

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La asimilación de la figura de la expropiación indirecta bajo
la noción de daño en el derecho ecuatoriano .**

Vicente Andrés Egas Zamora

**Juan Pablo Aguilar Andrade, Dr.,
Director de Trabajo de Titulación**

Jurisprudencia

Trabajo de titulación presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 13 de mayo de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

"La asimilación de la figura de la expropiación indirecta bajo la noción de daño en el derecho ecuatoriano".

Vicente Andrés Egas Zamora

Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade
Director del Trabajo de Titulación



Dr. Luis Parraguez
Presidente y Lector del Trabajo de Titulación



Dr. José Irigoyen
Lector del Trabajo de Titulación



Quito, 13 de mayo de 2016

INFORME DE DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO DEL TRABAJO La asimilación de la figura de la expropiación indirecta bajo la noción de daño en el Derecho ecuatoriano

ESTUDIANTE Vicente Andrés Egas Zamora

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

- a) Importancia del problema presentado.

COMO CONSECUENCIA DEL RECURSO A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL PARA RESOLVER CONTROVERSIAS ENTRE EL ESTADO Y LOS INVERSIONISTAS, SE HA HECHO NECESARIO ENFRENTARSE A FIGURAS Y CONCEPTOS JURÍDICOS NO UTILIZADOS EN EL DERECHO NACIONAL, PERO QUE RESULTAN DE PRIMORDIAL IMPORTANCIA PARA LOS ÁRBITROS INTERNACIONALES. SE LLEGA, INCLUSO, A PARTIR DE ELLO, A HABLAR DE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. EN ESTE TRABAJO SE ANALIZA, PRECISAMENTE, UNO DE ESOS CONCEPTOS, EL DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA, A FIN DE ESTABLECER EN QUÉ MEDIDA SE RELACIONA CON FIGURAS PROPIAS DEL DERECHO NACIONAL. LA IMPORTANCIA DE ESTE ANÁLISIS RESULTA EVIDENTE, PUES PERMITE UNA MEJOR COMPRENSIÓN DE CONCEPTOS INICIALMENTE PRESENTADOS COMO EXTRAÑOS A LA PRÁCTICA ECUATORIANA.

- b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

LA HIPÓTESIS DE QUE LA FIGURA DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA ES ASIMILABLE AL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL RESULTA TRASCENDENTE, PUES A PARTIR DE ELLA SE PUEDE ESTABLECER QUE LO QUE EXISTEN NO SON, EN REALIDAD, NUEVAS FIGURAS JURÍDICAS, SINO FORMAS DIVERSAS DESDE LAS CUALES SE LAS ABORDA.

- c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

SE HA RECURRIDO A MATERIAL ADECUADO Y SUFICIENTE, TANTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DOCTRINA COMO DESDE EL DE LA JURISPRUDENCIA QUE, EN UN TEMA COMO EL TRATADO, RESULTA FUNDAMENTAL.

- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

LA ARGUMENTACIÓN ES CLARA Y CONCRETA Y PERMITE DESARROLLAR ADECUADAMENTE LA IDEA DE ASIMILAR LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA AL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL. SE HACE UN ANÁLISIS ADECUADO DEL CONTENIDO DE CADA UNA DE LAS FIGURAS JURÍDICAS ESTUDIADAS, LO QUE PERMITE SUSTENTAR LA HIPÓTESIS QUE SIRVE DE PUNTO DE PARTIDA AL TRABAJO.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

SE HAN MANTENIDO VARIAS REUNIONES DURANTE EL TIEMPO DE EJECUCIÓN DEL TRABAJO, LO QUE HA PERMITIDO PRECISAR EL ALCANCE Y CONTENIDO DEL MISMO. SE HAN ATENDIDO ADECUADAMENTE LAS SUGERENCIAS E INDICACIONES QUE SE HICIERON.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J.P. Andrade', written in a cursive style.

JUAN PABLO AGUILAR ANDRADE

Quito, 29 de marzo de 2016

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Firma:

Nombre: Vicente Andrés Egas Zamora

Código estudiante: 00103494

C.C. 00924835655

Lugar y fecha: Quito, mayo de 2016

Dedicatoria

A mis padres por no perder la fe en mí.

Agradecimientos

A todos las personas que me dieron su amistad en Quito

RESUMEN

En el presente trabajo se procederá a realizar un análisis de la expropiación directa y la expropiación indirecta con base en la legislación ecuatoriana, los laudos de los arbitrajes de inversiones y los Tratados Bilaterales de Inversión. De igual manera, se analizarán los elementos que componen el derecho de daños dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado. Adicionalmente, se comparará las visiones del concepto de inversionista para el derecho internacional vs el inversionista en el derecho ecuatoriano. Finalizando con la demostración que la expropiación indirecta puede ser tratada en el Ecuador como una responsabilidad extracontractual causada por el Estado.

ABSTRACT

This paper will compare the indirect expropriation with the tort system in Ecuador. To this end, the paper studies the direct and indirect expropriation based on Ecuadorian law, arbitration awards and Bilateral Investment Treaties. As well, this paper also analyzes the unique characteristics the tort system has when the State is the responsible for a damage. Finally, a compare between the vision of the concept “investor” according to international investment vs the Ecuadorian concept of Investor. Ending this paper with the conclusion that indirect expropriation is a damage and can be treated in Ecuador as a tort caused by the State.

“No juzguen a otros para que Dios no los juzgue a ustedes. Pues Dios los juzgará a ustedes de la misma manera que ustedes juzguen a otros.”

Mateo 7: 1 – 2

ÍNDICE

Introducción.....	12
CAPÍTULO 1: LA EXPROPIACIÓN Y LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA.....	15
1.1. La expropiación en el derecho ecuatoriano	15
1.1.1. Limitaciones a los bienes del administrado y procedimiento de expropiación en el Ecuador.....	17
1.2. La expropiación indirecta en el derecho internacional.....	21
1.1.1. Existencia de expropiación indirecta por la pérdida de la posibilidad de ejercer las facultades de uso y goce de la propiedad.	23
1.1.2. La expropiación indirecta de bienes intangibles y la pérdida de la administración de los bienes del inversionista.	27
CAPÍTULO II: LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.....	34
2.1. Evolución del derecho de daños y sus fuentes obligacionales	35
2.2. Nociones de la responsabilidad civil y sus finalidades	38
2.3. La responsabilidad extracontractual de la administración pública	42
CAPÍTULO III: LA ASIMILACIÓN DE LA FIGURA DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA BAJO LA NOCIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO ECUATORIANO	51
3.1. El inversionista extranjero vs el inversionista nacional	52
3.2. La expropiación indirecta en el Ecuador	57
3.2.2 JORGE PINOS c. EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DE SAN FRANCISCO DE QUITO.....	57
3.2.3 Similitudes entre el caso del <i>Sr. Pino c. El Gobierno del Distrito Metropolitano de Quito</i> con el caso <i>METALCLAD CORPORATION c. MÉXICO</i> . 59	59
3.3 Las similitudes entre la figura de la expropiación indirecta y la responsabilidad extracontractual del Estado.	63
CONCLUSIONES	67
BIBLIOGRAFÍA	69

Introducción

El derecho administrativo surge para regular las potestades que el Estado posee. Los actos administrativos expedidos se presumen legítimos, ya que se presume persiguen un fin legítimo al igual que una finalidad pública. Entre las potestades que posee el Estado tal vez la más conocida es la figura de la expropiación. La expropiación acorde a Nicolás Granja Galindo, “tiene como fin el orden social, consistiendo en la transferencia de la propiedad privada al dominio público”¹. Sin embargo, hoy en día existe una figura que es muy común entre las disputas de inversionistas contra Estado conocida como la *expropiación indirecta*. Esta figura tiene como particularidad que consiste al igual que la expropiación directa en la privación de la propiedad, solo que se limitan los derechos de dominio, aun cuando el título de propietario no ha sido afectado.

Existe una forma de expropiación, la cual no se realiza mediante el pago de un justo precio, es aquella que se realiza de forma silenciosa. La doctrina internacional le denomina *expropiación indirecta*. Este tipo de expropiación se ocasiona a raíz de la actividad del gobierno de regulación, la cual si bien no se transfiere la propiedad como en el caso de la expropiación, se le priva al propietario de ejercer el derecho de dominio sobre sus bienes². No obstante, la expropiación indirecta a pesar de ser ampliamente conocida en la jurisprudencia internacional no se encuentra regulada en el sistema jurídico ecuatoriano. En el Ecuador, actualmente existe una discriminación entre inversionistas y administrados ya que los inversionistas amparados en un Tratado Bilateral de Inversiones, pueden emplear la figura de la expropiación indirecta como mecanismo de defensa. Por otro lado, los inversionistas nacionales pareciera se encuentran desprovistos de mecanismos de defensa frente al Estado.

Sin embargo en la actualidad, los administrados frente a los actos del Estado que constituyan una expropiación indirecta es una acción de daños por parte del Estado. La

¹Nicolas Granja. «La expropiación y los ingresos públicos.». *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2006, p. 283.

² Andrew Newcomb & Lluís Paradell. *Law and Practice of investment treaties*. Netherlands: Kluwer International Law: 2009, p. 323.

figura de la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra regulada en el art. 11, numeral 9 de la Constitución del Ecuador el cual establece que

[...]El Estado sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones y omisiones, de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos [...] ³

Salta a la vista de la lectura de este artículo, que la Constitución establece que los administrados ante un daño ocasionado por la administración pública pueden exigir la reparación por parte del Estado, del daño al cual se vieron sometidos a soportar.

Actualmente la Constitución establece que el Estado será responsable por el daño que le cause a sus administrados, como se señaló en el párrafo anterior. La ley prescribe un elemento distintivo en materia de daños causados por la administración, un daño objetivo. Es por esta razón cuando hablamos de daño objetivo como lo define la Constitución la actuación del Estado, se da un arma de doble filo para el administrado. Por un lado, tenemos el problema de la excesiva amplitud, sin embargo por otro, podemos jugar con la doctrina de daños y construir bajo el derecho ecuatoriano la figura de la expropiación indirecta que se aplica en los Tratados Bilaterales de Inversión. El simple análisis, de este artículo abre la puertas a un sin número de posibilidades las cuales si llegasen a ser debidamente estructuradas, podrían servir de ayuda a muchas personas en el Ecuador las cuales desconocen de la forma correcta para exigir el reparo, por el daño ocasionado por parte del Estado.

En tal sentido, las preguntas que el presente trabajo de titulación planea resolver consisten en definir: ¿Qué es la expropiación bajo el derecho ecuatoriano? ¿Qué es la expropiación indirecta para el derecho internacional? ¿Cuáles son los elementos del daño bajo el derecho administrativo? ¿Existen diferencias respecto a las otras ramas del derecho que manejan la noción de daño del derecho administrativo? ¿Se pueden aplicar los efectos de la expropiación indirecta en el Ecuador, utilizando únicamente los elementos del derecho de daños en nuestro sistema?

³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Los elementos del derecho de daños en el sistema ecuatoriano, analizados aisladamente, ofrecen una herramienta eficaz para poder estructurar una demanda por daños, enfocada en los mismos efectos que produce una expropiación indirecta. En este sentido, el presente trabajo demostrará la viabilidad de realizar demandas bajo la noción de daño en el sistema ecuatoriano, invocando mediante un análisis técnico los distintos aspectos de la figura de la expropiación indirecta, propia de las controversias entre inversionistas y Estados.

Para alcanzar este fin, se realizará primero un análisis comparativo entre el concepto de expropiación y expropiación indirecta. Segundo, un estudio de las distintas modalidades en las que puede ocurrir una expropiación indirecta conforme a las resoluciones de los Tribunales Arbitrales. Tercero, un estudio de los elementos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública, donde se demostrará que la responsabilidad del Estado por los daños que ocasione, siempre será del tipo objetiva. Cuarto, una comparación de conceptos entre la noción de inversionista bajo el derecho internacional vs el concepto de inversionista en el derecho ecuatoriano, donde se demostrará que en el Ecuador existe una discriminación al inversionista nacional. Finalmente, se indicará que debido a que la expropiación indirecta siempre ocasiona un daño, y el único sujeto responsable por una expropiación indirecta es el Estado, es viable iniciar una acción por responsabilidad extracontractual al Estado por los daños ocasionados a un inversionista nacional, debido a que la administración pública siempre responde por responsabilidad objetiva ante sus particulares.

CAPÍTULO 1: LA EXPROPIACIÓN Y LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA

1.1. La expropiación en el derecho ecuatoriano

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, no vaciló en recoger y proteger aquello por lo cual los ciudadanos franceses lucharon con fervor: “derecho a la libertad, derecho a la propiedad, derecho a la seguridad y a la resistencia frente a la opresión”⁴. El pueblo francés se encontraba consciente que debían de exigir del Estado naciente que iban a construir la garantía para la protección de dichos derechos. Sin embargo, dentro de la misma declaración nos encontramos con lo siguiente:

Artículo 17°. Siendo las propiedades un derecho inviolable y sagrado, ninguno puede ser privado, sino es cuando la necesidad pública, legalmente hecha constar, lo exige evidentemente, y bajo la condición de una previa y justa indemnización.⁵

Por medio de este artículo los ciudadanos franceses le estaban entregando uno de los más grandes poderes al Estado, la potestad de poder quitarles su propiedad por motivos de necesidad pública. Sin embargo, como se dejó prescrito en el artículo 17, aquel poder solamente podría ser ejercido por:

- 1) Necesidad pública;
- 2) Mediante un debido procedimiento y;
- 3) Bajo la condición de una previa y justa indemnización.

Con base en estos tres principios el pueblo francés introdujo los cimientos para el desarrollo de la figura de la expropiación.

La figura de la expropiación se encuentra reconocida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en el artículo 323 de la Constitución el cual prescribe lo siguiente:

Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes,

⁴Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

⁵*Ibid.*

previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación⁶.

Sin embargo, hoy en día el concepto de expropiación dentro del derecho ecuatoriano se encuentra desarrollado con mayor precisión por el Código Orgánico de Organización Territorial el cual nos señala en el artículo 446 lo siguiente:

Art. 446.- Expropiación.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y de vivienda de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, por razones de utilidad pública o interés social, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley. Se prohíbe todo tipo de confiscación. 7 [...]

Lamentablemente como se puede constatar, las definiciones que nos da el derecho ecuatoriano solamente se enfocan en enunciar los principios que una expropiación debe de observar, mas no se nos proporciona de una definición. En tal sentido, tomando las palabras del argentino Roberto Dromi, la expropiación se la define como:

[...]el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única”⁸.

Adicionalmente, para el catedrático ecuatoriano Nicolás Granja Galindo la expropiación trae consigo los siguientes efectos:

1.El reconocimiento “in íntegrum” de la propiedad o del derecho del particular, desde el primer instante, reconociéndosele un crédito en contra del expropiante, por un valor igual al bien que pierde.

2.Que por lo dicho, la expropiación no es sino una transformación del derecho de propiedad del expropiado, vale decir, una transformación del derecho real o propiedad, en derecho personal o crédito, a través de la indemnización.

3.[...] la expropiación constituye jurídicamente una excepción de limitación a la perpetuidad del dominio sobre un bien que le pertenece⁹.

En términos sencillos podemos definir la expropiación como la potestad que mantiene el Estado de privar del dominio a un administrado por razones de utilidad pública, siempre

⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 323. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷ Código Orgánico de Organización Territorial COOTAD. Artículo 446. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

⁸ Efraín Perez. «La Expropiación» *Derecho Administrativo*. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, pp. 603-644.

⁹ Nicolas Granja. «La expropiación y los ingresos públicos.» *Fundamentos del Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 279 - 290.

y cuando se respete el debido procedimiento dado por la ley para hacer uso de la potestad expropiatoria y el administrado afectado sea indemnizado previamente con el pago del justo precio por su bien. Sin embargo, para terminar este análisis nos falta indagar en las limitaciones que el Estado puede imponer a los bienes de sus administrados y el procedimiento que existe en el Ecuador para que el Estado puede ejecutar una expropiación.

1.1.1. Limitaciones a los bienes del administrado y procedimiento de expropiación en el Ecuador

La declaratoria de expropiación por parte del Estado debe de manifestarse necesariamente por medio de un acto administrativo. El acto administrativo en palabras del tratadista Andrés Serra Rojas se define como:

Una declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto: la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general.¹⁰

Adicionalmente a la definición antes expuesta, para que un acto administrativo goce de eficacia debe de ser emanado por:

- Una autoridad competente;
- Adoptar la forma escrita;
- Debe gozar de una debida fundamentación legal y;
- Una debida motivación¹¹

En tal sentido, es necesario realizar este primer sencillo examen para saber si nos encontramos ante un acto expropiatorio perfecto¹². Sin embargo, vale señalar que para que el acto expropiatorio sea considerado como eficaz, debe de seguir el debido procedimiento establecido en la ley y no afectar derechos de terceros.

¹⁰ Andrés Serra. *Derecho Administrativo*. México D.F: Editorial Porrúa, 1999, p. 238.

¹¹ Miguel Acosta. «*Requisitos del Acto Administrativo.*» *Teoría General del Derecho Administrativo*. México D.F: Editorial Porrúa, 1999, pp. 838-839.

¹² El acto administrativo perfecto es aquel que ha cumplido todos los requisitos de validez y posee existencia jurídica plena. No obstante, para que el acto administrativo sea considerado eficaz, es necesario la realización de una serie de procedimientos subsecuentes que inician con la notificación del acto al administrado. Ver Miguel Acosta. «*Efectos del Acto Administrativo.*» *Teoría General del Derecho Administrativo. Óp cit.*, pp. 846-847.

El acto de expropiación, pese a que en el Ecuador exista un proceso de expropiación regulado en el Código de Procedimiento Civil (hoy en día por el Código General de Procesos), se ejecuta en un inicio por medio de un procedimiento administrativo. No obstante, es necesario precisar el concepto que existe de procedimiento administrativo y la distinción que hay entre proceso y procedimiento:

[...]Proceso es el conjunto de actos realizados conforme a determinadas formas, que tienen unidad entre sí y buscan una finalidad, que es la resolución de un conflicto, la restauración de un derecho, o resolución de una controversia preestablecida, mediante una sentencia... en cambio el procedimiento administrativo es el conjunto de normas y actos, encaminados a producir nuevos actos administrativos. La diferencia consiste en que en el proceso hay unidad y se busca la solución de un conflicto, en tanto que en el procedimiento no existe conflicto y lo que se busca es la realización de determinados actos administrativos.¹³

En consecuencia, en el momento en que el Estado decide expropiar un bien por causas de utilidad pública, lo que ejecuta es un procedimiento administrativo. Sin embargo, cuando el administrado se opone al precio que el Estado pretende entregar por el bien, se dará vida a un proceso que en el Ecuador se denomina como *Juicio de Expropiación*¹⁴.

El procedimiento de expropiación se encuentra regulado entre los artículos 446 al 459 del Código Orgánico de Organización Territorial (en adelante COOTAD). Supletoriamente, para todo aquello que no se encuentre regulado dentro de este cuerpo normativo se deberá acudir a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y al Código de Procedimiento Civil en lo relativo al procedimiento de expropiación.

En primer lugar, el COOTAD establece que las personas competentes de iniciar la declaratoria de utilidad pública de un bien son las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos o municipales, mediante acto debidamente motivado, donde se establezca la necesidad de utilidad pública y la finalidad que se le va a dar a dicho bien. En segundo lugar, la autoridad deberá de notificar la declaratoria de expropiación al administrado afectado, dentro de los tres primeros días de

¹³ Roberto Báez. «El procedimiento administrativo.» *Manual de Derecho Administrativo*. México DF: Trillas S.A, 1997, p. 285.

¹⁴ El juicio de expropiación es un proceso de conocimiento que se ventila en la vía ordinaria ante un juez de lo civil, teniendo como finalidad principal fijar el precio que el administrado va a recibir por la expropiación de su bien. Ver Código de Procedimiento Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento 58 de 12- de julio de 2005 artículos 781-806 (referentes al Juicio de Expropiación).

haberse expedido la declaratoria de expropiación. Vale indicar que la notificación trae una limitación automática al derecho de dominio del administrado, debido a que la segunda consecuencia que se desprende de este acto además de la notificación es la incapacidad de imponer gravámenes o realizar actos traslaticios de dominio.¹⁵ Finalmente, la administración efectuará el avalúo del bien que será expropiado, pudiendo añadirse un 5% adicional al monto que se desprenda del avalúo inicial como concepto por precio de afectación. Este es el procedimiento que va a tener lugar, asumiendo que el administrado se encuentra satisfecho con el precio avaluado por la administración y no existieron violaciones al debido procedimiento. En el supuesto que el administrado no se sienta conforme con el precio que la administración le va a entregar, puede iniciar un proceso contencioso para que un juez fije el justo precio a ser entregado, dentro del conocido *Juicio de Expropiación*.

En tal sentido como se pudo apreciar, no existen mayores sorpresas dentro del procedimiento de expropiación, salvo una que se procederá a analizar. Cuando se emplea la tan famosa frase *utilidad pública* como requisito indispensable para que tenga lugar la expropiación ¿a qué se refiere con esto el legislador? Dentro del universo de la actividad administrativa en palabras de Renato Alessi, existen cuatro tipos de actividades:

- Una actividad que atiende a la organización jurídica, tanto objetiva como subjetiva del órgano administrativo;
- Una actividad destinada a obtener los elementos indispensables para la operación y funcionamiento del aparato estatal;
- Una actividad encaminada a garantizar la vigencia del orden jurídico, así como la seguridad de la comunidad social en las relaciones internas; y preservar, asimismo, la seguridad del Estado en las relaciones externas; y
- Una actividad cuya finalidad consiste en proporcionar utilidad a los particulares ya sea de orden jurídico- como el servicio del registro de la propiedad-, o bien de orden económico-social respecto de las necesidades materiales e intelectuales de la población.¹⁶

¹⁵ Código Orgánico de Organización Territorial COOTAD. Artículo 448. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

La inscripción de la declaratoria de utilidad pública traerá como consecuencia que el registrador de la propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo que sea a favor del gobierno autónomo descentralizado que requiere la declaración de utilidad pública.

¹⁶ Jorge Fernández. *Derecho Administrativo*. México D.F: Editorial Porrúa, 1995, pp. 78-79.

Consecuentemente, la declaratoria de utilidad pública debe de procurar buscar obtener una **mejora indispensable** en un colectivo de los administrados del Estado, ya sea como una mejora del tipo económico-social o de servicios de orden jurídico.

Como se ha visto, la declaratoria de utilidad pública del acto expropiatorio trae consigo la afectación directa en el patrimonio de un administrado, que se ve obligado a sacrificar su derecho de dominio por el bien común del Estado ¿Sin embargo, todo sacrificio dentro de las facultades de dominio de un administrado necesariamente debe de ser indemnizable? Estimado lector, la distinción que voy a realizar posiblemente sea la más relevante de todo el capítulo para comprender inclusive a la expropiación indirecta, por lo tanto ruego su atención. Existen dos posibles consecuencias que las actuaciones derivadas del ejercicio de la potestad pública que mantiene el Estado puedan ocasionar en los bienes del administrado, la privación o la limitación del derecho.

La privación y la limitación en palabras de García de Enterría consisten en lo siguiente:

Privación supone un ataque, una sustracción positiva de un contenido patrimonial donde nos encontramos. La privación, por eso, adviene *ad extra*, es, en el genuino sentido de la expresión un despojo...La limitación es una reducción del << contenido normal>> de un derecho previamente delimitado, normalmente por acción sobre las facultades del titular...Privar de un derecho supone un sacrificio no exigible por no existir una obligación previamente establecida, esto es, un despojo de dicho derecho, una destrucción, total o parcial, de su contenido positivo; en tanto que delimitar o limitar un derecho remite claramente a otro género de representaciones conceptuales, las de perfilar, o eventualmente constreñir, pero nunca destruir, el contenido de dicho derecho.¹⁷

La relevancia de esta distinción consiste principalmente, en el daño que puede ocasionar el Estado a sus administrados a causa de una *imposición desigual de cargas públicas*. Este tema se desarrollará a profundidad en el Capítulo II de este trabajo. No obstante vale adelantar lo siguiente. El Estado haciendo uso de sus facultades de regulación, puede limitar el derecho a sus administrados. Efectivamente, esta limitación va a ocasionar un menoscabo en el derecho de un segmento de la población, mas no una privación de derechos a causa del actuar del Estado. Sin embargo, cuando esta limitación

¹⁷ Eduardo García Enterría. *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*. Madrid: Palestra Editores S.A.C, 2006, pp. 1149-1150.

se transforma en “una carga que no les resulta exigible a los administrados soportar”¹⁸, va a habilitar a los administrados iniciar una acción en contra del Estado por los daños generados, exigiendo una indemnización por los resultados dañosos de la actuación del Estado.

A manera de conclusión, la expropiación es una herramienta necesaria para el Estado para poder ejecutar su plan de desarrollo por un bienestar general de la ciudadanía. A su vez, el Estado debe de estar consciente que la expropiación va a ocasionar una afectación patrimonial a uno de los derechos más preciados de los administrados, su propiedad. En tal sentido, siempre deberá de velar que se cumpla el adecuado procedimiento para poder apropiarse del bien sin causar un daño patrimonial al administrado. Es por esto, que siempre será un requisito intrínseco de la declaratoria de expropiación que se justifique adecuadamente el motivo de declaratoria de utilidad pública de un bien. A su vez, el Estado no puede olvidar que puede generar una privación de derechos similar a la expropiación por medio de las regulaciones que son expedidas por los distintos órganos administrativos.

1.2. La expropiación indirecta en el derecho internacional

La expropiación indirecta en términos generales ocurre “cuando el inversionista conserva el título legal de propiedad pero ve limitados sus derechos de uso de la propiedad como consecuencia de una interferencia del Estado”¹⁹. Como sostiene la doctrina, el Estado puede

[...] privar a un inversionista de ejercer las facultades de uso y goce de su derecho de dominio, privarle de ejercer la administración de su propiedad o generar una pérdida significativa al valor económico de su inversión por medio de un solo acto, conociéndose este caso como *Expropiación Indirecta De Facto*²⁰.

¹⁸ Enrique Barros Bourie. «Responsabilidad del Estado.» *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 487.

¹⁹ Marisol Páez. «La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados» Santiago: Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 2006, p. 8.

²⁰ August Reinisch. «Expropriation.» *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 421-22.

Pero puede también generar al inversionista un daño similar a los mencionados, “a través de una serie de actos concatenados que sumados dan como resultado una expropiación indirecta”²¹. Este tipo de expropiación recibe el nombre de Expropiación Constructiva o *Creeping Expropriation*.

Para que los actos de un Estado no se conviertan en expropiación indirecta, el Estado deberá de probar que las medidas que adoptó son: por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de legalidad y con base en una adecuada indemnización; así se establece, por ejemplo, en varios Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante TBI). Entre estos últimos, el celebrado entre Egipto y Canadá sostiene:

[...] la inversión no podrá ser nacionalizada, expropiada o dársele un efecto equivalente a la expropiación, excepto en los casos en que exista una finalidad pública, se respete el debido proceso, no exista un trato discriminatorio y exista una adecuada compensación²².

De igual manera el Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos establece lo siguiente en su artículo III:

[...]Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación”), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal²³ [...]

En consecuencia, como se puede apreciar, la expropiación indirecta no busca evitar que un Estado deje de expedir regulaciones que podrían considerarse expropiatorias para un grupo de inversionistas; el objetivo es garantizar que estas regulaciones cumplan principalmente con una finalidad pública y gocen de objetividad e imparcialidad.

Vale recalcar que la expropiación indirecta, a diferencia de la expropiación directa, es un concepto sumamente joven dentro del derecho. Por eso, aún no se han logrado definir los límites del alcance de sus efectos, ya que existe un constante desarrollo por

²¹ Ernesto Talamás. «Entre la Regulación Legítima y la Expropiación Indirecta.» *El Mundo del Abogado*, 2015, p. 30.

²² Tratado Bilateral de Inversiones Egipto – Canadá (1996). Artículo 8: “Investments or returns of investors of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation. ...Except for a public purpose, under due process of law, in a non-discriminatory manner and against prompt, adequate and effective compensation. [...]”

²³ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones (1993). Artículo 3.

medio de laudos arbitrales a causa de las disputas entre el Estado y los inversionistas. Sin embargo, su uso se ha convertido en un recurrente mecanismo de defensa frente a determinadas políticas adoptadas por los Estados. En tal sentido, los inversionistas se amparan bajo esta figura como mecanismo de defensa en los casos que el inversionista conserva el título de propiedad pero el Estado le impide ejercer el uso y goce de su propiedad, se le impide al inversionista ejercer sus derechos de uso y goce respecto de bienes intangibles y en los casos que el Estado designa a un tercero para que ejerza la administración de los bienes del inversionista.

1.1.1. Existencia de expropiación indirecta por la pérdida de la posibilidad de ejercer las facultades de uso y goce de la propiedad.

Uno de los derechos fundamentales que el Estado ecuatoriano garantiza a sus ciudadanos, al igual que muchos Estados, es el derecho a la propiedad. En los artículos 66 y 321 de la Constitución de la República del Ecuador el Estado reconoce y garantiza “el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”²⁴. A su vez, este derecho de propiedad se encuentra regulado por el artículo 599 del Código Civil ecuatoriano, en donde se establece lo siguiente:

El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social²⁵.

En tal sentido, el Estado se encuentra llamado por la Constitución a proteger el derecho de dominio que las personas poseen respecto de los bienes que son de su propiedad. Esta línea de pensamiento sigue aquello que el Concilio Vaticano II afirmó como se detalla a continuación:

La propiedad, como las demás formas de dominio privado sobre los bienes exteriores, contribuye a la expresión de la persona y le proporciona ocasión de ejercer su función responsable en la sociedad y la economía...La propiedad privada o un cierto dominio privado sobre los bienes externos, aseguran a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar, y deben ser considerados como

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 66 y 321. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁵ Código Civil Ecuatoriano. Artículo 599. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

prolongación de la libertad humana. Por último, al estimular el ejercicio de la tarea y de la responsabilidad, constituye una de las condiciones de las libertades civiles²⁶.

Sin embargo, el Estado puede por medio de actos que se disfrazan de restricciones con una finalidad pública, afectar estas libertades que mantienen los particulares respecto de sus bienes.

Con la finalidad de iniciar este análisis es necesario definir lo que se debe de entender como restricciones del dominio. El Estado en ejercicio de su potestad regulatoria puede imponer restricciones a los bienes de sus administrados, afectando su derecho de propiedad. Las restricciones del dominio son modalidades impuestas a su ejercicio que coartan la libertad del mismo sin afectar substancialmente al derecho²⁷. Sin embargo, por su carácter general, afectan necesariamente a todos los propietarios cuyos bienes están en determinadas condiciones²⁸. Como ejemplo de dichas restricciones tenemos la pavimentación de una calle que bloquearía momentáneamente el tránsito en dicho sector. No obstante, como bien señala García de Enterría hay que distinguir por una parte:

[...] una actuación administrativa que debe de ser soportada pasivamente por el administrado, como una carga de la vida social, sin contraprestación económica alguna; y, por otra parte, aquella otra actuación de la Administración que, aun produciendo el efecto de un sacrificio imperativo de derechos patrimoniales que el titulara de éstos ha de sufrir, hace nacer, correlativamente, un derecho a ser indemnizado por la pérdida material que la medida le comparte²⁹ [...]

En consecuencia, el Estado debe impedir que el administrado, por medio de estas restricciones, pierda el ejercicio de las facultades de dominio establecidas en el artículo 599 del Código Civil, ya que esto deriva en el derecho a indemnizar al administrado por existir un acto expropiatorio.

²⁶ Jesus Delgado. «*La Crítica Social y el Concepto Legal de Dominio.*» Echeverría, Jesus Delgado. *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 163.

²⁷ José Joaquín Ugarte. *Limitaciones Al Dominio. De Las Meras Restricciones Y Cuando Dan Lugar A La Indemnización*. Santiago: Revista Chilena de Derecho, 2001, p. 426.

²⁸ *Ibíd.* p. 426.

²⁹ Eduardo García de Enterría. *Curso de Derecho Administrativo Tomo II. Óp. cit.*, p. 1011.

Uno de los tribunales que acogió la posición que hemos venido desarrollando en este apartado fue el Tribunal Arbitral en el caso de Metalclad c. México. Los hechos del caso giran en torno a la inversión por parte de la empresa Metalclad Corporation para iniciar operaciones en la ciudad de Guadalupe en México, construyendo una planta de tratamiento de residuos peligrosos. Cinco meses después de iniciada la construcción, Metalclad fue notificada por el municipio de Guadalupe por no contar con los permisos de construcción. Acto seguido el gobierno de México declaró vía decreto zona protegida el área donde se encontraba construyendo la planta de tratamiento, motivo por el cual tenía prohibido procesar cualquier residuo tóxico en ese sector. En consecuencia, Metalclad mantenía una planta de tratamiento la cual no podía operar, pese a que era legítimo dueño y el Estado nunca le había expropiado de su dominio.

El Tribunal del caso de Metalclad elaboró un análisis donde destaca la violación al artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, al existir una expropiación indirecta *De Facto* por parte de los Estados Unidos de México. Respecto a lo sucedido el Tribunal manifestó lo siguiente:

[...]Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor³⁰.

De esta afirmación concluyente se desprende un concepto adicional que no hemos topado, el beneficio económico. Todo inversionista en palabras del Dr José Amado antes de inyectar capital realiza el siguiente análisis:

[...] cualquier inversionista... se sujeta a una serie de interrogantes que, más allá de atractivas tasas de retorno o aparentemente estables y sostenidos flujos futuros, constituyen la base misma de su decisión de invertir, interrogantes que en simples palabras pueden parafrasearse de la siguiente manera: ¿podré liquidar mi inversión? ¿Podré llevar mi dinero de regreso a mi país de origen o se encontrará éste “atado” al país donde invertí? ¿Voy a ser tratado en dicho país de manera desventajosa frente a otros inversionistas? ¿Puedo ser privado de mi inversión, o del valor de la misma, por parte de dicho Estado extranjero³¹?

³⁰ CASO No. ARB(AF)/97/1 Metalclad Corporation c Estados Unidos Mexicanos.

³¹ José Amado y Bruno Amiel. «*La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras.*» Bogotá: Revista de Derecho THEMIS (s.f.), p. 61.

En tal sentido, el inversionista lo que busca al inyectar capital en un Estado es obtener tres cosas a cambio: 1) un mínimo de estabilidad, 2) recuperar su inversión y 3) obtener una rentabilidad de la inversión. Sin embargo, “por medio de regulaciones el Estado puede privar del valor comercial de la inversión, eliminando cualquier tipo de beneficio ya sea para el inversionista o el Estado receptor”³². Por lo tanto, el derecho de dominio le da a su propietario un beneficio económico de poder explotar el bien, con base en el uso natural al cual se encuentra destinado. La privación de este beneficio económico es el causante de una afectación al patrimonio del administrado que el Estado debe resarcir, la cual se produce como consecuencia de la privación de los derechos de dominio del inversionista.

El caso de Metalclad es uno de los que mejor demuestra el daño que se puede ocasionar a un inversionista al impedírsele hacer uso de las facultades plenas de su derecho de dominio. Metalclad invirtió en la construcción de una planta de tratamiento. Metalclad esperaba un mínimo de estabilidad jurídica, recuperar el dinero que destinó en la edificación de su planta y obtener una rentabilidad de su inversión. Sin embargo, las regulaciones impuestas por el Municipio de Guadalupe únicamente ocasionaron un daño al impedirle al inversionista hacer uso de la planta de tratamiento que edificó.

La trascendencia dentro del derecho internacional que existe por la resolución del Tribunal Arbitral del caso *Metalclad*, radica en la posición que acogió el Tribunal al afirmar que no es necesario que la expropiación indirecta nazca por un acto ilegítimo por parte del Estado. Para el Tribunal de Metalclad, aquello que se debe de indagar para verificar que exista una expropiación indirecta, consiste en comprobar si los actos expedidos por la administración pública, causaron o no un daño considerable al inversionista. Esto se ajusta a las teorías que analizaremos con profundidad más adelante, respecto de la ausencia de los elementos de culpa y hecho ilícito, como elementos necesarios para configurar la responsabilidad extracontractual del Estado. En conclusión, si bien Metalclad mantuvo el dominio de la planta de tratamiento, su inutilización a raíz de las regulaciones le causó un perjuicio al beneficio económico que la explotación de la planta de tratamiento le podía representar a Metalclad. Por tal motivo, el Tribunal Arbitral decidió resolver que pese a que el Municipio de Guadalupe tenía la potestad de cambiar

³² *Ibid.*, p. 64.

el uso de suelo de la zona donde se encontraba la planta de Metalclad, su acto le causo un daño al inversionista que debe de ser reparado por el Estado al constituirse una expropiación indirecta.

1.1.2. La expropiación indirecta de bienes intangibles y la pérdida de la administración de los bienes del inversionista.

La definición que existe de bienes incorporeales en el Código Civil ecuatoriano nos indica que son aquellos “que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas. Las cosas incorporeales son derechos reales o personales”³³. A su vez es necesario enfatizar que debido a que las cosas incorporeales son todos los derechos, perdería sentido realizar este análisis si no delimitamos a lo que nos referimos como expropiación de estos derechos. Debe de entenderse bajo esta línea de pensamiento como la expropiación de derechos que nacen de un contrato, derechos de propiedad intelectual, o derechos que “surgen de una relación comercial como es el caso que se lleguen a acuerdos con el Estado para la importación o exportación de ciertos bienes”³⁴. En virtud de lo expuesto, se analizarán a continuación dos casos en los que el Estado afectó a un inversionista arrebatándole sus derechos, sin afectar las facultades de dominio que mantenía respecto de sus bienes.

El primer caso consiste en la expropiación de contratos de construcción de barcos, a empresas navieras del Reino de Noruega. Con el inicio de la Gran Guerra en el año de 1914, en Europa se dificultó la construcción de buques. En consecuencia varias empresas navieras del Reino de Noruega, solicitaron a los Estados Unidos el permiso para poder construir barcos en su territorio que serían comercializados en el Reino de Noruega. Sin embargo, en el año de 1917 cuando Estados Unidos declaró la guerra a Alemania, amparado en un decreto de emergencia, expropió las naves que se encontraban en el territorio estadounidense para que sean utilizadas en la Gran Guerra. Adicionalmente, los Estados Unidos se apropiaron de todos los Contratos existentes que mantenían las

³³ Código Civil Ecuatoriano. Artículos 583 y 594. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

³⁴ W. Michael Reisman & Robert D. Sloane, “*Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*,” Londres: The British Yearbook of International Law, 2004, p. 125.

empresas navieras con sus clientes. Por tal motivo, el Reino de Noruega inició un proceso arbitral en contra de los Estados Unidos.

El Tribunal Arbitral en el caso *Norwegian Shipowner* (uno de los primeros casos por expropiación indirecta de la historia), abrió la posibilidad de que exista expropiación de los derechos derivados de un Contrato al establecer lo siguiente:

[...] De los hechos del caso se desprende que los Estados Unidos se apropió de los Contratos donde se establecían la construcción de 15 cascos. Los Contratos otorgaban a las navieras noruegas el derecho a poder construir barcos en los astilleros de los Estados Unidos para que sean enviados a Noruega. En tal sentido los derechos derivados de un Contrato también pueden ser expropiados al ser propiedad de las empresas de Noruega. Siendo así, podemos afirmar que las compañías noruegas se encuentran protegidas por la quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos donde se establece la prohibición de expropiación que no sea para un uso público y sin el pago de un justo precio ³⁵[...]

Lastimosamente, debido a la antigüedad del caso el Tribunal no fue lo suficientemente prolijo al referirse al término “Contrato” como propiedad. Hoy en día es una máxima aceptada dentro del derecho que un Contrato es mucho más que una simple fuente de obligaciones para realizar una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa³⁶. Citando las palabras de Carlos Ghersi

[...] un contrato es un intercambio económico de bienes y servicios sin ello, el contrato como instrumento de intercambio pierde su teleología económica, finalista y su utilidad social³⁷.

Esto nos lleva a afirmar que los Contratos firmados por las empresas navieras Noruegas, buscaban además de la construcción de astilleros, generar una utilidad dentro de la sociedad. De los hechos del caso se desprende que si bien la declaratoria de guerra autorizaba a los Estados Unidos a tomar medidas de emergencia, dicha declaratoria no tomó en consideración las afectaciones que podían ocasionar a un negocio mediante la apropiación de los Contratos. Las navieras, producto de la toma de Contratos de construcción de astilleros, perdieron la clientela que habían logrado obtener. Esto a causa en primer lugar de la imposición por parte del Estado a las navieras de informar a sus clientes que todo depósito debía de ser realizado a una cuenta del Estado. En segundo

³⁵ NATIONS, NATIONS UNIES - UNITED. «Reports of International Awards - Norwegian Shipowners Claims.» 2006, p. 334.

³⁶ Código Civil Ecuatoriano. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

³⁷ Carlos A. Ghersi & Celia Weingarten. *Tratado de los Contratos: Parte General*. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 182.

lugar, debido a la obligación impuesta a las navieras de notificar a sus clientes que no podrían continuar con la construcción de barcos en sus astilleros. Adicionalmente, vale recalcar que:

La apropiación o destrucción de derechos adquiridos, transmitidos o definidos por un Contrato, es igual de perjudicial para la parte afectada, como la toma o destrucción de la propiedad tangible³⁸.

En virtud de lo expuesto, expropiar los derechos contractuales de un inversionista es arrebatarse un derecho que tuvo su génesis en una finalidad económica, la cual ya no podrá ejecutar. A su vez, es desprestigiar el nombre que un inversionista pudo haber mantenido dentro del mundo comercial, a causa de la incertidumbre que se generará respecto de su actividad económica. Por tales motivos, el Tribunal Arbitral en el caso de *Norwegian Shipowner* falló a favor del Reino de Noruega, al existir una apropiación de los derechos contractuales de los inversionistas noruegos en los Estados Unidos, que destruyó la inversión de las navieras.

El segundo de los casos tuvo lugar en el año de 1972, entre la compañía *Benvenuti et Bonofant* y *La República del Congo*³⁹. La compañía italiana *Benvenuti et Bonofant* (en adelante B&B) decidió iniciar negociaciones con la República del Congo para constituir una compañía de manufacturación de botellas plásticas en su país. El acuerdo al que llegó la compañía B&B con la República del Congo fue el siguiente:

- Constituir la empresa PLASCO cuyo accionistas principales serían la República del Congo y *Benvenuti et Bonofant*.
- Otorgar un trato igualitario a PLASCO frente a la competencia nacional.
- antener un precio fijo para la venta de botellas plásticas y reducir los impuestos a las botellas plásticas de agua.

Sin embargo, la República del Congo incumplió estos acuerdos violando sistemáticamente lo pactado. En primero lugar, la República del Congo no otorgó las preferencias ofrecidas en las negociaciones para que B&B pueden realizar las importaciones necesarias, para la operación de la planta. En segundo lugar, el Gobierno de la República del Congo fijó el precio de las botellas plásticas por debajo del precio de

³⁸ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer. «*Expropriation.*» *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p.117.

³⁹ CIADI. Casoe *Benvenuti et Bonfant c. República del Congo*. Laudo final, 8 de agosto de 1980.

fabricación y no incluyó impuestos preferenciales para su venta. Finalmente, mediante ocupación militar la República del Congo, arrebató la administración de PLASCO a B&B.

En vista de los antecedentes mencionados, el Tribunal Arbitral centro su análisis en determinar si existió o no un daño, a raíz de los actos realizados por el Gobierno de la República del Congo. Primero, respecto del incumplimiento de fijar un impuesto preferencial para la venta de botellas plásticas, el Tribunal Arbitral determinó que por medio de Memorando firmado con fecha 2 de agosto de 1975, el Ministro de Finanzas admitió que debía de otorgar este beneficio económico a la compañía PLASCO. En tal sentido, el Tribunal Arbitral aceptó que existió un incumplimiento sustentado por medio de este Memorando, ya que gracias a este documento se probaba la aceptación y compromiso por parte del Gobierno de fijar este tributo preferencial. Segundo, respecto del incumplimiento de proveer las protecciones necesarias a PLASCO, el Directorio de PLASCO en sesión de Directorio celebrada con fecha 28 de junio de 1973, resolvió junto con el Ministro de Relaciones Laborales y Relaciones Sociales, impedir el ingreso de botellas con agua, a excepción de aquellas aguas medicinales para uso farmacéutico. El Tribunal Arbitral con base en estos antecedentes, estableció que existió un acuerdo unánime que se desprende del acta de sesión de Directorio, el cual obligaba al Gobierno de la República del Congo a cumplir aquello acordado. Por tal motivo, el Tribunal Arbitral declaró que a causa de este incumplimiento, el Gobierno de la República del Congo ocasionó un perjuicio económico a la inversión PLASCO. Finalmente, el Tribunal Arbitral determinó que a causa de los incumplimientos antes mencionados, sumado a la persecución que existió contra el inversionista, señor Bonfant, para expulsarlo del país y la apropiación de la administración de PLASCO por parte del Gobierno, configuró “una expropiación *de facto* que ocasionó un daño y merece ser compensado.⁴⁰”

A diferencia de lo ocurrido en el arbitraje entre Metalclad c. México, en esta ocasión el inversionista no perdió sus facultades de ejercer el derecho de dominio respecto de su inversión. ¿Qué se lo expropió a *Benvenuti et Bonofant*? Se le expropiaron derechos que fueron objeto de una transacción comercial⁴¹. No obstante, vale recalcar que para que esta

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Amoco International Finance Corp. Vs Iran, Laudo de 14 de julio de 1987.

afectación sea considerada como un acto expropiatorio, se debe cumplir con lo establecido por el Tribunal Arbitral en el caso *Siemens c. Argentina* el cual estableció lo siguiente:

[...] para que un Estado incurra en responsabilidad internacional debe de actuar más allá de sus potestades públicas, es decir, ejercitando sus facultades exorbitantes. Un incumplimiento contractual en la ejecución de un Contrato por parte del Estado, no basta para que sea considerado como un acto expropiatorio. La ejecución del Contrato debe de verse necesariamente afectada por la actuación regulatoria del Estado⁴².

En el presente caso, la República del Congo incumplió sus acuerdos por medio de regulaciones que emanaron del Gobierno de la República del Congo. Sus actos causaron una afectación a la ejecución del Contrato, culminando con el despojo a los inversionistas de la administración de su negocio. En consecuencia, al extralimitarse la República del Congo en sus regulaciones, afectó a los acuerdos que había llegado con *Benvenuti et Bonofant*, generando no solo un incumplimiento contractual, si no también, una afectación directa a la valoración económica de la inversión, expropiando los derechos que el inversionista mantenía de la misma.

Para concluir este análisis, estudiaremos las implicaciones de la intervención por parte de la República del Congo en la administración del giro de negocios en la empresa PLASCO, dentro del caso *Benvenuti et Bonofant c. La República del Congo*. La enciclopedia jurídica *OMEBA* define el concepto de administrador dentro del derecho civil y comercial como “la persona que realiza actos de administración, los que en síntesis se concretan a la conservación, incremento, custodia y promoción de determinados bienes o intereses patrimoniales ajenos”⁴³. Una persona jurídica necesariamente nace en palabras de Cabanellas “debido a la existencia de una agrupación de personas con una finalidad común que en mayor o menor medida colaboran para el logro de ella”⁴⁴. En tal sentido, dentro de las compañías donde prima el capital les corresponde a sus accionistas definir los objetivos que la Sociedad deberá alcanzar. Es por esto que nos encontramos frente a una relación de mandante - mandatario respecto de las demás personas que integran la sociedad. Esto debido a que las demás personas que integran la estructura de la sociedad les corresponden únicamente “la recta ejecución del mandato, no sólo en la sustancia del

⁴² CIADI. *Siemens c. Argentina*, Laudo de 6 de febrero de 2007.

⁴³ Enciclopedia Jurídica Omeba: Tomo I: «Administración.» Buenos Aires: Driskill S.A, 1986, p. 494.

⁴⁴ Guillermo Cabanellas. *Introducción al Derecho Societario: Parte General*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 1993, p. 431.

negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo⁴⁵.

Dentro del caso materia de análisis, si bien la República del Congo mantenía acciones dentro de la sociedad PLASCO, el Estado despojó a *Benvenuti et Bonofant* de su participación dentro de la sociedad interviniéndola militarmente e impidiendo a los miembros del Directorio tomar acuerdos relacionados a la administración de la Sociedad. La Corte Internacional en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd* se pronunció en relación con las afectaciones a los derechos de los accionistas de la siguiente manera:

[...]La situación cambia si los actos (del Estado) se encuentran dirigidos a la afectación de los derechos de los accionistas. Es muy conocido que un accionista tiene los derechos a participar en las decisiones de la sociedad, el derecho a votar en las Juntas Generales, el derecho a declarar utilidades y a beneficiarse de las mismas. En el momento en que uno de estos derechos se ve afectado, el accionista posee una acción directa e independiente de la de la sociedad en la cual participa⁴⁶.

Es evidente que un accionista (al menos la mayoría) va a desear proponer ideas que ayuden a la compañía a mejorar su rendimiento. El hecho de quitarle esta potestad a los accionistas al impedirles ejercer su derecho de administrar la sociedad en la cual participan, evidentemente les ocasiona un perjuicio, más aun cuando el causante es el propio Estado. Por lo tanto, si el Estado les quita el derecho de administrar y tomar decisiones a los accionistas de una Sociedad, les está expropiando de sus derechos dentro de la Sociedad.

En conclusión, la privación del derecho de administrar la compañía a los inversionistas por parte del Gobierno de la República del Congo, fue el detonante para que el Tribunal Arbitral afirme que existió una expropiación indirecta que ocasionó un daño que merece ser compensado por el Estado. Sin embargo, el Tribunal Arbitral aceptó las pretensiones por la parte actora, que existieron una serie de incumplimientos contractuales e incumplimiento de acuerdos por parte del Estado, que afectaron directamente al desarrollo de la empresa PLASCO en la República del Congo. A manera

⁴⁵ Código Civil Ecuatoriano. Artículo 2035. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁴⁶ Zachary Douglas. «*Admissibility: Shareholder Claims.*» *The International Law of Investments Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 419.

de conclusión podemos afirmar que el Tribunal Arbitral se limitó a analizar si las actuaciones del Estado, tuvieron relación con el perjuicio económico que sufrió la compañía PLASCO. Como consecuencia de este análisis, el Tribunal Arbitral en su parte resolutive, resolvió que el Gobierno de la República del Congo debía de compensar al inversionista Benvenuti et Bonofant por los daños ocasionados a su inversión, sin hacer mayores referencias a la figura de la expropiación indirecta.

CAPÍTULO II: LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

“Los hombres olvidan con mayor rapidez la muerte de su padre que la pérdida de su patrimonio⁴⁷”. – Nicolás Maquiavelo

El poder se define como “la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos”⁴⁸. El Estado es sin lugar a dudas el famoso Leviatán del que Hobbes hablaba. Una criatura con “...reputación de poder es poder porque con ella se consigue la adhesión y afecto de quienes necesitan ser protegidos”⁴⁹. Bajo esta noción de un Estado con poder absoluto necesario para la protección y garantía de los derechos de sus administrados, el Estado se erigió a lo largo de la Edad Media, Renacimiento y Edad Moderna. Sin lugar a dudas esto trajo consigo un evidente despotismo y autoritarismo por parte de los distintos gobernantes de aquellos periodos. Tal es el caso que Luis XIV, rey de Francia, llegó inclusive a proclamar “*El Estado soy yo*”.

Bajo esta línea de pensamiento, tomando en cuenta que los administrados (súbditos en aquel entonces) aceptaban que las actuaciones del Estado se realizaban siempre con la finalidad de garantizar y proteger sus derechos, era inconcebible la idea de buscar un resarcimiento por los daños que los actos del Estado pudiesen ocasionarles. Tal es el caso que muchas de las actuaciones de los gobernantes se creían eran influenciadas por la voluntad de Dios. Respecto a este tema los tratadistas *Delgadillo* y *Espinosa* manifiestan lo siguiente:

[...]El poder político estaba sustentado en el derecho divino, y así surgieron ideas como: “La voluntad del Rey es la Ley”, “El Rey no se equivoca”, “El Rey no puede causar daño”, etcétera.

⁴⁷ Niccolò Machiavelli. *El Príncipe*. Madrid: Mestas, 2009.

⁴⁸ Edgar Bodenheimer. *El Poder. Teoría del Derecho*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 15.

⁴⁹ Hobbes, Thomas. *El Leviatán*. Montevideo: Uruguay Piensa - Biblioteca del Política. s.f.

Cuando por alguna razón se llegaba a ocasionar algún daño a los gobernados bien sea en su persona o en sus bienes, esto era considerado como un caso fortuito o de fuerza mayor y, por lo tanto el afectado carecía del derecho para reclamar la indemnización.⁵⁰

En consecuencia, de existir algún daño ocasionado por la actuación del Estado, se debía de ver esto como un mero caso fortuito que aconteció en miras de una actividad enfocada a un bien común general.

En razón de lo expuesto, la noción de responsabilidad extracontractual del Estado es un concepto reciente que se encuentra hoy en día en constante evolución. La razón principal por lo cual aún no encuentra un régimen preestablecido y definido como en el caso de la responsabilidad extracontractual en materia civil, radica precisamente en la evolución ideológica del concepto de Estado que los administrados han mantenido. Por tal motivo para comprender el concepto de responsabilidad extracontractual derivado por los actos del Estado, es necesario analizar las bases establecidas en materia de responsabilidad extracontractual en el derecho civil, para luego ahondar en el tipo de responsabilidad que mantiene el Estado por los daños ocasionados a sus administrados.

2.1. Evolución del derecho de daños y sus fuentes obligacionales

Indudablemente las dos ramas más antiguas del Derecho son el derecho penal y el derecho civil. Sin embargo, la responsabilidad extracontractual tiene su origen en el derecho penal. Las primeras teorías referentes a la pena dentro del derecho penal, son las denominadas *teorías absolutas o retributivas*. Estas teorías responden en el sentido que “...al autor se lo castiga porque pecó, esto es, por el delito ejecutado, de manera que la pena no persigue finalidades ulteriores, justificándose a sí misma”⁵¹. El sistema más antiguo (y quizás el más famoso) donde se aplicó la retribución fue la “Ley de Talión”, en la antigua Babilonia. En palabras del tratadista Carlos Fontán:

El tailón impone la regla que importa la retribución del mal por un mal igual. El ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, etc, señaló un evidente progreso con respecto a las etapas anteriores, pues revela que existe ya un sentido de la proporcionalidad de la pena al limitar la extensión de la venganza, impidiendo que el

⁵⁰ Delgadillo Gutierrez y Lucero. «*La Responsabilidad Patrimonial del Estado.*» *Compendio de Derecho Administrativo*. México D.F: Editorial Porrúa, 1999, p. 228.

⁵¹ Enrique Cury Urzúa. *Derecho Penal Parte General - Tomo 1*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 32.

daño que ésta cause sea a menudo ilimitado, y, por lo común, mayor que el que lo motiva.⁵²

Consecuentemente, la primera enseñanza que podemos rescatar de lo establecido en la antigua Babilonia se da en el desarrollo de un sistema que busca castigar mediante una retribución equivalente al daño ocasionado.

Durante varios años se mantuvo arraigada la noción que el único medio de castigar un daño era mediante un castigo equivalente o que se asemeje al daño ocasionado, sin dejar lugar a una composición económica. No fue hasta la expedición de las XII tablas en la Roma Arcaica que se abrió la posibilidad de reemplazar la pena, por una composición económica. La institución de la composición económica consistente “...en el reemplazo de la pena por un pago en dinero, y se extiende a la mayoría de los pueblos que conocen ese sistema de intercambio”⁵³. Es en este punto de la historia que la noción de pena comienza a disociarse de la noción de composición económica al buscar finalidades distintas. Al respecto el tratadista Santiago Villagrán manifiesta que

El daño causado por el delito puede distinguirse, por lo común, en público y privado. El primero se traduce en la alarma social que el hecho delictuoso provoca; el segundo en el perjuicio o daño causado a los particulares víctimas del delito o a las personas a quienes las leyes reconocen el carácter de damnificados. El daño público o colectivo determina la aplicación de las medidas específicas del Derecho penal, en primer lugar, la pena; el daño privado motiva también el resarcimiento de ese daño, que se persigue con la acción civil.⁵⁴

Por lo tanto, la responsabilidad que se genera en materia penal tendrá la finalidad de sancionar una consecuencia jurídica debido a la omisión de una conducta penalmente descrita. Mientras que la responsabilidad en materia civil (y administrativa como se verá más adelante) buscará resarcir el perjuicio patrimonial que una parte ocasione a la otra.

Sin lugar a dudas luego de esta breve introducción, nos toca enfocarnos en las fuentes obligacionales que regulan las conductas jurídicas de los sujetos de derechos. El

⁵² Carlos Fontán Balestra. «*Reseña Historia del Derecho Penal*». *Tratado de Derecho Penal - Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, p. 95.

⁵³ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁴ Santiago Villagrán. «*Acción Civil y Acción Penal*». *Proceso de Daños*. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 1.

Código Civil ecuatoriano prescribe en el artículo 1453⁵⁵ las siguientes fuentes obligacionales:

- El Negocio Jurídico;
- Cuasicontratos;
- Delitos;
- Cuasidelitos;
- La Ley y;
- Declaración unilateral de voluntad.

Las fuentes antes mencionadas las podemos categorizar en dos vertientes actos jurídicos y hechos jurídicos. En tal sentido, los Ospina han definido acto y hecho jurídico de la siguiente manera:

[...] el acto jurídico que comprende toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos, y el hecho jurídico, que cobija tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, que la ley les atribuye se producen independientemente del querer del agente [...]⁵⁶

Las consecuencias del hecho jurídico se encuentran desarrolladas por el artículo 2184 del Código Civil ecuatoriano el cual prescribe lo siguiente:

Art. 2184.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.⁵⁷

A partir de este momento nuestro estudio se centrará en los efectos que el derecho da a los hechos jurídicos establecidos en el artículo 2184, sin dejar aún lado aquellas nociones que sean relevantes de mencionar referentes a la responsabilidad contractual. Esto debido a que la finalidad principal de este análisis, radica en establecer los cimientos

⁵⁵ Código Civil Ecuatoriano. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵⁶ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina. «*La Ubicación Lógica del Acto o Negocio Jurídico.*» *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: TEMIS, 2005, p. 5.

⁵⁷ Código Civil Ecuatoriano. Artículo 2184. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

que el derecho civil ha establecido para la reparación de los daños ocasionados a un sujeto de derechos.

2.2. Nociones de la responsabilidad civil y sus finalidades

La responsabilidad civil en palabras del tratadista Javier Tamayo Jaramillo se define como "...un acto humano que no pretende crear efectos jurídicos, pero que de hecho los crea porque se produce un daño de forma ilícita"⁵⁸. La finalidad principal de la responsabilidad civil es el resarcimiento. En palabras del tratadista Augusto Morello, los efectos del resarcimiento son la base de la responsabilidad civil, ya que

[...] debe de conceptualizarse al daño (o perjuicio) en sentido amplio, como la lesión (menoscabo) a intereses amparados por el ordenamiento, cuyo trascendido se evidencia en la minoración de valores económicos- daño patrimonial- o en alteraciones desfavorables en el espíritu – daño moral [...] ⁵⁹

Continuando con esta línea de pensamiento la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en el caso *Medardo Luna contra Aeroservicios Ecuatorianos C. A. Aeca*, realiza una distinción entre los dos campos donde puede tomar lugar la responsabilidad civil: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual:

[...]La responsabilidad civil se divide en dos ramas: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. En la esfera de la responsabilidad contractual, el daño se configura cuando una de las partes del acuerdo o negocio jurídico no cumple o cumple defectuosamente las obligaciones que hubiesen sido preestablecidas por ellas mismas... En la esfera de la responsabilidad extracontractual, en cambio, una persona llega a ser deudora de otra sin haberlo querido. La fuente de la obligación, entonces, es una fuente no querida por el deudor; es la ley que crea por su autoridad la obligación [...] ⁶⁰

En análoga línea, *Aída Kemelmajer de Carlucci* considera que el sistema de distinguir la responsabilidad civil como contractual y extracontractual, es el denominado sistema binario. En palabras de la autora, la base de la distinción se da por lo siguiente:

[...]El área contractual tiene como objeto el daño causado al contravenir un deber específico, establecido previamente con otra persona. Por lo tanto, en la base de esta responsabilidad está la voluntad de los sujetos que han concertado algo. El área

⁵⁸ Javier Tamayo. *Tratado de Responsabilidad Civil: Tomo I*. Legis, p. 189.

⁵⁹ Augusto Morello. *Indemnización del daño contractual*. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2003, p. 25.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. *Medardo Luna contra Aeroservicios Ecuatorianos C. A. Aeca*. Causa No. 20-2004. Sentencia de 5 de febrero de 2004, publicada en el Registro Oficial 411 de 1 de Septiembre de 2004.

extracontractual abarca los daños causados al contravenir el deber genérico de no dañar a otro; por ello, no está fundada en el valor de la voluntad o autonomía de la voluntad, sino sobre el principio de solidaridad de fuente romana, que manda no dañar a otro.⁶¹

Por lo tanto, en términos generales la responsabilidad civil crea la obligación de reparar el daño ocasionado derivado por el incumplimiento a las prestaciones que se encuentran dentro de un Contrato, o por ocasionar un daño producto del incumplimiento del principio de solidaridad de no dañar a otro.

Como se comentó en el inicio de este capítulo, la primera visión que se mantuvo como medida para reparar un daño tuvo su origen en la teoría retributiva, la cual condenaba al causante de un daño con una sanción que implique un daño similar al ocasionado. Sin embargo, con el pasar de los años esta teoría dio lugar a la posibilidad de la compensación económica y de esta manera inició un proceso de disgregación entre los objetivos que buscan proteger el derecho penal y derecho civil, en materia de daños. Ahora bien, la sanción que se impone por medio de una compensación económica se discute si debe de mantener una finalidad punitiva o resarcitoria.

La finalidad punitiva que ha sido acogido en sistemas legales como el estadounidense, donde la finalidad del sistema radica en “una situación encaminada, no solo a la reparación del daño, sino también al castigo del responsable en atención a su conducta”⁶². Continuando con esta línea de pensamiento, se ha afirmado lo siguiente respecto de las características punitivas del derecho de daños:

Un elemento característico de las sanciones que se dirigen a castigar o punir a los particulares es el constituido por la toma en consideración del grado de culpa concurrente en la conducta del infractor para modular, conforme a él, la gravedad o extensión de la sanción. De acuerdo con esta afirmación, la presencia del elemento citado en el ámbito de la *responsabilidad aquiliana* podría considerarse como una manifestación de la persecución por parte de ésta de una finalidad punitiva [...]⁶³

Algunos aspectos a destacar referentes a la finalidad punitiva del derecho de daños, en palabras de Jorge Mosset y Miguel Piedecabras radica en:

⁶¹ Aída Kemelmajer de Carlucci. «Los Dilemas De La Responsabilidad Civil» Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 4. Santiago Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001, p. 676.

⁶² Georgina Alicia Flores. «La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal.» México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 66.

⁶³ María Naveira. El Resarcimiento Del Daño En La Responsabilidad Civil Extracontractual. Coruña: Universidad de Coruña, 2004, p. 277.

- La existencia de un incumplimiento de obligaciones legales o contractuales
- Deber ser solicitado por el damnificado.
- La aplica el juez
- Tiene el carácter de una multa civil o sea que se independiza del daño efectivamente sufrido, por lo menos en principio y referencia a su procedencia.
- La cuantificación deberá tener en cuenta la gravedad del derecho y demás circunstancias del caso.
- Es autónoma o independiente de otras indemnizaciones⁶⁴

En tal sentido, la finalidad punitiva no se limita a buscar el reparo del daño cometido a la víctima. Su finalidad radica en penar al causante de dicho daño, mediante una sanción que afecte su patrimonio, a título de castigo por haber irrespetado el principio de solidaridad de no dañar a otro.

Por otro lado, tenemos la finalidad resarcitoria del derecho de daños. Esta finalidad toma como punto de partida la base de un principio de equidad, en la que se determina:

[...] una obligación a responder por los daños a aquel que con su actividad los causó...importa aquí el principio de justicia de la teoría, que en cuanto el sujeto ha puesto en marcha esa actividad para su provecho o beneficio, esa ventaja le obliga a soportar las correlativas cargas que son en definitiva los riesgos creados por él.⁶⁵

Para el tratadista argentino Carlos Ghersi, el reparar va más allá de una simple indemnización:

El término “indemnizar” significa “resarcir de un daño o perjuicio o agravio”; en cambio, “reparar” quiere decir “componer o enmendar el daño que ha sufrido una cosa”; “desgravar, satisfacer al ofendido”, o bien “remediar o evitar un daño o perjuicio”.

Los términos tienen una aparente sinonimia, pero si profundizamos la cuestión advertiremos que reparación entraña una concepción más compleja, tal como si ella fuera el género y los otros sus especies.

Por lo expuestos, podemos decir que la reparación tiene tres aspectos:

- a) Componer el daño o perjuicio que ha sufrido en lo material o patrimonial.
- b) Desgravar o satisfacer al ofendido.
- c) Evitar un daño o perjuicio.⁶⁶

⁶⁴ Jorge Mosset y Miguel Piedecasas. *La Extinción Del Contrato: Responsabilidad Extracontractual Derivada Del Contrato*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 576.

⁶⁵ Juan José Casiello. «*Viejos Y Nuevos Enfoques Sobre Responsabilidad Civil.*» *Responsabilidad Civil: Doctrinas Esenciales TOMO I*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 362.

⁶⁶ Carlos Alberto Ghersi. *Teoría General de la Reparación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 387.

En análoga línea de pensamiento, la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, citando a la Corte Interamericana de Derecho Humanos, estableció lo siguiente respecto de la finalidad de la reparación:

[...]La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos orienta la forma en la que se debe proceder para reparar e indemnizar los daños provocados a las personas. "Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores"[...]”⁶⁷

Es por esto que se debe tener presente que mediante la finalidad reparadora del derecho de daños, a diferencia de la finalidad punitiva, se busca reparar a la víctima a causa de un daño que no se encontraba obligado a sufrir, imponiendo como sanción al perpetrador de este hecho dañoso, el deber de retornar a la víctima al equilibrio patrimonial y emocional en que se encontraba previo al cometimiento del daño. En palabras de Enrique Barros lo la finalidad de esta reparación es una justicia correctiva, “donde concurren en una unidad de sentido el fin (la justicia en la relación privada) y el medio (el restablecimiento de la igualdad afectada por el acto injusto)”⁶⁸. Por lo tanto, podemos concluir que el objetivo primordial en la finalidad resarcitoria radica en una reparación integral de la víctima, sin causarle un enriquecimiento a ella a consecuencia de la indemnización.

En conclusión, la responsabilidad civil tiene como objetivo principal la reparación de un daño que pudo tener su origen en un incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) o debido al cometimiento de un daño a un sujeto que no estaba obligado a soportarlo (responsabilidad extracontractual). La doctrina se ha inclinado por establecer dos grandes fuentes de reparación de este daño, una punitiva y una resarcitoria. La finalidad punitiva busca, además de la reparación del daño, que se imponga una sanción civil al causante del hecho ilícito. Por otro lado la finalidad resarcitoria, busca castigar al causante imponiendo la obligación de reparar a la víctima al momento previo en que se

⁶⁷ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Dr. Deifilio Larriva Polo y Teresa González Harris, Fausto Bolívar Avila Avila y Alba Argentina Encalada Zamora c. El Estado ecuatoriano. Resolución 246-2012. Publicada en Gaceta Judicial 12, serie 18 de 24 de agosto de 2012, página 4952.

⁶⁸ Enrique Barros Bourie. «Introducción a la Responsabilidad Extracontractual.» *Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Óp. cit., p. 41.*

encontraba antes del sufrimiento del daño, devolviéndole al equilibrio patrimonial y emocional en que se encontraba.

Esta breve introducción que se ha realizado a lo largo de este numeral, tenía como finalidad dejar por sentada las bases del régimen general de responsabilidad extracontractual que comparten tanto los regímenes de responsabilidad extracontractual civil y responsabilidad administrativa. En el Ecuador la Ex Corte Suprema (hoy en día Corte Nacional) ha tomado como punto de partida para definir la responsabilidad extracontractual, los elementos que existen del derecho civil. Sin embargo, los fallos que se han expedido pecan de no buscar una uniformidad y establecer un régimen distintivo entre la responsabilidad extracontractual en material civil y la responsabilidad extracontractual del Estado, al analizar los casos de responsabilidad del Estado con base en los elementos de la responsabilidad civil. No obstante, la Corte Nacional si ha logrado establecer por medio de la jurisprudencia que la finalidad de la responsabilidad extracontractual consiste en resarcir los daños ocasionados a la víctima, mas no buscar su enriquecimiento. Lamentablemente, el principal error que existe en el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, radica en la ausencia de uniformidad y distinción entre los elementos que componen la responsabilidad extracontractual civil y la responsabilidad extracontractual administrativa, bajo un análisis eminentemente de índole civil.

2.3. La responsabilidad extracontractual de la administración pública

La responsabilidad extracontractual que muchos de nosotros nos encontramos familiarizados es la responsabilidad extracontractual en materia civil. La responsabilidad extracontractual en derecho civil se compone de los elementos de (i) culpa (ii) hecho ilícito (iii) daño y (iv) nexo causal. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el caso entre *NIFA S.A c. MERCK SHARP DOHME*, determinó que “para que un ilícito sea sancionado civilmente y se imponga al autor la obligación de reparar el daño debe de existir una acción culpable, antijurídica y punible”⁶⁹. Sin embargo como se demostrará

⁶⁹ Corte Nacional De Justicia. Sala De Lo Civil Y Mercantil. *Nifa S.A. Hoy Prophar c Merck Sharp Dohme (Inter American)*. Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 12. Página 4336. (Quito, 21 de Septiembre del 2012).

en las siguientes líneas, estos presupuestos difieren notablemente frente a los requisitos que se exigen para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado.

La responsabilidad extracontractual del Estado procura servir como una herramienta para resguardar el derecho a la integridad patrimonial de los administrados. En caso que dicha integridad se vea afectada, esto “da base de justificación a la indemnización debido a que se ha producido una lesión en los bienes o derecho del individuo, que no tenía la obligación jurídica de soportar.”⁷⁰ Bajo esta línea argumentativa, no pareciera que existe mayor diferencia en la manera como se despliegan los efectos de responsabilidad del Estado dentro del derecho administrativo, a los efectos existentes en la regulación civil para sancionar el cometimiento de un hecho ilícito. No obstante, es necesario realizar la primera gran distinción definiendo el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado. En palabras del tratadista mexicano Álvaro Estrada:

La responsabilidad patrimonial del Estado es una institución jurídica que, mediante criterios objetivos de Derecho Público, establece la obligación directa del Estado de indemnizar a los particulares que hayan sido lesionados antijurídicamente en sus bienes o derechos, como consecuencia de la actividad propia del Estado.⁷¹

En análoga línea de pensamiento el profesor Juan Carlos Casagne manifiesta que

La responsabilidad del Estado basada en la falta de servicio, se construye alrededor de la noción de servicio público, frente a la necesidad de conceder la reparación patrimonial por los daños causados a los particulares por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio. Pero por servicio público no se entiende el concepto estrictamente técnico que hace a una de las clasificaciones de las formas o modos de la actuación administrativa, sino una idea más amplia que comprende toda la actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos que constituye la función administrativa [...] ⁷²

Por esta razón, si bien se va a proceder a analizar los elementos de la responsabilidad extracontractual los cuales son: daño, nexos causal, culpa y hecho ilícito, no hay que olvidar que estos elementos son compartidos por el Derecho Administrativo y el Derecho Civil. No obstante, debido a la finalidad del derecho administrativo de sancionar los daños

⁷⁰ Alvaro Castro. «*El Sistema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.*» *Derecho Administrativo*. Mexico D.F: Editorial Porrúa, 2012, p. 371.

⁷¹ Alvaro Castro. «*El Sistema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.*» *Derecho Administrativo*. Mexico D.F: Editorial Porrúa, 2012, p. 379.

⁷² Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, p. 268.

ocasionados por un deficiente servicio de la actividad emanada de la función del Estado, los elementos antes mencionados van a tener un distinto enfoque dentro de la rama del Derecho Administrativo.

El primer elemento que analizaremos es el *daño*. A criterio de este autor, el siguiente fragmento de la sentencia expedida por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el caso *Delfina Torres Vda de Concha contra Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción*, aborda los distintos enfoques que la noción de daños mantiene dentro de la responsabilidad extracontractual en el Ecuador:

[...]El daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existen jurídicamente. El daño puede ser presente o futuro: el primero es el que ya ha acaecido, el que se ha consumado. El futuro es el que todavía no se ha producido, pero aparece ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y las experiencias de la vida. El daño futuro solo se configura en la medida en la que aparece como consecuencia por lo menos probable, del hecho antecedente, cuando se conoce con objetividad que ocurrirá dentro del curso natural y ordinario de las cosas.....Comúnmente, al daño se le clasifica en material y moral, cada uno de los cuales goza de identidad propia y autonomía. Igualmente, no resultan excluyentes entre sí en el marco de un único evento dañoso; muy por el contrario, en la mayoría de las veces se presentan ambos. El daño material existirá siempre que se cause a otro, un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido. El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado [...]⁷³

En resumen, podemos decir del extracto antes citado, que el daño para que sea indemnizable debe de ser cierto, es decir, haber causado un efectivo perjuicio al patrimonio de la víctima, la cual, no se encontraba obligada a soportar dicho daño.

El siguiente elemento de la responsabilidad extracontractual que procederemos a analizar es el nexo causal. El nexo causal en palabras de la Corte Suprema de Justicia

⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Comité Delfina Torres Vda de Concha contra Petroecuador y otros. Sentencia de 29 de octubre de 2002, publicada en Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10, p. 3011.

ecuatoriana, se define como "el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado"⁷⁴. Continuando con esta línea de pensamiento, el tratadista Isidoro Goldemberg define al nexo causal como:

[...] el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado *imputatio facti* o vínculo material; en tanto que la reelaboración a nivel jurídico de dicha conexión, con las particularidades que le atribuyen las teorías tradicionales de la relación de casualidad, conducen al concepto de relación causal [...]⁷⁵

En análoga línea de pensamiento, el tratadista Álvaro Castro Estrada añade lo siguiente:

[...] el nexo causal, que constituye el presupuesto de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado que aquí se estudia, deviene de conocer – y probar – el vínculo de relación de causa a efecto, entre dos aspectos examinados anteriormente, a saber; el daño resarcible y al actividad de la administración a quien deba imputársele.⁷⁶

De igual manera, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador al analizar el nexo causal dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, emite el siguiente pronunciamiento:

[...] El elemento de causalidad en la responsabilidad hace mención al nexo que debe existir entre el que, por acción u omisión, produjo el hecho dañino y el daño producido. Para esto se han esgrimido dos teorías: la primera, denominada de la equivalencia de las condiciones, que enuncia que todos los antecedentes del daño tienen relevancia causal idéntica; esta teoría ha sido desechada por cuanto implicaría buscar culpables hasta el infinito, lo que apreciado jurídicamente resulta un absurdo. La segunda, es la llamada de la causalidad adecuada, que sostiene que una causa, además de ser determinante o *conditio sine qua non* para la ocurrencia del caso, debe haber sido esperable el resultado en un curso normal de los acontecimientos conforme a las reglas de la experiencia. Pero tampoco la causalidad será suficiente para determinar la responsabilidad, porque deberá verificarse, además, que ese hecho dañino es jurídicamente imputable a quien los produjo bajo cualquiera de los títulos de imputación que fundamentan la responsabilidad. [...]⁷⁷

⁷⁴ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. c. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada. Causa No. 508-2010. Sentencia de 8 de septiembre de 2010. Registro Oficial Suplemento No. 422 de 2 de abril de 2013.

⁷⁵ Ramiro Saveedra. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003, p. 533.

⁷⁶ Alvaro Castro. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. México D.F: Editorial Porrúa, 1997, p. 351.

⁷⁷ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Dr. Deifilio Larriva Polo y Teresa González Harris, Fausto Bolívar Avila Avila y Alba Argentina Encalada Zamora c. El Estado ecuatoriano. Resolución 246-2012. Publicada en Gaceta Judicial 12, serie 18 de 24 de agosto de 2012, p. 4952.

Por lo tanto, al momento de analizar la responsabilidad extracontractual del Estado, nuestro enfoque debe de orientarse a verificar la efectiva existencia de una relación causa-efecto entre el daño producido por el Estado y el perjuicio en el patrimonio del administrado.

Ahora bien, el nexo causal del Estado tiene como fuente la transgresión del principio de legalidad, es decir, el incumplimiento de la Ley. Debido a que nos encontramos analizando la responsabilidad del Estado desde una visión del derecho administrativo, es necesario que este efecto de reparación se encuentre regulado por la Ley. En el Ecuador, la fuente principal donde se consagra la obligación por parte del Estado de indemnizar a los administrados por los daños ocasionados por su actividad, se establece en el artículo 11, numeral 9 de la Constitución del Ecuador el cual prescribe:

[...]El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.⁷⁸

En el numeral 9 del artículo de la Constitución antes citado, se sintetizan cada una de las causas por las cuales el Estado debe de reparar a sus particulares a causa del ejercicio de sus funciones. El articulista Diego Mogrovejo al analizar este numeral de la Constitución, manifiesta que:

⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

[...]se prioriza el daño causado a la víctima, que no se encuentra obligada a soportar cargas injustas por parte del Estado, razón por la cual el afectado no debe probar ni la ilicitud ni la culpabilidad de la conducta estatal, sino únicamente la relación de causalidad entre la actividad estatal dañosa y el perjuicio acontecido (responsabilidad directa y objetiva), pudiendo el Estado únicamente deducir eximentes externos para desvirtuar la relación de causalidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de tercero o propia culpa de la víctima).⁷⁹

Es evidente como lo hemos mencionado con anterioridad, que la tendencia actual radica en buscar responsabilizar al Estado por la deficiencia o daños ocasionados mediante el ejercicio de sus potestades públicas. Tal es el caso que el artículo 229 de la Constitución del Ecuador, amplía la definición que existe de servidor público al catalogar que “será cualquier persona que trabajan, presten, ejerzan alguna función o dignidad dentro del sector público”⁸⁰. Por lo tanto, salta a la vista que el objetivo actual de la Constitución radica en garantizar a los administrados que los servicios y actos que realice el Estado, no ocasionen un perjuicio a sus administrados y en caso de que lo ocasionen sepan que podrán exigir un reparo por parte del Estado ecuatoriano.

El hecho ilícito lo podemos definir como un acto ejecutado sin la finalidad de producir efectos jurídicos, pero que en efecto los crea debido al perjuicio que se causa a la víctima producto de la actuación del autor. Sin embargo, este concepto difiere cuando nos encontramos frente a la responsabilidad extracontractual del Estado. En el caso *Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI c. Florencio Andrade*, la Corte Suprema de Justicia hizo el siguiente comentario respecto a la ilicitud de los actos o hechos en material de responsabilidad extracontractual:

El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Así, es principio fundamental en la organización del Estado, la solidaridad y, en virtud de ella, los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales ⁸¹ [...]

⁷⁹ Diego Mogrovejo. *La responsabilidad estatal en la Constitución*. Revista de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 83.

⁸⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 229. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia: Sala de lo Contencioso Administrativo. *Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI c. Florencio Andrade*. Causa No. 62-2005. Sentencia de 11 de abril de 2007. Gaceta Judicial 4, serie 18 de 11 de abril de 2007.

Continuando con esta línea de pensamiento el tratadista Hugo Caldera, hace referencia a las implicaciones que se deben de entender como la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad Estatal:

[...] Frente a la transgresión del principio de legalidad nace la responsabilidad del Estado y, en ocasiones, la del funcionario que vulneró, con su actuación o con su actitud, dicho principio (no obstante, aunque ello no es materia de este trabajo, debemos reconocer que la responsabilidad estatal puede resultar comprometida al margen de toda actuación ilegal y, aún más, dentro de la más rigurosa legalidad administrativa). El eslabón que cierra la cadena es la consagración de la responsabilidad del Estado, responsabilidad que es detectada o declarada por los mecanismos de control jurídico, especialmente, por los jurisdiccionales, cuando con su actuación o con su omisión la Administración ha violado el principio de legalidad y ha dañado con un vínculo de causalidad directa un derecho individual o un interés legítimo.⁸²

Por lo tanto, el hecho ilícito en la responsabilidad extracontractual del Estado, no es más que las actuaciones del Estado ocasionando un perjuicio a los administrados. Esto ocurre debido a que la administración actúa por medio de potestades regladas, la noción de hecho ilícito no es del todo acertada al ser incluida por algunos tratadistas como elemento de la responsabilidad Extracontractual del Estado. La razón principal consiste en que la gran mayoría de daños que va a ocasionar la Administración pública, son consecuencias de actos que gozan de una presunción de legitimidad. Indudablemente van a existir casos en los cuales las actuaciones del Estado se den por un quebrantamiento al principio de legalidad. Sin embargo, estos van a representar la minoría de casos y lo más prudente es identificar si las actuaciones del Estado causaron o no un daño, sin entrar en el estudio de la ilicitud o litud del acto.

La culpa en palabras de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, se define bajo el siguiente lineamiento:

[...]La culpa es constitutiva del cuasidelito civil, y deben consistir en actos o manifestaciones de la voluntad positiva y formalmente determinadas a causar el daño que se reclama. La culpa consiste, continúa, en no precaver aquello que ha podido precaverse o evitarse; en una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta. La culpa extracontractual, pues se traduce en una negligencia del hecho que, como consecuencia, origina el evento dañoso, el perjuicio económico⁸³ [...]

⁸² Hugo Caldera. «Ecuacion Del Estado De Derecho, Teoria Del Organo Y Responsabilidad Extracontractual Del Estado En Chile.» Revista Chilena de Derecho, Vol. 6, No. 5/6, 1979, p. 397.

⁸³ Corte Suprema de Justicia: Sala de lo Civil y Mercantil. Importadora Nacional IMPONAC S.A., c. INTERTEK TESTING SERVICES INTERNATIONAL LIMITED. Sentencia de 06 de abril de 2001. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5., p. 1324.

Continuando con este análisis, la culpa en un acto que puede verificarse por acción u por omisión. La culpa se da “...por acción cuando consiste en la ejecución de un hecho (culpa comitendo), y por omisión, cuando consiste en la no ejecución de un hecho, en una abstención (culpa omitendo)”⁸⁴. Ahora bien, las definiciones que acabamos de dar son las desarrolladas por el Derecho Civil. Cuando analizamos la culpa dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, el elemento de culpa pasa a un segundo plano a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad extracontractual en materia civil. Esto debido a que la culpa es un elemento subsidiario dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, que se utiliza generalmente para analizar las fallas o faltas en los servicios públicos que provee el Estado. En palabras del tratadista Luis Humberto Pérez, la falla o falta de servicio se presente por:

[...]Una anomalía en la prestación del servicio que debe realizar el Estado, por ello el funcionario no se tiene que identificar, porque se dice que es el servicio en su conjunto el que ha funcionado mal y no se necesita identificar al funcionario o autor del acto o hecho dañoso. Por ello se anota que trata de una culpa anónima.⁸⁵

Los ejemplos más comunes para ilustrar los casos donde puede darse una falla o falta en los servicios públicos del Estado son en servicios tales como: provisión de electricidad, agua, líneas de transporte público, escuelas públicas, atención en hospitales públicos, la correcta atención por parte de funcionarios de una entidad gubernamental.

Hoy en día la tendencia actual respecto del elemento culpa dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, se direcciona a abrazar la tesis que sostiene la ausencia de culpa en las actuaciones de la administración. La razón principal en palabras del tratadista Enrique Barrios se da por lo siguiente:

[...] La culpa civil se refiere al incumplimiento de deberes generales de cuidado en nuestras relaciones con los demás. Los órganos del Estado están naturalmente sujetos a los deberes de cuidado que tienen por objeto impedir que ocurran accidentes que debieron ser prevenidos con el cuidado ordinario. No es una responsabilidad que surja del ejercicio de una potestad o función pública (como ocurre con la falta de servicio),

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia: Sala de lo Civil y Mercantil. Segundo Sánchez Monar c. Petrocomercial y Congas S.A. Resolución No. 187. Publicada en el Registro Oficial 83 de 23 de mayo del 2000.

⁸⁵ Luis Humberto Pérez. *Elementos De La Responsabilidad Extracontractual Del Estado*. Bogota: Leyer, 2002, p. 18.

sino simplemente del ejercicio material de una actividad cualquiera, como es administrar un consultorio médico [...]»⁸⁶

En análoga línea de pensamiento, el tratadista Luis Humberto Pérez comenta respecto a la responsabilidad sin culpa del Estado lo siguiente:

En este caso al Estado no se le tiene que demostrar su culpa ni los elementos de ella. No es necesario probarle que actuó mal, tardíamente o que no actuó. La irregularidad o negligencia del Estado no tiene que hacerse presente o ser determinante en la ocurrencia del daño y con en la declaración de responsabilidad del Estado.

En este evento el Estado actúa legalmente siguiendo todos los pasos y procedimientos legales, pero resulta algún afectado por tal actividad y si hay daño, el Estado tiene que resarcir.⁸⁷

Resulta evidente sostener la tesis de la ausencia de culpa en las actuaciones del Estado, ya que si aceptamos la existencia de culpa por parte del Estado, estaríamos a su vez aceptando que el Estado tiene voluntad. En tal sentido, implicaría ignorar una máxima del derecho administrativo la cual establece que las actuaciones del Estado se encuentran sometidas a la Ley.

⁸⁶ Enrique Barros Bourie. «Responsabilidad del Estado.» Tratado de Responsabilidad Extracontractual. *Óp. cit.*, p. 485.

⁸⁷ Luis Humberto Pérez. Elementos De La Responsabilidad Extracontractual Del Estado. *Óp. cit.*, p. 19.

CAPÍTULO III: LA ASIMILACIÓN DE LA FIGURA DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA BAJO LA NOCIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO ECUATORIANO

Isaac Newton estableció en su célebre obra *Principia Mathematica* la siguiente máxima como una de las leyes de movimiento: “Con toda acción ocurre siempre una reacción igual y contraria...”. Nos encontramos analizando una ciencia social como lo es la Jurisprudencia, pero dicho principio establecido por Newton es perfectamente aplicable a las relaciones que existen entre las personas y el Estado con sus administrados. Esto debido a que por cada acto que se realice debemos de esperar una reacción por las consecuencias jurídicas que desplieguen dichos actos. Hoy en día la sociedad busca eludir las responsabilidades que se generan por acciones que ocasionen perjuicios. Muchos se protegen en aquellas lagunas legales que facilita la ley. Si los miembros de una sociedad a diario mantienen esta idiosincrasia, no podríamos esperar algo distinto por parte del Estado, entidad que se encuentra administrada por seres humanos que sienten temores y dudas a perder un cargo público cuando cometen errores en sus funciones. Por tales razones, en muchas ocasiones el Estado ocasiona daños a sus administrados, daños que en principio pareciera que el administrado no goza del derecho de exigir su reparación debido a que el acto administrativo expedido cumplió con todos los requisitos formales establecidos por la ley.

La figura de la expropiación indirecta como se estableció en el Capítulo I, tiene como finalidad proteger a los inversionistas extranjeros de los actos del Estado que priven del uso, goce u administración de los derechos que mantiene el inversionista respecto de su inversión. Sin embargo, en el Ecuador ¿Qué ocurre con aquellos inversionistas nacionales que no pueden ampararse en un Tratado Bilateral de Inversión para protegerse del Estado? Si el Estado ecuatoriano, priva a un inversionista nacional por medio de un acto administrativo eficaz y perfecto, del uso, goce u administración de los derechos que mantienen de su inversión ¿qué mecanismos de defensas posee este inversionista frente al Estado ecuatoriano, si en principio la actuación del Estado se encontró apegada a derecho? En las próximas líneas se analizará el mecanismo de defensa que posee un inversionista nacional frente a las actuaciones del Estado que le ocasionen un daño, y como la acción por daños es un mecanismo de defensa semejante a la Expropiación Indirecta establecida en los Tratados Bilaterales de Inversión.

3.1. El inversionista extranjero vs el inversionista nacional

La definición de *inversión* bajo el derecho internacional de las inversiones consiste en “el compromiso de inyectar dinero u otros activos con el propósito de esperar una ganancia económica”⁸⁸. Los Tratados Bilaterales de Inversiones definen la inversión como

[...]todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende: i) Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas; ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos; iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión; iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a: las obras artísticas y literarias... los diseños industriales, las obras de estampado de semiconductores, los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y; v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley⁸⁹.

Este concepto rudimentario y que en principio devela que busca proteger al inversionista de todos aquellos derechos que se generen producto de la inyección de capital en el Estado receptor, ha sido desarrollado por medio de los arbitrajes de inversiones estableciéndose la siguiente definición:

Una inversión consiste en la existencia de contribuciones a un Estado receptor, amparadas en un contrato de inversiones el cual regula la duración y ejecución de la inversión, cuya ejecución se encuentra sometida a un riesgo que el inversionista está dispuesto a asumir con la finalidad de obtener ganancias.⁹⁰

Adicionalmente, a través del caso *Costruttori Spa y Italstrade Spa c. El Reino de Marruecos*, se definió un test, el cual ha sido utilizado por varios Tribunales Arbitrales

⁸⁸ Charbel Moarbes. «Introductory Note To The International Centre For Settlement Of Investment» International Legal Materials, 2009, pp. 1081-1085.

⁸⁹ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América. *Óp. cit.* Artículo 1.

(...) sobre promoción y la protección de inversiones de 27 de agosto de 1993. Se decidió citar el Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos debido a que pese a que la mayoría de Tratados Bilaterales de Inversiones tales como: Ecuador – Argentina, Ecuador – Reino Unido o Ecuador – Perú, poseen la misma definición, a criterio de este autor la definición que existe en el TBI entre Ecuador- Estados Unidos, abarca con mayor amplitud lo que puede generar y debe de ser protegido como inversión.

⁹⁰ CIADI. Caso SALINI COSTRUTTORI SPA y ITALSTRADE SPA c El Reino de Marruecos. Decisión de Jurisdicción de 16 de Julio de 2001.

para evaluar los parámetros que un Tribunal Arbitral debe de observar para verificar si un caso procede o no, como una disputa inversionista contra Estado. Un ejemplo del uso del examen conocido como *Test Salini*, se da en el caso *Malaysian Historical Salvors c. El Gobierno de Malasia*, donde el Tribunal aplica los siguientes criterios de evaluación definidos en el *Test Salini*:

1. Regularidad en los beneficios y rentabilidad;
2. Contribuciones al Estado receptor;
3. Duración del Contrato;
4. Riesgos asumidos en virtud del Contrato y;
5. Contribución al desarrollo económico del Estado receptor⁹¹.

A manera de conclusión, podemos afirmar que dentro del derecho internacional de las inversiones, el concepto de inversión busca proteger cualquier derecho que se genere como consecuencia de la inyección de capital por parte del inversionista en un Estado receptor. Siguiendo esta línea de pensamiento, los laudos arbitrales han procurado definir las inyecciones de capital que deben de ser consideradas como inversiones y merezcan recibir protecciones adicionales bajo los Tratados Bilaterales de Inversiones. Por lo tanto, un inversionista para el derecho internacional es una persona o empresa que busca obtener una rentabilidad al emprender una actividad, la cual le genera al inversionista el riesgo de obtener pérdidas o ganancias por medio de la inyección de capital y recursos en un Estado receptor.

Por otro lado, en la República del Ecuador no ha existido un suficiente desarrollo jurisprudencial o normativo el cual nos ayude a definir el concepto de inversión (o el de inversionista) dentro del país. Las leyes que podrían ayudarnos a entender las características de una inversión dentro del Ecuador son el Código Orgánico de la Producción y sus reglamentos. En tal sentido, el Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión en su artículo 12, nos proporciona un listado de actividades que pueden ser consideradas como una inversión dentro del Ecuador, las cuales se detallan a continuación:

1. La participación en el capital de una compañía nueva o existente en cualquiera de las formas societarias señaladas en la legislación de compañías, realizada mediante aportes en numerario o en especie, incluyendo bienes intangibles;

⁹¹ CIADI . Caso MALAYSIAN HISTORICAL SALVORS c. El Gobierno de Malasia. Decisión del pedido de Nulidad de 16 de abril de 2009.

2. La adquisición de participaciones, acciones, cuotas sociales, y en general, aportes que representen derechos sobre el capital de una compañía;

3. La adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia mercantil, debidamente registrado, como medio para desarrollar una actividad económica;

4. Los títulos de participación emitidos como resultado de un proceso de titularización, ya sea por medio de oferta pública o privada;

5. La adquisición de bienes inmuebles y muebles tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias y equipos en funcionamiento, así como sus repuestos, partes y piezas, empaques y envases; los inventarios de materias primas, insumos, productos intermedios y terminados;

6. Los derechos contractuales, tales como los derivados de contratos de colaboración, concesión, participación, prestación de servicios de administración, licencia o aquellos que impliquen transferencia de tecnología;

7. Los derechos conferidos por la ley, tales como: licencias, autorizaciones y permisos;

8. Las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, patentes, modelos industriales y conocimientos técnicos patentados o no patentados, o modelos comerciales tales como franquicias y licencias, amparados en contratos; y,

9. La reinversión mediante la capitalización de utilidades del ejercicio económico, reservas facultativas o de libre disposición, en la proporción que representen los derechos de socios o accionistas.⁹²

Salta a la vista que este listado comparte características similares a las ya citadas del Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y los Estados Unidos. Sin embargo, la gran diferencia que existe se da por un factor adicional, el monto mínimo que exige la ley para iniciar una actividad que sea considerada como una inversión a nivel nacional y los plazos en los cuales el inversionista debe de realizar esta inversión. En tal sentido, los artículos 23 y 37 del Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión, determinan que el monto mínimo de una inversión para acceder a los beneficios e incentivos que el Código Orgánico de la Producción ha fijado, debe de ser de doscientos cincuenta mil dólares durante el primer año de inversión, regulándose las futuras inyecciones de capital por medio de un contrato de inversión. Por lo tanto, bajo el derecho ecuatoriano para que una actividad sea considerada como una inversión y pueda acceder a los beneficios y protecciones que se establecen en el Código Orgánico de la Producción y sus reglamentos, el proyecto de inversión debe de: (i) ajustarse a cualquiera de las

⁹² Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión. Artículo 12. Registro Oficial Suplemento No. 450 de 17 de mayo de 2011.

actividades antes citadas del Reglamento a la Estructura Desarrollo Producto de Inversión; (ii) la inyección mínima de capital a lo largo del primer año de inversión debe de ser de doscientos cincuenta mil dólares y; (iii) se debe suscribir un contrato de inversiones donde se regulen los plazos y condiciones de cómo se realizaran las inyecciones de capital los años siguientes al inicio de la inversión.

El problema que se puede evidenciar de este breve análisis, radica en la visión que se plasmó en la ley de lo que implica ser un inversionista. El concepto no se ajustó a la realidad ecuatoriana. La definición general que existe de lo que implica ser un inversionista consiste en ser “una persona u organización que coloca dinero en operaciones financieras con la expectativa de obtener una ganancia”⁹³. Sin embargo, para efectos del Código Orgánico de la Producción y el Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión, se discrimina a la persona que pese a emprender una actividad con un riesgo económico latente, por no alcanzar los doscientos cincuenta mil dólares exigidos por la ley, automáticamente no puede ser reconocido como un inversionista. Tal es el caso que el propio Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión define en su artículo 1 a estas personas que no cumplen los requisitos antes mencionados como:

1. ARTESANO.- Persona natural o jurídica, que de acuerdo a su tamaño serán considerados como micro, pequeñas o medianas empresas, tomando en cuenta el nivel de ventas anuales y el número de empleados con los que cuenten.⁹⁴

En sentido contrario, el primer inciso del artículo 17 del Código Orgánico de la Producción establece las siguientes protecciones para los inversionistas:

Art. 17.- Trato no discriminatorio.- Los inversionistas nacionales y extranjeros, las sociedades, empresas o entidades de los sectores cooperativistas, y de la economía popular y solidaria, en las que éstos participan, al igual que sus inversiones legalmente establecidas en el Ecuador, con las limitaciones previstas en la Constitución de la República, gozarán de igualdad de condiciones respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones, y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias. Las inversiones y los inversionistas extranjeros gozarán de protección

⁹³ Oxford University Press. Oxford Dictionaries. <<Invest>> 2016. (Fecha de acceso: 21 de marzo de 2016).

⁹⁴ Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 450 de 17 de mayo de 2011.

y seguridades plenas, de tal manera que tendrán la misma protección que reciben los ecuatorianos dentro del territorio nacional.⁹⁵

Adviértase que a pesar de existir un reconocimiento expreso por parte del Código Orgánico de la Producción en no discriminar a un inversionista nacional, existe una discriminación que se da producto de las exigencias establecidas en el Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión. Indudablemente el Código Orgánico de la Producción reconoce el derecho a la igualdad de condiciones en las operaciones de un inversionista, pero la protección del artículo 17 no cubre las necesidades de varios inversionistas dentro del Ecuador. Es por esto que lamentablemente no todo inversionista va a poder acceder a estos derechos, aun cuando el motor económico del país en su mayoría dependa de la micro, pequeña y mediana empresa.

En conclusión, pese a que la mayoría de inversionistas en el Ecuador son personas que emprenden sus actividades con un mínimo anual de doscientos cincuenta mil dólares, se desconoce a este sector la categoría de “inversionista”. No obstante como se señaló en líneas anteriores, la realidad del Ecuador es otra. En un estudio realizado por el Ministerio de Industrias y Productividad se establecieron los siguientes datos:

Las micro, pequeña y mediana empresa son un importante sector de la economía ecuatoriana, en el área urbana emplean aproximadamente al 60% de la PEA –Población Económicamente Activa– ocupada, siendo la microempresa la que abarca el mayor porcentaje (43%), mientras que la pequeña y mediana empresa emplean al 14,5% y 4,2% respectivamente [...]⁹⁶

Es inverosímil que nuestra legislación desproteja al más grande inversionista que tiene el país. El Código Orgánico de la Producción fue concebido para proteger a aquel inversionista de grandes sumas de dinero, pero no a aquella persona que anhela emprender un proyecto para sustentar a su familia y mejorar su situación económica ¿Acaso una persona que hipoteca su casa, vende sus bienes, terrenos u adquiere un fuerte préstamo para emprender un negocio, no merece tener las mismas protecciones que el Código Orgánico de la Producción otorga a los inversionistas? Sin embargo este inversionista, este micro empresario, no se encuentra del todo desprovisto de mecanismos de protecciones. Siempre se va a encontrar protegido por las garantías y derechos que la

⁹⁵Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Artículo 17. Registro Oficial Suplemento No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

⁹⁶FLACSO ECUADOR y Ministerio de Industrias y Productividad. *Estudios Industriales de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa*. Quito: FLACSO, 2013, p. 152.

Constitución de la República del Ecuador provee a los habitantes del Estado ecuatoriano y esta herramienta va a ser más que suficiente como se estudiará en las próximas líneas.

3.2. La expropiación indirecta en el Ecuador

Muy al contrario de lo que ocurre con la expropiación indirecta en el ámbito internacional, se ignora que dentro del Ecuador existen casos con rasgos similares a los que se examinan y estudian en los arbitrajes de inversiones. En las próximas líneas, se analizará a manera de ejemplo, un caso ocurrido a nivel nacional el cual goza de características similares a lo sucedido en el caso *Metalclad c. México*. Con este ejemplo se demostrará que dentro del Ecuador, existen casos que constituyen una expropiación indirecta por ocasionarle un perjuicio económico a un inversionista nacional, los cuales pueden ser analizados bajo la figura de la responsabilidad administrativa del Estado.

3.2.2 JORGE PINOS c. EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DE SAN FRANCISCO DE QUITO⁹⁷

Mediante escritura pública de cancelación de hipoteca abierta a favor de la compañía Rumihuasi Cía. Ltda. por el Banco Unión BANUNION S.A. en saneamiento y dación en pago a favor del Banco Central del Ecuador, celebrada el treinta de noviembre de 2004, ante el Notario Vigésimo Cuarto del Cantón Guayaquil, legalmente inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Quito, el treinta de enero de 2005, el Banco Central del Ecuador adquirió de parte la Compañía Inmobiliaria Rumihuasi Cía. Ltda. la propiedad del bien inmueble consistente en un lote de terreno, signado con el número Diez (10) con clave catastral 0707-02-012 y número de predio 404390, de la urbanización “Altos de Guápulo”, urbanización aprobada el 1 de julio de 1989, situado en la Parroquia Guápulo del Cantón Quito.

El presidente del directorio del Banco Central del Ecuador, mediante oficio número DBCE-0608-2006 de tres de mayo de 2012, notificó al Gerente General de la Institución, que el organismo Monetario, en sesión celebrada en aquella fecha, resolvió autorizar a la

⁹⁷ Los hechos que se detallan a continuación si bien son reales, se han variado los nombres de las Partes, para no comprometer a los involucrados y preservar el sigilo profesional. Deseo dedicar un agradecimiento especial al profesor Marco Morales por el aporte del siguiente caso que se narra en las siguientes líneas.

Administración de la Institución para que proceda a la enajenación de los bienes inmuebles recibidos en dación en pago, mediante procesos de subasta pública. En tal sentido, la Junta de Remates del Banco Central del Ecuador realizó una convocatoria para el día 4 de agosto de 2012. La convocatoria se realizó mediante publicaciones en la prensa y carteles fijados en el edificio Matriz del Banco Central del Ecuador, lugar de la subasta, además de los lugares donde estaban ubicados los bienes que se subastaron.

La Junta de Remates del Banco Central del Ecuador, en el mismo acto de la subasta celebrada el 4 de agosto de 2012, adjudicó al *Señor Jorge Pino* el lote de terreno, signado con el número Diez (10) con clave catastral 0707-02-012 y número de predio 404390, de la urbanización “Altos de Guápulo”, por un valor de USD \$ 550.000,00 (Quinientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica). El inmueble antes descrito fue adquirido para desarrollar en él un proyecto inmobiliario dentro de los parámetros previstos por la norma técnica municipal y el uso de suelo permitido que se encontraban vigentes a la fecha de la compra del bien.

En un documento denominado *Informe de Avalúo*, solicitado por el Banco Central del Ecuador y realizado por el Arquitecto *Efraín Pérez*, se manifiesta que la normativa vigente en el sector al 30 de marzo de 2012, fecha en la que fuere presentado el mencionado informe, era la

A8 A603-35 que corresponde a Residencial de baja densidad, con forma de ocupación aislada, en lotes de superficie mínima de 600m², con frente no menor a 15.00 metros, 3 pisos o 9.00 metros de altura. Coeficiente de Ocupación del Suelo (COS) del 35% de la superficie del terreno, Coeficiente de Utilización del Suelo (CUS) de 105% del área total del terreno, con retiros frontal de 5.00 m. laterales y posterior de 3.00 m.

También, el Informe de Regulación Metropolitana de 9 de junio de 2014, en la cual consta como propietario del bien el *Sr. Jorge Pino*, se estipulaba la vigencia de la normativa de uso de suelo mencionada en el acápite anterior, es decir, **A8 (A603-35)** con todas las características anotadas anteriormente.

Posteriormente, mediante Resolución del Concejo Metropolitano de Quito N° 0408 del 19 de junio de 2014, dicha entidad, solicitó a la Dirección Metropolitana de Planificación Territorial y Servicios Públicos, en colaboración con la empresas públicas municipales EMAPS EP, EMMOP EP, la Dirección de Seguridad Ciudadana, la Administración Zona Centro y el Cabildo Ciudadano de Guápulo, elaborar el “*Plan Especial del Sector de Guápulo*”. En la **Memoria Síntesis del Plan Especial para el**

Sector de Guápulo se puede observar de manera breve el análisis técnico realizado por un extenso equipo de profesionales, que determinaron cómo debía realizarse el uso de suelo en dicha zona, estableciendo distintas zonas de riesgo y proponiendo varias recomendaciones a ser tomadas en cuenta por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

Luego de analizados dichos estudios técnicos y en base a las competencias que le otorga el COOTAD y la ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, el Concejo Metropolitano de Quito, expidió la Ordenanza de Zonificación No. 0083 de 15 de noviembre de 2014 en la cual también se aprobaron los planos B3-G y A1-G. Planos que determinan las nuevas zonificaciones para el Sector de Guápulo. Constando en el Plano B3-G el predio del Sr. Pino como si estuviera dentro del área de protección ecológica y en el Plano A1-G aparece el predio del Señor Pino dentro de la Urbanización Altos de Guápulo, ya sin señalarse que se trata de un predio de protección.

Por lo tanto, pese a que ni de la ordenanza ni de los planos, se puede evidenciar de manera clara que haya existido un cambio en la zonificación del bien de propiedad del Sr. Pino y que fuera descrito en el acápite 1.1, **el Municipio decidió cambiar la zonificación del predio a la determinada como A6 (A25002-1.5), la misma que establece la necesidad de la existencia de un lote de mínimo 2500 metros cuadrados en donde se puede construir solo sobre el 1,5 por ciento del terreno.** Así, el Sr. Pino pasó de ser el propietario de un bien inmueble apto para la construcción y el desarrollo inmobiliario y que había sido comprado por un valor de USD 550.000,00; a ser propietario de un bien que ya no podía ser utilizado para dicho fin, perdiendo completamente su valor comercial.

3.2.3 Similitudes entre el caso del Sr. Pino c. El Gobierno del Distrito Metropolitano de Quito con el caso METALCLAD CORPORATION c. MÉXICO.

A manera de ayuda memoria, tal como se señaló en el Capítulo I de este trabajo, los hechos del caso Metalclad Corporation, giran en torno a la inversión en la construcción de una planta de tratamiento de residuos peligrosos, en la ciudad de Guadalupe en México. Cinco meses después de iniciada la construcción, Metalclad fue notificada por el municipio de Guadalupe por no contar con los permisos de construcción.

Posteriormente, vía ordenanza, el gobierno de México declaró zona protegida el área donde se encontraba construyendo la planta de tratamiento, motivo por el cual tenía prohibido procesar cualquier residuo tóxico en ese sector. En consecuencia, Metalclad construyó una planta de tratamiento en una zona que se le impedía operar.

Por otro lado, en el Ecuador el Sr Pino compró un bien inmueble para desarrollar un proyecto inmobiliario. La zona de Guápulo en la ciudad de Quito, tiene un fuerte potencial económico para esta línea de proyectos debido a que no existen conjuntos de este tipo. Sin embargo, el Municipio de Quito vía ordenanza decidió cambiar la zonificación del predio a la determinada como A6 (A25002-1.5), la misma que establece la necesidad de la existencia de un lote de mínimo 2500 metros cuadrados en donde se puede construir solamente sobre el 1,5 por ciento del terreno. El Sr. Pino realizó la compra conforme los planos de zonificación del Municipio, tomando la diligencia de evitar errores que eviten el desarrollo de su proyecto. Producto de las regulaciones del Municipio de Quito, el Sr. Pino pasó de ser el propietario de un bien inmueble apto para la construcción y el desarrollo inmobiliario que había sido comprado por un valor de USD 550.000,00; a ser propietario de un bien que ya no podía ser utilizado para dicho fin, perdiendo completamente su valor comercial.

En el caso de Metalclad, el Tribunal Arbitral determinó un punto sumamente importante a tomar en cuenta respecto de la expropiación indirecta, el cual se señala a continuación:

[...] la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, **pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.**⁹⁸

Se puede apreciar que para efectos de evaluar la existencia de una expropiación indirecta, no es un requisito que exista un beneficio económico en el Estado receptor. Es necesario simplemente que por medio del análisis del caso respectivo, se determine que existió una privación a un beneficio económico que un inversionista mantiene respecto

⁹⁸ CASO No. ARB(AF)/97/1 Metalclad Corporation c Estados Unidos Mexicanos.

de su propiedad. En análoga línea de pensamiento, el tratadista Iñigo Iruretagoiena, cita lo siguiente:

La determinación de si una acción o una serie de acciones de las partes contratantes constituyen o no una medida de efecto equivalente a la expropiación o a la nacionalización debe realizarse caso por caso, teniendo en cuenta, entre otros factores, el impacto económico que tiene la acción gubernativa sobre el valor de la inversión, en qué medida esta acción interfiere sobre las expectativas legítimas de la inversión y, por último, el carácter de la acción de gobierno [...]⁹⁹

Por lo tanto, haciendo un énfasis a lo señalado en el Capítulo I del presente trabajo, si bien el Estado por medio de actos expedidos por autoridad competente, puede regular las acciones de los administrados e imponer límites al derecho de dominio, las regulaciones del Estado no pueden generar un impacto económico perjudicial al derecho de dominio de un inversionista. Es por esto, que los actos de la Administración Pública, pese a gozar de legitimidad, están sujetos a una evaluación para analizar si por medio de dicho acto, se causó un perjuicio económico a un administrado.

En el caso del *Sr. Pino*, resulta evidente que el Código Orgánico de Organización Territorial, otorga a los Gobiernos Autónomos Descentralizados “la capacidad para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, aplicables dentro de su circunscripción territorial”¹⁰⁰. Es incuestionable que esta potestad que mantiene Municipio de Quito, nace de la Constitución y del COOTAD, ya que define su estructura y delimita su ámbito propio, definiendo su esfera material de funcionamiento y actuación¹⁰¹. En tal sentido, el mencionado cuerpo normativo faculta en su artículo 86 a los Gobiernos Autónomos Descentralizados a:

- u) Expedir la ordenanza de construcciones que comprenda las especificaciones y normas técnicas y legales que rijan el distrito para la construcción, reparación, transformación y demolición de edificios y de sus instalaciones;
- y) Regular y controlar el uso del suelo en el territorio del distrito metropolitano, de conformidad con las leyes sobre la materia, y establecer el régimen urbanístico de la tierra;

⁹⁹ Iñigo Iruretagoiena. *El Arbitraje en los Litigios de Expropiación de Inversiones Extranjeras*. Barcelona: Bosch, 2010, p. 255.

¹⁰⁰ Código Orgánico de Organización Territorial COOTAD. Artículo 7. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹⁰¹ Eduardo García de Enterría. *Óp. cit.*, p. 305.

x) Regular mediante ordenanza la delimitación de los barrios y parroquias urbanas tomando en cuenta la configuración territorial, identidad, historia, necesidades urbanísticas y administrativas y la aplicación del principio de equidad interbarrial;¹⁰²

Por lo tanto, el Municipio de Quito actuó dentro de su marco de competencia al modificar vía ordenanza la zonificación del predio a la determinada como A6 (A25002-1.5). Sin embargo, esta ordenanza expedida conforme a los requisitos establecidos por la ley, no exime al Municipio de Quito del impacto ocasionado en el beneficio económico del terreno comprado por el *Sr. Pino*. Como bien señaló el Tribunal Arbitral en el caso *Metalclad*, no es necesario analizar si un acto administrativo es legítimo o no, sino si existió un impacto económico en la inversión. Es por esto que pueden existir actos administrativos legítimos y perfectos que causen un efecto semejante a la expropiación en los bienes de un administrado, generándose un impacto económico en el valor de la inversión. En resumen, solo hay que analizar la causalidad entre el acto administrativo y los efectos que se originen en los administrados para determinar si nos encontramos ante una expropiación indirecta.

De la comparación realizada de estos dos casos, se desprende que la realidad nacional no se encuentra alejada de la realidad internacional. El Tribunal Arbitral en el caso *Metalclad*, como ya lo hemos citado, manifestó que aquello que debía de analizarse era la existencia o no de una privación de un beneficio económico al inversionista. Esto se traduce en examinar, si existió o no causalidad que medie entre los daños ocasionados al inversionista y los actos realizados por el Estado. El caso del *Sr. Pino*, una inversión hecha con el propósito de realizar un proyecto urbanizacional, fue afectada por un cambio de zonificación por parte del Municipio (similar a lo ocurrido con la planta de *Metalclad*). La única alternativa que le queda al *Sr. Pino* frente a estos hechos, es iniciar un proceso donde se demuestre que se le ocasionó un daño cuyo responsable fue el Municipio. En el momento que un Tribunal de lo Contencioso Administrativo examine este caso, solamente deberá de determinar si existió o no responsabilidad por parte del Municipio. Estimado lector, como podemos apreciar, en el caso del *Sr. Pino* lo único que no utilizamos para referirnos a su problema jurídico, es el nombre expropiación indirecta. Sin embargo, la actuación realizada por el Municipio de Guadalupe y la realizada por

¹⁰²Código Orgánico de Organización Territorial COOTAD. Artículo 86. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

el Municipio de Quito, produjo el mismo impacto en el beneficio económico de estos dos inversionistas por medio de un acto legítimo. Es por esto que podemos afirmar con total seguridad que el caso del *Sr. Pino c. El Municipio de Quito*, es uno de los varios casos de expropiación indirecta que ocurren en el Ecuador.

3.3 Las similitudes entre la figura de la expropiación indirecta y la responsabilidad extracontractual del Estado.

En el Capítulo I del presente trabajo abordamos los conceptos y distinciones entre la expropiación y expropiación indirecta. A manera de ayuda memoria, la expropiación se define como

[...] un acto del Estado que priva a una persona de su propiedad o propiedades....La declaratoria de expropiación debe de hacerse por (i) la existencia de un interés público, (ii) no debe ser un acto discriminatorio, (iii) debe de realizarse respetando el debido proceso y (iv) debe de darse un pago justo por el bien o bienes expropiados.¹⁰³

Por otro lado, la expropiación indirecta en términos simples es aquella expropiación que se da por la falta de cumplimiento de cualquiera de los cuatro requisitos antes mencionados por parte del Estado. En este sentido, debido a la omisión de estos requisitos, la expropiación indirecta siempre deberá de ser vista y considerada como un acto ilegal. Bajo esta premisa, el Tribunal Arbitral del caso *Sedco c. Nioc* estableció que “la expropiación *de facto* o la expropiación constructiva, jamás van a ser vías legales de expropiación debido a la ausencia de la declaratoria de expropiación...”¹⁰⁴. Por estos motivos, la expropiación indirecta va a generar el derecho al administrado de obtener una indemnización por parte del Estado, por los perjuicios ocasionados al derecho de dominio que mantiene respecto de su propiedad.

Continuando con esta línea de pensamiento, para que la interferencia por parte del Estado en los derechos de propiedad de un inversionista genere la obligación de indemnizar, “debe de alcanzar el nivel de “radical”, “fundamental”, “de forma significativa”, “substancial” o “seriamente, pero en general debe de ser una privación que

¹⁰³ Imgard Marboe. Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law. Oxford: Oxford International Arbitration Series, 2009, pp. 42-43.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 59.

se *aproxime* a la pérdida total¹⁰⁵. La razón principal de esta exigencia como lo analizamos en el Capítulo I, se da debido a que el Estado por medio de su potestad reguladora, puede limitar el derecho de dominio que sus administrados mantienen de sus bienes.

No obstante, lo que el Estado no puede realizar es privar de los derechos de dominio que el administrado mantiene respecto de sus bienes y mermar el beneficio económico que puede obtener de ellos. Bajo esta premisa, el Tribunal Arbitral en el caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, desechó las pretensiones de expropiación indirecta por la Parte actora, debido a que no existió una privación del uso o de los beneficios económicos, esperados por la inversión¹⁰⁶. Tomando en consideración lo antes dicho y dejando a un lado los principios que configuran la expropiación indirecta, en palabras sencillas, el Estado por haber causado un perjuicio en el patrimonio del administrado, se encuentra en la obligación de reparar este daño. Por estos motivos, pese al origen del caso de expropiación indirecta que estudiemos; sea por la omisión de alguno de los requisitos por parte del Estado para ejecutar una expropiación, por la afectación en los derechos de dominio de un inversionista, por la pérdida de derechos derivados de un Contrato o por la privación de las facultades de administración de un inversionista, todos estos casos generan el mismo efecto, un daño que debe de ser indemnizado por parte del Estado.

Los elementos del derecho de daños en el sistema ecuatoriano, ofrecen una herramienta eficaz para poder estructurar una demanda por responsabilidad extracontractual, enfocada en los mismos efectos que ocurren en la expropiación indirecta. Como se ha logrado demostrar en el presente trabajo, no existen distinciones entre la expropiación indirecta y la responsabilidad extracontractual en el derecho administrativo. En este trabajo se logró demostrar que los criterios de doctrinarios y Tribunales Arbitrales internacionales, tan solo se han enfocado en estructurar un tipo de daño ocasionado por el Estado. Motivo por el cual, en la práctica la expropiación indirecta no nace a partir del momento en que existe un Tratado Bilateral de Inversiones suscrito

¹⁰⁵ Weiler, Todd, ed. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron May, 2005, pp. 620-621.

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 623.

entre países, si no desde el momento en que un Estado reconoce en su legislación la responsabilidad objetiva del Estado.

A través de un análisis comparativo entre el concepto de expropiación y expropiación indirecta, hemos podido identificar que cualquier omisión por parte del Estado dentro del procedimiento de expropiación, automáticamente se traduce en un daño que el Estado debe de indemnizar al administrado. Segundo, por medio del análisis de distintos escenarios en los cuales puede ocurrir una expropiación indirecta conforme a las resoluciones de los Tribunales Arbitrales, se llegó a demostrar que todos los escenarios ocasionan el mismo efecto, un daño. La única variante que existe entre los casos estudiados, resulta en la modalidad en que el Estado ocasionó el daño al administrado. No obstante, esto no deja de generar el mismo derecho a exigir una indemnización por parte del administrado al Estado. Tercero, al analizar la responsabilidad extracontractual de la administración pública, se demostró que debido a que el Estado actúa a través de potestades regladas, se deberá determinar si existió un nexo causal y un daño para que se configure la responsabilidad extracontractual de la administración pública. De verificarse la responsabilidad extracontractual de la administración, el administrado tiene el derecho a exigir una reparación integral por parte del Estado, como consecuencia del daño al que fue expuesto.

Con base en lo antes mencionado, luego de haber realizado una comparación de conceptos entre la noción de inversionista bajo el derecho internacional vs el concepto de inversionista en el derecho ecuatoriano, salta a la vista que se ha legislado en el Ecuador sin considerar la realidad nacional. El motor económico del país son inversionistas que realizan una inversión anual menor a los doscientos cincuenta mil dólares. Es por esto, que la figura de la responsabilidad extracontractual, protege a todos los sectores socioeconómicos del Ecuador. Finalmente, en el Ecuador, la Constitución en su artículo 11, numeral 9, reconoce como se señaló en el Capítulo II de este trabajo, que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. A su vez, en el mencionado numeral se señala “que toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estará obligada a reparar las violaciones a los

derechos de los particulares”¹⁰⁷. La responsabilidad extracontractual del Estado busca reparar el daño ocasionado por la administración pública a los particulares, siempre y cuando se verifiquen la existencia de un daño y un nexo causal que medie entre el daño producido por el Estado y los particulares afectados. Debido a esto, la doctrina y jurisprudencia han aceptado que el Estado responda por una responsabilidad objetivo frente a sus administrados.

En conclusión, ¿por qué debería de interesarnos que el Estado responda por los daños ocasionados a sus administrados por medio de una responsabilidad objetiva? Consiste, pues, que la gran mayoría de actos del Estado que van a dar origen a una expropiación indirecta, son actos administrativos que gozan de legitimidad. A su vez, como se indicó líneas atrás, lo único que interesa para analizar si existió o no una expropiación indirecta, es la verificación de una afectación en los derechos del administrado y de los beneficios económicos de su propiedad, no la validez o nulidad del acto administrativo expedido por el Estado. Por ello, en el Ecuador, los actos administrativos (sean legítimos o no) que causen un daño a los administrados, les otorga a los particulares el derecho a iniciar una acción por daños y perjuicios en contra del Estado. Siendo este el máximo mecanismo de defensa que mantenemos los ecuatorianos frente a los daños que las actuaciones del Estado ocasionen en nuestras actividades.

¹⁰⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la propiedad es uno de los pilares fundamentales que el Estado se encuentra llamado a respetar y velar por la protección del ejercicio de este derecho a sus particulares. En este sentido, pese a que la expropiación consiste en la potestad que mantiene el Estado de privar del dominio a un administrado por razones de utilidad pública, este acto consiste a su vez en la privación de uno de los derechos que el Estado debe de respetar a sus administrados. Por tal motivo, debido a la magnitud del daño que el Estado le ocasiona al particular que expropia, es indispensable que todo procedimiento expropiatorio se realice mediante una (i) debida declaratoria de utilidad pública (ii) respetando el debido procedimiento y (iii) realizando el pago de una justa indemnización.

2. La expropiación indirecta ocurre cuando el inversionista “conserva el título legal de propiedad pero ve limitados sus derechos de uso de la propiedad como consecuencia de una interferencia del Estado”¹⁰⁸. Este tipo de expropiación ocasiona un daño directo al inversionista, debido a que el Estado le privó de derechos que adquirió en el país receptor. Con base en lo antes mencionado, la expropiación indirecta se configura cuando el Estado omitió el debido procedimiento o no realizó un pago a título de indemnización, a causa de la expropiación de los derechos adquiridos por el inversionista en el Estado receptor. La expropiación indirecta puede ocurrir en los casos en que: (i) se le prive a un inversionista de ejercer las facultades de dominio de su propiedad (ii) se le expropian derechos derivados de un contrato o (iii) se le impida administrar su propiedad.

3. La responsabilidad extracontractual en Ecuador, acogió la tesis de la reparación integral de la víctima. Es decir, el objetivo de la indemnización debe de procurar retornar a la víctima al estado anterior previo al cometimiento del daño. La finalidad de esta reparación es una justicia correctiva, “donde concurren

¹⁰⁸ Marisol Páez. «*La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados.*» *Óp. cit.*, p. 8.

en una unidad de sentido el fin (la justicia en la relación privada) y el medio (el restablecimiento de la igualdad afectada por el acto injusto)¹⁰⁹.

4. Las diferencias que existen entre la responsabilidad extracontractual en derecho civil y derecho administrativo, radica en los elementos que la componen. Mientras que en la responsabilidad civil siempre será necesario identificar un hecho ilícito, daño, nexo causal y culpa, en la responsabilidad administrativa solamente bastará que exista un daño y nexo causal. Por estas razones, en el artículo 11, numeral 9 de la Constitución de 2008 se reconoce la responsabilidad objetiva del Estado, bajo la premisa que se debe de verificar la existencia de un daño y nexo causal que medie entre el Estado y el administrado afectado.

5. La expropiación indirecta en términos simples es un daño que se causa al administrado. Como lo han manifestado los Tribunales Arbitrales en las disputas entre inversionistas frente a Estado y a su vez, con base en el consenso que existe en la doctrina, no es necesario que un acto del Estado sea ilícito para que habilite a sus particulares el derecho a exigir una indemnización al Estado. El acto expedido por la administración pública puede ser válido, sin embargo si dicho acto causó un daño sustancial en un administrado, el Estado se encuentra en la obligación de reparar el perjuicio ocasionado.

¹⁰⁹ Enrique Barros Bourie. *«Introducción a la Responsabilidad Extracontractual.» Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Óp. cit., p. 41.*

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Acosta, G. O. *La Ubicación Lógica del Acto o Negocio Jurídico. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: TEMIS, 2005.
- Báez, R. «*El procedimiento administrativo*» *Manual de Derecho Administrativo*. México DF: Trillas S.A, 1997.
- Balestra, C. F. *Reseña Historia del Derecho Penal. Tratado de Derecho Penal - Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Barros, E. *Responsabilidad del Estado. Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Bodenheimer, E. *El Poder*. In E. Bodenheimer, *Teoría del Derecho*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Cabanellas Guillermo. *Introducción al Derecho Societario: Parte General*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 1993.
- Caldera, H. *Ecuación del Estado de Derecho, Teoría del Órgano y Responsabilidad Extracontractual del Estado en Chile*. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6, No. 5/6, 1979
- Carlucci, A. K. *Los Dilemas de la Responsabilidad Civil*. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, No. 4. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001.
- Casiello, J. J. *Viejos y Nuevos Enfoques Sobre Responsabilidad Civil. Responsabilidad Civil: Doctrinas Esenciales TOMO I*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Cassagne, J. C. *Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Delgado, J. «*La Crítica Social y el Concepto Legal de Dominio*.» *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. Barcelona: José María Bosch, 1992.
- Dlzer, R. y Schreuer, C. «*Expropriation*.» *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Enciclopedia Jurídica Omeba: Tomo I. Buenos Aires: Driskill S.A, 1986.
- Espinosa, D. G. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Compendio de Derecho Administrativo*. México D.F: Editorial Porrúa, 1999.

- Estrada, A. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. México D.F: Editorial Porrúa, 1997.
- Estrada, A. C. *El Sistema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. Derecho Administrativo*. Mexico D.F: Editorial Porrúa, 2012
- Fernández, J. *Derecho Administrativo*. México D.F: Editorial Porrúa, 1995.
- Flores, G. A. *La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- García Enterría, E. *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*. Madrid: Palestra Editores S.A.C., 2006
- Gherzi, C. A. *Capítulo IX: Formulación de la reparación. Teoría General de la Reparación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- Gherzi, C. y Weingarten, C. *Tratado de los Contratos: Parte General*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Granja, N. «La expropiación y los ingresos públicos.» *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2006., p. 283.
- Hobbes, T. *El Leviatán*. Montevideo: Uruguay Piensa - Biblioteca del Política, s.f.
- Jaramillo, J. T. *Tratado de Responsabilidad Civil: Tomo I*. Legis.
- Iruretagoiena, I. *El Arbitraje en los Litigios de Expropiación de Inversiones Extranjeras*. Barcelona: Bosch, 2010.
- Machiavelli, N. *El Príncipe*. Madrid: Mestas, 2009.
- Ministerio de Industrias y Productividad y FLACSO ECUADOR. *Estudios Industriales de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa*. Quito: FLACSO, 2013
- Marboe, I. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford: Oxford International Arbitration Series, 2009.
- Moarbes, C. *Introductory Note To The International Centre For Settlement Of Investment*. International Legal Materials , 2009
- Mogrovejo, D. *La responsabilidad estatal en la Constitución*. Revista de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2009

- Morello, A. *Indemnización del daño contractual*. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2003.
- Mosset, J., & Piedecabras, M. *La Extinción del Contrato: Responsabilidad Extracontractual Derivada del Contrato*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008
- Naveira, M. *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*. Coruña: Universidad de Coruña, 2004.
- Newcomb, A. & Paradell, L. *Law and Practice of investment treaties*. Netherlands: Kluwer International Law, 2009.
- Ospina, G. y Ospina O. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: TEMIS, 2005
- Oxford University Press. *Oxford Dictionaries*. (Recuperado el 21 de marzo de 2016)
- Perez, E. «*La Expropiación.*» *Derecho Administrativo*. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- Pérez, L. H. *Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer, 2002.
- Saveedra, R. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.
- Ugarte, J. «Limitaciones al Dominio. de las Meras Restricciones y Cuando Dan Lugar a la Indemnización.» *Revista Chilena de Derecho*, 2001.
- Urzúa, E. C. *Derecho Penal Parte General - Tomo 1*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Villagrán, S. *Acción Civil y Acción Penal. Proceso de Daños*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Weiler, T. (Ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron May, 2005
- Zachary, D. «Admissibility: Shareholder Claims.» *The International Law of Investments Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Jurisprudencia

Amoco International Finance Corp. Vs Iran, Laudo de 14 de julio de 1987.

CIADI. Caso Benvenuti et Bonfant c. República del Congo. Laudo final, 8 de agosto de 1980.

CIADI. Caso SALINI COSTRUTTORI SPA y ITALSTRADE SPA c El Reino de Marruecos.
Decisión de Jurisdicción de 16 de Julio de 2001

CIADI. Caso Siemens c. Argentina. Laudo de 6 de febrero de 2007.

CIADI. Caso MALAYSIAN HISTORICAL SALVORS c. El Gobierno de Malasia. Decisión del pedido de Nulidad de 16 de abril de 2009.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Dr. Deifilio Larriva Polo y Teresa González Harris, Fausto Bolívar Avila Avila y Alba Argentina Encalada Zamora c. El Estado ecuatoriano. Resolución 246-2012. Publicada en Gaceta Judicial 12, serie 18 de 24 de agosto de 2012.

Corte Nacional De Justicia. Sala De Lo Civil Y Mercantil. Nifa S.A. Hoy Propfar c Merck Sharp Dohme (Inter American). Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 12. (Quito, 21 de Septiembre del 2012)

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Comité Delfina Torres Vda de Concha contra Petroecuador y otros. Sentencia de 29 de octubre de 2002, publicada en Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. c. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada. Causa No. 508-2010. Sentencia de 8 de septiembre de 2010. Registro Oficial Suplemento No. 422 de 2 de abril de 2013.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Dr. Deifilio Larriva Polo y Teresa González Harris, Fausto Bolívar Avila Avila y Alba Argentina Encalada Zamora c. El Estado ecuatoriano. Resolución 246-2012. Publicada en Gaceta Judicial 12, serie 18 de 24 de agosto de 2012.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Corte Suprema de Justicia: Sala de lo Contencioso Administrativo. Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI c. Florencio Andrade. Causa No. 62-2005. Sentencia de 11 de abril de 2007. Gaceta Judicial 4, serie 18 de 11 de abril de 2007.

Corte Suprema de Justicia: Sala de lo Civil y Mercantil. Importadora Nacional IMPONAC S.A., c. INTERTEK TESTING SERVICES INTERNATIONAL LIMITED. Sentencia de 06 de abril de 2001. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1324.

Corte Suprema de Justicia: Sala de lo Civil y Mercantil. Segundo Sánchez Monar c. Petrocomercial y Congas S.A. Resolución No. 187. Publicada en el Registro Oficial 83 de 23 de mayo del 2000.

Metalclad Corporation c Estados Unidos Mexicanos. CASO No. ARB(AF)/97/1

Legislación

Código Civil ecuatoriano.

Código Orgánico de Organización Territorial COOTAD, publicado en el Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 351, de 29 de diciembre de 2010

Código de Procedimiento Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento 58 de 12- de julio de 2005

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)

Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión. Publicado en el Registro Oficial, Suplemento 450 de 17 de mayo de 2011.

Tratado Bilateral de Inversiones Egipto – Canadá (1996).

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones (1993).