



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**La insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica frente a la potestad normativa
del estado**

AUTORA:

Sotomayor González, Doménica Sofía

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

TUTOR:

Elizalde Jalil, Marco Antonio, PhD.

Guayaquil, Ecuador

20 de febrero de 2022



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Sotomayor González, Doménica Sofía**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

Elizalde Jalil, Marco Antonio, PhD.

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

Lynch Fernández, María Isabel, Mgs.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Sotomayor González, Doménica Sofía**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica frente a la potestad normativa del estado**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022.

LA AUTORA

f. _____

Sotomayor González, Doménica Sofía



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, Sotomayor González, Doménica Sofía

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica frente a la potestad normativa del estado**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022.

LA AUTORA:

f. _____
Sotomayor González, Doménica Sofía



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
REPORTE DE URKUND**

The screenshot shows the URKUND interface. On the left, there is a sidebar with document information: 'Documento' (2022-2-13_Tesis Doménica Sotomayor.docx), 'Presentado' (2022-02-14 14:50), 'Presentado por' (domenica.sotomayor@cu.ucsg.edu.ec), 'Recibido' (maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com), and 'Mensaje' (Tesis Doménica Sotomayor - Urkund). A progress bar indicates '0%' of 22 pages are composed of text from 0 sources. On the right, there is a 'Lista de fuentes' (Source List) table with columns for 'Categoría' and 'Enlace/nombre de archivo'. The table is currently empty. At the bottom, there is a navigation bar with icons for back, forward, and search, and a status bar showing '0 Advertencias', 'Reiniciar', and 'Compartir'.

TUTOR

f. _____
Elizalde Jalil, Marco Antonio, PhD.

LA AUTORA

f. _____
Sotomayor González, Doménica Sofía

AGRADECIMIENTO

A mis padres, por brindarme su apoyo incondicional
y depositar su confianza infinita en mí para cumplir mis sueños.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Zavala Egas, Leopoldo Xavier, Mgs.

Decano

f. _____

Reynoso Gaute, Maritza Ginaette, Mgs.

Coordinadora de UTE

f. _____

Pérez Puig-Mir, Nuria, Mgs.

Oponente



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

Carrera: Derecho

Periodo: UTE B-2021

Fecha: 20 de febrero de 2022

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **La Insuficiencia de las Cláusulas de Estabilidad Jurídica frente a la Potestad Normativa del Estado**, elaborado por la estudiante **Sotomayor González, Doménica Sofía** certifica que durante el proceso de acompañamiento dicha estudiante ha obtenido la calificación de **10 (DIEZ)** lo cual la califica como **APTA PARA LA SUSTENTACIÓN**.

f. _____

Elizalde Jalil, Marco Antonio, PhD.

Índice

Introducción	2
Capítulo I.....	3
1. Cláusulas de estabilidad jurídica	3
2. Régimen normativo de las cláusulas de estabilidad	4
2.1. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones	5
3. Suscripción de las cláusulas de estabilidad jurídica:.....	7
4. Potestad normativa del Estado	8
4.1. La supuesta afectación a la potestad normativa en virtud de las cláusulas de estabilidad jurídica	9
5. Conclusión parcial.....	10
Capítulo II	11
1. Modificación del ordenamiento jurídico por parte del Estado suscriptor de las cláusulas de estabilidad jurídica	11
2. Incumplimiento del Estado de la cláusula de estabilidad jurídica.....	12
3. La alternativa prevista por las cláusulas de equilibrio económico.....	15
3.1. Posición del Ecuador.....	19
Conclusión.....	22
Recomendaciones.....	24
Referencias	25

Resumen

Entre los aspectos que se consideran previo al inicio de una inversión, uno de ellos cobra mayor relevancia frente a los demás, siendo el grado de seguridad jurídica que cada país ofrece al inversionista. Es posible que la seguridad jurídica pueda ser protegida a través de ciertos mecanismos, encontrándose en este punto a las cláusulas de estabilidad jurídica. Por medio de la suscripción de este tipo de cláusulas, el Estado se compromete a no alterar las reglas del juego del inversionista, siendo este su propio ordenamiento jurídico. No obstante, el Estado bajo sus potestades legislativas, puede alterar los derechos y obligaciones del inversionista bajo la modificación de una norma estabilizada, aplicándola directamente al inversor. Desde esta perspectiva, existe un choque entre las cláusulas de estabilidad jurídica y su errónea pretensión de limitación a la potestad normativa estatal, pues tales limitaciones no son oponibles al Estado. Por tal motivo, el presente trabajo examinará la insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica, así como una cláusula alternativa que permitirá aliviar la tensión existente con la potestad normativa estatal.

Palabras claves: derecho de inversión, cláusulas de estabilidad jurídica, potestad normativa, cláusulas de equilibrio económico, incumplimiento contractual, contratos de inversión.

Abstract

Prior to the beginning of an investment, the degree of legal security that each state offers to the investor is one of the most relevant aspects to be considered. Legal security can be protected through certain mechanisms, such as legal stabilization clauses. By subscribing this type of clauses, the State compromises itself to not alter the rules of the game known by the investor, being its own legal system. However, under its legislative powers, the State may alter rights and obligations of the investor under the modification of a stabilized norm, applying it directly to the investor. From this perspective, there is a clash between legal stabilization clauses and their erroneous aim of limiting the State's legislative power since such limitations are not enforceable against the State. For this reason, this paper will explore the insufficiency of legal stabilization clauses, as well as an alternative clause that will alleviate the existing tension with the State's regulatory power.

Key words: investment law, legal stability clauses, regulatory power, economic equilibrium clauses, breach of contract, investment contracts.

Introducción

Con miras a un desarrollo económico, los Estados pretenden cumplir dentro de sus objetivos el fomento de las inversiones mediante mecanismos de protección a los proyectos productivos que se desarrollen. Ecuador, al igual que los demás países de América Latina, no es ajeno a dicho objetivo. A pesar de aquello, es común entre los demás países que se lo caracterice de incierto respecto de su marco jurídico.

Por consiguiente, entre la extensiva lista de mecanismos de protección para los inversionistas se encuentran las cláusulas de estabilidad jurídica, parte de las cláusulas de congelamiento. Las cláusulas de estabilidad jurídica, reconocidas por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cumplen con el propósito de garantizar, tanto a inversionistas nacionales como extranjeros, que las reglas de juego aplicables a su inversión se mantendrán inalterables durante un determinado lapso (Montalvo, 2016). Siempre que los países aseguren un marco jurídico estable aumentarán las posibilidades de atraer a un mayor número de inversionistas. Sin embargo, el mero hecho de la suscripción de una cláusula de estabilidad jurídica no significa que el Estado limite sus potestades normativas.

En virtud de lo expuesto, la finalidad del presente trabajo consiste en examinar la insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica para cumplir con el objetivo de que el Estado garantice seguridad jurídica al inversionista, aquello debido a que no limitan de forma alguna su potestad normativa. Para tal efecto, el Primer Capítulo se enfocará en las cláusulas de estabilidad jurídica, así como su reconocimiento normativo. Posteriormente, en el Segundo Capítulo se determinará que, a pesar de que el Ecuador reconoce en mayor grado las cláusulas de estabilidad jurídica, estas no han impedido que el Estado modifique su ordenamiento jurídico en contra del inversionista.

Por esta razón, se introducirán las cláusulas de equilibrio económico como una alternativa que ofrecen mayor protección al inversionista. Ante la falta de suficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica, a diferencia de estas, las cláusulas de equilibrio económico permiten que el Estado utilice su potestad normativa *so pena* de cumplir automáticamente -de ser así pactado- con una compensación “automática”, siendo un instrumento que constituye un verdadero mecanismo de seguridad para el inversionista.

Capítulo I

1. Cláusulas de estabilidad jurídica

Los contratos entre un inversionista y el Estado se caracterizan por una singular asimetría en la cual, por un lado, el privado goza de una posición económica y tecnológicamente superior para ejecutar el contrato, mientras que el estado, en uso de sus potestades, puede cambiar unilateralmente su legislación y afectar el contrato en cualquier momento (Dumberry, 2012). Cabe recalcar que esto se debe a que el Estado juega un doble rol, porque no solo es parte contractual, sino que también cuenta con atribuciones soberanas que puede utilizarlas en contra de la otra parte que se encuentra desprovista de ellas (Dumberry, 2012).

Para equilibrar la balanza entre las partes contractuales que intervienen en los contratos con el Estado, surgen las cláusulas de estabilidad para disminuir la posibilidad de que existan cambios drásticos en el ordenamiento jurídico donde se desarrolla la inversión, cambios que podrían afectar el equilibrio económico del contrato. Resulta un aspecto primordial para el inversionista conocer las reglas del juego del país en el cual empleará sus recursos, siendo esto imposible cuando el Estado tiende a caracterizarse de inestable por los cambios constantes en normas fiscales o regulatorias que le importan al privado para el inicio de su inversión (Pérez, 2015).

En tal sentido, según Núñez del Prado y Simó (2020), las cláusulas de estabilidad, tal como se desprende de su denominación, fijan los términos y condiciones de un proyecto de inversión, implicando un compromiso por parte del Estado anfitrión de no alterar el marco regulatorio que rige durante la vigencia y ejecución del contrato. De esta manera, por medio de las cláusulas de estabilidad se logran dos objetivos esenciales: (i) garantizar la previsibilidad del ordenamiento jurídico; y, (ii) ofrecer la posibilidad al inversionista de minimizar los riesgos y analizar la viabilidad de la ventura empresarial (Ortino, 2019).

En otras palabras, por medio de las cláusulas de estabilidad jurídica, el inversionista tiene la posibilidad de disminuir los riesgos a los que expone sus recursos según el contrato que será parte con el Estado. Así mismo, los Estados que incluyan las cláusulas de estabilidad se encuentran en una mejor posición frente a la competencia con otros países, porque les ofrecen a los inversionistas un entorno jurídico claro y estable que les permite calcular los beneficios del proyecto de inversión y la obtención de recursos para su fiel cumplimiento (Pérez, 2015).

En el caso de Ecuador, de acuerdo con la clasificación proporcionada por la doctrina, la ley reconoce que el tipo vigente de las cláusulas de estabilidad jurídica son las cláusulas de congelamiento, implicando que “congelan” las leyes vigentes durante la ejecución del contrato para evitar que el contenido de este contrato sea alterado (Castaño y Galeano, 2011). Al respecto, Pérez (2015) propone que dichas cláusulas se pueden pactar de diversas formas, como por ejemplo a través del compromiso del Estado de no modificar ninguna norma que afecte al inversor, o señalando expresamente las estipulaciones legales que no pueden variar, al momento de la celebración del contrato, para evitar que el Estado cambie unilateralmente los términos de este en caso de que se expida o modifique una determinada norma.

Por su parte, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encargó de prever el contenido y límites de las cláusulas de estabilidad. Como obligación -derivada de la norma-, el Estado y el inversionista deben señalar expresamente la normativa que será estabilizada, bajo la condición de que tal normativa sea relevante para el proyecto de inversión. De esta forma no se podrá congelar totalmente el ordenamiento jurídico sin razón alguna.

2. Régimen normativo de las cláusulas de estabilidad

Actualmente, la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el 2008 no hace alusión alguna a las cláusulas de estabilidad jurídica, a diferencia de lo que indicaba la Constitución Política de la República del Ecuador del año 1998, siendo una de las mayores innovaciones en la época. En efecto, la Constitución Política de 1998 establecía que: “Art. 271.- (...) El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas”.

Tan importante resultaba para el Ecuador asegurar estabilidad al particular que, adicional a la protección otorgada para los inversionistas en general, se ratificaba la estabilidad jurídica para los gestores delegados encargados de la provisión de servicios públicos. Es así como el artículo 249 de la Constitución Política de 1998 les reconocía a estos últimos que “(...) las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”.

Bajo los artículos citados previamente, a nivel constitucional, el Ecuador ya le reconocía derechos a los inversionistas que podrían ser invocados para evitar actos arbitrarios bajo la

excusa del uso de las potestades normativas absolutas del Estado. Por el lado contrario, la Constitución del año 2008 modificó y desapareció tales disposiciones.

Pese a que el artículo 285 de la Constitución de la República del 2008 es claro en indicar que uno de los objetivos específicos de la política fiscal es la “generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables”, esta ha guardado silencio absoluto respecto del reconocimiento de los convenios de estabilidad jurídica a nivel constitucional.

Sin perjuicio de que la Constitución de 2008 desapareció a las cláusulas de estabilidad de la esfera constitucional, aquello no se ha constituido como un impedimento para que otros cuerpos normativos recojan la estabilidad y las incorporen expresamente al ordenamiento jurídico ecuatoriano como un incentivo que se pacte de común acuerdo con los inversionistas en los contratos que las suscriban. De este modo se constituyen como un medio para atraer un mayor número de inversionistas al país.

2.1. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (en adelante “COPCI”) reconoce, en suma, dos tipos de estabilidad en los contratos de inversión, siendo la estabilidad tributaria y, de forma general, la estabilidad jurídica.

En primer lugar, se encuentra la estabilidad tributaria. A través del artículo 25 del COPCI (2010) se reconoce que, en los contratos de inversión, que pactan las condiciones de una inversión, el Estado puede otorgar estabilidad sobre los incentivos tributarios. El alcance de la estabilidad tributaria es determinado a través del artículo innumerado tercero a continuación del artículo 26 del COPCI (2010), limitándola a los siguientes: (i) impuesto a la renta respecto de todas las normas que determinen la base imponible y la cuantía del tributo a pagar; (ii) impuesto a la salida de divisas y otros impuestos directos nacionales respecto de las tarifas y exenciones de cada impuesto; y, (iii) el impuesto al valor agregado respecto de sus tarifas y exenciones en caso de tratarse de inversiones de minería metálica a mediana y gran escala. De lo anterior se colige que la ley se ha encargado de enlistar taxativamente el ámbito de protección tributaria de las cláusulas de estabilidad.

Frente a la estabilidad de carácter tributario es importante indicar que su finalidad no es otra que congelar, como beneficio, ciertos tributos en las mismas condiciones de cuando se

suscribieron los contratos de inversión o contratos de delegación. Tal incentivo se encontrará vigente exclusivamente hasta su fecha de terminación.

Cabe subrayar que la estabilidad tributaria tampoco implica que “el inversionista deja de pagar los impuestos, sino por el contrario que estos van a poder determinar y pagar sus impuestos aplicando las mismas condiciones y tasas vigentes a la suscripción del convenio” (Byrne y Joo, 2009). De la misma forma, sobre la estabilidad tributaria Sheppard (2000) manifiesta que: “se trata entonces de “congelar” la carga impositiva vigente a una fecha determinada, la misma que se mantendrá inalterable, indistintamente si los cambios en la legislación alteran la estructura de los tributos a favor del contribuyente o del Estado”.

En segundo lugar, de una manera amplia, el COPCI (2010), mediante reforma agregada por la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19 publicada en el Registro Oficial Suplemento 587 del 29 de noviembre de 2021, introduce la estabilidad jurídica para otros contras. La ley antes señalada indica que, adicional a la estabilidad tributaria que se pacte en los contratos de inversión, el Estado puede otorgar estabilidad jurídica de la normativa sectorial específica que se declare como esencial en los contratos de concesión u otros títulos habilitantes para la gestión de sectores estratégicos, para la provisión de servicios públicos, o cualquier otro documento emitido por el ente competente en materia de inversiones.

2.2. Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera

Desde la inclusión de la modalidad de delegación para la prestación de servicios públicos o participación en sectores estratégicos a través de las asociaciones público-privadas, como un instrumento atractivo, también se incluyó el reconocimiento de la estabilidad jurídica. El artículo 15 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (2015) (en adelante “Ley APP”) recalca que la estabilidad jurídica: “se extiende a los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en los correspondientes contratos de gestión delegada”.

Es importante mencionar, para efectos del presente trabajo, el artículo 10 del Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (2016). El artículo antedicho, expresamente mencionaba que, por la

existencia de la garantía de estabilidad jurídica prevista en la ley, esta de ninguna forma configuraba una renuncia del Estado a su capacidad regulatoria.

Como se evidenciará en secciones posteriores, a pesar de que no necesariamente debía establecerse en una ley dicha precisión, el Reglamento si ratificaba que la potestad normativa se ejercería de forma regular sin perjuicio de la suscripción de las cláusulas de estabilidad jurídica. Sin embargo, el Reglamento en mención fue derogado por el Reglamento de Asociaciones publicado en el Registro Oficial Suplemento 333 del 19 de noviembre de 2020, por lo que hoy en día dicha ratificación no existe.

3. Suscripción de las cláusulas de estabilidad jurídica:

De la normativa antes citada que reconoce a las cláusulas de estabilidad jurídica, se podría arribar a dos criterios: (i) que estas cláusulas únicamente están previstas para los contratos de inversión o contratos de gestión delegada; y, (ii) debido a que la ley de forma expresa solo las prevé para esta clase de contratos, no se pudieran pactar en otros tipos de contratos que suscriba el Estado con inversionistas. Ante esto, resulta necesario realizar ciertas aclaraciones bajo el supuesto de que, en efecto, las cláusulas de estabilidad jurídica pueden ser pactadas en los contratos si el Estado así lo quisiera, indistintamente de su reconocimiento normativo.

Es cierto que el Estado, bajo el principio de legalidad, se encuentra sometido a la ley, la cual limita sus posibilidades de actuación (Fernández y García de Enterría, 1989). Aún así, cuando la Administración entra al plano contractual, se le permite tener la libertad contractual para pactar las cláusulas que consideren necesarias de acuerdo con el tipo del contrato que se suscriba.

La libertad contractual que posee también el Estado permite que este utilice una serie de reglas o cláusulas especiales -por su propia discreción- bajo los márgenes de libertad dispositiva que existen en el derecho privado (Fernández y García de Enterría, 1989). La única limitación que se deriva es que dichas cláusulas no contravengan el interés general.

Tanto es así que, tomando como referencia el inciso tercero del artículo 76 del Código Orgánico Administrativo (2017), los contratos de gestión delegada se formularán según las mejores prácticas internacionales y salvaguardando el interés general. De este artículo se podría asimilar la existencia de la libertad contractual del Estado antes mencionada, con la limitación de que este siempre se encuentra sujeto al bien común. Así mismo, si al Estado se

le permite pactar cláusulas exorbitantes -sin estar contempladas cada una en la ley-, no debería existir prohibición alguna para que se pacten cláusulas de estabilidad jurídica en cualquier tipo de contrato que suscriba con un inversionista.

Adicionalmente, en torno al principio *pacta sunt servanda*, el Estado ya podía pactar las cláusulas de estabilidad jurídica con anterioridad a la expedición de las leyes mencionadas, o, en el caso de que el Estado desaparezca las cláusulas de estabilidad de su ordenamiento jurídico, estas continuarán en plena vigencia. Independientemente de si la ley no contemplara la posibilidad de pactar estas cláusulas, en los contratos administrativos que las quieran incluir, lo pueden hacer libremente, pues este contrato es “ley para las partes” en el sentido de que sus cláusulas son la sustancia de lo que las partes han querido regular (Covielli, 2011).

4. Potestad normativa del Estado

Frente a la existencia de las cláusulas de estabilidad jurídica, cierta parte de la doctrina ha afirmado que estas constituyen una afectación o limitación -inaceptable- a la potestad normativa del Estado. Tal afirmación, además de considerarse una posición restrictiva, puede considerarse errónea.

Para esto, debemos remitirnos a los conceptos básicos detrás de las potestades públicas para comprender su relación con las cláusulas de estabilidad jurídica. En palabras de García de Enterría y Fernández (2017), la potestad determina el poder de actuar de la Administración Pública frente a círculos genéricos de particulares, que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos a los cuales los particulares están obligados a soportar; dichos efectos jurídicos pueden provocar un gravamen, creando obligaciones, deberes, cargas o restricciones.

Entre estas potestades se encuentra la potestad normativa, que consiste en la potestad del Estado para dictar leyes, reglamentos y otros actos normativos de carácter administrativo. La característica fundamental de la potestad regulatoria radica en que, al tratarse de leyes o actos normativos de carácter administrativo definidos por el Código Orgánico Administrativo, estos constituyen actos producto de una potestad de supremacía general, es decir, sujetan a todos los ciudadanos de forma general (García de Enterría y Fernández, 2017).

4.1. La supuesta afectación a la potestad normativa en virtud de las cláusulas de estabilidad jurídica

Toda vez que las leyes -en su concepto más amplio- producen efectos generales, es cuestionable su colisión sobre aquellos contratos que contemplan cláusulas de estabilidad jurídica frente al Estado. Al respecto, Carpio (2018) ha señalado que ciertos autores discuten que la cláusula de estabilidad impone restricciones al derecho soberano de un Estado a ejercer su prerrogativa legislativa dentro de su propio territorio.

Tal discusión se restringe al hecho de que, por la suscripción de una cláusula de estabilidad, el Estado jamás podrá legislar sobre lo protegido. Sin embargo, se debe subrayar que lo que se congela no es en sí la prerrogativa legislativa del Estado, aquello no tiene cabida, lo único que se congela es el ordenamiento jurídico para que este se mantenga en las mismas condiciones que se suscribió el contrato con la cláusula de estabilidad.

Se debe agregar que los tribunales arbitrales, específicamente en arbitrajes de inversión, no son ajenos a la posición antes mencionada. Es así como, Núñez del Prado y Simó (2020), citando un extracto del caso AGIP SPA en contra de la República Popular del Congo, puntualizan que las cláusulas de estabilidad, libremente aceptadas por el gobierno, no afectan su poder legislativo y regulatorio soberano respecto de las personas con quien no tiene obligación alguna, mientras que contra la parte contractual que las estipula simplemente no puede invocar ningún cambio legislativo.

Así mismo, es importante destacar que, contrario al pensamiento de que las cláusulas de estabilidad jurídica constituyen una limitación a las potestades soberanas del Estado, en principio la posibilidad de pactar estas cláusulas son un acto manifestación de soberanía en sí (Dumberry, 2012).

¿Cómo se plasma la soberanía estatal en la suscripción de las cláusulas de estabilidad jurídica? A través de la posibilidad que tiene el mismo Estado de restringirse a sí mismo y auto limitar, de manera temporal, el ordenamiento jurídico para la suscripción de un contrato que conlleva una inversión significativa detrás.

Bernal (2013) ratifica que, dejando a un lado las competencias legislativas del Estado, “las cláusulas de estabilización pretenden proteger al inversor frente al riesgo legislativo; por ejemplo, de la modificación de la situación contractual por un acto legislativo”. El riesgo

antedicho no se crea por la mera promulgación de legislación protegida por la cláusula de estabilidad jurídica, manteniéndose intacta la posibilidad del Estado de modificar y actualizar su ordenamiento jurídico acorde a su necesidad, pero estas alteraciones no son aplicables al inversionista *vis-a-vis* con el Estado (Carpio, 2018).

5. Conclusión parcial

Como se ha expuesto, el efecto de las cláusulas de estabilidad jurídica consiste en que, una vez suscritas, el Estado no puede aplicar al contratista ninguna ley o acto normativo administrativo que modifique la situación legal del inversor (Núñez del Prado y Simó, 2020). De ahí que al inversionista poco le importa que el Estado se abstenga de modificar su legislación indistintamente, pues el verdadero objeto de las cláusulas de estabilidad es que los efectos de la promulgación de nuevas normas o modificación de las existentes no afecten a la inversión (Carpio, 2018).

Dicho de otro modo, el alcance de las cláusulas de estabilidad jurídica sobre la potestad reguladora del Estado entra en conflicto cuando el Estado decide, en efecto, aplicar una norma protegida por las cláusulas de estabilidad. El problema se agrava aún más cuando el Estado se encuentra obligado a hacer cumplir sus leyes vigentes a todos los particulares, incluyendo a las inversionistas, por lo que se configura el incumplimiento contractual. Los inversionistas en este punto no encontrarían la seguridad jurídica que anhelan tener en el país en el cual desarrollan su inversión, tal como se examinará a continuación.

Capítulo II

1. Modificación del ordenamiento jurídico por parte del Estado suscriptor de las cláusulas de estabilidad jurídica

Frente a la existencia de las cláusulas de estabilidad jurídica, es posible insistir en su propósito, el cual se orienta a que el país anfitrión tenga una verdadera seguridad jurídica que pueda ofrecerse al inversionista. En materia de inversiones, no existiría entonces una expresión más clara de la intención de mantener la seguridad jurídica que, a pesar de su capacidad de innovación legislativa, el Estado aún así se obligue a mantener un determinado régimen jurídico a favor del inversionista que decidió arriesgar sus recursos en dicho país (Burga, 2016). Este no es otro que el *deber ser* de las cláusulas de estabilidad jurídica.

De manera específica, bajo la seguridad jurídica pretendida antes mencionada, las cláusulas de estabilidad le generan al inversionista la denominada “expectativa legítima”, siendo aquella expectativa de que no se alterarán unilateralmente los términos de un contrato bajo la supuesta justificación del uso de la potestad soberana estatal. Así las cosas, esas expectativas se basan enteramente en las condiciones que el Estado haya ofrecido al inversionista -como la inalterabilidad del ordenamiento jurídico-, y, este último, debió haberse basado en ellas al decidir la realización de la inversión (Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. La República del Ecuador, 2008).

Resulta ambicioso el pensamiento de que, en países de América Latina, su ordenamiento jurídico no cambie, y, las cláusulas de estabilidad jurídica tampoco constituyen un impedimento para aquello; pese a que se pacten como un compromiso estatal oponible jurídicamente para evitar situaciones de imprevisibilidad e inestabilidad (Castaño y Galeano, 2011).

Desde luego, la suscripción de las cláusulas de estabilidad jurídica le crean al inversionista la legítima expectativa de la inalterabilidad del ordenamiento jurídico, sin embargo, nada obsta que esta sea frustrada por el Estado (Maniruzzaman, 2007). Tal frustración de las cláusulas de estabilidad jurídica, que podrían relevar una deficiencia de aquellas, ocurre debido a que es imposible que el Estado, por razones de bien común, no pueda modificar su ordenamiento jurídico en caso de considerarlo necesario.

Por ende, tal como citan Núñez del Prado y Simó (2020) a Cotula, lo que el Estado debería hacer para evitar un incumplimiento a las cláusulas de estabilidad sería o diseñar los cambios normativos para evitar su aplicación a las inversiones en curso o simplemente no aplicarlos a los inversionistas. Por otro lado, sin perjuicio de que según la normativa ecuatoriana únicamente se congelan las normas relevantes para la inversión, para evitar que el Estado incumpla estas cláusulas existe la posibilidad de que se reserve su derecho unilateral de revisar la normativa estabilizada cuando se trate de un posible incumplimiento de normas que -a pesar de ser relevantes para la inversión- deben modificadas por razones ambientales, sociales o de derechos humanos (International Energy Charter, 2017).

De lo mencionado previamente, Carpio (2018) explica que el ejercicio de la potestad soberana del interés público no puede negarse en el contexto de las cláusulas de estabilización, pues independientemente de si se pactaron o no, el Estado siempre conservará incluso su potestad para aplicar la norma modificada al inversionista protegido por la inversión. Por ende, la afectación al inversionista no surge entonces por la promulgación o modificación de una ley cubierta por la cláusula de estabilidad, sino cuando el Estado decide aplicarla al inversor y altera las condiciones del contrato.

El problema radica en que la autoridad de las cláusulas de estabilidad, como cualquier otra cláusula de protección al inversionista, recae en la autonomía de la voluntad de las partes, pero cuando la soberanía del Estado entra en conflicto con tal cláusula, siempre igual prevalecerá el interés general sobre el interés del inversionista extranjero (Maniruzzaman, 2007). Adicionalmente, cierta parte de la doctrina ha enfatizado que, desde la perspectiva del Estado, se denota la insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica ya que la posibilidad de promulgar o modificar leyes es una expresión de soberanía, y la esperanza de que el Estado no pueda hacerlo por la existencia de una cláusula contractual es un absurdo (Castaño y Galeano, 2011). Desde este punto se justifica la posibilidad de que el Estado pueda modificar una norma protegida por la cláusula de estabilidad.

2. Incumplimiento del Estado de la cláusula de estabilidad jurídica

Bajo el supuesto de que el Estado modifique el orden normativo protegido por una cláusula de estabilidad, en los distintos contratos que la contengan, aquello en sí no constituye un incumplimiento a la cláusula como tal. En consecuencia, surge la necesidad del estudio de la naturaleza de la obligación derivada de la cláusula de estabilidad jurídica.

Si bien es cierto que la doctrina enseña que las cláusulas de estabilidad jurídica obligan al Estado a mantener el ordenamiento jurídico existente durante un periodo determinado, según la ejecución del contrato, la obligación del Estado radica en una prohibición de que este emplee sus medios legislativos para alterar los derechos u obligaciones del inversionista, o para obstaculizar la ejecución del contrato (Dumberry, 2012). Es decir, la inalterabilidad como finalidad de las cláusulas de estabilidad jurídica implica que el Estado no pueda, *so pretexto* de la aplicación general de una norma jurídica como parte de sus potestades soberanas, aplicarla directamente al inversionista para modificar unilateralmente los términos de un contrato.

A raíz de esta prohibición que imponen las cláusulas de estabilidad al Estado, sobre la naturaleza de la obligación, Carpio (2018) acertadamente indica 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 la obligación que asume el Estado a través de una cláusula de estabilidad tiene como prestación un no hacer.

Al tratarse de una obligación de no hacer, el incumplimiento se configura a través de la realización del acto que el deudor se prometió abstenerse, siendo en consecuencia toda aplicación al inversionista de las alteraciones que sufrió la normativa estabilizada (Carpio, 2018). En otras palabras, la aplicación al inversionista ocurre a través de un acto administrativo. Mediante el acto administrativo, el Estado crea una situación jurídica individual al inversionista, que lo obliga entonces a acatar una norma -protegida por la cláusula de estabilidad- que se modificó, y, peor aún, dicha modificación de la norma cambia unilateralmente los términos del contrato (Carpio, 2018).

A propósito, Burga (2016) considera que no existe renuncia a la potestad de legislar por parte del Estado mediante el compromiso adquirido por las cláusulas de estabilidad jurídica, sino que simplemente se abstiene de la aplicación de las normas posteriores al régimen estabilizado a la fecha de la suscripción de dichas cláusulas. Ante el incumplimiento del Estado bajo la excusa del uso de sus potestades legislativas para modificar el contrato, al inversionista se le otorga la posibilidad de reclamar una indemnización mediante los distintos métodos de resolución de controversias previstos en el contrato o la ley.

En ese marco, al inversionista le corresponde demostrar la forma en que el Estado aplicó un acto normativo nuevo o modificado que se encontraba cubierto por la cláusula de estabilidad, para así probar su incumplimiento. En palabras de Carpio (2018): “esta aplicación debe irrumpir y causar una alteración del equilibrio económico del contrato, esto debido a que los riesgos y cargas se fijaron bajo el entendido de que ninguna modificación en la normativa estabilizada afectaría la inversión”.

El incumplimiento a una cláusula de estabilidad jurídica se traduce a una aplicación de la norma protegida y modificada que altere el equilibrio del contrato, permitiéndole al inversionista exigir una indemnización al Estado. Lo anterior es una simple demostración de la causa y el efecto de la cláusula de estabilidad jurídica, en el que igual, por su incumplimiento, el inversionista no cuenta con seguridad o posibilidad alguna del reequilibrio del contrato modificado. Por lo tanto, aunque las cláusulas de estabilidad jurídica pretendan “congelar” la normativa durante la ejecución del contrato, no son eficaces para mitigar los riesgos del proyecto de inversión.

¿Por qué? Porque a pesar de la suscripción de las cláusulas de estabilidad jurídica, siempre existirá el riesgo de que el Estado aplique -en cualquier momento- una norma modificada al contrato. No hay protección adicional, aunque sea cierto que siempre queda íntegra la posibilidad de exigir una indemnización, debiendo tomar en cuenta que los recursos invertidos en la ejecución del contrato generalmente serán una pérdida total para el inversionista al no poder continuar con la ejecución de un contrato desequilibrado económicamente.

Según se ha explicado, previo a la suscripción de un contrato público que involucre una inversión por parte de un particular, el inversionista debe prever los costos, riesgos y beneficios derivados de la ejecución de este. Es decir, es bajo ese conocimiento de la situación del Estado y, con la suscripción del contrato que involucre una inversión, que se pretende la conservación del equilibrio económico del contrato.

La Corte Nacional de Justicia se ha referido al equilibrio económico financiero en la doctrina administrativa como “el mantenimiento de la equivalencia entre las ventajas y las cargas como habrían sido calculadas, exactamente o no, en el momento de perfeccionamiento el contrato” (Expediente de Casación 409, 2009). Al incorporar las cláusulas de estabilidad jurídica, el inversionista calcula los riesgos asumiendo la permanencia de la normativa

estabilizada, por lo que la aplicación de cualquier variación es un quiebre en el equilibrio económico financiero del contrato (Carpio 2018).

Es el caso de que la aplicación de la norma estabilizada afecta el equilibrio económico del contrato, siendo dicha circunstancia excepcional y anormal para el inversionista, escapando de toda previsión razonable que se tuvieron en cuenta al momento de formular la propuesta y celebrar el contrato (Rodríguez, 2011). Es cierto que de todas formas los inversionistas pudieran considerarlo la inestabilidad jurídica como un riesgo, pero bajo la cláusula de estabilidad jurídica supuestamente se plasma de forma explícita el compromiso del Estado como cualquier otra parte contractual. Nada impide que se incumpla.

En esta situación, no existe otra circunstancia más excepcional que la aplicación de una norma estabilizada como un incumplimiento a la cláusula de estabilidad jurídica, la cual obliga a que el Estado responda por una indemnización ante el inversionista. Según se destacó previamente, esa sería la única consecuencia, que obliga a que el inversionista active los mecanismos de controversias plasmados en los contratos, además que debe probar ciertos interrogantes como ¿la normativa modificada está cubierta por la cláusula de estabilidad? O ¿la aplicación de la norma modificada y estabilizada afecta el equilibrio económico del contrato? Dichas cuestiones complican la exigencia de indemnización al Estado.

También podría ocurrir que, además del incumplimiento, la aplicación de la normativa modificada puede ser de tal magnitud que -como generalmente ocurre- conlleven a la resolución del contrato bajo el cual se ejecutaba una inversión debido a la excesiva onerosidad de la prestación (González-Otoya, B. & Masnjak, D., 2020).

Ante la falta de protección que igual existe bajo las cláusulas de estabilidad jurídica frente a la potestad reguladora del Estado, surge la posibilidad de contemplar otras alternativas para aliviar la tensión que exista entre las cláusulas antedichas y la posibilidad de modificación del ordenamiento jurídico “protegido” por ellas; esto es mediante la inclusión de cláusulas de equilibrio económico como una protección adicional al inversionista.

3. La alternativa prevista por las cláusulas de equilibrio económico

Llegado a este punto, independientemente del hecho de que las cláusulas de estabilidad jurídica aún siguen siendo un instrumento utilizado por los países para la atracción de los inversores, no significa que sea la única cláusula que alivia los riesgos de inestabilidad que

enfrentan los ordenamientos jurídicos. De esta manera, como alternativa de las cláusulas de estabilidad jurídica, surgen las cláusulas de equilibrio económico.

De acuerdo con Gonzales-Otoya y Masnjak (2020), mediante la incorporación de cláusulas de restitución del equilibrio económico, el Estado ya no se compromete a mantener sin cambios o inaplicar las variaciones del régimen estabilizado, sino que se asegura al inversionista que no sufrirá los efectos económicos de dichos cambios. En otras palabras, prevén que el Estado cambie la normativa estabilizada, bajo la anticipación de que existirá una manera de equilibrar la balanza del contrato que pudo ser afectada por los cambios antedichos.

Las cláusulas de equilibrio también son parte del género de las cláusulas de estabilización, con el objeto de que, en el caso de que el Estado modificó la norma estabilizada, este debe atenerse a las consecuencias. Es decir, si el Estado cambió la norma produciendo un cambio adverso a la posición del inversionista, las cláusulas de equilibrio económico obligan a que las partes busquen una solución que restituya la posición económica en la que se encontraba el inversionista previo al cambio normativo (Luttrell y Murphy, 2019).

En vista de que se ha demostrado la insuficiencia cláusulas de estabilidad jurídica no previenen la aplicación de normativa nueva o modificada -distinta a la normativa protegida-, es crucial advertir que tal situación evidentemente tampoco lo previenen las cláusulas de equilibrio económico. La distinción se encuentra en que, frente a las cláusulas de estabilidad jurídica, una vez aplicadas las normas distintas a las estabilizadas, el Estado incumple con la cláusula y el inversionista tiene derecho a una indemnización. Por el contrario, frente a las cláusulas de equilibrio económico, el Estado podría aplicar una norma distinta a la estabilizada por el contrato, pero no se configura el incumplimiento siempre que compense al inversionista por los cambios al contrato.

Por consiguiente, lo que ocurre es que, en vez de prevenir los cambios normativos, ante la aplicación de estos se activan las cláusulas de equilibrio económico para absorber los cambios que afecten al contrato (Luttrell y Murphy, 2019). A la final, frente la existencia de tanto una cláusula de estabilidad jurídica o como una cláusula de equilibrio económico, siempre que el Estado modifique el ordenamiento jurídico estabilizado, estos cambios siempre arrastrarán un precio por pagar a favor del inversionista (Núñez del Prado y Simón, 2020).

No obstante, las cláusulas de equilibrio económico han demostrado ser efectivas para, no solo que permitir que el Estado utilice su potestad normativa a su antojo, sino que se configuran como un medio que aseguraría la seguridad jurídica siempre y cuando se cumpla con la negociación o compensación pactada. Al introducirse los cambios en la normativa que en un principio debía mantenerse estabilizada, el Estado asume el costo de la implementación de estas nuevas normas que modifican los términos en los que se desarrolla una inversión (Castaño y Galeano, 2011).

Como primera ventaja de las cláusulas de equilibrio económico, estas ofrecen una oportunidad de consulta entre el Estado y el inversor, en aras de mantener la buena fe en la ejecución de un contrato y por ende la inversión, para que cualquier alteración al equilibrio del contrato les permita la renegociación de sus términos para el beneficio de ambas partes (Maniruzzaman, 2007). Al respecto, Brillo y Gehne (2014) indican que estas cláusulas contribuyen a la estabilidad en la relación Estado-inversionista, pues al reajustar el equilibrio económico se mantiene la atmósfera de negociación entre las partes ante los cambios normativos. Mientras tanto, como ocurre en el caso de las cláusulas de estabilidad jurídica, perdura la tensión de pretender interferir en la potestad legislativa estatal y las expectativas del inversionista que conllevan a conflictos e incumplimientos contractuales (Brillo y Gehne, 2014).

De forma general, surgen dos consecuencias de las cláusulas de equilibrio económico: (i) al ser los cambios en la ley posteriores a la celebración del contrato que contiene una inversión, el inversionista está obligado a cumplirlos; y, (ii) bajo la cláusula el Estado debe o indemnizar a los inversionistas por los costos en los que incurran o indemnizar por los daños económicos que sufran como consecuencia de la nueva legislación, generalmente mediante una forma prevista en la misma cláusula (Núñez del Prado y Simó, 2020).

Como segunda ventaja de las cláusulas de equilibrio, es posible destacar que en estas las mismas partes prevén el efecto de la aplicación de la norma modificada sobre un contrato con inversión. Esto les permite contar con una mayor flexibilidad respecto de su redacción.

El efecto de las cláusulas de equilibrio económico se debe entender como la forma de resarcimiento al inversionista por parte del Estado, lo que conlleva a una clasificación de estas. Entre las variedades de cláusulas de equilibrio económico, Maniruzzaman (2007) explica que estas pueden: (i) estipular la compensación para el balance económico, como por ejemplo el

factor de corrección automático al contrato; (ii) no especificar la restitución del equilibrio económico, pero dejar abierta la obligación a restituirlo, dependiendo enteramente de las partes; y (iii) las cláusulas de renegociación de equilibrio económico, que requieren una negociación previa entre las partes antes de realizar las modificaciones al contrato. Todas estas versiones de cláusulas tienen una característica en común, siendo la de buscar tratar el impacto económico de dicho cambio en el acuerdo originalmente alcanzado, para establecer así un marco más o menos detallado para su conservación (Cameron, 2020).

Respecto de la segunda y tercera clasificación de las cláusulas de equilibrio económico, estas suelen denominarse cláusulas de “adaptación” o “renegociación” (Luttrell y Murphy, 2019). Sin embargo, se debe precisar que, en vista de que le corresponde a las partes fijar la compensación o los nuevos términos del contrato debido al desequilibrio causado por el Estado, esto siempre será un acto que dependerá del mutuo consentimiento de las partes. En ese caso, tampoco serían suficientes para limitar la actuación estatal dado que, según Luttrell y Murphy (2019), citando al tribunal arbitral en el caso *Aminoil c. Kuwait* “una obligación para negociar no es una obligación para acordar”.

Por ello, el mayor beneficio lo ofrecen las cláusulas que estipulan el balance económico expresamente en el contrato. Las cláusulas de este tipo modifican automáticamente el contrato según lo que estipularon las partes al momento de la suscripción del contrato, con la finalidad de encontrar nuevamente el equilibrio entre las prestaciones (Brillo y Gehne, 2014). En estos casos, la doctrina toma como ejemplo los contratos de participación de petróleo que se suscribían en el Ecuador, los cuales estipulaban un factor de corrección automático en el reparto de petróleo entre las partes según la cláusula de equilibrio económico (Brillo y Gehne, 2014).

La presencia de una disposición de equilibrio económico proporciona otra capa de protección al inversionista, y, en el caso de que estas estipulen la forma del balance económico, se les permite a las partes establecer disposiciones específicas sobre los recursos o compensaciones monetarias en caso de violación a una cláusula de estabilidad (Maniruzzaman, 2007). Así se asegura el inversionista del actuar del Estado para equilibrar y continuar con la ejecución del contrato.

Como tercera ventaja, si bien las cláusulas de estabilidad jurídica intentan prevenir inestabilidad jurídica, son las cláusulas de equilibrio económico las que se constituyen como

un incentivo a la protección a la seguridad jurídica. Aquello se debe al incentivo al Estado de restringirse de aplicar las modificaciones a la ley a los inversionistas, puesto que deberá responder a la variación del equilibrio económico según la forma pactada tal como se ha analizado (Luttrell y Murphy, 2019).

Para recapitular, las cláusulas de equilibrio económico se anticipan a la afectación de un contrato por la modificación al ordenamiento jurídico, en vez de limitarse a congelarlo como las cláusulas de estabilidad jurídica; que, como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, no impiden ni son limitación alguna para el ejercicio de la potestad reguladora del estado.

3.1. Posición del Ecuador

A pesar de que se ha demostrado que las cláusulas de estabilidad jurídica, según la doctrina, son insuficientes frente a la potestad reguladora, Ecuador en sus últimas reformas al COPCI y Ley APP la ha adoptado como incentivo o atracción a los inversionistas. Su reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico puede considerarse un acierto, pues a la final son un mecanismo adoptado que puede interesar a los inversionistas.

Empero, en la actualidad las cláusulas de equilibrio económico están reemplazando las clásicas cláusulas de estabilidad, esto bajo la idea de que el objetivo de estas últimas cláusulas no es congelar el ordenamiento jurídico, sino que, permite enmendar el contrato bajo la aplicación de normas que fueron posteriormente modificadas, mientras se mantiene el equilibrio económico entre los derechos y obligaciones de las partes (Dumberry, 2012). Por el contrario, en Ecuador continúan prevaleciendo, a nivel normativo, las cláusulas de estabilidad jurídica, quedando claro que afectan en poco o nada la facultad de autoregulación del Estado, permaneciendo como una prerrogativa que se mantiene intacta. Cabe destacar que, en su momento, Ecuador si contemplaba en su ordenamiento jurídico una forma de reestablecimiento de equilibrio económico en virtud de la modificación de su ordenamiento jurídico, especialmente en los contratos de participación en la exploración y explotación de Hidrocarburos.

Como ejemplo, en el 2004, el artículo Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos -actualmente derogado- contemplaba que: “Art. 16.- Estabilidad económica: Los porcentajes de las partes en la producción del área del contrato serán ajustados cuando el sistema tributario aplicable al contrato haya sido modificado, para

restablecer la economía del contrato, vigente hasta antes de la modificación tributaria”. Bajo este artículo se celebraron una serie de contratos de participación que, por incumplimientos imputables al Estado, fueron objeto de análisis para arbitrajes de inversión.

Para el presente trabajo resulta relevante destacar uno, siendo la apreciación del Tribunal Arbitral sobre la “cláusula de modificación tributaria” en el caso Burlington Resources Inc. c. Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/5). Es preciso mencionar que, a pesar de que el Tribunal Arbitral las denominó cláusulas de modificación tributario, la doctrina se han referido a aquellas como una cláusula de equilibrio económico, específicamente del tipo que estipulan el balance económico, siendo las que ofrecen mayor beneficios para los inversionistas (Brillo y Gehne, 2014).

En el arbitraje antedicho, el Tribunal Arbitral analizó en la decisión de responsabilidad una cláusula de modificación tributaria contenida en dos contratos de participación celebrados con el Ecuador que fueron sometidos a su conocimiento. En resumen, los contratos de participación en disputa contenían una cláusula de modificación tributaria, la cual establecía que, en caso de modificación del régimen tributario, creación o eliminación de tributos, vigentes a la fecha de la suscripción del contrato y que afecten su economía, se incluirá un porcentaje de participación que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria. Este factor de corrección se calcularía por acuerdo entre las partes y con el procedimiento previsto en la ley.

Ante la cláusula analizada por el Tribunal, se llegó a la conclusión, a pesar del intento del Estado de deslindarse de su obligatoriedad al ser supuestamente “cláusulas de renegociación”, de que estas cláusulas eran obligatorias para las partes, al encomendarles la aplicación de un factor de corrección en conjunto con la finalidad de corregir el impacto de la modificación tributaria sobre la economía del contrato (Burlington Resources Inc. c. Ecuador, Decisión sobre Responsabilidad, 2012). Esta cláusula, en consecuencia, compensaba los efectos de los cambios tributarios sobre la base económica en virtud de la cual las partes suscribieron el contrato (Burlington Resources Inc. c. Ecuador, Decisión sobre Responsabilidad, 2012).

Por la obligación de compensación que ya se plasmaba desde la suscripción de los contratos, y con laudos arbitrales en contra por su incumplimiento, no hay duda del porqué Ecuador ha preferido optar por cláusulas de estabilidad jurídica. Esto es debido a que las

cláusulas de equilibrio económico -si estipulan la forma de balance- disponen de la compensación necesaria, a favor del inversionista, que se encuentra obligado el Estado a asumir cuando modifica una norma protegida por el contrato. El Estado, por su parte, no siempre cuenta con los recursos para compensar instantáneamente el equilibrio afectado por la modificación del contrato, por lo que cobra relevancia la preferencia a las cláusulas de estabilidad jurídica que no cuentan con una solución “instantánea” para el inversor. La situación es distinta para el inversionista, pues resulta ineficaz una cláusula de estabilidad jurídica si no limitan de forma alguna el poder regulatorio del Estado frente a los contratos suscritos con este.

Hoy en día nuevamente se encuentran incorporando, paulatinamente, el reconocimiento a las cláusulas de equilibrio económico. Un avance palpable se encuentra en la Política de Hidrocarburos para el Desarrollo del Sector Hidrocarburífero, emitido mediante el Decreto Ejecutivo 95 del 14 de julio de 2021. Esta política, oportunamente, conmina en su artículo cuarto a que el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables reformule el modelo de contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos, con base a estándares internacionales, incluyendo entre sus cláusulas una: “cláusula de estabilidad económica que permita a las partes restablecer el equilibrio económico del contrato en caso de factores exógenos que lo alteren”.

En vista de la insuficiencia que denotan las cláusulas de estabilidad jurídica en Ecuador, a pesar de que el país ha evadido en los últimos años las cláusulas de equilibrio económico, estas no se descartan en la actualidad y pueden igual ser pactadas por el Estado para la protección de una inversión, esto en virtud de la libertad contractual que posee. Es aquí donde se justifica la racionalidad de las cláusulas de equilibrio económico a diferencia de las de estabilidad jurídica, pues las primeras atenuan “las limitaciones al poder soberano del estado, concentrándose en el real interés del inversionista, que es mantenerse indemne de los cambios regulatorios imprevistos” (González-Otoya, B. & Masnjak, D., 2020).

Conclusión

Primero, como un incentivo a los inversionistas, surgen las cláusulas de estabilidad jurídica como un instrumento orientado a mantener vigente la normativa relevante para una inversión durante la ejecución del contrato. Toda vez que los contratos que implican una inversión son de larga duración, estas cláusulas cobran relevancia frente a la inestabilidad que ha caracterizado a lo largo de los años a países de Latinoamérica. Por su suscripción, se le otorga la posibilidad de mitigar los riesgos que son relevantes a la fecha de la suscripción del contrato con el estado.

Segundo, el Ecuador reconoce las cláusulas de estabilidad jurídica -incluyendo a las cláusulas de estabilidad tributaria-, sean incorporadas en contratos de inversión o contratos de gestión delegada. Aquello no obsta de que el Estado pueda libremente pactarlas en otros contratos estatales, estando encontrándose igual de obligado a su cumplimiento.

Tercero, anteriormente existía incertidumbre respecto de la colisión entre las cláusulas de estabilidad jurídica con la potestad reguladora del Estado, siendo una posición que ha quedado atrás debido a que el Estado conserva su facultad soberana de modificar, según el interés general, su ordenamiento jurídico que en principio pudiera estar estabilizado para un inversionista. En consecuencia, por el hecho de modificar una normativa estabilizada no se materializa el incumplimiento a la cláusula, eso ocurre cuando el Estado aplica la norma modificada y afecta el equilibrio económico del contrato.

Cuarto, al no ser suficientes las cláusulas de estabilidad jurídica para limitar la potestad reguladora del Estado, la versión moderna de estabilización se orienta a implementar cláusulas que, en vez de mantener inalterable el ordenamiento jurídico, aceptan dichos cambios bajo la condición del “reequilibrio de los beneficios del contrato en caso de que exista una acción unilateral del Estado receptor” (Pérez, 2015).

Quinto, mediante la implementación de las cláusulas de equilibrio económico, el inversionista se anticipa del resarcimiento en caso de la modificación de una norma estabilizada, siendo una alternativa al incumplimiento de una cláusula de estabilidad jurídica que culmina en la terminación del contrato con una indemnización. Aquella no debe ser la única consecuencia, pues es menester que, en caso de que el inversionista tenga una serie de

opciones para conservar la inversión, tal como una compensación anticipada para el mantenimiento del equilibrio del contrato.

Recomendaciones

Una vez que se ha demostrado la insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica frente a la potestad reguladora del Estado, es importante que al momento de analizar su incorporación las partes determinen (i) la normativa que se pretende estabilizar durante la ejecución del contrato; (ii) un detalle de los actos normativos que por su aplicación suponen un incumplimiento a tal cláusula; (iii) la facultad de que, como una protección adicional, se considere la posibilidad de la renegociación de los términos del contrato bajo la supuesta aplicación de norma estabilizada en caso de no considerar la aplicación de las cláusulas de equilibrio económico.

En vista de que la suscripción de las cláusulas de congelamiento depende enteramente de las partes, se recomienda que estas no sean rígidas, sino que den lugar al mutuo consentimiento de las partes para la modificación de ciertas normas contractuales antes del incumplimiento de las cláusulas por la aplicación de una normativa que supuestamente se encontraba estabilizada. Queda claro que el Estado siempre será Estado, y podrá utilizar cuantas prerrogativas considere necesarias para el bien común, no obstante, el inversionista debe contar con herramientas que le permitan medir los riesgos a los cuales expone su inversión. Caso contrario ninguna cláusula de estabilidad jurídica tendrá valor alguno si el Estado no actúa de buena fe en aras del desarrollo de su propio país.

Por el contrario, si las cláusulas de estabilidad no son eficaces según la inversión que se desarrolle, se recomienda adoptar las cláusulas de equilibrio económico que en la actualidad el ordenamiento jurídico las reconoce nuevamente para los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos. Especialmente, aquellas que estipulen el balance económico. Al ser una cláusula contractual, rige el *pacta sunt servanda*, por lo que pueden ser libremente pactadas por el Estado para preservar en su totalidad su potestad reguladora ante los contratos con los inversionistas.

Referencias

- Bernal, D. (2013). *El Derecho Internacional de Inversión: Las cláusulas de estabilidad ¿un caso de protección internacional prima facie?* Editorial Académica Española.
- Brillo, R. & Gehne, K. (2014). *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment*. NCCR Trade Working Paper No 2013/46.
- Burga, V. (2016). *La garantía de los convenios de estabilidad jurídica en América Latina: Un análisis desde la normativa peruana*. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, 74, 169-204.
- Burlington Resources Inc. c. La República del Ecuador. (2012). *Decisión sobre Responsabilidad*. Caso CIADI No. ARB/08/5. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- Byrne, M. & Joo, E. (2009). *Apuntes sobre los Convenios de Estabilidad Jurídica y su interrelación con los Acuerdos Internacionales suscritos por el Perú*. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 297-316.
- Castaño, J., & Galeano, P. (2011). *Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano?* *EAFIT Journal of International Law*, 2, 1, 68-106.
- Cameron, P. (2020). *Stabilization Clauses: Do They Have a Future?* *BCDR International Arbitration Review*, 7(1), 109-132.
- Carpio, M. B. (2018). *La arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada: Análisis del Alcance del artículo 20.2 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 9, 206-249.
- Código Orgánico Administrativo (2017). *Registro Oficial Suplemento 31*. Ecuador.
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010). *Registro Oficial Suplemento 351*. Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador (2008). *Registro Oficial 449*. Ecuador.
- Constitución Política de la República del Ecuador (1998). *Registro Oficial 1*. Ecuador.
- Corte Nacional de Justicia (2009). Expediente de Casación 409. Registro Oficial 9 del 21 de agosto de 2009.
- Coviello, P. (2011). *El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?* *Derecho PUCP*, 66, 169-194.

- Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. La República del Ecuador (2008). Laudo Arbitral. Caso CIADI ARB/04/19. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- Dumberry, P. (2012). International Investment Contracts. En Tarcisio Gazzini & E. De Brabandere, *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Vol. 1). Brill | Nijhof.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (1989). *Curso de Derecho Administrativo Tomo I* (5^{ta} ed.). Civitas.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (2017). *Curso de Derecho Administrativo Tomo I* (18.^a ed.). Civitas.
- Gonzáles-Otoya, B. & Masnjak, D. (2020). *No taxation without investment protection: la potestad tributaria en el arbitraje de inversiones*. Themis, 77-97.
- International Energy Charter. (2017). Handbook on General Provisions Applicable to Investment Agreements in the Energy Sector. [Manual de disposiciones generales aplicables a los acuerdos de inversión en el sector energético] https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Other_Publications/20171116-newHandbook.pdf
- Luttrell, S. & Murphy, A. (2019). *Stabilisation Provisions in Long-Term Mining Agreements* [Cláusulas de estabilidad en acuerdos de minería a largo plazo]. The Guide to Mining Arbitration. Global Arbitration Review.
- Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas (2015). *Registro Oficial Suplemento 652*. Ecuador.
- Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19. *Registro Oficial Suplemento 587*. Ecuador.
- Maniruzzaman, A. (2007). *Damages for Breach of Stabilisation Clauses in International Investment Law: Where Do We Stand Today?* International Energy Law and Review, 11 y 12, 246.
- Montalvo, R. (2016). *El régimen de estabilidad jurídica de las inversiones en Ecuador a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*. Iuris Dictio. 15 (17), 185-205.
- Núñez del Prado, F., & Simó, E. (2020). Relaciones tóxicas: la Insoportable tensión entre las cláusulas de estabilización, la soberanía estatal y los derechos humanos bajo el Derecho Internacional. THEMIS: Revista de Derecho. 77, 485-503.

- Ortino, F. (2019). Guarantees of Legal Stability in the Strict Sense. En F. Ortino, *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards* (pp. 5-48). Oxford University Press.
- Pérez, S. (2015). *Inversión extranjera directa y la necesidad de construir entornos jurídicos más estables*. *EAFIT Journal of International Law*, 6, 2, 121-151.
- Política de Hidrocarburos para el Desarrollo del Sector Hidrocarburífero (2021). Decreto Ejecutivo 95. *Registro Oficial Suplemento 494*. Ecuador.
- Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. (2016). Decreto Ejecutivo 1040. *Registro Oficial 786*. Ecuador.
- Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (2004). Decreto Ejecutivo 1417. *Registro Oficial 364*. Ecuador.
- Rodríguez, L. (2011). *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. *Derecho PUCP*, 66, 55-87.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Sotomayor González, Doménica Sofía** con C.C: # 0924105406, autora del trabajo de titulación: **La insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica frente a la potestad normativa del estado**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **20 de febrero de 2022.**

f. _____

Nombre: **Sotomayor González, Doménica Sofía**

C.C: **0924105406**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica frente a la potestad normativa del estado.		
AUTOR(ES)	Sotomayor González Doménica Sofía		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Elizalde Jalil Marco Antonio		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	20 de febrero de 2022	No. DE PÁGINAS:	26
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Administrativo, Derecho de Inversión, Contratos Estatales.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Palabras claves: derecho de inversión, cláusulas de estabilidad jurídica, potestad normativa, cláusulas de equilibrio económico, incumplimiento contractual, contratos de inversión.		
RESUMEN/ABSTRACT			
<p>Entre los aspectos que se consideran previo al inicio de una inversión, uno de ellos cobra mayor relevancia frente a los demás, siendo el grado de seguridad jurídica que cada país ofrece al inversionista. Es posible que la seguridad jurídica pueda ser protegida a través de ciertos mecanismos, encontrándose en este punto a las cláusulas de estabilidad jurídica. Por medio de la suscripción de este tipo de cláusulas, el Estado se compromete a no alterar las reglas del juego del inversionista, siendo este su propio ordenamiento jurídico. No obstante, el Estado bajo sus potestades legislativas, puede alterar los derechos y obligaciones del inversionista bajo la modificación de una norma estabilizada, aplicándola directamente al inversor. Desde esta perspectiva, existe un choque entre las cláusulas de estabilidad jurídica y su errónea pretensión de limitación a la potestad normativa estatal, pues tales limitaciones no son oponibles al Estado. Por tal motivo, el presente trabajo examinará la insuficiencia de las cláusulas de estabilidad jurídica, así como una cláusula alternativa que permitirá aliviar la tensión existente con la potestad normativa estatal.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593967894276	E-mail: domenicassotomayorg@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette		
	Teléfono: +593-4-3804600		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			