidos (subrayado añadido)¹¹⁷.

Al respecto, es interesante traer a colación la crítica realizada por Ramón Huapaya Tapia respecto a la regulación del arbitraje en las asociaciones público-privadas en Perú. El referido autor, al cuestionar el hecho que el reglamento a la ley de asociaciones público-privadas peruana impida la arbitrabilidad de las decisiones de los entes reguladores, sostiene que

[...] pese al torpe planteamiento del Reglamento de la Ley de APPs (el cual evidencia un desconocimiento profundo del arbitraje y sus desarrollos más recientes en el derecho administrativo)¹¹⁸ [...] es claro que los árbitros tendrán plena competencia para pronunciarse sobre decisiones contractuales de la Administración Pública, aún cuando sean emitidas bajo la forma de actos administrativos. Hay que recordar adicionalmente que en el derecho comparado del arbitraje actualmente ha quedado desfasado aquel viejo criterio que señalaba que “hay cuestiones no disponibles”, sino que, por el contrario, donde la Ley lo permita, será posible el arbitraje de derecho público. Y precisamente, el artículo 9.6 de la Ley de APPs permite específicamente el arbitraje como mecanismo necesario para la

¹¹⁵ Susana Montes. “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”. Revista de Derecho Público. (2002), p. 142.

¹¹⁶ Francisco Larrea. *Óp. cit.*, p. 274.

¹¹⁷ Juan Pablo Aguilar. “Derecho administrativo y transigibilidad”. *Óp. cit.*, p.262.

¹¹⁸ El artículo en cuestión prescribe que “no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones de los organismos reguladores, u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa”.

solución de controversia (nótese de toda controversia) que exista entre las partes del Contrato de Concesión, pese a lo que señale el ilegal e írrito artículo 10 del Reglamento de la Ley de APP's (subrayado añadido)¹¹⁹.

En consecuencia, es claro que en el Derecho Público la arbitrabilidad no depende de la transigibilidad de la disputa, y que por el contrario, tal vinculación es vista como un *viejo criterio*. Es así que en realidad lo arbitrable se mide en función “del ejercicio de potestades públicas que encuentran su fundamento en la Constitución y la ley y que, precisamente, facultan al órgano administrativo para optar discrecionalmente por la vía arbitral”¹²⁰.

Por otro lado, es importante recordar que el Art. 190 de la Constitución prescribe la necesidad de que en materia de contratación pública el arbitraje sea siempre en derecho, lo mismo señala el Reglamento a la Ley APP respecto al arbitraje en los contratos de gestión delegada [*infra*§2.1.2]. Por lo tanto, el arbitrar temas relacionados a las potestades regladas de la Administración, no afecta en modo alguno el orden público. Sin perjuicio del sometimiento a la jurisdicción arbitral, se aplicará la normativa sustancial, de la misma forma en la que lo haría un juez de lo contencioso administrativo. Ello debido a que "el compromiso de arbitraje es exclusión voluntaria del orden procesal pero no de la ley material aplicable, que en muchos casos será imperativa y a veces hasta de orden público, y, por tanto, los árbitros deberán aplicarla ineludiblemente"¹²¹. Así,

[...] la circunstancia de que una determinada materia controvertida se encuentre sometida en su regulación material o de fondo a normas imperativas o de derecho necesario no implica, en modo alguno, que las partes no puedan optar por la vía arbitral para su solución heterocompositiva. Al hacerlo, en efecto, no están disponiendo de dichas normas –pues evidentemente no pueden hacerlo de manera válida–, sino únicamente de la vía procesal en la que estas habrán de aplicarse necesariamente (subrayado añadido)¹²².

El someter la controversia a juicio de árbitros no conlleva a una inadecuada aplicación de las normas. De hecho,

[...] [s]i la jurisdicción arbitral se excluyera en la etapa inicial del proceso arbitral, por considerar que el caso involucra normas de carácter imperativo, se estaría suponiendo –sin

¹¹⁹Ramón Huapaya Tapia. “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal”. *Círculo de Derecho Administrativo*, No. 13 (2013), p. 31.

¹²⁰Eduardo Jequier Lehuedé. “La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, No. 1 (2013), p. 179.

¹²¹Francisco Vicent Chuliá. “Arbitraje de Impugnación de Acuerdos Sociales. Acto Final”. *Anuario Justicia Alternativa*, N° 1 (2001), p. 114.

¹²²Eduardo Jequier Lehuedé. *Óp. cit.*, p. 170.

razón alguna que lo permita– que los árbitros laudarán contra *legem* y que los objetivos tenidos en mira por el legislador al hacer imperativa una norma no se cumplirán si el caso es resuelto por árbitros, como sí lo sería si se resolviese por la vía judicial. [...] [N]o puede admitirse la pretensión de excluir de antemano la jurisdicción arbitral, porque nada autoriza a las partes a suponer que los tribunales ignorarán una norma imperativa. En otras palabras, lo que eventualmente puede “violiar el orden público” es lo que el Tribunal resuelva en el laudo; pero jamás la atribución de jurisdicción a los árbitros para decidir la cuestión¹²³.

Por consiguiente, en el arbitraje en el sector público es inadecuado limitar la arbitrabilidad a la transigibilidad de la disputa. Al contrario, dado que la Administración actúa con base en el principio de legalidad, el establecer si procede o no pactar arbitraje dependerá de si la ley lo permite y en qué términos lo hace. Una vez aclarado ello corresponde analizar cuáles son los límites que la Ley APP prescribe respecto al arbitraje.

2.1.2. El arbitraje al amparo de la Ley APP

Una vez que se han expuesto las particularidades del arbitraje en el sector público corresponde centrar el análisis en la regulación contenida en la Ley APP. El Art. 20 de la referida ley prescribe la posibilidad de incluir una cláusula arbitral en el contrato de gestión delegada, por lo que no queda duda que existe habilitación legal para acudir a sede arbitral y resolver las controversias que surjan de estos contratos. Sin embargo, existen una serie de exigencias para que pueda llevarse a cabo este proceso.

El artículo en mención exige que antes de someter la controversia a cualquier método heterocompositivo, las partes realicen diálogos directos o mediación. Si no fuere posible solucionar la disputa, entonces la ley prescribe que el inversionista deberá agotar la vía administrativa antes de llevar el conflicto a arbitraje. El Art. 20 del Reglamento a la Ley APP establece que “[p]revio a iniciar el arbitraje, el gestor privado tendrá la obligación de agotar internamente la vía administrativa ante la propia entidad pública delegante [...] (subrayado añadido)”¹²⁴.

Al respecto, es importante recordar que no en todos los casos será la Entidad Delegante quien emita el acto mediante el cual se materialice el incumplimiento. Es del todo probable

¹²³Roque Caivano. “Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2, (2006), p. 129.

¹²⁴ Reglamento a la Ley APP. Artículo 20. *Óp. cit.*

que sea otra entidad del Estado quien afecte la estabilidad jurídica contenida en el Contrato. En este caso podría presentarse un problema, puesto que el Reglamento a la Ley APP exige que la vía administrativa se agote ante la propia entidad delegante y no queda claro qué sucede en aquellos casos en los que el acto de aplicación no fue emitido por dicha entidad.

Si es necesario que antes de acudir a arbitraje se agote la vía administrativa ante la propia entidad delegante, pero dicha entidad no emitió el acto que alteró la estabilidad jurídica, ¿qué debe hacer el inversionista? A fin de evitar que en sede arbitral la Entidad Delegante objete la competencia del tribunal bajo el argumento de que no se cumplieron todos los presupuestos de admisibilidad, es importante analizar los distintos escenarios.

Por un lado podría pensarse que sin el agotamiento de la vía administrativa no es posible iniciar el proceso arbitral. De ser así, sin importar quién emitió el acto será necesario agotar la vía administrativa ante la entidad delegante. Afirmar aquello implicaría que se requiere de acto administrativo de dicha entidad a fin de poder agotar la vía administrativa y en consecuencia accionar la sede arbitral. A continuación se partirá de esta premisa a fin de analizar sus efectos.

Como se señaló en la sección 1.3.2, en los casos en los que es otra entidad del Estado la que rompe la estabilidad jurídica, el retomar el equilibrio económico del Contrato se presenta como la alternativa idónea para destruir los efectos del hecho dañoso. Ante ello pueden presentarse tres escenarios:

- (i) *La entidad delegante retoma el equilibrio económico del contrato.* En este caso, tal como se expuso en la sección 1.3.2, existe una situación que puede asimilarse a la destrucción del hecho prohibido. Así, al no existir controversia, no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, razón por la cual este escenario no amerita mayor análisis.
- (ii) *La entidad delegante no retoma el equilibrio económico del contrato y dicha negativa se declara a través de un acto administrativo.* En este caso, entonces este es el acto que podría impugnarse a fin de agotar la vía administrativa.
- (iii) *La entidad delegante no retoma el equilibrio económico del contrato, pero dicha negativa no se declara a través de un acto administrativo.* Este es el caso que genera

mayor dificultad. Por un lado, esta omisión no puede ser entendida como un hecho administrativo, pues el COA, en su Art. 127, es claro al definirlo como “toda *actividad material*”, sin dejar paso a que las omisiones de la Administración constituyan hechos. Por este motivo no es posible activar la vía administrativa a través de los medios existentes para la impugnación de un hecho.

Por otro lado, tampoco cabría el silencio positivo ya que los temas contractuales no son objeto de silencio administrativo¹²⁵. Ello se debe a la naturaleza y objetivo del reclamo realizado por el inversionista. El retomar el equilibrio económico del Contrato exige un proceso de negociación entre las partes, por lo que no es posible que el contenido de un contrato sea modificado mediante silencio administrativo. Resulta indispensable que medie consentimiento y el silencio no puede constituir la aceptación de la Entidad Delegante para la renegociación del Contrato. En consecuencia, en este escenario no existe acto administrativo que puede ser objeto de impugnación. Siendo así ¿cómo puede el inversionista agotar la vía administrativa conforme lo exige la Ley APP y su Reglamento?

Este trabajo sostiene que la respuesta a esta pregunta se halla en una interpretación del Art. 20 del Reglamento a la Ley APP. Esta disposición es clara al señalar que la vía administrativa debe agotarse ante la misma entidad delegante. Siendo así, debe entenderse que este requisito únicamente cabe en aquellos casos en los que el hecho violatorio del contrato (i) fue emitido por la entidad delegante; (ii) por su naturaleza está sujeto a una impugnación administrativa ante esta entidad; y, (iii) el remedio que ofrece la vía administrativa sea eficaz para recomponer el incumplimiento a la cláusula de estabilidad. Por esta razón tampoco será necesario interponer los recursos administrativos que por su naturaleza no se presenten ante la propia entidad delegante; como sería el caso de la revocatoria en aquellos casos en los que la entidad delegante no sea la máxima autoridad administrativa [*supra*§1.3.2].

¹²⁵Al respecto la Procuraduría General del Estado señaló que “no se puede considerar al contratista como administrado a fin de beneficiarse del silencio, por cuanto al haberse celebrado un contrato administrativo, las relaciones entre las partes se rigen por lo estipulado en el contrato” (Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, Oficio No. 13521 de 19 de abril de 2010, R.O. 233 de 12 de julio de 2010).

Afirmar lo contrario, pondría al inversionista en una situación de indefensión pues al verse imposibilitado de cumplir los requisitos de admisibilidad, no podría accionar la sede arbitral. Esta situación llevaría al inversionista a una encrucijada en la que se vería obligado a buscar que la entidad delegante emita un acto administrativo a fin de agotar, de manera aparente, la vía administrativa. Aquello contravendría la finalidad de este requisito y nos llevaría a la conclusión de que el reconocimiento del arbitraje en la Ley APP es una mera ficción, ya que el agotamiento de la vía administrativa resultaría sumamente gravoso para el inversionista a tal punto que la cláusula arbitral devendría en inejecutable. En consecuencia, la posición de este trabajo es que no corresponde agotar la vía administrativa cuando no sea posible interponer recurso de impugnación alguno ante la propia Entidad Delegante, ya sea porque lo emitió otra entidad del Estado o porque el procedimiento del recurso no lo permita.

Por otro lado, si bien la ley reconoce la posibilidad de arbitraje nacional e internacional, también impone una serie de exigencias para que el arbitraje se lleve a cabo. En primer lugar, tal como lo prescribe el Art. 19 del Reglamento a la Ley APP, tanto para arbitraje nacional como internacional, la cláusula arbitral deberá ser aprobada por el Procurador General del Estado. Respecto al arbitraje nacional, el Art. 21 del Reglamento señala que (i) el proceso debe ser administrado en un centro de arbitraje de reconocida trayectoria, que no tenga menos de 10 años de experiencia; (ii) el arbitraje debe ser en Derecho; (iii) la legislación aplicable debe ser ecuatoriana; y, (iv) los laudos deben ser definitivos y obligatorios para las partes.

En cuanto al arbitraje internacional, este último podrá ventilarse únicamente en una sede regional, tal como lo exige el artículo 19 de la Ley APP¹²⁶. Además, conforme lo prescribe el Art. 22 del Reglamento, este arbitraje (i) será en derecho; (ii) en idioma castellano; y, (iii) la legislación aplicable será la ecuatoriana.

Finalmente, este artículo prescribe que “todas las controversias relacionadas, directa o indirectamente, con asuntos de naturaleza tributaria no podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán tramitarse ante los tribunales competentes de la República del

¹²⁶Es artículo prescribe que “[e]n el caso de que se sometan las controversias contractuales al arbitraje internacional, este se realizará ante una instancia arbitral regional latinoamericana”.

Ecuador”¹²⁷. El alcance de esta disposición debe ser analizado junto con el segundo inciso del Art. 20.2 de la Ley APP según el cual “[n]o se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano”¹²⁸. Al comparar ambas disposiciones es posible evidenciar que la prohibición respecto a temas tributarios es más amplia que aquella respecto a la potestad legislativa y regulatoria del Estado. Sin embargo, como se evidenciará en este trabajo de titulación, ninguna de estas prohibiciones impiden que se someta a arbitraje el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad.

De este modo, se concluye que la Ley APP impone una serie de requisitos para que se lleve a cabo el arbitraje, entre los cuales se encuentran (i) requisitos de admisibilidad: agotamiento de fases previas: diálogos directos, mediación y vía administrativa; (ii) requisitos de validez: la necesidad de contar con aprobación del Procurador General del Estado; (iii) requisitos sobre el proceso: la necesidad de ser un arbitraje en derecho, el idioma, la normativa aplicable, el centro ante el que puede llevarse, etc.; y, (iv) requisitos sobre la arbitrabilidad: una prohibición amplia respecto a los asuntos tributarios y una más restringida sobre actos que deriven directamente de las potestades legislativa y regulatoria. Una vez analizado el tratamiento del arbitraje en la Ley APP corresponde, entonces, analizar las distintas posturas sobre la posibilidad de arbitrar los actos administrativos, para así identificar si el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es un caso de arbitrabilidad de actos administrativos.

2.1.3.El incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad: ¿un caso de arbitrabilidad de actos administrativos?

Dado que el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad se materializa a través de actos administrativos [*supra* §1.2.3], resulta necesario estudiar las distintas posturas acerca de la arbitrabilidad de este tipo de actos. Tal como lo menciona Francisco Larrea, es posible identificar tres tendencias¹²⁹: (i) aquella que niega por completo la arbitrabilidad de

¹²⁷*Ibíd.*

¹²⁸Ley APP. Artículo 20.

¹²⁹*Vid.* Francisco Larrea. *Óp. cit.*, p. 258.

los actos administrativos; (ii) aquella que admite la arbitrabilidad de los efectos económicos de los actos administrativos, negando la posibilidad de arbitrar aspectos relacionados a su legalidad; y, (iii) aquella que acepta que se arbitre inclusive la legalidad de los actos administrativos, con los únicos límites impuestos en la ley. A continuación se expondrán brevemente los fundamentos de cada una de estas posturas.

La primera niega la arbitrabilidad de los actos administrativos bajo el argumento que su revisión es exclusiva de la jurisdicción judicial contencioso-administrativa¹³⁰. En este sentido, el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, al conocer la acción de nulidad del laudo arbitral dictado en el caso *Dichem del Ecuador c. Petroindustrial*, anuló el laudo en cuestión por considerar que el tribunal arbitral se excedió en sus funciones y se pronunció sobre aspectos no arbitrables.

En su fallo, el Presidente de la Corte Provincial parte del supuesto que el concepto de transigibilidad es aplicable al arbitraje en el sector público. Es así que afirma que al incluirse un convenio arbitral en un contrato administrativo “debe entenderse que única y exclusivamente se han de someter a arbitraje cuestiones derivadas de la relación jurídica contractual cuya naturaleza sea transigible”¹³¹. Sobre la base de esta vinculación, concluye que

[...] El Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, en el juicio arbitral 045-05, no podía en forma alguna, ni por pedido de parte, ni de oficio, entrar a examinar y discutir y peor aún declarar la legitimidad o ilegitimidad contenida en un acto de la administración pública pues, como ha quedado dicho, esta facultad no es un forma alguna, ni siquiera por excepción, materia transigible, por ello la discusión de la legitimidad de los actos de la administración pública, por mandato legal queda reservada exclusivamente para la jurisdicción; por consiguiente, se ha configurado el vicio de nulidad del laudo arbitral, porque éste ha resuelto cuestiones no sometidas en la cláusula compromisoria (subrayado añadido)¹³².

Como se advierte del fallo citado, esta postura no solo niega la posibilidad de que un tribunal arbitral se pronuncie sobre la legalidad del acto, sino que también imposibilita a examinar y discutir los actos administrativos en sede arbitral. Es por ello que esta resulta la postura más

¹³⁰*Vid. Id.*, p.266.

¹³¹ Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Presidencia. Caso No. 41-2009-B.L, 22 de marzo de 2010, p. 4.

¹³²*Id.*, p. 8.

radical.

La segunda postura es más flexible, pues acepta la arbitrabilidad de los efectos de los actos administrativos. Por tanto, admite el arbitraje en casos en los que la disputa no se refiere a la legalidad del acto, sino a los efectos económicos que derivan de aquel. Así, “[...] las causas y efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión arbitral [...]”¹³³. Al respecto, Danós Ordóñez, refiriéndose precisamente al incumplimiento a la cláusula de estabilidad, aclara que

[...] en las controversias arbitrales que se produzcan con motivo de la posible vulneración de las garantías otorgadas por un convenio de estabilidad lo que se debe discutir es si se está aplicando o no la normativa correcta (el marco legal blindado por el contrato-ley), pero no si es que ésta normativa está siendo aplicada correctamente por la administración pública o no, porque esta última controversia debe ser resuelta no por la vía arbitral sino acudiendo a los medios de solución de controversias ordinarios en sede administrativa (recursos) y/o jurisdiccional (proceso contencioso administrativo)¹³⁴.

En la misma línea argumentativa, Marco Morales explica que “aunque se trate de un acto administrativo que ha nacido dentro del ámbito de la relación contractual, la determinación de su legalidad o no, es de exclusiva competencia de los Tribunales Contencioso Administrativos”¹³⁵. De igual modo, Edgar Neira sostiene que

[...] cuando en el objeto de la *litis* de una acción arbitral se encuentran entretejidos aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de legalidad de las actuaciones del Estado [...] los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual [...] pero no aceptar lo que queda fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de actos normativos¹³⁶.

Precisamente, en el caso, *Andinatel c. Secretaría Nacional de Telecomunicaciones*, el tribunal arbitral se declaró competente para resolver exclusivamente las controversias “relativas al contrato de concesión y a los daños y perjuicios que la accionante afirma han

¹³³Daniel Posse Velásquez. “Restricciones a las entidades colombianas para acudir al arbitraje internacional”. Citado en Juan Pablo Aguilar. “Sobre las materias arbitrales en Derecho Administrativo”. *Óp. cit.*, pp. 29 y 30.

¹³⁴Jorge Danós Ordóñez. *Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú*. *Ius et Veritas*, N° 46, (2013), p. 269.

¹³⁵Marco Morales. “Complejidad del arbitraje local cuando una de las partes pertenece al sector público”, *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*, Universidad Andina Simón Bolívar-Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social, 2014, p. 379. Citado en: Francisco Larrea. *Óp. cit.*, p. 267.

¹³⁶Edgar Neira. *Óp. cit.*, p.64.

ocurrido como efecto del incumplimiento que alega”¹³⁷; y, “[...] negó su competencia para juzgar [...] cualquier otro aspecto que conforme los Arts. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa pudieren corresponder a la jurisdicción legal ejercida por los Tribunales Distritales de esa materia”¹³⁸.

De este modo, al admitir su competencia para conocer el reclamo de daños y perjuicios, el tribunal arbitral reconoció que está, por lo menos, en la capacidad de analizar los actos administrativos que han afectado la relación contractual. Ello debido a que mal haría el tribunal en determinar la existencia de algún daño sin analizar la afectación previa a un derecho o interés del actor. En efecto, esta es la razón por la que la segunda postura es más flexible y abre paso a que los tribunales arbitrales conozcan los efectos de los actos administrativos contractuales, sin por ello pronunciarse sobre su legalidad.

Finalmente, la tercera postura admite la arbitrabilidad de la legalidad de los actos administrativos de ejecución contractual. Esta tesis se sustenta en que la transigibilidad no determina la arbitrabilidad de la controversia, por lo que, “[c]uando el arbitraje involucra a un ente público [...] un árbitro no evalúa temas renunciables sino que, como lo haría un juez contencioso administrativo, analiza la situación desde el punto de vista de la legalidad”¹³⁹. Según esta postura, sobre la base de la distinción entre transigibilidad y arbitrabilidad [*supra* §2.1.1], al momento de determinar la arbitrabilidad de los actos administrativos debe tomarse en cuenta que

[e]l límite a la arbitrabilidad de los actos administrativos, únicamente, podría encontrarse o en la misma ley que establece la posibilidad de que la Administración pacte arbitraje o en el convenio arbitral por ella suscrito; por lo que, en caso de no haberse establecido dicho límite, los actos administrativos, inclusive su legalidad sería arbitrable¹⁴⁰.

Así, el hecho que la legalidad de los actos administrativos no sea un asunto transigible, no impide su arbitrabilidad, pues en el Derecho Administrativo, los límites a la arbitrabilidad se determinan según el mandato legal, no la transigibilidad. Por ello, siempre que la ley no

¹³⁷Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Caso No. 010-06. *Andinatel c. Secretaría Nacional de Telecomunicaciones*, 30 de octubre de 2007, p. 14. (En adelante, *Andinatel c. Secretaría Nacional de Telecomunicaciones*).

¹³⁸*Ibíd.*

¹³⁹Juan Pablo Aguilar. “Derecho administrativo y transigibilidad”. *Óp. cit.*, p. 35.

¹⁴⁰*Id.*, p. 282.

establezca lo contrario, “un árbitro puede anular un acto administrativo de igual manera como lo puede hacer un juez”¹⁴¹.

De igual modo, otro de los argumentos que respalda esta postura radica en que negar la competencia del tribunal arbitral para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos genera la división de la contingencia de la causa¹⁴². Ello debido a que si se desconoce la competencia de un tribunal arbitral para conocer la legalidad del acto administrativo “dos diferentes controversias sobre un mismo contrato, aunque puedan estar estrechamente relacionadas, deberían ser conocidas por jueces distintos”¹⁴³.

Precisamente, esta fue la razón por la que en el caso *FISE c. CEPLAES* el tribunal resolvió que es competente para pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo de terminación unilateral, puesto que

[s]i la Constitución y la ley permiten y facultan que las controversias derivadas de los contratos que celebra la administración pública se ventilen en arbitraje, no es lógico ni jurídicamente admisible que de la controversia se aísle el acto administrativo que da por terminado unilateral y anticipadamente el contrato, porque se facultaría la contingencia de la causa en perjuicio de la paz social, de la correcta administración de justicia y de las propias partes. [...] No se podría entender, entonces, que el Tribunal Arbitral no pueda conocer sobre los fundamentos que tuvo la administración para dar por terminado el contrato, si la controversia surgida entre las partes radica o nace precisamente de tal decisión y las partes expresamente y por permisión constitucional y legal convinieron en resolver por arbitraje sus controversias nacidas del contrato (subrayado añadido)¹⁴⁴.

Por este motivo, el tribunal dejó sin efecto el acto en cuestión debido a que a su criterio resulta

[..] obvio considerar que el Tribunal Arbitral está plenamente autorizado por el ordenamiento jurídico para determinar si un acto administrativo ligado a la relación contractual [...] es conforme o disconforme con el Derecho [...] pues no se trata de una resolución administrativa con efecto *erga omnes* de aquellas que implican el ejercicio de la soberanía del Estado¹⁴⁵.

¹⁴¹Hernando Díaz- Candia. *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje, Con Especial Referencia a la Aceptación del Arbitraje Contencioso-Administrativo*. Arazandi, 2001, pp. 108-110. Citado en: Francisco Larrea. *Óp. cit.*, p. 291-292.

¹⁴²Vid. Juan Pablo Aguilar. *Arbitrabilidad de Actos Administrativos*. *Óp. cit.*, pp. 49-51.

¹⁴³*Id.*, p. 50.

¹⁴⁴*FISE c. CEPLAES*, p. 9.

¹⁴⁵*Id.*, p. 10.

Sobre la base de los argumentos que respaldan esta tercera tesis, es interesante notar que la segunda postura, al admitir que un tribunal arbitral está facultado a analizar los efectos del acto administrativo, está reconociendo, en cierto grado, la posibilidad que tiene para conocer la validez del acto en cuestión. Para ejemplificar aquello Juan Pablo Aguilar se remite al caso del acto de terminación unilateral y afirma que “[r]esulta insostenible mantener como válido un acto sancionatorio como la terminación unilateral, lo que implica aceptar que el contratista incumplió sus obligaciones, y al mismo tiempo ordenar el pago de una indemnización en beneficio del incumplido”¹⁴⁶. Tal como lo expone Juan Pablo Aguilar en la práctica es sumamente complejo separar el pronunciamiento sobre los efectos patrimoniales de aquel sobre la validez del acto, en particular en situaciones como aquella del acto de terminación unilateral.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, es decir, la arbitrabilidad de actos administrativos en razón del incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad, es necesario aclarar ciertas salvedades. En primer lugar, debe recordarse que en este caso existe un acto administrativo que genera daños sin ser necesariamente ilegítimo, por lo que sí cabe separar el pronunciamiento sobre los efectos patrimoniales del acto de aquel sobre su validez.

Ello se debe a que, como se señaló anteriormente, el acto con el cual se irrumpe la estabilidad jurídica no tiene por qué incurrir en alguna de las causales de nulidad contempladas en el Art. 105 del COA¹⁴⁷. En este sentido, no cabe discutir en ninguna sede su ilegitimidad. El acto genera daños al inversionista y exige por tanto una compensación a cargo de la Entidad Delegante [*supra* §1.3.3]. Así, el inversionista no pretende anular el acto, sino que espera simplemente que la Entidad Delegante lo indemnice por el daño ocasionado. El inversionista somete a arbitraje un asunto netamente contractual: la responsabilidad indemnizatoria que recae en el Estado en razón de su incumplimiento.

En segundo lugar, cabe señalar que la posibilidad de arbitrar actos administrativos está condicionada a que estos estén vinculados a la relación contractual, es decir, que sean *actos administrativos contractuales* y no actos de *ius imperi*. Por lo general, la aplicación de la

¹⁴⁶Juan Pablo Aguilar. *Arbitrabilidad de Actos Administrativos*. *Óp. cit.*, p. 48.

¹⁴⁷Véase nota al pie No. 90.

Normativa Sectorial Específica será un acto que se realiza en atención a las potestades soberanas del Estado y no es un acto realizado por el Estado en su calidad de parte contractual. De hecho, como se anticipó en este trabajo de titulación, es del todo posible que el acto que altera la estabilidad jurídica, no sea emitido por la Entidad Delegante. Es por ello que en estos casos, no corresponde analizar si es posible arbitrar el acto administrativo.

Sin perjuicio de ello, no se debe dejar de lado la posibilidad de que el acto a través del cual se altera la estabilidad jurídica, sea a su vez un acto de ejecución contractual. Por ejemplo en un caso en el cual la Normativa Sectorial Específica incluya normas que regulen la forma de terminar unilateralmente el contrato. Si esas normas son modificadas y, posteriormente, la Entidad Delegante aplica dichas modificaciones al inversionista; el acto de terminación unilateral sería a su vez un acto de ejecución contractual y un acto que altera la Normativa Sectorial Específica.

En situaciones como esta cabría, entonces, analizar si el acto administrativo contractual puede ser arbitrable. Al respecto, por los motivos expuestos en esta sección, este trabajo se inclina a favor de la tercera postura, es decir, aceptar arbitrar la legalidad de este acto de ejecución contractual. De hecho, cabe resaltar, que a través de una interpretación de la propia Ley APP, es posible sostener que la legalidad de actos administrativos, en el marco de una disputa suscitada en un contrato de gestión delegada, es arbitrable. El Art. 20 la referida norma prescribe que:

[...] Le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las controversias que se susciten respecto de contratos de gestión delegada:

- a. Cuando no se haya pactado arbitraje nacional o internacional regional en el contrato de gestión delegada.
- b. En los casos que corresponda, si transcurrido el plazo previsto para la notificación al interesado con la resolución que agota la vía administrativa, no se ha ejercido la acción ante la jurisdicción arbitral pactada en el correspondiente contrato de gestión delegada¹⁴⁸.

Este artículo es claro al señalar que existen únicamente dos escenarios en los que las controversias derivadas del contrato de gestión delegada deberá ser resuelta ante la jurisdicción contencioso administrativa: (i) ante la inexistencia de cláusula arbitral y (ii) ante

¹⁴⁸Ley APP. Art. 20.

la falta de ejercicio de acción en sede arbitral dentro del plazo de 30 días, previsto en el Art. 20 del Reglamento a la Ley APP¹⁴⁹. Por lo tanto, no existe razón para considerar que exista competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que afecten al contrato de gestión delegada. Si así lo habría querido el legislador bastaba que incluya un tercer caso (c) en el que señale que «le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las controversias que se susciten respecto de contratos de gestión delegada: [...] c. *Cuando esté en discusión la legalidad de cualquier acto administrativo*». Al no haberse incluido una exclusión en esos términos, y tomando en cuenta los fundamentos de la tercera postura, no existe impedimento para que un tribunal arbitral conozca asuntos relacionados a la legalidad de actos administrativos que alteren el contrato de gestión delegada; ello con la salvedad de los asuntos tributarios y los actos derivados de la potestad legislativa o regulatoria, dado que en este caso sí existe prohibición expresa [*infra* §2.1.2].

A pesar de este argumento, es importante dejar en claro al lector que, por regla general, en casos de incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad no corresponderá analizar la viabilidad de someter el acto administrativo a arbitraje. Las situaciones en las que se abrirá paso a este análisis son reducidas, pues, como se explicó anteriormente, exigen que el acto a través del cual se altera la estabilidad jurídica sea a su vez un acto administrativo contractual.

Con base en todo lo expuesto se evidencia que existen distintas posturas respecto a la arbitrabilidad de los actos administrativos. La discusión sobre la posibilidad de que un tribunal arbitral se pronuncie sobre la legalidad de un acto administrativo, exige que dicho acto sea un acto de ejecución contractual. Por tal motivo, por regla general, este análisis no cabe en el caso del incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad, pues en este caso, tal y como se advierte en este trabajo de titulación, lo que realmente se está arbitrando es la obligación de no hacer a cargo de la Entidad Delegante, no el acto administrativo. Sin embargo, podrán existir algunas situaciones, muy particulares, en las que será posible discutir la arbitrabilidad del acto como tal. En estos escenarios, partiendo de las particularidades del

¹⁴⁹El Art. 20 del Reglamento a la Ley APP prescribe que “[...] Una vez agotada la vía administrativa, el gestor privado tendrá 30 días hábiles para demandar por la vía arbitral”.

concepto de transigibilidad en el Derecho Administrativo, la postura más acertada es aquella que admite la arbitrabilidad de los actos administrativos.

En conclusión, durante la sección 2.1 se evidenció que en el arbitraje en el que interviene la Administración Pública, el concepto de transigibilidad es inadecuado para medir la arbitrabilidad de la disputa, puesto que la Administración no actúa sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, sino en razón al principio de legalidad. Por otro lado, se analizó la regulación al proceso arbitral al amparo de lo prescrito en la Ley APP y se constataron las particularidades que existen respecto al agotamiento de la vía administrativa y a los límites a la arbitrabilidad. Finalmente, se analizaron las distintas tesis sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos y su injerencia en el caso del incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad. Así, se evidenció que por regla general, el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad no es un caso de arbitrabilidad de actos administrativos. Sin embargo, se advirtió que en ciertos casos, excepcionales, es plausible que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la legalidad del acto, siempre y cuando este sea un acto de ejecución contractual. Sobre la base de estas conclusiones corresponde analizar si el incumplimiento a la cláusula de estabilidad resulta arbitrable.

2.2. El incumplimiento a la cláusula de estabilidad es arbitrable

Tras haber analizado los alcances del arbitraje como mecanismo para resolver controversias que susciten de los contratos de gestión delegada [*supra* §2.1] y tomando en cuenta la naturaleza del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad [*supra* §1.2.2], es necesario definir si al amparo del Art. 20 de la Ley APP dicho incumplimiento es arbitrable. Para ello se debe aclarar que la estabilidad jurídica nace del contrato y no de ley, razón por la que su incumplimiento es un tema indudablemente contractual [§2.2.1]. Así, el incumplimiento a la cláusula de estabilidad no es un acto que derive de la potestad legislativa ni regulatoria del Estado, por lo que su arbitrabilidad no se encuentra prohibida [§2.2.2]. Como consecuencia de ello, el reclamo que presenta el inversionista ante el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es un asunto netamente contractual [§2.2.3].

2.2.1. La estabilidad jurídica nace del contrato, no de la ley

Como se mencionó anteriormente, en Ecuador las cláusulas de estabilidad están reconocidas tanto en la Ley APP como en el COPCI [*supra* §1.1.2]. Si se realiza una comparación literal entre la norma que concibe las cláusula de estabilidad en el COPCI y aquella que lo hace en la Ley APP es posible percibir una aparente diferencia en cuanto a la fuente de la estabilidad jurídica.

Así, pareciera ser que al amparo de la Ley APP la cláusula de estabilidad nace de la ley y no del contrato. Debido a que el Art. 20 de la Ley APP reconoce el arbitraje únicamente para resolver controversias derivadas del contrato de gestión delegada, para que la disputa sea arbitrable esta debe ser de naturaleza contractual. Ante esta situación corresponde determinar cuál es realmente la fuente¹⁵⁰ de la cláusula de estabilidad, pues este es un factor a analizar para determinar si su incumplimiento es arbitrable.

El Art. 25 del COPCI prescribe que “[l]os contratos de inversión podrán otorgar estabilidad sobre los incentivos tributarios, en el tiempo de vigencia de los contratos, de acuerdo a las prerrogativas de este Código [...] (subrayado añadido)”¹⁵¹. En cambio, el Art. 15 de la Ley APP establece que “La estabilidad jurídica que se garantiza en esta Ley se extiende a los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en los correspondientes contratos de gestión delegada (subrayado añadido)”¹⁵². En efecto, el COPCI es claro al señalar que la estabilidad es otorgada por los contratos de inversión, en cambio, de la literalidad de la Ley APP podría pensarse que la estabilidad surge de la ley y que en el contrato solo se requiere señalar la normativa sectorial sobre la que regirá la inversión. Sin embargo, no corresponde realizar una interpretación literal de este artículo, sino una interpretación sistemática tanto de la Ley APP como de su Reglamento a fin de identificar la verdadera fuente de la estabilidad jurídica.

¹⁵⁰Para mayor detalle sobre la discusión que gira alrededor de la fuente de la estabilidad jurídica véase: Juan Guillermo Ruiz y Mario Noel Criales. *El alcance jurídico de la estabilización de normas tributarias*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 285-287

¹⁵¹Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. Artículo 25. Segundo Suplemento del Registro Oficial 056, 12 de agosto de 2013.

¹⁵²Ley APP. Artículo 15.

A este efecto, en primer lugar debe tomarse en consideración que el mismo Art. 15 de la Ley APP se titula “De la Estabilidad Jurídica del Contrato de Gestión Delegada (subrayado añadido)”. Esto nos permite inferir entonces que la estabilidad jurídica nace del contrato, sin perjuicio de que esté *garantizada* en la ley. Precisamente, la Corte Constitucional de Colombia fue clara al establecer que:

[...] la verdadera fuente de la garantía de estabilidad jurídica del inversionista, no surge directa e inmediatamente de la ley [...] sino del contrato de estabilidad jurídica que por autorización de la misma ley la incorpora como regla interna reguladora de dicho contrato, convirtiéndose así en un derecho contractual a la estabilidad jurídica de la inversión¹⁵³.

De este modo, no se debe asimilar el hecho que la ley permita –y garantice– la inclusión de cláusulas de estabilidad con que la fuente de dicha estabilidad sea la ley. Al contrario, para que la entidad delegante asuma las obligación que derivan de la cláusula de estabilidad es necesario que medie un contrato; contrato que constituye la fuente de tales obligaciones. Por el mero mandato de la ley no existe obligación alguna, ya que si el inversionista desea beneficiarse de la estabilidad jurídica debe necesariamente incluir en el contrato aquella obligación. Es así que se evidencia la naturaleza contractual de esta cláusula. Tal como lo sostuvo Corte Constitucional de Colombia.

[...] La naturaleza eminentemente *contractual* y, por tanto, *voluntaria* del contrato de estabilidad jurídica previsto en la Ley 963 de 2005, pues ésta no impone unilateralmente sus efectos al inversionista, quien libremente puede o no acudir a un acuerdo de ese tipo, según lo considere conveniente para sus intereses; en ese sentido, la Ley 963 de 2005 representa la posibilidad de suscribir un tipo especial de contratos con el Estado, pero no la obligación de hacerlo¹⁵⁴.

Finalmente, con base en el Art. 10 del Reglamento a la Ley APP es posible confirmar que la fuente de la estabilidad jurídica es el contrato. En virtud de dicho artículo “[l]a estabilidad jurídica del contrato de gestión delegada regirá mientras este se encuentre vigente (subrayado añadido)”¹⁵⁵. La estabilidad jurídica depende de la existencia del contrato de gestión delegada, entonces, si analizamos esta norma en conjunto con el Art. 15 de la Ley APP –y en particular con su título– se concluye que la verdadera fuente de la estabilidad jurídica es el contrato, no la ley.

¹⁵³Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-320 de 2006. *Óp. cit.*

¹⁵⁴Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-155 de 2007.

¹⁵⁵Reglamento a la Ley APP. Artículo 10.

En conclusión, el Art. 20 de la Ley APP prescribe la posibilidad de acudir a arbitraje para la resolución de controversias que surjan respecto del contrato de gestión delegada. Al ser el contrato de gestión delegada la fuente de la estabilidad jurídica, entonces la inobservancia a esta estabilidad se traduce en un incumplimiento contractual, que, de conformidad al Art. 20 de la Ley APP, se encuentra dentro del alcance de la cláusula arbitral. Sobre la base de esta aclaración es necesario analizar si este incumplimiento deriva de la potestad legislativa o regulatoria del Estado, pues de ser el caso, no sería arbitrable.

2.2.2. El incumplimiento a la cláusula de estabilidad no deriva de la potestad legislativa ni regulatoria del Estado

El Art. 20 de la Ley APP impide que se someta a arbitraje todo “acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano”¹⁵⁶. A fin de determinar si el incumplimiento a la cláusula de estabilidad es arbitrable es fundamental analizar cuáles son los actos directamente derivados de estas dos potestades.

Refiriéndose a los actos que pueden derivar de la potestad legislativa, Gordillo aclara que “el régimen jurídico previsto para la función legislativa se aplica únicamente a los actos que sean *materialmente legislativos y que además hayan sido realizados por el órgano legislativo* (cursivas en el original)”¹⁵⁷. Además, señala la diferencia existente entre la ley y los reglamentos; y, sobre la base de esta diferenciación, establece que:

[...]Esta notoria diferencia de régimen *jurídico* entre la ley y el reglamento nos demuestra que el concepto *jurídico*, formal, de función legislativa, no puede comprender a los reglamentos, a pesar de que por su contenido sean similares. Los órganos administrativos, pues, no ejercen función legislativa (subrayado añadido)¹⁵⁸.

En efecto, se evidencia que la Ley APP, al excluir la posibilidad de arbitrar actos derivados de la potestad legislativa, se refiere exclusivamente a los actos normativos emitidos por los órganos legislativos o cuasi-legislativos, no los actos administrativos dictados por autoridades públicas. Dichos actos están contenidos en el Art. 120 de la Constitución y ninguno de ellos se refiere a la aplicación de la norma. Así, dado que el incumplimiento del

¹⁵⁶Ley APP. Artículo 20. *Óp. cit.*

¹⁵⁷Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 8*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p.91.

¹⁵⁸*Id.*, p.92.

Estado a la Cláusula de Estabilidad se da mediante la aplicación de la ley, y no por su promulgación [*supra* §1.2.2], dicho incumplimiento no deriva de la potestad legislativa del Estado.

Respecto a la potestad reguladora, Ibáñez afirma que:

La potestad reguladora es aquella atribuida por la Constitución Política a diferentes autoridades para que mediante actos administrativos normativos, de carácter general, impersonal y abstracto, sea con sujeción a las reglas generales que señale el legislador o con sujeción directamente a lo que determine la misma Constitución Política, se cree por primera vez el ordenamiento jurídico en aquellas materias en las cuales el constituyente considera que debiendo existir regulación ella no deba ser de carácter legislativo (subrayado añadido)¹⁵⁹.

En consecuencia, el ejercicio de esta potestad se manifiesta a través de actos de carácter general. En cambio, el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad se materializa necesariamente a través de un acto de carácter individual, pues requiere la aplicación, al inversionista, de cualquier modificación a la Normativa Sectorial Específica [*supra* §1.2.3].

Si bien la Constitución no se refiere expresamente a la potestad regulatoria, es posible definir su alcance al amparo del Art. 10 (h) del ERJAFE. Este artículo prescribe que la potestad de regulación “[e]s la facultad de emitir normas para el adecuado y oportuno desarrollo y cumplimiento de la política pública y la prestación de los servicios, con el fin de dirigir, orientar o modificar la conducta de los agentes regulados (subrayado añadido)”¹⁶⁰. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, se refirió a esta potestad en sentencia de 9 de enero de 2004 al establecer que:

La Constitución en el inciso segundo del art. 228 dice que la facultad legislativa de los consejos provinciales y de las municipalidades se expresará en ordenanzas. La expresión "facultad legislativa" se presta a equívocos; habría sido preferible la facultad "normativa" o "reguladora" que es indiscutiblemente lo que el legislador constituyente quiso expresar, puesto que él bien sabía que "legislar" en el sentido estricto de dictar leyes, es potestad exclusiva de la Función Legislativa; en todo caso, la disposición en referencia muestra que es absolutamente constitucional la atribución de las municipalidades y los consejos provinciales de expedir normas secundarias, a través de ordenanzas. En consecuencia la facultad de las municipalidades para sancionar mediante multas las infracciones tipificadas

¹⁵⁹Jorge Enrique Ibáñez Najar. “Alcance y Límites de las Potestades Reguladora y Reglamentaria. La división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario”. *Revista Vniversitas* (2013), p.26.

¹⁶⁰ERJAFE. Artículo 10. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

en las ordenanzas y más normas que rigen la actividad municipal, se halla establecida en las disposiciones constitucionales relativas al Régimen Seccional (subrayado añadido)¹⁶¹.

En este caso, la Corte Suprema estableció que la potestad reguladora es aquella que permite expedir normas secundarias, es decir, la facultad de emitir actos normativos. Sin embargo, también sostuvo que es a través de esta facultad que las municipalidades están en capacidad de “sancionar mediante multas las infracciones tipificadas en las ordenanzas y más normas que rigen la actividad municipal”; por lo que podría también pensarse que en este caso la Corte Suprema consideró que la facultad reguladora abarca la potestad de *aplicar* dichas normas secundarias.

No obstante, un análisis más amplio de la jurisprudencia ecuatoriana permite concluir que en realidad la potestad regulatoria se refiere a la facultad de emitir normas. Así, por ejemplo, la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 13 de diciembre de 2008, tras analizar las disposiciones de las letras a y b del artículo 51 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, concluyó que estas “determinan una potestad regulatoria en materia de remuneraciones en el sector público”¹⁶². Las disposiciones en cuestión se refieren a la potestad de (a) “determinar las políticas salariales a aplicarse en las instituciones del Estado” y (b) “establecer mediante resoluciones de carácter obligatorio para todas las instituciones del Estado, las normas relativas al control de la masa salarial y la regulación de su incremento”. Por lo tanto, es claro que la potestad regulatoria se asimila a la facultad de emitir normas de carácter general.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de enero de 2003 identificó que una de las facultades regulatorias del CONATEL consiste en la posibilidad de “que expida el reglamento que se aplicará para otorgar las concesiones de los servicios de telecomunicación”¹⁶³. De igual forma, en sentencia de 06 de abril de 2016, la Corte Constitucional señaló que “el entonces Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión tenía en general una facultad regulatoria de los servicios de radiodifusión y televisión y

¹⁶¹Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio No. 220/2001, 9 de enero de 2004.

¹⁶²Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio No. 391-06, 13 de diciembre de 2006.

¹⁶³Tribunal Constitucional. Caso No. 009-2002-TC, 21 de enero de 2003.

específicamente, una potestad normativa para expedir reglamentos administrativos o técnicos complementarios en esta materia (subrayado añadido)”¹⁶⁴.

Sobre la base de ello, se concluye que la potestad regulatoria implica la facultad de emitir normas de carácter general. Al no ser posible arbitrar actos con efecto *erga omnes* [*supra* §2.1.2], no sorprende entonces que la Ley APP excluya la posibilidad de arbitrar los actos derivados directamente de la potestad legislativa o regulatoria del Estado, pues en ambos casos estamos ante actos de carácter general.

2.2.3. El incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es un asunto netamente contractual, razón por la cual su arbitrabilidad es indiscutible

A lo largo de este trabajo de titulación ha quedado claro que al suscribir una cláusula de estabilidad el Estado asume una obligación de no hacer y que en caso de no ser posible destruir los efectos dañosos del hecho prohibido, la Entidad Delegante está obligada a indemnizar al inversionista. Así, el inversionista acude a arbitraje con el objetivo de que el tribunal arbitral condene a la Entidad Delegante al pago de la indemnización correspondiente. Conocer sobre esta indemnización es un asunto netamente contractual.

El tribunal arbitral deberá analizar si existió o no incumplimiento y sobre la base de ello resolver respecto de la responsabilidad contractual que recae en la Entidad Delegante. En ningún momento el tribunal arbitral se verá en la necesidad de pronunciarse sobre la validez de las leyes promulgadas o sobre la potestad soberana que tiene el Estado para aplicar dichas leyes. Siendo así, no existe un sometimiento a arbitraje de actos que deriven de la potestad legislativa o regulatoria del Estado.

Lo mismo sucede con la prohibición que contempla el Art. 20 respecto a la posibilidad de arbitrar los *asuntos* tributarios. Es decir, en un caso en el que la Normativa Sectorial Específica contemple normas que otorgan incentivos tributarios, no se pretende que el tribunal arbitral conozca los temas tributarios, sino únicamente que se pronuncie sobre el incumplimiento contractual y sus efectos indemnizatorios.

¹⁶⁴Corte Constitucional. CASO No. 006-10-IA, 6 de abril de 2016.

En consecuencia, no queda duda que el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es un asunto contractual y, como tal, es arbitrable al amparo de lo prescrito en el Art. 20 de la Ley APP.

En la sección 2.2 de este trabajo de titulación se evidenció que el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es arbitrable. En primer lugar debido a que la fuente de la estabilidad jurídica es el Contrato y no la ley. De este modo, el incumplimiento a dicha estabilidad se configura como una disputa de naturaleza contractual, por lo que, conforme al Art. 20 de la Ley APP se encuentra dentro del alcance del convenio arbitral. Por otro lado, el acto de incumplimiento, en cuanto acto de carácter individual, no deriva directamente de la potestad legislativa ni regulatoria del Estado. Al contrario, de estas potestades derivan exclusivamente actos de carácter normativo, emitidos por el órgano legislativo o por entes de regulación. Así, en ningún momento el tribunal arbitral se ve en la necesidad de analizar actos que deriven de estas potestades. Al contrario, bajo su conocimiento se encuentra un asunto netamente contractual: la responsabilidad indemnizatoria que recae en la Entidad Delegante tras el incumplimiento a la Cláusula de Estabilidad.

En conclusión, la Ley APP reconoce al arbitraje como un mecanismo idóneo para resolver las controversias que derivan del contrato de gestión delegada. Sin embargo, a fin de analizar la arbitrabilidad de aquellas disputas debe tomarse en consideración que respecto al arbitraje en el sector público la arbitrabilidad no se mide en función de la transigibilidad de la disputa. Por lo que no existen más límites a la arbitrabilidad que los establecidos en la propia ley. En el caso que nos ocupa, Ley APP impone al arbitraje una serie de limitaciones entre las cuales consta la prohibición de arbitrar todo *asunto* relacionado *directa o indirectamente* con la potestad tributaria así como cualquier *acto* derivado *directamente* de la potestad legislativa y regulatoria del Estado. No obstante, el incumplimiento a la cláusula de estabilidad jurídica es una controversia de naturaleza contractual que no se encasilla en ninguna de las prohibiciones contempladas en el Art. 20.2 de la Ley APP. En consecuencia, dicho incumplimiento es indiscutiblemente arbitrable.

IV. Conclusiones

A lo largo de este trabajo de titulación ha sido posible llegar a una serie de conclusiones que han permitido evidenciar que el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es arbitrable. Estas conclusiones se refieren tanto a los efectos del incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad [*supra* §1] como a la posibilidad de someter dicho incumplimiento a arbitraje [*supra* §2].

Sobre los efectos del incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad:

Primero, en el Derecho de Inversiones existen varios tipos de cláusulas de estabilización, entre las cuales se encuentra la cláusula de congelamiento. El objetivo de esta cláusula es otorgar al inversionista seguridad sobre el régimen jurídico que regulará su inversión. En Ecuador, la Ley APP prescribe, como uno de sus incentivos, la posibilidad de incluir una cláusula de congelamiento parcial. Así, no es posible otorgar estabilidad sobre todo el ordenamiento jurídico, sino que exclusivamente sobre la normativa sectorial específica que haya sido declarada como esencial en el contrato de gestión delegada. A través de la cláusula de estabilidad el Estado contrae una obligación de no hacer, cuya prestación consiste en abstenerse de aplicar al inversionista las modificaciones a las normas sobre las cuáles se pactó estabilidad [*supra* §1.1].

Segundo, la suscripción de una cláusula de estabilidad no contraviene la soberanía estatal. El Estado no está impedido de emitir nuevas normas, o de modificarlas, sino que, en ejercicio de sus facultades soberanas, asume el compromiso de no aplicar determinadas normas al inversionista. Además, en Ecuador no tiene cabida el cuestionar la validez de estas cláusulas por considerarlas contrarias a la soberanía estatal pues el Art. 10 del Reglamento a la Ley APP prescribe claramente que pese a la incorporación de una cláusula de estabilidad, el Estado conserva su facultad regulatoria. Sobre la base de aquello se evidencia que el incumplimiento del Estado consiste en aplicar al inversionista alguna modificación a la Normativa Sectorial Específica, por lo que la simple promulgación o modificación de una

ley no implica incumplimiento. Finalmente, este incumplimiento se da mediante un acto administrativo [*supra* §1.2].

Tercero, debido a que toda obligación nace para cumplirse, ante el incumplimiento de una obligación de no hacer, debe preferirse la destrucción del hecho prohibido por sobre la indemnización de perjuicios. Así, solo en caso de no ser posible tal destrucción cabrá la indemnización. Frente al incumplimiento a la Cláusula de Estabilidad, la forma en la que se alcanza esta destrucción dependerá de quien alteró la estabilidad jurídica: (i) la Entidad Delegante u (ii) otra entidad del Estado. En el primer escenario la destrucción del hecho prohibido requiere que se deje sin efecto el acto por medio del cual se aplicó cualquier modificación a la Normativa Sectorial Específica. En cambio, en el segundo caso, la destrucción, por equivalencia, consiste en retomar el equilibrio económico del Contrato. Por último, en caso de no ser posible la destrucción del hecho, es la Entidad Delegante quien debe indemnizar al inversionista los perjuicios generados, independientemente de si fue ella quien modificó la estabilidad jurídica [*supra* §1.3].

Sobre la posibilidad de someter a arbitraje el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad:

Primero, en el arbitraje en el sector público es inadecuado vincular el concepto de transigibilidad con el de arbitrabilidad. Ello en consideración que la Administración no actúa sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, sino en razón al principio de legalidad. La Ley APP impone una serie de requisitos para acudir a arbitraje. Además de exigir el cumplimiento de ciertas fases previas, existen límites en cuanto a la arbitrabilidad. Por otro lado, el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad no es, por regla general, un caso en el que quepa analizar la arbitrabilidad de actos administrativos. Sin embargo, en los casos, excepcionales, en los que sí corresponde; este trabajo se inclina por la posibilidad de arbitrar dichos actos, ello tomando en consideración las particularidades que existe en el Derecho Público respecto a la transigibilidad y la arbitrabilidad [*supra* §2.1].

Segundo, la fuente de la estabilidad jurídica es el contrato y no la ley, razón por la cual su incumplimiento es una disputa de naturaleza contractual. En consecuencia, se encuentra dentro del alcance del convenio arbitral, conforme lo prescrito en el Art. 20 de la Ley APP.

Por otro lado, el acto mediante el cual se materializa el incumplimiento del Estado no deriva directamente de la potestad legislativa ni regulatoria del Estado, pues de estas potestades derivan exclusivamente actos de carácter normativo, no de carácter individual. Por lo tanto, el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad es un asunto netamente contractual que, al no derivar de ninguna de estas potestades, es plenamente arbitrable al amparo de lo prescrito en el Art. 20 de la Ley APP [*supra* §2.2].

Sobre la base de estas conclusiones, se confirma que el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es arbitrable, pues no se encuentra contenido en la prohibición del Art. 20.2 de la Ley APP. Ello en razón que, al suscribir una cláusula de estabilidad, el Estado asume una obligación de no hacer, cuyo incumplimiento acarrea una responsabilidad indemnizatoria a cargo de la Entidad Delegante. El acto mediante el cual se configura este incumplimiento no deriva de la potestad legislativa o regulatoria del Estado, y en consecuencia, no existe razón para cuestionar su arbitrabilidad al amparo del Art. 20 de la Ley APP.

V. Bibliografía

Doctrina

“*El acto administrativo. Concepto, clases y elementos. Motivación y notificación*” (2008).
goo.gl/ezMmSn

Abeliuk, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. 4ta edición. Dislexia Virtual.

Abeliuk, René. *Las Obligaciones*. Tomo II. 4ta edición. Dislexia Virtual.

Aguilar, Juan Pablo. “Derecho administrativo y transigibilidad”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6 (2014).

Aguilar, Juan Pablo. *Arbitrabilidad de Actos Administrativos*. Tesis de Postgrado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2014.

Al Faruque, Abdullah. “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection v. Functional Value”. *Journal of International Arbitration*, Vol. 23 (4), (2006).

Alessandri, Arturo. *Teoría de las Obligaciones*. Tomo I. Santiago: Nascimento, 1936.

Azúa Reyes, Sergio. *Teoría General de las Obligaciones*. México: Porrúa, 1997.

Barbero, Omar. *Introducción al Derecho Privado*. Rosario: Editorial Iuris, 2004.

Bejerano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*. México: Oxford University Press, 1999.

Bernal, Diana Carolina. *El Derecho Internacional de Inversión. Las Cláusulas de Estabilidad: ¿un caso de protección internacional prima facie?* Editorial Académica Española, 2013.

Briseño, Humberto. *El proceso administrativo en Iberoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídica, 1968.

Caivano, Roque. “Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2, (2006).

Calero Taruf, María Andrea. *El Contrato Estatal de Estabilidad Jurídica*. Tesis de postgrado. Universidad del Rosario. Bogotá, 2014.

Canal-Silva, Manuela. “La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 15 (2016).

Cassagne, Juan Carlos. *El Acto Administrativo*. Bogotá: Themis, 2013.

- Castaño, Juliana y Galeano, Paola. *Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia*. Medellín: Eafit, 2011.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. 5. Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1992.
- Cohen Chicurel, Mischel. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. México: Porrúa, 2014.
- Comadira, Julio. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.
- Cotula, Lorenzo. “Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development”. *OECD Global Forum on International Investment VII* (2008) goo.gl/pCvmyr
- Curtis, Christopher. “The Legal Security of Economic Development Agreements”. *Harvard International Law Journal* No. 29 (1988).
- Danós Ordóñez, Jorge. “Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú”. *Ius et Veritas*, N° 46, (2013).
- De Silva, Carlos. “El acto jurisdiccional”. *Insomnia*, No.21 (2004).
- Delaume, George. “Transnational Contracts: Applicable Law and Settlement of Disputes”. *Law and Practice* No. 8 (1983).
- Díaz- Candia, Hernando. *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje, Con Especial Referencia a la Aceptación del Arbitraje Contencioso-Administrativo*. Arazandi, 2001.
- Diez Picazo y Antonio Gullón, Luis. *Sistema de Derecho Civil*. Tomo 1. Madrid: Tecnos, 11ª edición, 2016.
- Dolzer, Rudolf y Scheuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Dumberry, Patrick. *International Investment Contracts*. En Gazzini, Tarcisio y De Brabandere, Eric (Ed.) *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*. Boston: Leiden, 2012.
- Frank, Sotonye. “Stabilisation Clauses and Foreign Direct Investment: Presumptions versus Realities”. *The Journal of World Investment & Trade*, No.16 (2015).
- Gehne, Katja y Brillo, Romulo. “Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment”. *NCCR Trade Regulation*, 2014.
- Gehne, Katja y Brillo, Romulo. *Stabilization Clauses in International Investment Law*:

- Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment*. Transnational Economic Law Research Center, 2017.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 8*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Granato, Leonardo y Oddone, Carlos Nahuel. “La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión”. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño*, Vol. VIII. No. 2 (2007).
- Huapaya Tapia, Ramón. “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal”. *Círculo de Derecho Administrativo*, No. 13 (2013).
- Ibáñez Najar, Jorge Enrique. “Alcance y Límites de las Potestades Reguladora y Reglamentaria. La división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario”. *Revista Vniversitas* (2013).
- Jaramillo, Pío. *Derecho Público Interno*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953.
- Jequier Lehedé, Eduardo. “La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, No. 1 (2013).
- Jeze, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo I*. Buenos Aires: Depalma, 1948.
- Larrea, Francisco. “Arbitrabilidad de los Actos Administrativos Contractuales”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, (2015).
- Maniruzzaman, AFM. “The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends”. *Journal of World Energy Law & Business*, Vol.1, No.2, (2008).
- Marín Vergara, Diana Carolina. *Contratos de estabilidad jurídica para la promoción de las inversiones: la experiencia colombiana*. Tesis de grado. Universidad de los Andes. Bogotá, 2013.
- Marrugo, Anderson. *Contratos de estabilidad jurídica en Colombia. Análisis de la ley 963 de 2005*. Tesis de Grado. Universidad de Cartagena. Cartagena, 2012.
- Moeller Gómez, Rommy. “La indemnización de perjuicios”. *Revista Jurídica Online*. goo.gl/5WTFy7
- Montes, Susana. “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”. *Revista de*

- Derecho Público. (2002).
- Morales, Marco. “Complejidad del arbitraje local cuando una de las partes pertenece al sector público”, *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*, Universidad Andina Simón Bolívar-Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social, 2014.
- Neira, Edgar. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Iuris Dictio*, No.11 (2007)
- Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones (6ta edición). Bogotá: Temis, 1998.
- Paasivirta, Esa. *Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty*. *British Yearbook of International Law*, 1989.
- Parra Benítez, Julián. “La teoría del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión como instrumentos que restablecen el equilibrio económico contractual en los Contratos Estatales” (2016) (digital). goo.gl/wBDkvJ.
- Pérez Dayán, Alberto. *Teoría General del Acto Administrativo*. México: Porrúa, 2003.
- Pérez, Efraín. “La noción de acto administrativo en el Derecho Público Ecuatoriano”. *Iuris Dictio*, No.5 (2005).
- Pizarro Wilson, Carlos. “Obligaciones y responsabilidad civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, No.13 (2009).
- Planiol, Marcel y Ripert, George. *Tratado práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones* (segunda parte), Argentina: Cultural, 1939.
- Posse Velásquez, Daniel. “Restricciones a las entidades colombianas para acudir al arbitraje internacional”. Citado en Aguilar, Juan Pablo. “Sobre las materias arbitrales en Derecho Administrativo”.
- Pothier, Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona: Rogers, 1839.
- Restrepo Soto, Daniel. “La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje”. *EAFIT Journal of International Law*. Vol. 5, No. 01, (2014).
- Rodríguez Ariza, Yenifer Siomara y Triviño Castillo, Mary Leidy. *Interpretación del estándar del trato justo y equitativo en inversiones extranjeras*. Tesis de grado. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, 2015.
- Rodriguez-Yong, Camilo y Martinez-Muñoz, Karol. “The Andean approach to stabilisation clauses”. *International Journal of Private Law*. Vol. 6, No. 1, (2013).

- Ruiz, Juan Guillermo y Criales, Mario Noel. *El alcance jurídico de la estabilización de normas tributarias*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- Salcedo Castro, Myriam. “Arbitrabilidad Subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”. Citado en: Silva Romero, Eduardo y Mantilla Espinoza, Fabricio. *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis, 2005.
- Şar, Meriç. *Stabilization Clauses in Investment Contracts*. goo.gl/oyXc9R
- Sarría, Felix. “Teoría del Acto Administrativo”. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*. No. 20 (1933).
- Silva Romero, Eduardo y Mantilla Espinoza, Fabricio. *El Contrato de Arbitraje: La formación del contrato de arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis, 2005.
- Singh, Jagriti. “Stabilization Clauses in Investment Contracts in Developing Countries”. (2015) <http://ssrn.com/abstract=2658185>.
- Smith Freehills, Herbert. *Stabilisation clauses- issues and trends*, 2010. goo.gl/dhWrDk.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge Press, 2010.
- Trayter, Juan Manuel. “El arbitraje de Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública*, No. 14, (1997).
- Vásquez Palma, María Fernanda. “Arbitralidad Objetiva: Delimitación e importancia”. *Revista Foro de Derecho Mercantil*, No 15 (2007).
- Vicent Chuliá, Francisco. “Arbitraje de Impugnación de Acuerdos Sociales. Acto Final”. *Anuario Justicia Alternativa*, N° 1 (2001).
- Zapata Suarez, Adriana. *Estatuto Arbitral Colombiano: La Norma sustancial aplicable al arbitramento internacional*. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

Jurisprudencia

- AGIP c. República Popular del Congo*. Laudo final, 30 de noviembre de 1979.
- Arabia Saudita c. Arabian American Oil Co.* Laudo final, 23 de agosto de 1958.
- Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-320 de 2006, 24 de abril de 2006.
- Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-155 de 2007, 07 de marzo de 2007.

Corte Constitucional. Caso No. 006-10-IA, 6 de abril de 2016.

Corte Nacional de Justicia. Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil. Juicio No. 710-2009, 31 de octubre de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio No. 409-2007, 04 de diciembre de 2007.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio No. 391-06, 13 de diciembre de 2006.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio No. 220/2001, 9 de enero de 2004.

Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Presidencia. Caso No. 41-2009-B.L, 22 de marzo de 2010.

Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. República de Libia. Laudo final, 12 de abril de 1977.

Texaco Overseas Petroleum Company c. República de Libia. Laudo final, 19 de enero de 1977.

Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Caso No. 010-06. *Andinatel c. Secretaría Nacional de Telecomunicaciones*, 30 de octubre de 2007.

Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Caso No. 077/09. *FISE c. CEPLAES*, 06 de julio de 2011.

Tribunal Constitucional. Caso No. 009-2002-TC, 21 de enero de 2003.

Plexo normativo

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, Segundo Suplemento de 7 de julio de 2017.

Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. Segundo Suplemento del Registro Oficial 056, 12 de agosto de 2013.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997.

Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. Suplemento del Registro Oficial 652 de 18 de diciembre de 2015.

Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, Oficio No. 13521 de 19 de abril de 2010, Registro Oficial 233 de 12 de julio de 2010.

Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. Registro Oficial 786 de 29 de junio de 2016.