

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**El derecho al cumplimiento específico en el Derecho
internacional de inversiones.**

¿Puede un tribunal internacional ordenar a un Estado al
cumplimiento específico de un contrato?

MARCO BAYARDO GRANDES ANDRADE

Tesina presentada como requisito para la obtención del Título de Abogado.

Quito, enero 2010.

© **Derechos de autor**

Marco Bayardo Grandes Andrade

2010

*A mi novia, Daniela Cartagena, por su
apoyo incondicional y por siempre
esperar lo mejor de mi.*

*A mis padres, Mila y Bayardo, por
confiar en mi y por no dejar de
preocuparse por mi.*

Agradezco a mi director de tesis el Dr. Javier Robalino por dirigir mi trabajo y por las oportunidades que me ha dado; de parte del equipo “Koretsky”, por todo su apoyo en los concursos y por enseñarnos en dónde realmente se pelea el Derecho.

RESUMEN

En esta tesina se intenta analizar si es que el derecho al cumplimiento específico de los contratos existe bajo el Derecho internacional de inversiones, para ello se analizarán el Derecho internacional público y el Derecho local de varios sistemas legales, como Derecho comparado.

La conclusión general es que el derecho al cumplimiento específico de un contrato sí existe bajo Derecho internacional y bajo distintos sistemas de Derecho local. En todo caso, cuando el derecho al cumplimiento específico sea un derecho que existe independientemente del derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios, esto se deberá ver reflejado en la valoración de los daños en el laudo.

ABSTRACT

This dissertation attempts to analyze the current state of the right to specific performance of contracts under international investment law; thus, it tackles the issue under public international law and under several systems of municipal law.

The overall conclusion is that the right to specific performance of a contract exists under international law and under municipal law. In any case, if the right to specific performance exists by itself, this must be reflected in the valuation of damages and the total amount of relief awarded to the Claimant.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|-----------|
| Introducción | 2 |
| 1. Capítulo I - Ley Aplicable | 4 |
| 1.1. CIADI | 4 |
| 1.2. CNUDMI | 7 |
| 1.3. Conclusión Capítulo I | 8 |
| 2. Capítulo II – Derecho Internacional | 11 |
| 2.1. Conceptos | 11 |
| 2.2. Hay un derecho al cumplimiento específico en el Derecho internacional? 13 | |
| 2.2.1. Costumbre internacional | 13 |
| 2.2.2. ¿Tienen los tribunales el poder para ordenar a un Estado al cumplimiento específico de un contrato? | 17 |
| 2.2.3. Tratados internacionales | 20 |
| 2.3. Reclamos contractuales y reclamos bajo el TBI..... | 23 |
| 2.4. El derecho al cumplimiento específico en medidas cautelares..... | 26 |
| 2.4.1. Oxy II | 28 |
| 2.4.2. City Oriente- Medidas provisionales | 32 |
| 2.4.3. City Oriente- Decisión sobre revocación de medidas provisionales | 33 |
| 2.4.4. Perenco..... | 38 |
| 2.4.5. Burlington | 39 |
| 2.5. La importancia de que el contrato siga vigente | 41 |
| 2.6. ¿Se puede impedir la terminación unilateral del contrato? | 42 |
| 2.7. Conclusión del capítulo II | 47 |
| 3. Capítulo III – Derecho privado local | 49 |
| 3.1. La posibilidad de exigir el cumplimiento de un contrato..... | 49 |
| 3.2. Justificación..... | 51 |
| 3.3. ¿Cómo se exige el cumplimiento? | 53 |
| 3.4. ¿Hay alternativas para el deudor? | 55 |
| 3.4.1. Las obligaciones se extinguen por el cumplimiento, no por la indemnización | 55 |
| 3.4.2. ¿Se puede sustituir la obligación de cumplir por la de indemnizar? | 57 |
| 3.5. ¿Se aplica el Derecho privado a los contratos administrativos? | 60 |
| 3.6. Conclusión del Capítulo III | 65 |

| | |
|--|------------|
| 4. Capítulo IV – Derecho público local | 66 |
| 4.1. El incumplimiento contractual en ejercicio de una potestad soberana | 67 |
| 4.1.1. Las facultades exorbitantes de la Administración Pública | 67 |
| 4.1.2. Conclusión sobre el incumplimiento en ejercicio de una potestad soberana..... | 73 |
| 4.2. El incumplimiento contractual sin ejercer una potestad soberana | 74 |
| 4.2.1. Los contratos son obligatorios para la Administración Pública..... | 75 |
| 4.2.2. La protección de los derechos contractuales en el ordenamiento | 84 |
| 4.3. La obligación de indemnizar por el incumplimiento | 87 |
| 4.4. Sí hay un derecho al cumplimiento específico en Derecho local..... | 91 |
| 4.5. Sí es posible ordenar a la Administración Pública el cumplimiento específico de un contrato..... | 100 |
| 4.5.1. Por Derecho público..... | 100 |
| 4.5.2. Consideraciones de Derecho privado | 106 |
| 4.5.3. Tecco vs. IEOS..... | 109 |
| 4.6. Conclusión del Capítulo IV..... | 112 |
| Conclusiones generales | 114 |
| Bibliografía | 119 |

**El derecho al cumplimiento específico en el Derecho
internacional de inversiones.**

**¿Puede un tribunal internacional ordenar a un Estado al
cumplimiento específico de un contrato?**

*“It cannot be that good faith is less obligatory upon nations
than upon individuals in carrying out agreements.”*

– Metzger & Co. Case (1900)

INTRODUCCIÓN

Esta tesina intenta tratar un tema de actualidad en el contexto del Derecho internacional de las inversiones. Últimamente se ha encendido el debate sobre cuál es el poder jurisdiccional de los tribunales arbitrales internacionales, la discusión se centra en si es que, ante el escenario de incumplimiento contractual por parte de un Estado, los tribunales tienen el poder para ordenar a ese Estado a que realice alguna conducta, en particular a que cumpla un contrato o concesión, o si por otro lado su poder se limita a declarar que el Estado ha incurrido en incumplimiento, y a condenar a dicho Estado al pago de una indemnización en consecuencia. Si bien es cierto que generalmente los tribunales internacionales se han limitado a lo último, sostenemos que sí tienen el poder para condenar a los Estados a que cumplan sus obligaciones contenidas en un contrato, incluso en una concesión para la explotación de recursos naturales.

La tesina se desarrollará de la siguiente manera: en el primer capítulo se determinará cuál es el Derecho que el tribunal internacional deberá aplicar para determinar si es que puede ordenar a un Estado a cumplir sus obligaciones bajo un contrato o concesión. En el segundo capítulo se analizará el derecho al cumplimiento específico en el marco del Derecho internacional. En el tercer capítulo se analizará la potestad que tiene la parte contratante para exigir que el

contrato se cumpla, (para propósitos de referencia, en adelante: el derecho al cumplimiento específico) en el marco del Derecho privado local de varios sistemas legales cómo Derecho comparado. En el cuarto capítulo se analizará el Derecho público local de varios sistemas legales como Derecho comparado para determinar si es que un contratista tiene el derecho de exigir el cumplimiento específico de un contrato a la Administración Pública y también se intentará determinar si es que un órgano jurisdiccional tiene la potestad para ordenar el cumplimiento específico de un contrato a la Administración Pública. Al final se presentarán las conclusiones generales.

Esta tesina es una de Derecho internacional, no de Derecho local de algún sistema legal en particular, de manera que el análisis que se hace de sistemas legales locales es únicamente con propósitos ejemplificativos y de comparación.

1 Capítulo I: Ley aplicable.

Podemos suponer que en un caso de arbitraje internacional el tribunal estará constituido en la mayoría de los casos bajo el Convenio que establece el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas de Inversión (en adelante Convenio CIADI o solamente CIADI cuando se haga referencia al Centro) o bajo las reglas de arbitraje internacional redactadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI), la mayoría de tratados bilaterales de inversión (TBIs¹) contienen estas dos opciones de mecanismos de resolución de controversias. Por lo tanto, para determinar cuál habrá de ser el Derecho a aplicarse en un caso en concreto vamos a analizar las reglas pertinentes de ambos sistemas.

1.1 CIADI

El artículo 42 del Convenio CIADI² establece que para resolver la controversia, el tribunal deberá aplicar el Derecho que han acordado las partes – que sería el Derecho del contrato-, y a falta de dicho acuerdo, deberá aplicar el Derecho local del Estado parte en la controversia (incluyendo las reglas de

¹ En este trabajo el término TBI incluirá todos los instrumentos internacionales de inversión.

² <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/DocumentsMain.jsp>

Derecho internacional privado) y las normas del Derecho internacional³, en lo que fuere aplicable.

Parecería que entre el Derecho local y el Derecho internacional el Convenio no establece ninguna preferencia, aunque según la doctrina y los comentarios de las negociaciones para la suscripción del Convenio sí se estableció un enfoque vertical entre ellos.⁴ De manera que los tribunales tenían que, en primer lugar analizar y aplicar el Derecho local, y después podían pasar a aplicar el Derecho internacional y sus principios, en la medida en que fueren aplicables⁵. Cabe aclarar que esta relación se estableció mientras los reclamos ante el CIADI se amparaban en un contrato, y no bajo un TBI.

Con el tiempo, la interacción entre el Derecho local y el Derecho internacional bajo este sistema comenzó a operar bajo las reglas de Derecho internacional público. Se respetaba el acuerdo al que lleguen las partes, pero en caso de faltar dicho acuerdo, el Derecho internacional se aplicaba, y no sólo ante los vacíos legales del Derecho local, sino también en caso de haber inconsistencia entre ellos⁶, como fuente complementaria y correctora⁷.

Es necesario mencionar que el Derecho internacional se aplicaba incluso si es que había acuerdo para que se aplique el Derecho local. Varios tribunales resolvieron que aunque haya acuerdo sobre que la ley aplicable sea la ley local, si ésta contenía lagunas, esas lagunas debían ser suplidas con Derecho internacional⁸.

Los TBIs, a diferencia de los contratos con cláusula CIADI, llegan para modificar esta dinámica pues hacen que el Derecho internacional pueda ser directamente aplicable al caso, no ya en una relación vertical con el Derecho local.

³ El párrafo 40 del Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial sobre el Convenio CIADI establece que se entiende que Derecho internacional lo es bajo los términos del Art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴ cf. SPIERMANN, Ole. *Applicable Law*. Vers. vol. 2- issue 5. noviembre 2005. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009). p. 9-12.

⁵ *Klöckner v. Cameroon*, Decision on Annulment, 3 mayo 1985, 2 ICSID Reports 95 párrafos 122-5, 156 y 159.

⁶ cf. SPIERMAN, *op. cit.* p. 12-19.

⁷ *Amco v. Indonesia*, Annulment Decision, 16 May 1986, 1 ICSID Reports 509 at paras 20-26.

⁸ *SPP v. Egypt*, Award, 20 mayo 1992, 3 ICSID Reports 189 at 207. Ver también *Letco v. Liberia*, Award, 31 marzo 1986, 2 ICSID Reports 346 at 358.

Los TBIs son instrumentos de Derecho internacional que contienen derechos sustantivos, de manera que al conformarse un tribunal internacional bajo dicho tratado, la primera opción en cuanto a Derecho sustantivo a ser aplicable, será el contenido en el mismo TBI⁹. Los tribunales consideraron que si es que la obligación que se está infringiendo es una de Derecho internacional, entonces tendría que ser juzgada bajo el Derecho internacional, mientras que para interpretar el contrato y determinar su ejecución y cumplimiento si se necesitaría aplicar el Derecho local¹⁰. Este procedimiento es importante para el desarrollo de la tesina.

De manera que ya no había la relación vertical como se estableció anteriormente, ahora el Derecho local se podía aplicar si no estaba en contradicción con el Derecho internacional¹¹, pero el Derecho internacional contenido en el mismo TBI podía ser la primera regla a aplicarse sin ningún problema¹². El Derecho local por su parte, asistiría en la resolución de la controversia para todos los temas que no encuentren solución en Derecho internacional.

Con los TBIs, los tribunales tienen el poder de aplicar el Derecho local y el Derecho internacional sin ninguna clara relación de preferencia, pero el Derecho internacional aun mantiene su capacidad de fuente complementaria y correctora. Entonces, para que el tribunal internacional aplique el Derecho internacional de las inversiones sin tener que pasar primero por el Derecho local, sería aconsejable que el reclamo se haga en base al TBI, pero ningún tribunal podría dejar de aplicar el Derecho local para determinar el cumplimiento de las obligaciones que de ser el caso, emanen del contrato. De todas maneras, puede ser que a un inversionista le interese particularmente que se aplique el Derecho local, entonces se puede presentar un reclamo bajo un contrato.

⁹ *AAP v. Sri Lanka*, Award, 27 Junio 1990, 4 ICSID Reports 250 at paras 20 and 38 (cf. opinión disidente del Dr Asante, *ibid.*, 297-9), también *Wena v. Egypt*, Award, 8 December 2000, 6 ICSID Reports 89 at para. 78.

¹⁰ *MTD and MTD v. Chile*, Award, 25 May 2004 at para. 87.

¹¹ Para argumentos sobre la preeminencia del Derecho internacional en la jurisprudencia y en la doctrina ver SPIERMANN op. cit. p. 26-28.

¹² *Wena v. Egypt*, Annulment Decision, 5 February 2002, 6 ICSID Reports 129 at paras 39-41.

Con un reclamo contractual cuyo contrato tiene una cláusula de ley aplicable que dispone que el Derecho aplicable es el Derecho local, se asegura que el tribunal entre a conocer el Derecho local, y si es que el contrato tiene una cláusula CIADI, por el Art. 42(1) del Convenio CIADI se aplicará también el Derecho internacional, en concordancia con las reglas de Derecho internacional público arriba expuestas.

1.2 CNUDMI

Vale la pena analizar lo que establecen estas reglas porque en muchos TBIs los Estados dan su consentimiento para resolver las controversias que puedan surgir con los inversionistas de la otra parte mediante arbitraje internacional bajo las reglas de la CNUDMI.

Según el Art. 33 y Art. 28 de estas reglas de arbitraje de 1998 y 2006 respectivamente¹³, el tribunal deberá aplicar el Derecho que las partes hayan pactado, y ante el silencio de las partes, lo deberá determinar mediante las reglas de conflictos de leyes que considere aplicables al caso. Ahora bien, en vista de que en esta tesina se está tratando de inversionistas extranjeros que llegan a tener controversias con el gobierno anfitrión de la inversión, la regla más pertinente para determinar la ley sustantiva a ser aplicada será la *lex loci solutionis* (ley del lugar donde se lleva a cabo o se ejecuta el contrato) que en definitiva será la ley del Estado anfitrión¹⁴. La regla *lex loci actus*, si se considera el ejercicio de poderes que origina la controversia como un factor de conexión¹⁵, también determinará que la ley sustantiva a ser aplicada será la del Estado anfitrión. Finalmente, la regla de la “ley apropiada” terminará por determinar que la ley del Estado anfitrión será la aplicable ya que la mayoría de los elementos del contrato se ejecutan bajo este Derecho¹⁶.

¹³ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html

¹⁴ cf. SCOLES, Eugene F., and Peter HAY. Conflict of Laws. Champaign, Illinois: West Publishing Co., 1984. p. 645-646.

¹⁵ cf. KEGEL, Gerhard. *Derecho internacional privado*. 4^{ta} ed. reelaborada. Traducción de Miguel Betancourt Rey. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1982. p. 280-283.

¹⁶ cf. SPIERMANN, op. cit. p. 22-24 y ver también SCOLES, op. cit. p. 656-658.

Pero el Derecho internacional también se aplica, pues estos artículos además hacen hincapié en la importancia que tienen los términos del contrato y los elementos propios del tipo de transacción sobre la cual versa la controversia. Esto quiere decir que los tribunales bajo las reglas UNCITRAL tienen que aplicar las cláusulas de la concesión o contrato en particular y además tiene que integrar el sistema del Derecho internacional de las inversiones, especialmente si el consentimiento se encuentra en un TBI. Además se pueden aplicar las prácticas internacionales más aceptadas de la industria, como puede ser una posible *lex petrolea*¹⁷ como parte del naciente Derecho transnacional, para resolver la controversia. Pero el hecho de que estos tribunales estén constituidos bajo un TBI tendrá como consecuencia que la primera fuente de derecho sustantivo sea el mismo TBI.

Algunos tribunales han dejado en claro que en el sistema de Derecho internacional de inversiones no está justificada la existencia de una relación vertical entre los dos sistemas de Derecho que imponga una obligación de aplicar el local antes que el internacional¹⁸. Con la llegada de los TBIs, la preferencia a un enfoque horizontal de aplicación del Derecho local e internacional es más marcado.

1.3 Conclusión del Capítulo I.

Estas reglas son el producto de un proceso de evolución jurídica que ha logrado no sólo aplicar Derecho extranjero a controversias locales, sino también ha asegurado la aplicación del Derecho internacional a controversias locales entre Estados y particulares; e igualmente importante, ha logrado establecer la aplicación de principios generales del Derecho y elementos de la costumbre a la resolución

¹⁷ cf. RUEDA GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL. "Provisional Measures in Investment Arbitration: Recent Experiences in Oil Arbitrations Against The Republic of Ecuador." *Transnational Dispute Management*. Julio 2008. www.transnational-dispute-management.com (accessed Enero 8, 2008), p. 5 y 18 .

¹⁸ *CME v. Czech Republic*, Final Award, 14 March 2003, at para. 410. (UNCITRAL)

de dichas controversias, incluso corrigiendo el Derecho local de ser el caso, esto incluso antes de que aparezcan los TBIs¹⁹.

Este proceso se conoce como el de la internacionalización de las obligaciones de un contrato –es un principio que viene de elementos de la costumbre internacional de protección de extranjeros- y ha permitido que las obligaciones que adquiere un Estado para con un inversionista extranjero sean gobernadas en cierta medida bajo reglas de Derecho internacional. Esto ha constituido una garantía importantísima para los inversionistas extranjeros ya que sus derechos dejan de estar sujetos a la voluntad regulatoria del Estado anfitrión. Un pilar fundamental que justifica la internacionalización de los contratos y sus obligaciones es el principio del *pacta sunt servanda*, porque no puede ser jurídicamente posible que la ejecución y validez de un contrato dependa de la voluntad de una de las partes contratantes²⁰, cuando una parte contratante ejerce sus poderes regulatorios, esto adquiere especial importancia. La internacionalización de los contratos por ende sirve como un mecanismo para asegurar que las partes contratantes estén en un plano de igualdad²¹.

La internacionalización de los contratos ha logrado establecer, al modo de ver de algunos y al margen de una cláusula de selección de Derecho internacional, una presunción de que los principios generales del Derecho internacional se aplican a todas las controversias, y para evitar su aplicación tendría que existir un acuerdo expreso para ello, que no solamente sirva para identificar a la ley local como la ley aplicable al caso concreto, sino que contenga referencia expresa de que las partes no quieren que las obligaciones se internacionalicen. Aun así, algunos sostienen que por razones de orden público internacional, se podrían

¹⁹ cf. SPIERMANN, p. 12- 15, su análisis de los casos de Saudi Arabia v. Aramco y Sapphire v. NIOC demuestran interesantemente cómo los tribunales aplican principios generales como igualdad, *pacta sunt servanda* y la teoría de los derechos adquiridos del Derecho internacional para integrar la ley aplicable a un caso, ampliando el espectro del contrato de concesión y corrigiendo en cierta medida el Derecho local en cada caso, en ambos casos eran reclamos contractuales.

²⁰ cf. SPIERMANN, p. 18 y 19. Ver análisis que se hace sobre la justificación de la internacionalización de los contratos y el contraste con las demás posturas en la doctrina.

²¹ Ibidem.

seguir aplicando los principios generales del Derecho²², aunque nuestra posición es que debería primar la voluntad de las partes.

Una vez que se ha determinado que el Derecho aplicable a la controversia ha de ser el Derecho local y el Derecho internacional en diferentes grados y para diferentes funciones²³, dependiendo del caso en concreto²⁴, se procederá a estudiar si es que existe un derecho al cumplimiento específico en el marco del Derecho internacional en el capítulo II. Luego se analizará el Derecho local de algunos sistemas legales, Derecho privado en el capítulo III y público en el capítulo IV, para determinar si es que existe el derecho al cumplimiento específico bajo el Derecho local comparado e igualmente importante, si existe el poder de un órgano jurisdiccional para ordenar a la Administración Pública incumplidora, al cumplimiento específico de un contrato administrativo.

²² cf. SPIERMANN, p. 21. Ver la construcción que hace a base de las obras de Ibrahim F.I. Shihata y Antonio R. Parra, Emmanuel Gaillard, Sébastien Manciaux, Karl-Heinz Böckstiegel.

²³ cf. NEWCOMBE, Andrew, and Lluís PARADELL. *Law and Practice of Investment Treaties*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 92-102. Ver la explicación que se hace sobre la aplicación del Derecho local dependiendo de la etapa del proceso arbitral en que el tribunal se encuentre; de todas maneras, el tribunal deberá decidir según las circunstancias de cada caso.

²⁴ Perenco, decisión de medidas provisionales, para. 44. El tribunal sostiene que la disputa en ese caso concierne los derechos contractuales que tiene Perenco bajo los contratos de participación, como materia de Derecho local y bajo el TBI, y los efectos, “si los hay”, de la Ley 42 sobre esos derechos. El tribunal de City Oriente llegó a una conclusión similar, y el tribunal de Burlington, en la decisión de medidas cautelares, en el párrafo 70 explica claramente que el Derecho internacional se aplica primero para establecer que una concesión de recursos naturales validamente terminada no permite el derecho al cumplimiento específico, pero en vista de que los contratos siguen vigentes, el tribunal entra a analizar el Derecho local para determinar si el derecho al cumplimiento específico existe ahí.

2 Capítulo II: Derecho internacional.

En este capítulo se analizará el Derecho internacional para determinar si es que existe o no en este ámbito un derecho al cumplimiento específico. Luego se verá el tratamiento que ha recibido este derecho por los tribunales de Derecho internacional de las inversiones para determinar si existe como derecho y el alcance que el mismo tiene como un mecanismo de reparación.

Se intentará demostrar que el derecho al cumplimiento específico sí existe en Derecho internacional, y un tribunal internacional lo puede otorgar como remedio a favor de la parte agraviada por el incumplimiento de un contrato, como una forma de restitución. Esto se puede lograr por medio de un reclamo bajo el TBI y por medio de un reclamo contractual, como veremos más adelante.

2.1 Conceptos.

En este trabajo se propone que el cumplimiento específico, como remedio, es una forma de restitución, pero antes de entrar a esta materia es necesario delimitar el concepto de restitución y la relación que tiene con el concepto de compensación. Esta aclaración es necesaria ya que algunos Estados han sostenido que la indemnización o compensación monetaria es una forma de restitución. Nosotros consideramos que el concepto apropiado es reparación, que a su vez

contiene la compensación monetaria por un lado, y la restitución, que incluye el cumplimiento específico, por otro. Utilizaremos el razonamiento del tribunal de Oxy II por su profundidad y claridad.

En Oxy II, el Estado ecuatoriano argumentó que la definición correcta del concepto *restitutio in integrum* es la de LAUTERPACHT, como un remedio que busca que la persona dañada pueda volver a ocupar la posición en la que se encontraba antes de que se cometa la acción u omisión dañosa, y eso implica que no sólo se tome en cuenta el *damnum emergens*, sino también el *lucrum cessans*²⁵. Consideramos que esta definición es equivocada por que confunde la restitución con la indemnización de daños y perjuicios, que sí incluye el daño emergente y el lucro cesante; entonces, hace un salto injustificado del concepto de restitución a conceptos de compensación monetaria. El Ecuador utiliza esta definición como argumento para sostener que restitución es equiparable con indemnización, para de alguna manera restar fuerza a la solicitud del cumplimiento específico. El tribunal del caso Oxy II estableció que el concepto *restitutio in integrum*, puede ser confundido por restitución “en especie” (restitution in kind)²⁶ –en la que se encontraría el cumplimiento específico (specific performance)-, y por compensación monetaria (monetary compensation); en consecuencia, el tribunal optó por no utilizar el concepto de *restitutio in integrum*²⁷.

El tribunal concluyó que sería mejor utilizar el principio de que la parte dañada debe ser “reparada” (made whole) y que el remedio otorgado debe ser de una reparación completa o integral (full reparation). Esta reparación completa puede ser lograda por medio de la restitución en especie, que en palabras del tribunal, es sinónimo de cumplimiento específico²⁸; y en caso de no ser ésta posible, mediante la compensación monetaria, pero que sea correspondiente con el valor que la restitución en especie conferiría²⁹. De esta manera se dividen las

²⁵ Oxy II, para. 71.

²⁶ Ésta y las demás traducciones en este trabajo son propias del autor.

²⁷ *Ibidem*. para. 72.

²⁸ Oxy II. para. 73.

²⁹ *Ibidem*. para. 73.

dos formas de reparación que hay. Una de ellas es la restitución³⁰, que contiene el cumplimiento específico, y la otra la compensación monetaria.

El tribunal concluye, para evitar confusiones, que se va a referir al derecho que reclamaron los inversionistas para que sus derechos contractuales sobre la explotación del Bloque 15 sean reestablecidos, como cumplimiento específico (specific performance), en todas las circunstancias.

Por ser esta la clasificación más coherente y correcta en nuestra opinión, ésta será la que usaremos, queda claro entonces que el cumplimiento específico es una forma de restitución, diferente a la compensación monetaria.

2.2 ¿Hay un derecho al cumplimiento específico en el Derecho internacional?

En esta sección se analizará el Derecho internacional para determinar si es que existe un derecho a exigir que la Administración Pública cumpla con un contrato válidamente celebrado, y se buscará determinar si es que es posible que un tribunal internacional ordene a un Estado al cumplimiento específico de un contrato como forma de remedio para el inversionista. Más adelante se verá en qué incide que el reclamo sea bajo el contrato o bajo el TBI.

2.2.1 Costumbre internacional

En esta sección se analizarán los artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional³¹, en adelante (artículos CDI), para determinar si es que existe un derecho al cumplimiento específico de un contrato como forma de restitución³². Es necesario señalar que se considera que éste instrumento refleja la

³⁰ Entiéndase restitución legal y restitución material incluidas. cf. ENDICOTT, Martin. "Non Pecuniary Remedies: The Impact of ARISWA in Investor-State Arbitration." Vers. vol. 4 issue # 4. *Transnational Dispute Management*. julio 2007. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009), p. 11-12.

³¹ Adoptados por la Comisión en la sesión N° 53 de 2001 y entregado a la Asamblea General de las Naciones Unidas en el reporte A/56/10.

³² Los argumentos de que los artículos CDI no se aplican en el Derecho internacional de inversiones porque una de las partes no es un Estado soberano ha sido prácticamente acabado

costumbre internacional en cuanto a responsabilidad de los Estados en el plano del Derecho internacional³³. Si bien es cierto que no son vinculantes, negar la aplicación y el tratamiento que han recibido estos artículos por los tribunales internacionales de toda índole sería absurdo.

En este instrumento se contemplan algunas medidas de reparación, entre ellas se encuentra el artículo 35 que recoge la restitución, como un mecanismo para reestablecer la situación del agraviado a la situación en la que se encontraba previamente al cometimiento del hecho ilícito internacional.

Ahora bien, este no es el único mecanismo de reparación que contemplan los artículos CDI pues también está la compensación y la satisfacción, pero el texto es muy claro al establecer que la restitución deberá ser la primera opción de reparación, al dejar a las otras opciones como subsidiarias³⁴. Los artículos CDI exigen para que opere la restitución, que no sea materialmente imposible³⁵ y que

por la aplicación de estos por tribunales internacionales, ya que ante reclamos bajo el TBI se alega el incumplimiento de obligaciones internacionales. Además el Art. 2 de los artículos CDI no requiere para que haya responsabilidad internacional que se trate de una relación exclusivamente entre Estados soberanos. De la redacción tampoco se puede inferir aquello, y el Art. 1 dice claramente que **todo** hecho internacionalmente ilícito conlleva la responsabilidad de los Estados. Consideramos además que los TBIs, contienen obligaciones internacionales para los Estados, de las cuales los inversionistas son beneficiarios, el Art. 33 del mismo cuerpo nos permite entender que los derechos de reparación están sin perjuicio de los derechos que en su momento llegue a tener cualquier otra entidad diferente a un Estado. Crawford incluso argumenta que los beneficiarios de los derechos a ser reparados tienen la titularidad sobre los mismos, lo que carecen es un mecanismo para reclamarlos de manera individual. El tribunal de *SGS v. Filipinas* sostuvo que los TBIs reconocen derechos individuales de protección a los inversionistas, elemento que aleja la discusión de la protección diplomática, en para. 154 de la Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 29 enero 2004.

³³ cf. HOBBER, Kaj. "State Responsibility and Investment Arbitration." *Transnational Dispute Management*. Noviembre Issue #5, 2005. www.transnational-dispute-management.com (accessed septiembre 13, 2009), p. 2. cf. WÄLDE, Thomas. "Remedies and Compensation in International Investment Law." *Transnational Dispute Management*. noviembre 2005. www-transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009), p. 19-20.

³⁴ Para ver algunos de los casos en los que los tribunales, reconociendo que la restitución es la forma predilecta de reparación, por considerarlo imposible en el caso o porque el demandante solicitó la compensación monetaria, no otorgaron restitución como remedio ver OLLESON, Simon. "The Impact of ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts." *British Institute of International and Comparative Law*, 297, p. 220-240.

³⁵ Según CRAWFORD, James. "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries." *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, en su comentario, Art. 35 (8), no se puede eludir la obligación de restituir por meras dificultades prácticas o por haber imposibilidad jurídica para hacerlo, pues la imposibilidad tiene que ser material.

no resulte en una carga desproporcionada que dejaría a la compensación como una mejor opción. De manera que el Estado responsable estará en la obligación de restituir a menos que se presenten estas dos circunstancias³⁶.

Se puede decir que el espíritu de esta norma es minimizar los efectos perniciosos del hecho internacionalmente ilícito para la otra parte, por eso la restitución ha de ser la primera opción. Esto en concordancia con el principio de reparación a partir del caso de Fábrica de Chorzów³⁷ que claramente establecía la restitución como la forma predilecta de reparación. Este principio consiste en hacer desaparecer todas las consecuencias negativas del hecho ilícito y reestablecer la situación que muy probablemente se hubiera dado de no cometerse el hecho ilícito³⁸.

Además, si hacemos una interpretación sistemática de los artículos CDI, podemos darnos cuenta que se prefiere dar continuidad a las relaciones jurídicas. El artículo 29 del texto es claro sobre que los efectos legales que se deriven del hecho internacionalmente ilícito no afectarán la obligación del Estado responsable de seguir cumpliendo con la obligación que incumplió. Esta noción, junto con la idea de que la primera opción para reparar ha de ser la restitución que devuelva las cosas al *statu quo ante* nos permite afirmar que en la costumbre internacional sobre la responsabilidad de los Estados se prefiere el cumplimiento de las obligaciones sobre una compensación monetaria³⁹.

³⁶ Un Estado además, bajo la regla del artículo 32 de los artículos CDI, no puede eludir sus obligaciones de cesación de la conducta ilícita y reparación del daño escudándose tras la aplicación del Derecho local.

³⁷ cf. ABDALA, Manuel A., Pablo T. SPILLER, and Sebastian ZUCCON. *Chorzów's Compensation Standard as Applied in ADC v. Hungary*. Vers. vol. 4 issue #3. junio 2007. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009), en general para un análisis de la aplicación del principio de Chorzów a un caso concreto, y WÄLDE, Thomas, and Borzu SABAHI. "Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law." *Transnational Dispute Management*. noviembre 2007. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009), en general, para ver los tribunales de Derecho de inversiones que han aplicado el principio de Chorzów.

³⁸ WÄLDE, *Compensation...* p. 5-6.

³⁹ cf. WÄLDE, *Compensation...* p. 7-8, en relación con la preferencia que tienen las medidas de cumplimiento específico por sobre la compensación monetaria en Derecho administrativo comparado, y cómo en Derecho público se buscan remedios prospectivos y afirmativos antes que compensatorios; o como en Derecho comunitario europeo la reparación normal es dejar sin

Corresponde ahora demostrar porqué argumentamos que se puede pedir el cumplimiento de un contrato como una forma de restitución en el marco de los artículos CDI. Si consideramos que por restitución se entiende el volver las cosas al estado anterior al hecho ilícito⁴⁰, al *statu quo ante*, entonces pedir que se cumpla un contrato sería pedir que se reestablezca la situación contractual al estado en que se encontraba previamente al incumplimiento⁴¹. CRAWFORD considera que restitución bajo los artículos CDI involucra cualquier acción necesaria para reestablecer la situación al estado en que se encontraba antes de que se produzca el hecho ilícito⁴². De manera que el cumplimiento del contrato puede ser considerado como un mecanismo para alcanzar la restitución⁴³.

Ahora bien, no hay duda de que para invocar los artículos CDI es necesario demostrar que existe responsabilidad internacional, y para ello es necesario demostrar que el hecho ilícito es atribuible al Estado en cuestión, y además es violatorio de alguna norma de Derecho internacional⁴⁴. Indudablemente, los TBIs son normas de Derecho internacional⁴⁵, pero cuando

efecto incluso medidas regulatorias o asumir conductas específicas antes que una compensación monetaria. También, cómo de manera general en el Derecho administrativo de los “Estados modernos” se trata la conducta ilegal de la administración mediante la adopción de conductas legales que las reemplacen –o subsanen-, antes que la compensación monetaria.

⁴⁰ Tomar en cuenta que ésta es la definición restringida de restitución, que según el Profesor CRAWFORD es la que recogen los artículos CDI. La definición más amplia involucraría elementos de compensación adicionales a la restitución simple y llana, para asegurarse de que todos los efectos perjudiciales del hecho ilícito desaparezcan por completo. Esta posibilidad para obtener compensación adicional a la restitución sí está prevista en el artículo 36 del mismo cuerpo, que reconoce además la indemnización de los daños causados si no es suficiente la restitución. El tribunal de *Goetz v. Burundi* adoptó el acuerdo de las partes como laudo, en él se otorgó restitución en especie (emisión de certificado) y una compensación por los daños. Ver laudo, para. 137.

⁴¹ WÄLDE, *Remedies...*p. 19-22. El autor sostiene que una forma de restitución es el reconocimiento de la validez de contratos, incluso de contratos de tracto sucesivo, y que la restitución monetaria puede llegar a ser un remedio viable ante la aparición del Estado regulador, que puede “pagar” por incumplir obligaciones internacionales y seguir incumpliendo.

⁴² Crawford, Art. 35 (6-11)

⁴³ Oxy II para. 44. Incluso el Estado ecuatoriano reconoce que el cumplimiento específico es una forma de restitución. El tribunal de Burlington, para. 70 señala casi de manera incuestionable que el cumplimiento específico es una forma de restitución.

⁴⁴ Art. 2 artículos CDI. Además, según Crawford, la restitución bajo los artículos CDI es más importante cuando los derechos y obligaciones en disputa surgen directamente en el plano internacional, a diferencia de sí son discutidos en el plano del Derecho local. (Crawford *Commentary* 35(9))

⁴⁵ Aunque estas “normas” puedan desplazar a los artículos CDI, el mismo TBI podría hacerlo si es que contiene reglas específicas de reparación, como *lex specialis*, bajo el Art. 55.

no estamos ante un reclamo bajo el TBI, sino bajo un reclamo únicamente contractual, no creemos que se pueda invocar los artículos CDI para establecer la responsabilidad del Estado. Más adelante veremos que el Derecho aplicable para estos efectos dependerá de si el reclamo se hace bajo un contrato o bajo un TBI, y al analizar las medidas provisionales en los casos contra el Ecuador, también veremos que en el caso de reclamos contractuales, el Derecho local adquiere especial relevancia para determinar si ha habido incumplimiento del contrato y también la responsabilidad del Estado.

En conclusión, sí se puede concebir la existencia de un derecho al cumplimiento específico de un contrato bajo Derecho internacional, pero ahora veremos si es que los tribunales lo han concedido o si es que han considerado tener esa potestad siquiera.

2.2.2 ¿Tienen los tribunales el poder de ordenar a un Estado al cumplimiento específico de un contrato aplicando el Derecho internacional?

Ahora veremos el tratamiento que ha recibido el derecho al cumplimiento específico como forma de reparación por tribunales internacionales aplicando Derecho internacional.

El tribunal del caso *Enron Ponderosa v. Argentina*⁴⁶ trató el tema de los poderes que tiene un tribunal arbitral de manera general. El inversionista en ese caso no pidió el cumplimiento específico del contrato, reconoció que habría un impedimento para hacer un reclamo contractual porque el contrato tenía una selección de foro distinto al CIADI⁴⁷, por lo tanto el reclamo en ese caso se hizo bajo el TBI, reclamando los derechos del inversionista bajo este instrumento internacional⁴⁸.

⁴⁶ *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v Argentina*, Decisión de Jurisdicción, ICSID Case No ARB/01/3, IIC 92 (2004) 14 enero 2004.

⁴⁷ Aunque sabemos que el comité de anulación de *Vivendi* tomó la decisión contraria.

⁴⁸ *Enron* para. 90. Veremos más adelante cómo se ha configurado la noción de que si el reclamo es contractual, el Derecho aplicable es el Derecho local.

En cuanto a sus poderes, el tribunal sostuvo, haciendo eco de lo que el tribunal de Rainbow Warrior decidió, que la autoridad de ordenar que se suspenda un acto ilícito es inherente a los poderes que tiene un tribunal competente cuando está ante la violación de una obligación internacional que se encuentra vigente⁴⁹.

Guardando mayor relación con el CIADI, el tribunal consideró relevante en ese contexto la opinión académica de SCHREUER en el sentido de que los tribunales, a la fecha de su comentario, habían formulado sus laudos como obligaciones pecuniarias, pero eso no se debía a que ellos consideren que carecen el poder para otorgar otro tipo de remedio, sino que las relaciones entre los inversionistas y los Estados usualmente estaban tan degradadas que los demandantes enmarcaron sus reclamos en términos pecuniarios⁵⁰, y es muy factible que próximos casos se centren en disputas que emanan de relaciones entre Estados e inversionistas que todavía siguen en pie, en los cuales los laudos que otorguen cumplimiento específico se vuelvan relevantes⁵¹.

El tribunal concluye afirmando su competencia para ordenar medidas de realizar o abstenerse de realizar una conducta (*injunctive relief*), además de sus poderes declaratorios⁵².

Muy pocos tribunales han tratado el tema del cumplimiento específico como un punto en los méritos, el tribunal del caso *Petrobart v. Kirguistán*⁵³ es uno de ellos.

Este tribunal se encontró en una situación un tanto peculiar dada la coyuntura de este trabajo. Los inversionistas reclamaron una compensación por la inejecución de derechos contractuales y buscaban se les reconozcan algunas compensaciones por las ganancias que dejaron de percibir como *lucrum cessans*, por dos derechos contractuales diferentes, ambos por explotación y venta bajo pedido de condensados de gas.

⁴⁹ Enron para. 79.

⁵⁰ SCHREUER, Commentary, art. 54(c) para 73.

⁵¹ Enron para. 80.

⁵² Enron para. 81.

⁵³ *Petrobart Ltd v Kyrgyzstan*, Award, SCC Case No 126/2003, IIC 184 (2005) 29 marzo 2005.

El tribunal consideró que ciertas medidas del Estado efectivamente resultaron en la frustración de la ejecución del contrato y en la eventual expropiación de los derechos a la ejecución del contrato⁵⁴. La República de Kirguistán buscaba que no se le reconozcan los montos por lucro cesante a Petrobart, el tribunal consideró que sobre el primer reclamo, no los merecía; y en caso de merecerlos se le podía “ordenar” al Estado a que continúe ejecutando el contrato⁵⁵, pagando únicamente por los condensados de gas que al inversionista le correspondía suministrar y en consecuencia no se justificaría un reconocimiento de lucro cesante por todo el precio que hubiese percibido por el suministro vendido.

Seguidamente, el tribunal dejó en claro que el remedio de preferencia es el cumplimiento específico del contrato, según el Art. 35 de los artículos CDI, y que si el mismo es imposible, entonces procede la compensación monetaria bajo el Art. 36⁵⁶.

En cuanto al segundo reclamo de indemnización por lucro cesante, el mismo Estado argumentó que ante la existencia de daños, el remedio más apropiado sería el del cumplimiento específico del contrato⁵⁷. Esto en vista de que el cumplimiento específico es el remedio predilecto para el incumplimiento de obligaciones bajo el Derecho internacional⁵⁸, de manera que el Estado, por argumento del mismo Estado, podría ser obligado a ejecutar el contrato, eso es: a recibir el suministro de condensados que faltaban e incluso a pagar por él⁵⁹.

A modo de ver de Kirguistán, en ese caso, el cumplimiento específico no era imposible⁶⁰, a pesar de que el inversionista ya no tenía su negocio en el país⁶¹ y el

⁵⁴ Petrobart, p. 21, 27.

⁵⁵ *Ibidem.* p. 39.

⁵⁶ *Ibidem.* p. 27.

⁵⁷ *Ibidem.* p. 56.

⁵⁸ Nótese que este reclamo era bajo el TBI, y el Estado igual argumentaba que procedía el cumplimiento específico del contrato, bajo qué estándar de protección del tratado habrán justificado esto, no sabemos por que no tenemos acceso a la contestación de Kirguistán.

⁵⁹ Petrobart. p. 56.

⁶⁰ *Ibidem.* p. 56.

⁶¹ *Ibidem.* p. 56. Petrobart da tres razones más por las cuales el cumplimiento específico era imposible.

contrato estaba “frustrado o expropiado⁶²”. El Estado sostenía que un laudo en este sentido a favor de Petrobart le devolvería a la situación en la que se encontraba antes de la supuesta interferencia del Estado⁶³, en concordancia con el principio de reparación de Chorzów⁶⁴. El tribunal terminó por reconocer que sí habían circunstancias que harían del cumplimiento específico un remedio impráctico en ese caso y en consecuencia terminó por decidir que la compensación sería el único remedio apropiado para el caso⁶⁵.

La conclusión en este punto es que el tribunal, en congruencia con los alegatos del Estado, consideró que bajo Derecho internacional sí existe el derecho al cumplimiento específico y los tribunales internacionales sí tienen el poder para ordenar al Estado al cumplimiento específico de un contrato, aunque en ese caso en concreto no era el remedio más oportuno.

2.2.3 Tratados internacionales

Para determinar si existe un derecho al cumplimiento específico en Derecho internacional y si los tribunales tienen el poder de concederlo como remedio es importante hacer un breve estudio de lo que algunos tratados internacionales establecen sobre la materia.

Podemos ver que algunos tratados multilaterales de inversión efectivamente limitan los poderes de los tribunales internacionales para otorgar reparación como restitución al obligarles a que incluyan en sus laudos una alternativa de compensación por daños⁶⁶. Pero esta tendencia es marcadamente

⁶² El tribunal utiliza estos conceptos a lo largo del laudo, a pesar de que el contrato no fue terminado expresamente (p.62), sugiriendo de alguna manera que para efectos de determinar la responsabilidad del Estado bajo Derecho internacional, en ese caso, una diferencia era innecesaria, p. 16, 17, 20, 21, 27. Podríamos sugerir que para determinar la responsabilidad del Estado en un reclamo contractual en el que se aplica el Derecho local, la diferencia entre terminación y frustración es definitivamente necesaria, de ello depende que el contrato siga existente o no, con las implicaciones que eso tiene, que veremos más adelante.

⁶³ Petrobart. p. 56.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 39.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 56.

⁶⁶ cf. WÄLDE *Compensation*, p. 8. Refiriéndose al art. 26(8) del Energy Charter Treaty y al art. 1135 del NAFTA. El Estado puede escoger entre restituir o compensar.

minoritaria en el contexto de los tratados bilaterales de inversión⁶⁷. Sólo encontramos el TBI con Canadá⁶⁸ en el que de manera expresa se establece que los tribunales pueden ordenar la restitución de propiedad, en cuyo caso el laudo debe expresar la posibilidad de que el Estado pague una compensación monetaria que incluya los intereses del caso, en reemplazo de la restitución⁶⁹.

Ahora bien, esta disposición forma parte solamente de un instrumento bilateral. Por la posición que han asumido consistentemente los tribunales internacionales de manera general⁷⁰, de que los poderes del tribunal son todos los que sean necesarios para garantizar la resolución de la disputa, la conservación de su jurisdicción y de los derechos que están en disputa⁷¹, sólo se puede interpretar ese artículo como confirmación de que es necesario limitar el poder de los tribunales, porque de lo contrario se entendería que sí lo tienen. En consecuencia, sólo los tribunales que se conformen bajo el TBI con Canadá verían su poder para ordenar al cumplimiento específico limitado en ese sentido.

En consecuencia, si es que no se establece de manera expresa que un tribunal carece un poder, no se puede argumentar que lo ha perdido, esto por tres razones. Uno, no hay más fuentes de limitaciones para los poderes del tribunal de Derecho internacional de inversiones que el compromiso arbitral, las reglas aplicables al procedimiento arbitral, y el Derecho sustantivo aplicable⁷². Dos, el hecho de que unos TBIs lo limiten expresamente nos permite interpretar que hay una necesidad para hacerlo⁷³. Tres, en última instancia, según el Art. 32 de los

⁶⁷ cf. ENDICOTT op. cit. p. 2.

⁶⁸ Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador para el fomento y la protección de inversiones Firmado Quito 29 abril 1996.

⁶⁹ Art. XII(9)(b) Esto puede considerarse como una cláusula penal del laudo, que le permite al Estado pagar por incumplir la decisión principal, de manera lícita, una suerte de liquidación previa de daños por incumplimiento, por hacer relación con el vocablo anglosajón de *liquidated damages*.

⁷⁰ cf. ENDICOTT, op. cit. p. 2.

⁷¹ *Ibidem*. op. cit. p. 2-3.

⁷² Veremos que el Derecho aplicable local, sustantivo y adjetivo, no limita de esta manera a los tribunales.

⁷³ cf. SCHREUER, Christoph. "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration." *Arbitration International* 20: 4., p. 8-9.

artículos CDI, un Estado no podría valerse de Derecho local para eludir su obligación de reparar por una violación de Derecho internacional, restituyendo⁷⁴.

Sin embargo, ante la noción generalmente aceptada de que el poder de los tribunales CIADI sí se extiende a ordenar al cumplimiento específico de un conducta⁷⁵, algunos han sugerido que el Art. 54(1) del Convenio CIADI puede ser interpretado como una limitación de los poderes del tribunal a conceder remedios no pecuniarios, pero veremos que este argumento se cae por su propio peso. El Art. 54(1) del Convenio CIADI establece que las partes contratantes reconocerán a los laudos que se expiden bajo el convenio el carácter de vinculantes y deberán ejecutar las obligaciones pecuniarias como si se tratara de una sentencia de última instancia de las Cortes locales. De la misma redacción se entiende que todo el laudo es vinculante⁷⁶, pero sólo las obligaciones pecuniarias pueden ser ejecutadas como sentencias de última instancia. Entonces se entiende necesariamente que el tribunal tiene el poder para otorgar medidas no pecuniarias que serán vinculantes, pero que no gozan de este reconocimiento especial para su ejecución⁷⁷.

Ante posibles dificultades para ejecutar un laudo que contiene obligaciones no pecuniarias, en vista de que el laudo tiene que ser final, los tribunales, a pesar de ordenar al cumplimiento específico de una obligación, deberán incluir en su laudo una forma de cláusula penal o liquidación anticipada de daños (liquidated damages) que surgen como consecuencia del incumplimiento, en la forma de una obligación pecuniaria líquida⁷⁸, y por tanto ejecutable. De no hacer esto el tribunal se arriesga a que el laudo tenga que ser ejecutado por otros mecanismos, como por el procedimiento establecido en la Convención de Nueva York para el

⁷⁴ cf. ENDICOTT, op. cit. p. 2-3.

⁷⁵ cf. SCHREUER, *Non-Pecuniary...*, p. 10.

⁷⁶ cf. SCHREUER, Commentary, Art. 54 (c) para. 74.

⁷⁷ cf. ENDICOTT, op. cit. p. 3. Los estudios de los *travaux préparatoires* del Convenio CIADI confirman que la razón por esto fue la evidente dificultad que tendría un laudo con una obligación no pecuniaria para ser ejecutado, sin que esto comprometiera la obligatoriedad del mismo, ni el poder mismo de los tribunales de ordenar al cumplimiento específico.

⁷⁸ cf. SCHREUER Commentary, Art. 54 (c) para. 73.

reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, pues este instrumento no distingue entre obligaciones pecuniarias y no pecuniarias⁷⁹.

Continuando con el tema de la ejecución, el hecho de que los Estados “reconozcan” los laudos por mandato del Art. 53(1) del Convenio como vinculantes ya le otorga la calidad de *res iudicata* a todas las obligaciones que estén en un laudo⁸⁰. Además, el Art. 54(3) del Convenio, establece que para la ejecución de los laudos, entiéndase incluidas las obligaciones no pecuniarias de un laudo, se estará a la legislación aplicable en los territorios en los que se busca la ejecución. Así que el laudo se podría ejecutar en el Ecuador: como sentencia de cosa juzgada (Art. 53.1 Convenio CIADI), y bajo los términos de la Ley de Arbitraje y Mediación⁸¹ (Art. 54.3 Convenio CIADI). La distinción que se hace en el Art. 54(1) del Convenio entre obligaciones pecuniarias y no pecuniarias se justifica en la imposibilidad que hubo al negociarlo, para determinar cuáles eran los poderes para otorgar remedios que tenían los órganos jurisdiccionales en cada Estado contratante, por esta razón sólo a las obligaciones pecuniarias –que se presumió que sí era un remedio común en todas las jurisdicciones- se le otorgó este carácter especial para ejecutar⁸².

Nos queda claro entonces que los tribunales sí tienen el poder para otorgar el cumplimiento específico como una forma de reparación, de ahí que exista el derecho al cumplimiento específico en el plano sustantivo, y que el mismo sea procedente en el caso es lo que se tendrá que demostrar bajo el Derecho local o internacional, según cómo se haya presentado el reclamo.

2.3 Reclamos contractuales y reclamos bajo el TBI.

Debido a que la naturaleza de la disputa que nos interesa para el objeto de este trabajo es en principio contractual, surgen algunas dudas en cuánto a si sería mejor presentar el reclamo bajo un TBI o bajo el contrato.

⁷⁹ cf. SCHREUER Commentary, para. 74.

⁸⁰ cf. ENDICOTT, p. 3-4.

⁸¹ El artículo 42.5 de la LAM establece que los laudos de arbitraje internacional se deberán ejecutar de la misma manera que un laudo nacional, es decir, según el Art. 32 de la LAM.

⁸² cf. SCHREUER Commentary, Art. 54 (c) Para. 71

Si es que el reclamo se presenta bajo un TBI, entonces estaríamos en un escenario en el cual la ley aplicable para resolver la controversia es el Derecho internacional, en consecuencia, las consideraciones que se hicieron sobre la costumbre internacional son de aplicación, sin olvidar que el TBI será *lex specialis* que incluye derechos sustantivos a favor del inversionista⁸³. Además, será necesario identificar cuál es el estándar de protección del TBI, es decir la obligación de Derecho internacional que el Estado supuestamente ha incumplido.

Debido a que estamos tratando un remedio que por naturaleza es contractual, los estándares de protección necesariamente tendrán que ser interpretados de cierta manera para que exigir el cumplimiento específico de un contrato sea procedente. Hay que tener en cuenta que ante un reclamo bajo el TBI se está reclamando el incumplimiento del TBI como una obligación de Derecho internacional, no el incumplimiento del contrato directamente. Además está la noción generalmente aceptada de que para alegar un incumplimiento de un TBI como obligación de Derecho internacional es necesario que el Estado actúe en ejercicio de su soberanía, y no como una parte contratante normal⁸⁴.

Hay que hacer las siguientes consideraciones para los reclamos que se hacen bajo el TBI, los derechos que emanan de los contratos pueden ser considerados como una inversión por sí solos,⁸⁵ así que no habría necesariamente un impedimento en este sentido. Luego tenemos que ver bajo qué estándar se puede reclamar un incumplimiento contractual. Si es que la acción del Estado menoscaba el valor económico del contrato podemos estar ante una expropiación⁸⁶. Si es que por medio del incumplimiento contractual el Estado frustra las legítimas expectativas que el inversionista tiene bajo su contrato, se puede configurar una

⁸³ cf. NEWCOMBE, Andrew, and Lluís PARADELL. *Law and Practice of Investment Treaties*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009. p. 91

⁸⁴ *Ibidem* p. 89-90.

⁸⁵ El Art. I(a)(v) del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones hecho en Washington a 27 de agosto de 1993, dispone que a efectos del tratado, “inversión” comprende “todo derecho conferido por la ley o por contrato...” Sostenemos esta idea contra la doctrina que ha resultado de *Salini*, que consideramos equivocada.

⁸⁶ cf. WÄLDE, *Compensation...* p. 32, citando a CRAWFORD.

violación del trato justo y equitativo⁸⁷. Si es que el Estado incumple el contrato de manera discriminatoria, o solamente cumple los contratos de inversionistas de cierta nacionalidad en particular, podríamos estar ante una violación del trato nacional o del trato de nación más favorecida⁸⁸. Incluso, y a pesar de que su alcance y aplicación no está bien definido, el incumplimiento contractual podría constituir una violación de una cláusula paraguas, como violación del contrato que a su vez significa una violación del TBI –posición con la cual no estamos de acuerdo-, o como una violación del contrato por parte del Estado al actuar en su rol de legislador o en ejercicio de potestades administrativas, mientras no constituya una expropiación⁸⁹, pues estaba obligado a ‘observar’ los compromisos adquiridos con los inversionistas.

Una ventaja para el inversionista que reclama bajo el TBI es que las obligaciones del Estado bajo este instrumento son de Derecho internacional, y según la regla del Art. 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Estado no podría rehuir su cumplimiento amparándose en normas del ordenamiento jurídico local⁹⁰.

Entonces, si el reclamo es contractual, la ley aplicable para resolver la disputa en principio será el Derecho local, pudiéndose aplicar el Derecho internacional como fuente complementaria y correctora, para determinar si hay o no incumplimiento del contrato y cuáles son los remedios que proceden. Esta idea se apoya en los razonamientos que hicieron los tribunales de Oxy II, City Oriente, Perenco y Burlington, los mismos que analizaremos más adelante. De manera que el análisis de Derecho local sobre el cumplimiento específico es necesario, y será abordado en los siguientes capítulos.

⁸⁷ cf. WÄLDE, *Compensation...* p. 32

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ cf. McLACHLAN, Campbell, Lawrence SHORE, and Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration Substantive Principles*. 1era edición. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 99-100.

Ahora vamos a hacer un análisis del tratamiento que ha recibido el derecho al cumplimiento específico en los casos contra el Ecuador. Todos han llegado a la etapa de las medidas cautelares, así que caben unas aclaraciones al respecto.

2.4 El derecho al cumplimiento específico en medidas cautelares.

El tratamiento que se le ha dado al derecho al cumplimiento específico de un contrato que podría tener un inversionista en contra de un Estado ha recibido muy poco tratamiento por la doctrina y por la jurisprudencia, en los casos del Ecuador, sólo ha sido tratado en el contexto de las medidas provisionales, sin que hasta ahora se haya producido una decisión en los méritos. Debemos aclarar que el análisis que sigue es solamente sobre el derecho al cumplimiento específico, y no sobre el poder que tienen los tribunales de ordenar medidas provisionales, cualquier aclaración que se haga en este sentido tendrá como propósito final el análisis del poder del tribunal para conceder el cumplimiento específico como remedio y los mecanismos para proteger éste derecho.

Bajo el Derecho internacional se ha discutido largamente cuáles son los requisitos para que un tribunal pueda conceder medidas provisionales, sin que se pueda decir que hay una posición uniforme en jurisprudencia o doctrina⁹¹. Para llegar a un consenso⁹², supongamos que el inversionista tiene que demostrar no sólo que sus derechos están en riesgo de sufrir un daño irreparable⁹³ (*periculum in mora*), sino que además tiene que demostrar que el derecho que busca tutelar,

⁹¹ Algunos autores enumeran tres: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y la fianza; aunque éste último sea un poco más cuestionada en el plano del Derecho internacional de inversiones. Pero por ejemplo según alguna defensa del Ecuador esos requisitos se pueden acumular hasta 7 u 8 diferentes, cf. RUEDA GARCÍA, op. cit. p. 7-10.

⁹² En vista de que en esta tesina no se busca tratar el tema del cumplimiento específico como un requisito para solicitar medidas cautelares, sino como un derecho contractual de los inversionistas, que debe ser analizado en la etapa de los méritos, no nos interesa ingresar a la discusión de cuáles son efectivamente los requisitos para solicitar medidas cautelares.

⁹³ La discusión sobre el carácter irreparable del daño se verá más adelante, pero no como requisito para solicitar medidas cautelares, sino como la consecuencia de que, al existir un derecho al cumplimiento específico, éste derecho sí podría ser dañado irreparablemente con una terminación posterior del contrato, ya que el derecho al cumplimiento específico es por naturaleza (obligación de hacer), diferente al derecho a la reparación por vía de la compensación monetaria (obligación de dar).

efectivamente existe (*fumus boni iuris*)⁹⁴. Las decisiones que analizaremos, aunque no lo hagan de manera categórica, se remiten fundamentalmente al análisis de éstos elementos para determinar si procede o no otorgar las medidas provisionales. Éste último es el elemento que nos interesa tratar en este trabajo, en concreto, si es que existe para los inversionistas un potencial derecho a exigir el cumplimiento específico del contrato que pueda ser protegido con las medidas provisionales.

El *periculum in mora* nos interesa porque si el tribunal reconoce que hay *fumus boni iuris*, es decir, por lo menos la apariencia de un derecho al cumplimiento específico, entonces para evitar que ese potencial derecho se destruya irreparablemente podría limitar la potestad de un Estado de terminar o modificar unilateralmente ese contrato. Lo veremos más adelante.

Por el *fumus boni iuris*, los tribunales deberán decidir si es que los inversionistas efectivamente tienen, en principio por lo menos, el derecho a exigir el cumplimiento específico, lo que deberá ser confirmado en la etapa de méritos.

Analizaremos entonces lo que han dicho los tribunales de los casos Oxy II, City Oriente, Perenco y Burlington en las decisiones sobre medidas provisionales, sobre el derecho al cumplimiento específico del contrato como un elemento del *fumus boni iuris*, es decir como un derecho que podrían tener los inversionistas. Con esto se busca determinar cuáles serán los temas con los que tendremos que lidiar para demostrar si es que el inversionista tiene finalmente derecho al cumplimiento específico del contrato o no lo tiene. Analizamos los casos contra el Ecuador por que en estos casos se ha tratado el tema del derecho al cumplimiento específico.

⁹⁴ cf. RUEDA GARCÍA. op. cit. p. 7-22. Además, en concordancia con el Art. 39.1 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, en la solicitud de medidas provisionales se deberá especificar los derechos que se busca preservar.

2.4.1 Oxy II⁹⁵- Decisión medidas provisionales 17- Agosto- 2007

En este caso, a pesar de no estar en la etapa de los méritos, el tribunal hizo muchas consideraciones en relación al derecho del inversionista para exigir el cumplimiento específico como un tema de méritos, los mismos que pasamos a analizar a continuación.

Es necesario recordar como hechos del caso, que la caducidad del contrato⁹⁶ se declaró el 15 de mayo de 2006, y la solicitud de arbitraje se presentó el 17 de mayo del mismo año⁹⁷. Además, el demandante solicitó que el tribunal ordene al Estado ecuatoriano a que declare la nulidad de la declaratoria de caducidad del contrato, buscando el restablecimiento de los derechos contractuales en su favor, como una forma de reparación por restitución⁹⁸.

La defensa del Ecuador en este sentido fue que no procedía el derecho al cumplimiento específico como reparación por restitución de un contrato de explotación de recursos naturales que había sido ya terminado o cancelado por un Estado soberano⁹⁹, en caso de que se determine que el Estado obró ilegalmente, lo único a lo que tendrían derecho, sería a una indemnización o compensación monetaria¹⁰⁰. Nótese que según la posición del Estado, el derecho al cumplimiento específico del contrato no tendría valor por sí mismo, pues a pesar de un obrar ilícito en la terminación del contrato, sólo acepta que opere la compensación monetaria. El Ecuador también argumentó que si es que el inversionista solicita el cumplimiento específico o una indemnización que le repare enteramente, entonces no procede o no le está disponible exigir el

⁹⁵ *Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OPEC) v. Ecuador* (ICSID Case No ARB/06/11)

⁹⁶ Por “contrato” se entiende el contrato de participación junto con los acuerdos de operación.

⁹⁷ Oxy II, Para. 2

⁹⁸ *Ibidem*, paras. 33-37.

⁹⁹ *Ibidem*, para. 45, según el Ecuador, no se le puede ordenar a un Estado soberano a que restituya una inversión que ya ha sido expropiada –el tribunal no señala razones de interés público ni de ningún otro tipo que quizás alegó el Ecuador–, en estos casos el inversionista sólo tendría derecho a una indemnización.

¹⁰⁰ *Ibidem*, para 42

cumplimiento específico del contrato, si es que ya se le puede reparar con la indemnización¹⁰¹.

De particular interés para nosotros, el Ecuador sostuvo que la única alternativa que tenían los inversionistas ante la declaratoria de caducidad era presentar un recurso de plena jurisdicción ante el contencioso administrativo, para que la declaratoria de caducidad sea a su vez declarada ilegal, y sus derechos bajo el contrato mismo se hayan resguardado¹⁰². Además, el derecho mismo a la restitución, y por ende al cumplimiento específico del contrato sólo podría existir si es que ha habido ilegalidad en la conducta del Estado¹⁰³. Más adelante veremos que efectivamente, si es que un Estado obra en contra de una orden de un tribunal internacional, es decir actúa de manera ilícita, esto sí se podría considerar como ilegalidad en la conducta del Estado, que justificaría que la caducidad o expropiación efectuada sea anulada.

El tribunal por su parte, consideró que el demandante no había demostrado que el cumplimiento específico era el único remedio en Derecho internacional ante hechos ilícitos dañosos, ya que sólo es el remedio preferido o normal¹⁰⁴. Más importante aun, acepta que el cumplimiento específico como derecho es condicional, y sólo puede concederse cuando el cumplimiento es posible¹⁰⁵. El cumplimiento específico, como sinónimo de restitución en especie, nunca está garantizado para el accionante, y como para otorgarse se necesita que sea posible, esa posibilidad deberá ser determinada por cada tribunal en cada caso¹⁰⁶.

El tribunal no discute, que para otorgar una reparación completa al accionante, sí se le debería otorgar el cumplimiento específico, a menos que eso sea imposible o desproporcionado con la compensación monetaria del caso. Es decir que ante la presencia de un daño ocasionado por hecho ilícito, la regla es que

¹⁰¹ *Ibidem.* para 42.

¹⁰² *Ibidem.* para 46.

¹⁰³ *Ibidem.* para 47.

¹⁰⁴ *Ibidem.* para 75.

¹⁰⁵ *Ibidem.* para 75.

¹⁰⁶ *Ibidem.* para 75.

el dañado tenga derecho al cumplimiento específico, a menos que sea imposible¹⁰⁷. El derecho de la parte agraviada al cumplimiento específico es tan claro, que el tribunal considera que lo único que le faltaría por hacer es determinar si es que el cumplimiento específico es posible o no en el caso que tiene al frente¹⁰⁸.

Según el tribunal, está bien establecido que el cumplimiento específico de los derechos que emanan de una relación jurídica es legalmente imposible cuando el Estado ha hecho uso de sus poderes soberanos para dar por terminado el contrato, licencia o cualquier otro título del inversionista extranjero¹⁰⁹. El tribunal analiza tres casos¹¹⁰ en los cuales se trata el tema del cumplimiento específico. Sólo en uno de ellos se reconoce el cumplimiento específico a favor del accionante a pesar de tratarse de una expropiación, pero se debe a que el Estado no presentó una defensa demostrando que había imposibilidad para realizar el cumplimiento específico. Los demás casos son claros al establecer que cuando ha habido una expropiación o nacionalización por parte del Estado, no es posible que se le ordene a éste realizar una restitución –entiéndase cumplimiento específico del contrato- quedando el contratista o concesionario sólo con el derecho a reclamar una indemnización por daños¹¹¹.

Sin embargo, nótese que en el párrafo 93 de la decisión el tribunal, desarrollando sobre los argumentos presentados por el mismo Estado, deja a salvo alguna esperanza para los intereses del accionante al decir que si en el presente caso existiera un derecho al cumplimiento específico, sólo existiría en el contexto de que la terminación misma del contrato hubiera sido ilegal¹¹². Veremos más adelante que obrar en contra de una orden de un tribunal de abstenerse de realizar una conducta como terminar un contrato unilateralmente puede constituir

¹⁰⁷ *Ibidem*, para. 75.

¹⁰⁸ *Ibidem*, para. 76.

¹⁰⁹ *Ibidem*, para. 77-79.

¹¹⁰ *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic*, 17 I.L.M. 1 (1978) para. 112; *Libya American Oil Company (LLAMCO) v. Libyan Arab Republic*, 20 I.L.M. 1 (1981) p. 63; y *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Libyan Arab Republic*, 52 I.L.R. 297 (1974) p. 354.

¹¹¹ *Oxy II*, para. 79-80.

¹¹² *Ibidem*, para. 93.

una violación de una obligación de Derecho internacional, y bajo Derecho local, veremos que la actuación ilegal de la Administración Pública no produce efectos jurídicos. Pero sí adelantamos que si se produce la terminación unilateral del contrato en ejercicio legítimo de potestades administrativas, y el contrato se encuentra extinguido, no procede que el contratista exija el cumplimiento específico de las obligaciones contractuales.

Volviendo, el tribunal, haciendo eco del tribunal de *CMS v. Argentina*¹¹³, afirma que no procederá la restitución cuando ésta constituya una carga desproporcionada en comparación con la que resultaría de la mera compensación monetaria, para esto también se basa en el segundo numeral del Art. 35 de los Artículos CDI¹¹⁴. Sin embargo el tribunal no considera esta proporcionalidad en términos económicos, sino jurídicos, pues imponerle a un Estado soberano la obligación de restituir a un inversionista extranjero sus derechos bajo una concesión que ya ha sido terminada constituiría una reparación desproporcionada debido a la injerencia en la soberanía que eso entraña, en comparación con una compensación monetaria¹¹⁵.

El tribunal entonces da fuertes indicios en contra de que el inversionista en este caso tenga derecho al cumplimiento específico por dos razones, uno la terminación del contrato ya se dio, y con ella se sobrevino la imposibilidad para otorgar restitución en especie en la forma de cumplimiento específico. Habiendo el contrato terminado por el ejercicio legítimo de los poderes soberanos del Estado, no se puede conceder el cumplimiento específico de aquel contrato. La segunda razón es que otorgar el cumplimiento específico de un contrato ya terminado por el Estado sería una intromisión en la soberanía del Estado que constituiría una carga desproporcionada en comparación con la compensación monetaria como remedio. El tribunal en este caso parece inclinarse por negar el

¹¹³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award dated 12 May 2005

¹¹⁴ *Oxy II*, para. 82-83.

¹¹⁵ *Oxy II*, para. 84.

cumplimiento específico del contrato por que éste ya ha terminado, los derechos ya han sido expropiados, según el contexto.

El análisis de este caso nos deja con las interrogantes: ¿Qué pasará entonces cuando el contrato no haya sido terminado por el Estado, sino que sólo hay incumplimiento por parte de éste? ¿Seguirá vigente el contrato y por lo tanto podrá el contratista pedir el cumplimiento específico?

2.4.2 City Oriente¹¹⁶ Medidas provisionales 17 de noviembre de 2007

El tribunal en este caso hizo algunas consideraciones en cuanto al derecho al cumplimiento específico que podría tener el inversionista, las resumimos a continuación.

Primero que nada, los demandantes en este caso se basan en el Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano para solicitar el cumplimiento específico del contrato, el tribunal resalta el hecho de que los preceptos del Código Civil se aplican al contrato entre las partes por acuerdo expreso entre ellas.¹¹⁷ En este contexto los demandantes alegaron que al escoger el cumplimiento específico del contrato, el Estado estaba impedido de realizar cualquier acción tendiente a la terminación unilateral del contrato que pudiera interferir con el cumplimiento normal del contrato.

El tribunal, en conexión con la solicitud de los inversionistas de que el contrato se cumpla según sus términos y condiciones originales y considerando la posición del Ecuador¹¹⁸ de que la Ley 42 no afecta o modifica de ninguna manera los derechos contractuales y debe ser aplicada en su totalidad, en virtud del principio de que ninguna de las partes del contrato puede agravar o extender la controversia al tomar justicia por sus manos, le solicitó al Ecuador que continúe cumpliendo con sus obligaciones voluntariamente adquiridas bajo el contrato, y

¹¹⁶ *City Oriente Ltd v Ecuador*, (ICSID Case No ARB/06/21)

¹¹⁷ *City Oriente medidas provisionales*, Para. 7

¹¹⁸ Por Ecuador se entiende a los “demandados” en este arbitraje.

también le solicitó al Ecuador a que se abstenga de declarar la terminación unilateral del contrato o de modificar su contenido por cualquier otra vía¹¹⁹.

El tribunal señala que los procesos de terminación unilateral por el no pago de la deuda por concepto de la Ley 42 tienen que suspenderse ya que el contrato entre las partes contiene una cláusula de solución de controversias para someter todas las disputas entre las partes a arbitraje¹²⁰. El tribunal concluye diciendo que si es que el Ecuador considera que es procedente la terminación del contrato por incumplimiento del demandante, entonces esa terminación deberá ser resuelta por el mismo tribunal arbitral¹²¹.

El tribunal finalmente decide conceder las medidas provisionales¹²² ya que, en principio¹²³, City Oriente sí podría tener un derecho al cumplimiento específico del contrato, y por lo tanto las medidas provisionales buscan proteger ese posible derecho al impedir que las partes agraven la controversia.

2.4.3 City Oriente Decisión sobre revocación de medidas provisionales 13 de mayo de 2008.

En lo que nos interesa, el tribunal empieza dejando en claro que por no estar en los méritos todavía, quien solicita las medidas provisionales sólo tiene que demostrar que hay la posibilidad jurídica de que efectivamente tiene los derechos que dice tener y que busca proteger, como *fumus boni iuris*¹²⁴.

¹¹⁹ City Oriente medidas provisionales. Para. 57

¹²⁰ *Ibidem*. Para. 60.

¹²¹ Ciertamente, vale la pena analizar este enunciado del tribunal a la luz de la potestad que tiene la Administración pública de terminar los contratos de manera unilateral en Derecho local, sin tener que recurrir a un órgano jurisdiccional para ello. En vista de la costumbre que hay de regular el proceso de caducidad de los contratos por medio de las cláusulas de cada contrato, ésta postura puede generar resultados muy interesantes. Por ejemplo, sabemos que los contratos de participación sobre los bloques 7 y 21, en su cláusula 21 establecen un mecanismo mediante el cual la Administración pública puede declarar la terminación o caducidad del contrato, regulando contractualmente la referida potestad legal.

¹²² City Oriente medidas provisionales. Para. 83.

¹²³ *Ibidem*. Para. 43. El tribunal deja en claro que el hecho de otorgar las medidas provisionales no implica que el tribunal esté prejuzgando sobre los argumentos de los méritos del demandante y específicamente, sobre los posibles efectos de la Ley 42 sobre el contrato.

¹²⁴ City Oriente decisión sobre revocación de medidas provisionales. Para. 20.

Por su parte, el Ecuador volvió a señalar que no hay base legal en Derecho ecuatoriano para reclamar el cumplimiento forzado de un contrato en el cual la Administración Pública es parte¹²⁵. A lo que el tribunal respondió que City Oriente no está buscando el cumplimiento *forzado*, sino sólo el cumplimiento del contrato. El tribunal hace una distinción en el sentido de que el término “forzado” implica que el órgano jurisdiccional tiene el poder para aplicar medidas coactivas sobre la parte incumplidora para que ésta realice el cumplimiento¹²⁶; mientras que el “cumplimiento del contrato” como remedio, implica que el tribunal ordene al Estado a que cumpla los compromisos adquiridos bajo el contrato en cuestión, y según el tribunal, un árbitro sí tiene ese poder¹²⁷. Aunque sí reconoce que la ejecución de un laudo que otorgue el cumplimiento específico es un tema aparte¹²⁸.

City Oriente alegó que el Estado ecuatoriano incurrió en incumplimiento contractual y en una violación del Art. 1561 del Código Civil ecuatoriano al pretender modificar de manera unilateral los términos del mismo con la expedición y aplicación de la Ley 42, y que ante ese incumplimiento exige el cumplimiento específico del contrato como parte cumplidora, bajo los términos del Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano¹²⁹.

El Ecuador argumenta que el derecho al cumplimiento específico no existe en el Derecho ecuatoriano para los contratos administrativos, pues ni la condición resolutoria tácita del Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano, ni los derechos que conceden esos preceptos de Derecho privado se aplican a los contratos administrativos, sino solo de manera subsidiaria o por excepción¹³⁰. En consecuencia, el incumplimiento contractual de un contrato administrativo por

¹²⁵ *Ibidem*. Para. 26.

¹²⁶ En este trabajo se utiliza el término ‘cumplimiento específico’ como el **remedio** que otorga el tribunal al ordenar al Estado incumplidor al cumplimiento del contrato, y no como una potestad que tendría un órgano jurisdiccional para ejercer coerción sobre el Estado para que cumpla el contrato, como “cumplimiento forzado”.

¹²⁷ City Oriente decisión sobre revocación de medidas provisionales. Para. 27.

¹²⁸ *Ibidem*. Para. 27.

¹²⁹ *Ibidem*. Para. 29.

¹³⁰ *Ibidem*. Para. 32

parte del Estado sólo generaría un derecho para reclamar una indemnización por daños¹³¹.

Al primer punto, el tribunal responde diciendo que el argumento de que la condición resolutoria no se aplica a los contratos administrativos es irrelevante ya que City Oriente no busca la resolución del contrato, sino el cumplimiento del mismo¹³².

Sobre el derecho del acreedor de la obligación a reclamar el cumplimiento específico, el tribunal señala que el Ecuador no presentó argumentos jurídicos en apoyo de su argumento de que este derecho no procede en contratos administrativos¹³³, a palabras del tribunal, lo único que presentó es la opinión legal del Dr. Santiago Andrade Ubidia, en la que sostiene que no es procedente buscar el cumplimiento específico de un contrato administrativo cuando el mismo ya ha terminado por causa de una sanción o procedimiento administrativo¹³⁴.

Sobre este punto el tribunal señaló que los hechos del caso son diferentes de aquellos que sirven de premisa para la opinión del Dr. Andrade, pues en este caso, el contrato no ha sido terminado, ni se ha resuelto, y por lo tanto sigue vigente, a pesar de que los procedimientos administrativos para la terminación unilateral hayan iniciado¹³⁵. Destacando la importancia fundamental de que el contrato siga vigente a diferencia de que ya se encuentre terminado, el tribunal concluye que por ese motivo, la opinión del experto no contribuye al argumento de que ante el incumplimiento del contrato por parte del Estado la única opción disponible para el contratista es reclamar los daños y perjuicios y que no tiene el derecho a reclamar el cumplimiento específico del contrato¹³⁶.

¹³¹ *Ibidem*. Para 21, 30, 32.

¹³² *Ibidem*. Para. 31. La condición *resolutoria* tácita sin embargo, no engloba únicamente la posibilidad de reclamar la resolución del contrato sino también el derecho a exigir el cumplimiento del mismo más indemnización por daños y perjuicios.

¹³³ City Oriente decisión sobre revocación de medidas provisionales. Para. 33.

¹³⁴ *Ibidem*. Para. 33.

¹³⁵ *Ibidem*. Para. 34.

¹³⁶ *Ibidem*. Para. 34.

Luego el tribunal pasa a analizar la sentencia de Corte Suprema Tecco v. IEOS, que se analizará más adelante, en la que se le ordenó al IEOS al cumplimiento específico del contrato¹³⁷. Sobre esta sentencia el tribunal indicó que por lo menos hay una sentencia de la Corte Suprema en la que, aplicando los preceptos del Código Civil ecuatoriano (Arts. 1561 y 1505) a un contrato en que la Administración Pública es parte, se acogió el pedido del contratista y se le obligó a la Administración Pública al cumplimiento específico del contrato¹³⁸. Inmediatamente después, sin embargo, el tribunal deja en claro que no está declarando que ésta sentencia efectivamente constituye un precedente obligatorio, o que refleje una tendencia uniforme o consistente en Derecho ecuatoriano, o siquiera que se aplique al presente caso¹³⁹.

Entonces, como *fumus boni iuris*, el tribunal consideró que hay únicamente una posibilidad jurídica de que el inversionista tenga ese derecho bajo Derecho local. Pero sobre lo que sí se pronunció fue sobre que un tribunal arbitral sí tiene el poder de ordenar a un Estado incumplidor de un contrato al cumplimiento del mismo¹⁴⁰, y lo hizo como si no hubiera duda, ya que no fundamentó ese postulado en ninguna norma o principio de Derecho internacional.

Sabemos que las decisiones de un tribunal de conceder medidas provisionales no implican una decisión sobre los méritos del caso, a lo sumo pueden servir como un indicio de que el que las solicita tiene un derecho que puede ser vulnerado si no se conceden las medidas provisionales, pero este indicio sí puede tener alguna fuerza persuasiva. El Ecuador ciertamente consideró que esto es así, ya que en el caso de City Oriente utilizó como argumento para evitar que se otorguen las medidas provisionales lo que sobre el tema señaló el tribunal del caso Oxy II¹⁴¹, aunque no se pronunció sobre el derecho al cumplimiento específico como un tema de méritos. Sabemos que ese tribunal no otorgó las medidas por considerar que no había un indicio de que el inversionista tenía el

¹³⁷ *Ibidem*. Para. 37.

¹³⁸ *Ibidem*. Para. 38.

¹³⁹ *Ibidem*. Para. 38.

¹⁴⁰ *Ibidem*. Para. 27.

¹⁴¹ *Ibidem*. Para. 39.

derecho al cumplimiento específico. Pero el tribunal de City Oriente acertadamente señaló que en ese caso el contrato sí había terminado y eso marcaba una diferencia¹⁴² fundamental para su caso¹⁴³.

El tribunal de City Oriente, a diferencia del tribunal de Oxy II, consideró que por lo menos hay un indicio de que bajo ciertas circunstancias, bajo el Derecho local, sí existe la posibilidad de que una Corte ordene el cumplimiento específico de un contrato administrativo, a pedido de una de las partes¹⁴⁴. Nótese que en este razonamiento, el tribunal asimila sus potestades jurisdiccionales con los de una Corte, ya que sólo se refiere a la posibilidad de que una Corte ordene al cumplimiento específico sin admitir que el tribunal arbitral, por ejercer jurisdicción convencional, vea su potestad de juzgar de alguna manera limitada¹⁴⁵. Consideramos que esta asimilación es acertada ya que al igual que una Corte, un tribunal arbitral es un órgano jurisdiccional, con la única limitación de no poder ejecutar su laudo, este tema se tratará en el tercer capítulo con mayor profundidad.

Finalmente el tribunal decide que City Oriente sí demostró que como *fumus boni iuris*, sí hay por lo menos la posibilidad jurídica de que exista un derecho al cumplimiento específico, y por lo tanto el tribunal no descarta que bajo Derecho local, la contratista pueda demandar que se le ordene a la entidad contratante a que cumpla sus compromisos contractuales¹⁴⁶. En protección de ese posible derecho, el tribunal decidió no revocar las medidas provisionales.¹⁴⁷

En cuanto al poder que tendría un tribunal arbitral para suspender el procedimiento de terminación unilateral del contrato en protección de un

¹⁴² Otra diferencia que señaló el tribunal es que Oxy II era un reclamo bajo el TBI, mientras que el caso de City Oriente es un reclamo contractual, esta distinción es relevante porque se busca el cumplimiento del contrato, como vimos.

¹⁴³ City Oriente decisión sobre revocación de medidas provisionales. Para. 40, 41, 43.

¹⁴⁴ *Ibidem*. Para. 44.

¹⁴⁵ *Ibidem*. Para. 23. Limitación que sí es sugerida por la defensa del Ecuador –sin sustento jurídico– al decir que ninguna Corte puede evitar la aplicación de una Ley, mucho menos un tribunal arbitral. A lo que el tribunal responde que nunca sugirió aquello, reafirmando su jurisdicción sobre los derechos contractuales únicamente (para. 57). No se debe olvidar el papel que tendría la jurisdicción constitucional para estos casos, jurisdicción que no tiene cualquier Corte ni un tribunal arbitral, por igual.

¹⁴⁶ City Oriente decisión sobre revocación de medidas provisionales. Para. 45.

¹⁴⁷ *Ibidem*. Para. 46.

potencial derecho al cumplimiento específico, ciertamente una interacción entre el requisito de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, tenemos lo siguiente.

Sabemos que Ecuador argumentó que la terminación unilateral de un contrato por parte del Estado es una potestad estatal que emana de la ley – aunque suele estar regulada por el contrato-, y que por estar sometidos estos contratos a un régimen distinto de lo contratos privados, el Estado no tiene que acudir a un juez para terminarlos y por lo tanto el tribunal no puede suspender ese procedimiento¹⁴⁸. El tribunal analizó la cláusula 21.4 del Contrato respectivo, que dispone que el método de preferencia para terminar el contrato será un laudo arbitral, sin perjuicio de la potestad de terminación unilateral contenida en la Ley de Hidrocarburos¹⁴⁹. Pero sin embargo de ello, al determinar que *prima facie*, sí hay un derecho del contratista para exigir el cumplimiento específico del contrato, ese derecho se vería menoscabado si es que el Estado, durante el procedimiento arbitral, *pudiera* iniciar o seguir los procedimientos para terminar de manera unilateral el contrato¹⁵⁰. Entonces en función de proteger ese posible derecho de City Oriente al cumplimiento específico del contrato, el tribunal consideró que debía detener el procedimiento para la terminación unilateral¹⁵¹.

Analizaremos el tema de si un tribunal arbitral efectivamente tiene la posibilidad de impedir el procedimiento de terminación unilateral del contrato y cuales serían los efectos de esa potestad más adelante.

2.4.4 Perenco¹⁵²- Medidas provisionales 8 de mayo de 2009.

En lo que nos interesa, este tribunal consideró que el embargo de los bienes del inversionista dentro del proceso de coactiva para el cobro de la deuda por concepto de la Ley 42 agravaría seriamente la disputa entre las partes y pondría en riesgo la capacidad de Perenco de continuar con la exploración y

¹⁴⁸ *Ibidem*. Para. 22.

¹⁴⁹ *Ibidem*. Para. 50.

¹⁵⁰ *Ibidem*. Para. 52.

¹⁵¹ *Ibidem*. Para. 51 *in fine*.

¹⁵² *Perenco Ecuador Ltd. v. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (ICSID Case No. ARB/08/6)

explotación de los bloques 7¹⁵³ y 21¹⁵⁴ bajo los contratos de participación¹⁵⁵. Es decir que se arriesgaría un potencial derecho del inversionista a la ejecución de los contratos bajo los términos originales.

Además, haciendo eco de la decisión sobre revocación de medidas provisionales del tribunal de City Oriente, el tribunal señala que al ordenar medidas provisionales no se busca la suspensión de efectos de la Ley 42, sino sólo la suspensión de medidas coactivas de cobro que interfieran con los derechos contractuales de Perenco, incluido el derecho a exigir el cumplimiento del contrato¹⁵⁶.

2.4.5 Burlington¹⁵⁷ - Decisión sobre medidas provisionales 29 de junio de 2009.

En lo que nos interesa de este caso, los demandantes argumentaron que tienen un derecho al cumplimiento específico del contrato y por lo tanto las medidas provisionales encuentran justificación en la protección de ese potencial derecho de propiedad, el mismo que se vería irremediabilmente destruido por la terminación del contrato¹⁵⁸.

El argumento del Ecuador fue que no había la necesidad de conceder medidas provisionales porque no había la intención por parte del Estado de terminar de manera unilateral el contrato¹⁵⁹. Además, en caso de tener esa intención, Burlington no tiene el derecho al cumplimiento específico bajo el Derecho internacional¹⁶⁰. Bajo el Derecho local, no procede el derecho al cumplimiento específico cuando el objeto o la causa de la obligación es contraria a

¹⁵³ Modificación del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos del bloque 7 en un contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos (petróleo crudo) en el bloque 7.

¹⁵⁴ Contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos (petróleo crudo) en el bloque 21 de la región amazónica.

¹⁵⁵ Perenco medidas provisionales. Para. 46.

¹⁵⁶ *Ibidem*. Para. 49.

¹⁵⁷ *Burlington Resources Oriente Limited v. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (ICSID Case No. ARB/08/5)

¹⁵⁸ Burlington medidas provisionales. Para. 31(ii)

¹⁵⁹ *Ibidem*. Para. 39(ii)

¹⁶⁰ *Ibidem*. Para. 39(ii)

la ley, en este caso, la ejecución de los contratos de participación petrolera en sus términos originales constituiría una violación a la Ley 42¹⁶¹. ¿Podríamos entender por esto que el Ecuador modificó su postura en cuanto a la existencia del derecho al cumplimiento específico del contrato bajo el Derecho local, pues alega que cuando es contrario al ordenamiento jurídico es cuando no procede? ¿Podríamos deducir que la postura es que cuando no hay objeto ilícito, bajo el Derecho local, el cumplimiento específico sí procede?

Además el Ecuador sostiene que no hay más fundamento jurídico para que un tribunal internacional impida que un Estado soberano termine de manera unilateral el contrato como para que un tribunal internacional ordene al Estado a revalidar un contrato después de su terminación¹⁶². Se analizará este tema más adelante, pero por lo pronto podemos decir que sí consideramos que hay más fundamento jurídico para impedir la terminación unilateral del contrato, y ese es el hecho de que el contrato sigue vigente, y por lo tanto produce efectos jurídicos.

El tribunal reconoce que la existencia de un derecho al cumplimiento específico de los contratos administrativos bajo Derecho internacional y bajo Derecho local es un punto controvertido¹⁶³. Sin embargo de ello, el tribunal continua diciendo que bajo Derecho internacional, en concreto los artículos CDI, se prevé la restitución “que incluye al cumplimiento específico” a menos que sea materialmente imposible o constituya una carga desproporcionada¹⁶⁴. El tribunal, dando a entender que sí existe en consecuencia el derecho al cumplimiento específico en el Derecho internacional como forma de restitución, pasa a señalar que si el cumplimiento específico es efectivamente imposible y no desproporcionado, es lo que se va a analizar en los méritos¹⁶⁵. De manera que si es que el cumplimiento específico es posible y proporcional, no habría que encontrar más argumentos jurídicos para decir que sí existe el derecho al cumplimiento específico como forma de restitución bajo el Derecho internacional.

¹⁶¹ *Ibidem*. Para. 39(ii)

¹⁶² *Ibidem*. Para. 39(ii)

¹⁶³ *Ibidem*. Para. 69.

¹⁶⁴ *Ibidem*. Para. 70.

¹⁶⁵ *Ibidem*. Para. 70.

Pero no es tan categórico al pronunciarse en ese sentido sobre el Derecho local. El tribunal reconoce que habiendo un contrato válidamente terminado por un Estado, bajo Derecho internacional no sería posible demandar el cumplimiento específico. Pero en este caso, los contratos seguían vigentes al momento de su decisión, entonces el tribunal recurrió al Derecho local, y señaló que el Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano aparentemente otorga ese derecho al contratista¹⁶⁶.

De ahí el tribunal pasa a enumerar otras razones por las cuales a primera vista, el derecho al cumplimiento específico podría existir¹⁶⁷. La primera es que el reclamo de Burlington es un reclamo contractual, no bajo el TBI¹⁶⁸. La segunda es que los contratos se seguían ejecutando. La tercera es que los contratos contienen una cláusula de estabilización y una cláusula de selección de Derecho ecuatoriano.¹⁶⁹

Por su parte, la cláusula de selección de Derecho local en los contratos podría servir para aplicar disposiciones del Código Civil ecuatoriano o de otros cuerpos normativos para decidir sobre algunos temas, entre ellos la potestad para terminar de manera unilateral un contrato así como también la existencia de un derecho al cumplimiento específico a favor del contratista, bajo el Derecho local.

2.5 La importancia de que el contrato siga vigente.

Veremos que en Derecho local, una vez que el contrato se ha resuelto o haya terminado, el derecho al cumplimiento específico no procede. Es interesante destacar cómo esta regla se replica en el Derecho internacional de inversiones, el tribunal de Oxy II dejó en claro que una vez que la caducidad había sido declarada por las autoridades correspondientes, los bienes expropiados, podemos entender los derechos bajo el contrato, no pueden ser devueltos a los inversionistas. Sostener lo contrario sería negar la potestad que tienen todos los Estados

¹⁶⁶ *Ibidem.* para. 70.

¹⁶⁷ *Ibidem.* para. 71.

¹⁶⁸ Como vimos, es más factible que se busquen remedios de naturaleza contractual mediante un reclamo contractual, aunque no sea la única vía posible para reclamarlos.

¹⁶⁹ Burlington para. 71. Bloque 7: cláusulas 11.12 y 22.1 respectivamente. Bloque 21: cláusulas 15.2(c) y 22.1 respectivamente.

soberanos de expropiar la propiedad de los particulares, o en el ámbito contractual, de terminar de manera unilateral el contrato dado el incumplimiento del contratista, como lo veremos bajo Derecho local.

Esto sin embargo no debe entenderse como que en todos los casos que el inversionista reclame el cumplimiento específico del contrato se le niegue, sino precisamente, ese reclamo no procede cuando el contrato ya esté por decir de alguna manera, resuelto o terminado. Al respecto, el tribunal de City Oriente, al analizar la opinión del Dr. Santiago Andrade Ubidia estableció que hay una diferencia sustancial cuando el contrato ya se ha terminado o se ha resuelto¹⁷⁰, de manera que si el contrato sigue vigente sí se puede exigir el cumplimiento específico del contrato, a conclusiones iguales llegaron los tribunales de Perenco y Burlington.

2.6 ¿Se puede impedir la terminación unilateral del contrato?

¿Tiene un tribunal arbitral el poder para detener o impedir la terminación unilateral del contrato en protección del derecho al cumplimiento específico? Consideramos que si el tribunal ha emitido una orden para que el Estado no continúe procedimientos como el de terminación unilateral, éste podría incurrir en responsabilidad por hacerlo, sea en ejercicio de una potestad soberana o no. Veremos las razones para esto y sus posibles efectos.

El Ecuador ha mantenido que el deber de no agravar la situación sólo ha sido aplicado en los casos CIADI como una medida para controlar la conducta de las partes cuando ésta pueda dilatar el proceso o agravar la relación entre las partes, una vez que el procedimiento arbitral ya ha empezado¹⁷¹. De igual manera, hay un principio ampliamente recogido en la doctrina y en la jurisprudencia internacional de que las partes de la controversia tienen el deber, bajo costumbre internacional, de mantener el *statu quo ante* —entiéndase también el régimen acordado por las partes bajo los contratos¹⁷²—, incluso como un derecho (adjetivo)

¹⁷⁰ City Oriente Decisión sobre revocación de medidas provisionales. Para. 34.

¹⁷¹ Oxy II, para. 50.

¹⁷² Burlington para. 67.

autónomo de las partes de la disputa¹⁷³. Este deber de no agravar la disputa puede servir de fundamento para que se controle la conducta del Estado que es parte en la controversia¹⁷⁴, incluso en cuanto a la terminación de contratos se refiere.

Si es que sí existe el derecho al cumplimiento específico, se podría decir que sí hay una razón para dictar medidas cautelares para que no se agrave la disputa, ya que no se estaría tratando únicamente de evitar un incremento en los eventuales daños, como claramente rechazó el tribunal en *Oxy II*¹⁷⁵ por tratarse de algo que podría compensarse con dinero eventualmente. Al contrario, se trataría de proteger un derecho al cumplimiento específico del contrato, que por su naturaleza es diferente a la compensación monetaria. Por lo tanto sí se le podría pedir al Estado que no tome acciones para terminar el contrato manera unilateral, como sucedió en la decisión de medidas provisionales del tribunal de City Oriente, Perenco y Burlington ya que con esa actuación el derecho al cumplimiento específico u otros dependiendo del cumplimiento del contrato se extinguirían o se destruirían.

Si es que el tribunal *permitiría* que la terminación unilateral del contrato se lleve a cabo, entonces un laudo dictado a favor del contratista en cuanto al cumplimiento específico del contrato sería imposible de realizarse, pues el contrato ya habría terminado, y el contratista habría perdido la propiedad sobre sus bienes y no estaría, ni podría estar, a cargo de la explotación hidrocarburífera, por ejemplo.

Entonces, sobre la potestad para terminar un Contrato de manera unilateral, es necesario mencionar previamente una cuestión de fondo y es que si el contratista tiene un derecho contractual, no puede la Administración Pública terminar ese contrato de manera unilateral basándose para ello únicamente en su voluntad, a lo mínimo tiene que haber un incumplimiento por parte de la contratista, como requisito esencial, que veremos bajo algunos sistemas de Derecho local.

¹⁷³ *Ibidem*. Para. 60-68.

¹⁷⁴ *Ibidem*. Para. 61

¹⁷⁵ *Oxy II*, para. 98-100.

Ahora bien, asumiendo que no es una materia que está regulada por el mismo contrato, para efectuar la terminación misma del contrato, la Administración Pública no necesita autorización de un órgano jurisdiccional, pero éste órgano sí puede entrar a conocer posteriormente y efectivamente determinar si la terminación fue legal o no, por ejemplo, dependiendo de si el incumplimiento de la contratista como hecho que habilita el ejercicio de la potestad de terminación unilateral, realmente sucedió.

Entonces consideramos que si es que la contratista ha acudido a un órgano jurisdiccional antes de que empiece el procedimiento de terminación unilateral del contrato o antes de que culmine el mismo, y este órgano jurisdiccional, -en virtud de su potestad de control que en algún momento podrá ejercer sobre esa potestad administrativa de terminación unilateral al determinar si el incumplimiento del contratista como hecho habilitante efectivamente se llevó a cabo-, de manera preventiva ordena que la entidad contratante no inicie el procedimiento de terminación unilateral hasta que se determine si el incumplimiento de la contratista realmente sucedió, no se estaría haciendo nada más que cambiar el orden de las cosas. No se estaría restringiendo el ejercicio de una potestad administrativa sino más bien protegiendo un derecho de la contratista, que puede ser irremediabilmente dañado de lo contrario.

Eventualmente, la contratista tendrá la posibilidad de que un órgano jurisdiccional controle la potestad de terminación unilateral del contrato que tiene la Administración Pública¹⁷⁶. Pero si es que la misma contratista acude al órgano jurisdiccional para que efectúe su control antes de que se inicien siquiera los procedimientos para la terminación unilateral, es decir antes de que la Administración Pública ejercite esta potestad administrativa, sería ilógico e impráctico pensar que el órgano jurisdiccional no tenga ningún poder de control

¹⁷⁶ cf. VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Edited by Professor Vaughan Lowe. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 45-83, pero en general también. El autor considera que se debería dejar de considerar al arbitraje internacional en el marco del Derecho internacional de inversiones como un mecanismo consensual para resolución de controversias, y debería estudiarse más bien como un mecanismo de control jurisdiccional, en Derecho público, del ejercicio de potestades administrativas, incluida la potestad reguladora.

en ese momento, que no pueda hacer nada más que esperar a que el procedimiento de terminación unilateral se inicie, se tramite, y culmine, para después entrar a analizar, y de darse el caso, por encontrar que la contratista no estuvo en incumplimiento, declarar que la terminación unilateral fue ilícita¹⁷⁷.

No sólo esa postura sería ilógica e impráctica, sino que más importante aun, se iría en contra del principio a la tutela judicial efectiva¹⁷⁸, ya que el derecho del contratista al cumplimiento específico del contrato, como tal, quedaría irremediablemente destruido¹⁷⁹.

En este sentido, el tribunal de City Oriente consideró que al detener el proceso de terminación unilateral, de darse el caso que se niegan las pretensiones del inversionista y se otorga un laudo a favor del Estado, no se habría arriesgado ni menoscabado la potestad del Estado de terminar de manera unilateral el contrato posteriormente y no habría ningún obstáculo para que el laudo surta plenos efectos jurídicos¹⁸⁰. Es más, el tribunal señaló que si es que se determina que la Ley 42 sí le impone obligaciones al contratista que modifican los términos originales del contrato, se podría emitir un laudo por medio del cual se le ordena a City Oriente al pago de todos los montos que se hubieran acumulado por ese concepto durante el arbitraje¹⁸¹.

Queda claro entonces que la potestad de terminación unilateral del Estado no se perjudica con las medidas provisionales, y además cualquier ingreso que no

¹⁷⁷ Sin embargo, como el inicio del procedimiento para la declaratoria de caducidad se da con la sola voluntad de la Administración pública, tenemos que señalar que cuando el procedimiento haya iniciado, el contratista puede aspirar a solicitar el derecho al cumplimiento específico mientras el procedimiento no haya culminado, es decir mientras el contrato esté vigente por el principio general (y sostenido por la jurisprudencia local) de que la ejecución y validez de los contratos no puede depender de una sola de las partes.

¹⁷⁸ Un tribunal internacional, aplicando Derecho local podría encontrar fundamento para este principio en el Art. 87 de la Constitución del Ecuador, que establece que las medidas cautelares como garantía jurisdiccional podrán ser ordenadas “con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.”

¹⁷⁹ El tribunal podría encontrar fundamentos jurídicos en Derecho local para prevenir e impedir la violación de un derecho como el de la propiedad, de manera eficaz e inmediata, por medio de medidas cautelares, como la suspensión del acto, ordenándola de manera inmediata y urgente, en los Arts. 6, 26 y 29 de la Ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional ecuatoriana.

¹⁸⁰ City Oriente Decisión de revocación de medidas provisionales. Para. 53.

¹⁸¹ *Ibidem*. Para. 58.

se percibe sí es un derecho que puede ser plenamente reparado mediante una compensación monetaria. Mientras que por otro lado, si no se ordena esa suspensión, sí se arriesga que el derecho al cumplimiento específico del contrato que tiene la contratista sea destruido, y de una manera irreparable además.

Una de las razones por la cual la potestad de terminación unilateral del contrato que normalmente puede ejercer la Administración Pública queda de alguna manera restringida, además de las restricciones que el mismo contrato imponga, es el hecho de que la contratista acude al órgano jurisdiccional antes de que se empiece o antes de que se concluya el procedimiento de terminación unilateral del contrato¹⁸². Este hecho sí debe producir efectos jurídicos porque el contrato sigue vigente mientras no se haya terminado unilateralmente.

Por lo expuesto consideramos que si es que un tribunal internacional, como órgano jurisdiccional, ha ordenado a un Estado a que se abstenga de iniciar o continuar procedimientos de terminación unilateral del contrato, el Estado debe acatar esa orden. Esto se justifica en el hecho de que tarde o temprano esa potestad podrá ser controlada por el órgano jurisdiccional, pero si es que no cumple la orden y termina el contrato en violación de esa orden, sí se estará dañando de manera irreparable el derecho al cumplimiento específico del contrato.

De ahí que una orden de un tribunal internacional que le prohíbe al Estado terminar determinado contrato deba ser cumplida por éste. El Derecho, sea local o internacional, no puede existir para que cualquiera, entendiéndose incluidos los Estados, puedan actuar como a bien tuvieren, actuando en contra de él, dejándolo inservible.

¹⁸² *Ibidem*. Para. 54. En una nota relacionada, para decidir si proceden las medidas cautelares el tribunal de Perenco, para. 60 consideró que, siendo el inversionista el que ha iniciado los procedimientos para que se determine si realmente debe pagar por concepto de la Ley 42, no debería exigírsele a él mismo que escoja entre pagar los montos que rechaza o el embargo de sus bienes.

Siendo la medida cautelar un mecanismo de Derecho internacional¹⁸³ que sirve para que no se agrave la disputa y para proteger los derechos en disputa, sería inútil si el Estado no tuviera que cumplir con esta medida obligatoriamente¹⁸⁴. En consecuencia, si es que a pesar de la orden de no terminar de manera unilateral el contrato, el Estado lo termina, no sería absurdo pensar que esa terminación no surte efectos jurídicos por haberse realizado en violación de una obligación de Derecho internacional¹⁸⁵. No se produciría la extinción del contrato, y por lo tanto sí se podría ordenar al cumplimiento específico del mismo a pesar de haberse tramitado la terminación, o según cómo se vea, la misma expropiación de los derechos contractuales. En los capítulos siguientes veremos algunos fundamentos de sistemas de Derecho local que establecen que una actuación ilegal de la Administración Pública no produce efectos jurídicos.

Pero en Derecho internacional, si es que a pesar de esta medida cautelar de no hacer nada que agrave la disputa, como terminar de manera unilateral el contrato, el Estado lo termina, estaría obrando en contra de una orden del Tribunal, y quizás esa medida se podría considerar como una medida ilegal según los términos del párrafo 93 de la decisión de medidas provisionales de Oxy II, que reconoce que el derecho al cumplimiento específico del contrato, una vez terminado éste, puede existir sólo en el contexto de que la terminación del contrato haya sido ilegal.

2.7 Conclusión del Capítulo II.

Existe en Derecho internacional un derecho al cumplimiento específico como forma de restitución para reparar a la parte agraviada por un hecho ilícito. Sin embargo, el Derecho internacional puede no ser el sistema de Derecho más

¹⁸³ Como sabemos, en el contexto del CIADI, el Derecho internacional tiene un papel complementario y corrector sobre el Derecho local.

¹⁸⁴ Todos los tribunales que han dictado medidas cautelares contra el Ecuador —y muchos otros— dejan en claro que a pesar de la interpretación que se le pueda dar al término “recomendaciones”, estas son incuestionablemente obligatorias.

¹⁸⁵ El tribunal de Perenco, al referirse a las obligaciones del Ecuador bajo el Convenio CIADI y el TBI, es claro al establecer que mientras corre el proceso arbitral, ambas partes están bajo una obligación internacional de cumplir con cualquier orden del tribunal emitida con el propósito de proteger su jurisdicción y su capacidad para otorgar el remedio que ha sido solicitado, para. 67.

conveniente para un inversionista que está buscando el cumplimiento específico de un contrato. Para esto se podría presentar un reclamo bajo el contrato y no necesariamente bajo el TBI, de manera que el tribunal aplique el Derecho local para resolver la controversia, para determinar si existe incumplimiento del contrato, y para determinar si existe el cumplimiento específico como remedio para el caso concreto. Pero no hay que olvidar que los tribunales podrán también aplicar el Derecho internacional como fuente complementaria y correctora en estos reclamos.

Los tribunales en los casos del Ecuador dejaron en claro que es necesario referirse al Derecho local para determinar si existe el derecho al cumplimiento específico, así que en los siguientes capítulos analizaremos el Derecho local de varios sistemas legales como Derecho comparado para determinar si existe un derecho al cumplimiento específico, ya sea porque el derecho al cumplimiento específico considerado por sí mismo existe para la parte cumplidora del contrato, o porque no hay razones jurídicas para que un órgano jurisdiccional no pueda ordenar a la Administración Pública al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

3 Capítulo III: Derecho local privado

En vista de que los tribunales de los casos más recientes en los cuales se está abordando el derecho al cumplimiento específico han considerado que se tienen que remitir al Derecho local para determinar si es que hay incumplimiento del contrato, y a su vez para determinar si es que existe el derecho al cumplimiento específico del contrato, y si un órgano jurisdiccional tiene el poder de concederlo como remedio, procederemos primero a analizar estos temas bajo el Derecho local privado de algunos sistemas legales, en concreto, bajo las reglas de algunos Códigos Civiles como Derecho comparado.

3.1 La posibilidad de exigir el cumplimiento de un contrato.

La posibilidad que tiene una de las partes contratantes para exigir el cumplimiento del contrato en el Derecho ecuatoriano está contenida en la condición resolutoria tácita, en el Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano, el Art. 1489 del Código Civil chileno y el Art. 1546 del Código Civil colombiano y con otra denominación en el Código Civil argentino, Art. 1204. Esta condición va envuelta en todos los contratos bilaterales y establece que en caso de que una de las partes contratantes no cumpla sus obligaciones contractuales, la otra parte puede pedir, a su arbitrio, la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo,

dejando a salvo en ambos casos la posibilidad de reclamar indemnización por daños y perjuicios¹⁸⁶.

Del estudio de la doctrina colombiana sobre esta institución se puede entender que a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, pactada en el contrato, la verificación de ésta condición –el incumplimiento de una de las partes- no tiene como consecuencia la resolución del contrato. Como es una cláusula que la ley incorpora al contrato ante el silencio de las partes, y por lo tanto está presumiendo y supliendo la voluntad de las partes en cierta medida, tiene que dejar abiertas las dos posibilidades para la parte cumplidora¹⁸⁷. La ley sólo puede interpretar que las partes entran a un contrato porque quieren obligarse a si mismas y quieren que la otra parte cumpla con las obligaciones que ha contraído, no puede suplir más que eso. Por lo tanto ante el silencio de las partes sobre qué pasará con el contrato cuando una de las partes no cumpla, la ley le confiere las dos posibilidades, o de resolver el contrato o de exigir el cumplimiento.

En el contexto de que la parte cumplidora busque la resolución del contrato, el hecho de que no se esté ejecutando la voluntad expresa de las partes –sino la voluntad que la ley presume-, trae como consecuencia que la resolución del contrato no opera *ipso iure*, como sí operaría en el caso de que la condición esté expresamente recogida en el contrato. Por esa razón, la resolución debe ser declarada por un juez mediante sentencia¹⁸⁸. Hasta que dicha sentencia que declara resuelto el contrato no sea ejecutoriada, el contrato sigue vigente, tanto así que la parte incumplidora puede cumplir la obligación para frustrar la acción resolutoria¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3046. (Quito, 29 agosto 2002)

¹⁸⁷ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. *Derecho Civil Teoría de las Obligaciones*. Colombia, p. 190-198.

¹⁸⁸ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 138. (Quito, 29 noviembre 2004)

¹⁸⁹ ALESSANDRI, op. cit. p. 195-197.

Se aclara que para poder reclamar cualquiera de las dos alternativas, aquella parte contratante debe estar en cumplimiento de sus obligaciones¹⁹⁰, ya que de lo contrario operaría el régimen del Art. 1568 del Código Civil ecuatoriano, en el cual ninguno de los obligados está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumple por su parte¹⁹¹, igual regla se encuentra en el Código Civil chileno y colombiano, y en el Art. 1201 del Código Civil argentino.

Ahora pasaremos a analizar las reglas que se aplican al escenario en que la parte cumplidora exige el cumplimiento del contrato.

3.2 Justificación

¿Por qué razón la parte contratante cumplidora tiene el derecho de exigir el cumplimiento del contrato?

Para responder a esta pregunta es necesario analizar los principios generales sobre contratos como instrumentos generadores de obligaciones.

El artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano establece claramente que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y que no puede ser invalidado, sino por el consentimiento mutuo¹⁹², o por causas legales, este principio se conoce como el de la inalterabilidad de los contratos. La misma regla se encuentra en el Art. 1602 del Código Civil colombiano, el Art. 1545 del Código Civil chileno, y el Art. 1197 del Código Civil argentino.

Este precepto recoge la idea fundamental de que las obligaciones que surgen del contrato son obligatorias, valga la redundancia, y no facultativas al decir que el contrato es ley para las partes. Según doctrina colombiana, esta regla también recoge el principio de igualdad en los contratos para dejar en claro que

¹⁹⁰ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3695. (Quito, 15 enero 2003)

¹⁹¹ Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 11. Pág. 2493. (Quito, 12 Febrero 1981)

¹⁹² Artículo aplicado de manera expresa a un caso de terminación unilateral del contrato por parte de la Administración pública, ver Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 2. página 267. (Quito, 10 enero 1995)

ninguna voluntad vale o pesa más que la otra¹⁹³. Es por lo tanto inaceptable que una de las partes termine de manera unilateral el contrato¹⁹⁴.

Al obligarse validamente entre los contratantes, se está creando simultáneamente un derecho de cada uno ellos a que la obligación del otro se efectivice. Ahí se crea el derecho a exigir el cumplimiento. Estos derechos son asimismo iguales en fuerza y valor y por lo tanto no puede uno de ellos ser desplazado por el derecho de la otra parte contratante. De manera que cada parte contratante tiene el derecho de exigir que la otra parte cumpla con la obligación que ha contraído.

También debemos mencionar el Art. 1562 del Código Civil ecuatoriano, que recoge el principio del *pacta sunt servanda*, en definitiva, que los contratos deben cumplirse de buena fe. Esta regla se encuentra en otros Códigos Civiles, como el chileno (Art. 1546), el argentino (Art. 1198), el colombiano (Art. 1603). Este es un principio general del Derecho, local e internacional, hoy en día constituye un pilar fundamental del pensamiento jurídico mundial, sin importar de qué sistema de Derecho estemos hablando¹⁹⁵. Las obligaciones que uno contrae de manera libre y voluntaria deben ser cumplidas¹⁹⁶, de no existir este principio, la sociedad como la conocemos no existiría¹⁹⁷. Al establecer que hay una obligación de cumplir los contratos, que además deberá realizarse de buena fe, la ley crea un derecho

¹⁹³ cf. ALESSANDRI. op. cit. p. 195.

¹⁹⁴ El rigor con el que la jurisprudencia ecuatoriana trata este principio se refleja en que no acepta ni siquiera que en contratos bilaterales se pacten cláusulas de las cuales la validez del contrato dependa de la voluntad de una de ellas, al punto que tales cláusulas se tendrán por no escritas. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 1868. (Quito, 26 de octubre de 2001)

¹⁹⁵ “The principle of good faith is thus equally applicable to relations between individuals and to relations between nations. Indeed, the Greco-Turkish Arbitral Tribunal considered the principle of good faith to be ‘the foundation of all law and all conventions.’ It should, therefore, be the fundamental principle in every legal system.” En CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. 1 ed. 4ta reimpresión. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 105.

¹⁹⁶ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2779 (Quito, 5 junio 2002)

¹⁹⁷ “Indeed, as Aristotle said, most of our daily relations – namely, those that are voluntary – are regulated by contracts, and if these lose their binding force, human intercourse would cease to exist. And the smoothness of this intercourse depends in large measure upon the degree of good faith with which our contractual or treaty relations are observed.” En CHENG, op. cit. p. 120.

subjetivo para que esa obligación de cumplir pueda ser exigida, bajo la lógica de que cada derecho subjetivo tiene una correlativa obligación y viceversa.

Cabe aclarar en este punto que la parte cumplidora puede exigir el cumplimiento del contrato precisamente por el hecho de que ante el incumplimiento del contrato por una de las partes, éste permanece vigente. De operar la resolución *ipso iure* ante el incumplimiento de una de las partes, por tratarse de una condición resolutoria ordinaria por ejemplo, la parte cumplidora no podría exigir el cumplimiento de un contrato que ya está resuelto¹⁹⁸.

Este periodo de vigencia itinerante del contrato después del incumplimiento de una de las partes —y hasta la sentencia que efectivamente lo resuelva— sirve para demostrar que la obligación permanece vigente, y por lo tanto el derecho para exigir el cumplimiento de la misma también.

3.3 ¿Cómo se exige el cumplimiento?

La importancia de los principios generales de la contratación como el *pacta sunt servanda* es invaluable, de ahí que los sistemas de Derecho provean de mecanismos legales a las partes contratantes agraviadas por el incumplimiento para que puedan conseguir el cumplimiento de esas obligaciones. Estos mecanismos son los que administran las cortes de justicia mediante su poder para juzgar y ejecutar lo juzgado, según el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano (CPC).

Ahora bien, en el Derecho local, no hay duda de que las cortes tienen el poder para obligar a la parte incumplidora a cumplir con sus obligaciones contractuales. Un contrato puede contener obligaciones de dar, hacer o no hacer, y las Cortes pueden ordenar a la parte incumplidora a que cumpla las disposiciones del contrato a cabalidad, sin importar qué tipo de obligación sea.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 138. (Quito, 29 de noviembre de 2004)

¹⁹⁹ La acción resolutoria o de “cumplimiento con indemnización de perjuicios” procede salvo que no reúna los requisitos de que haya contrato bilateral, el accionante demuestre su cumplimiento y haya incumplimiento de la otra parte, ver Gaceta Judicial. Año LXXXIX.

Este es un poder necesario para que las Cortes cumplan con su propósito principal de aplicar el Derecho.

¿Pero cuál es el poder de los tribunales arbitrales locales en éste sentido?

Para responder esta pregunta tenemos que remitirnos a algunos preceptos básicos del Derecho ecuatoriano, en concreto del Código de Procedimiento Civil (CPC), como el artículo 3, que reconoce de manera expresa que la jurisdicción puede nacer de la convención de las partes, como es el caso de un tribunal internacional, también reconocida en el artículo 17 del mismo cuerpo normativo. Pero más importante aún es el Art. 5 del CPC, que establece que los tribunales arbitrales, como los tribunales y juzgados de la Función Judicial, ejercen jurisdicción de conformidad con la Constitución y las leyes.

Lo único que distingue a la jurisdicción convencional de la legal es que los árbitros no pueden ejecutar lo que han juzgado, ya que para ello tienen que acudir a los jueces ordinarios con el laudo ejecutoriado, el mismo que tiene el efecto de una sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, para que se lo ejecute por la vía de apremio, de conformidad con lo establecido en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (LAM).

Pero como conclusión, podemos decir que los tribunales arbitrales sí ejercen jurisdicción para juzgar de la misma manera que la ejerce la Función judicial, es decir que sus decisiones no se han de limitar a condenar el pago de una indemnización, pueden perfectamente ordenar la realización de una conducta, y en particular, el cumplimiento de un contrato. Este argumento se ve reforzado por el Art. 37 de la LAM, que establece que el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil o el Código de Comercio y otras leyes conexas se aplicarán de manera supletoria en todo lo que no esté previsto en esta ley, siempre que se trate de arbitraje en Derecho.

Sería inconcebible que un tribunal no pueda otorgar alivio completo al acreedor demandante que se ampara bajo el Art. 1505 del Código Civil

ecuatoriano o los demás artículos de los Códigos Civiles que contienen la misma norma, al decirle que no puede ordenar a la parte incumplidora a que cumpla el contrato, sino sólo a que pague una indemnización, cuando por ley, el acreedor tiene derecho a las dos cosas.

3.4 ¿Hay alternativas para el deudor?

En este punto se analizará qué alternativas tiene el deudor, si las tiene, para no cumplir con la obligación de cumplimiento específico.

3.4.1 Las obligaciones se extinguen por el cumplimiento y no por la indemnización.

Surge la duda de si el deudor puede resistirse al cumplimiento específico, cuando dicho cumplimiento ha sido exigido por el acreedor, bajo el pretexto de pagar una indemnización por el incumplimiento.

Para responder a esta interrogante se hará un análisis somero de los modos de extinguir las obligaciones en el Derecho común. Al respecto tenemos que referirnos al artículo 1156 del Código Civil español, o al Art. 1583 del Código Civil ecuatoriano, que listan los modos de extinguir las obligaciones y de los cuales se puede colegir a simple vista, no contienen la opción de indemnizar por el incumplimiento.

Según el Art. 1583 del Código Civil del Ecuador, el primer modo de extinguir la obligación es por medio de la convención de las partes interesadas, con capacidad de disposición para hacerlo. Este modo está en concordancia con el artículo 1561 del mismo cuerpo normativo, que establece que los contratos pueden invalidarse por el consentimiento mutuo de las partes. Es obvio que si el acuerdo de voluntad de las partes puede crear obligaciones, el acuerdo de voluntad de las partes puede extinguir las también.

El segundo modo es el de la solución o pago efectivo, que se ha entender como el cumplimiento mismo de la obligación, que según doctrina española es la

forma natural de extinguir una obligación que precisamente nació para ser cumplida²⁰⁰.

El pago efectivo, es decir la prestación de lo que se debe, deberá hacerse en conformidad con el tenor de la obligación, y el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que la que se le debe, esto según el artículo 1585 del Código Civil ecuatoriano. Es válido y lógico asumir que el interés principal del acreedor en aquella relación contractual es que la obligación se cumpla exactamente de la manera en que se pactó originalmente, siempre que sea materialmente posible. Al respecto, sectores de la doctrina argentina consideran que si es que la obligación no se cumple de la manera en que estuvo pactada originalmente, se está vulnerando el interés legítimo del acreedor respecto de esa obligación, la vulneración de ese interés deberá ser indemnizada, mientras los elementos subjetivos de la responsabilidad queden comprobados²⁰¹.

En vista de que la parte contratante cumplidora tiene el derecho a exigir el cumplimiento, y como acreedor de la obligación que es no puede ser obligado a aceptar un cumplimiento diferente, el derecho a exigir el cumplimiento de un contrato sólo puede ser satisfecho por una vía: por el cumplimiento del contrato. Del artículo 1585 del Código Civil ecuatoriano se puede deducir que el deudor no puede dejar de cumplir la obligación proponiendo a cambio la indemnización, a menos que el acreedor esté de acuerdo, la misma regla se encuentra recogida en el Art. 1166 del Código Civil español.

Los demás modos de extinguir las obligaciones son: la novación, la transacción, la remisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe²⁰², la nulidad y la rescisión, el hecho de producirse una condición

²⁰⁰ cf. LASARTE ALVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho Civil Derecho de Obligaciones*. 6th Edition. Vol. II. Madrid: Editorial Trivium, 2000. p. 149-159.

²⁰¹ cf. MORELLO, Augusto M. *Indemnización del daño contractual*. 3rd Edition. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 276-279.

²⁰² Régimen que incluso se puede extender a las demás situaciones de incumplimiento por causas que no son imputables al deudor, en cuyo caso la obligación de cumplir, al volverse materialmente imposible, quedaría extinguida. Ver MORELLO, op. cit. p. 274-280.

resolutoria –entiéndase únicamente la ordinaria, por lo que ya vimos anteriormente-, y por la prescripción.

Pero, de todos estos modos de extinguir las obligaciones no hay uno por medio del cuál el deudor pueda válidamente escoger extinguir la obligación mediante la indemnización por el incumplimiento, sin contar con el consentimiento del acreedor para ello,²⁰³ especialmente si la prestación original todavía es materialmente posible²⁰⁴.

La posibilidad de extinguir la obligación mediante la indemnización por el incumplimiento es aún más improcedente si consideramos que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación más la indemnización de perjuicios. El acreedor en su derecho entonces puede beneficiarse de los dos, ¿por qué razón se conformaría con uno solo de ellos, entiéndase el cumplimiento o la indemnización?²⁰⁵

3.4.2 ¿Se puede sustituir la obligación de cumplir por la obligación de indemnizar?

Sin embargo de ello, si es que el deudor no cumple voluntariamente la obligación, ésta es sustituida por una obligación equivalente de pagar una indemnización por el incumplimiento de la obligación original, más la indemnización por daños y perjuicios que dicho incumplimiento hubiere causado²⁰⁶. Consideramos que la ley es clara y se le puede obligar al deudor a que cumpla aunque éste no lo quiera hacer voluntariamente. Claro que, llegará un punto en el que la renuencia del deudor de realizar el cumplimiento específico sea insostenible y se tenga que sustituirla con una obligación que sea ejecutable y

²⁰³ Vale decir que el Código Civil español en su Art. 1156 tampoco considera la indemnización por incumplimiento como un modo de extinguir las obligaciones.

²⁰⁴ cf. MORELLO, op. cit. p. 277.

²⁰⁵ Gaceta Judicial. Año LXXXV. Serie XIV. No. 7. Pág. 1703. (Quito, 29 marzo 1984)

²⁰⁶ Dicha conversión o sustitución de obligaciones puede ser justificada en el Derecho ecuatoriano por el Art. 1688 del Código Civil ya que establece que ante la pérdida de la cosa debida por causa imputable al deudor, es decir ante un escenario de que el cumplimiento de la obligación original es materialmente imposible, la obligación subsiste, pero varía de objeto y pasa a consistir en la obligación de pagar el precio de la cosa, como reparación por no poder cumplir, que sería el *id quod interest*, más la indemnización de los perjuicios.

equivalente al valor jurídico y económico de la prestación original, a la cual se le tendrá que añadir aparte la indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento cause, a esta obligación sustitutiva se la conoce en la doctrina argentina como el *id quod interest*²⁰⁷.

Este último escenario opera en las obligaciones de hacer, ya que obligar por la fuerza a una persona a que realice un hecho que no quiere hacer no sólo sería contrario a las prácticas de naciones civilizadas²⁰⁸, sino que muy probablemente resulte impráctico e insatisfactorio para los intereses del acreedor. Ante este escenario la ley proporciona al acreedor algunas alternativas, que vale la pena analizar por su eventual funcionalidad, para efectivizar los intereses del acreedor en cada caso concreto.

El umbral para que la obligación original sea sustituida por el *id quod interest* debe ser alto, la simple falta de voluntad para hacerlo no debe ser suficiente para eludir la obligación de cumplimiento específico. Es por eso que la ley, adelantándose a ésta situación, proporciona algunas herramientas para rescatar los intereses del acreedor un ejemplo sería el Art. 1569 del Código Civil ecuatoriano. La primera opción es que el acreedor podrá solicitar que se le autorice para que haga ejecutar la obligación por un tercero, a expensas del deudor y también podrá pedir la indemnización por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento²⁰⁹. La segunda opción no es más que la de sustituir la obligación de cumplir con la de pagar el *id quod interest*. La primera proporciona un mecanismo que puede llegar a ser efectivo en la práctica para que el acreedor obtenga el cumplimiento del contrato, que es lo que buscaba desde el inicio, suponiendo que el deudor de la obligación pueda ser sustituido.

Pero sabiendo que a un particular sí se le puede obligar al cumplimiento específico, y que si se da el caso de que se rehúsa a cumplir será necesario sustituir el cumplimiento específico con una obligación de indemnización equivalente²¹⁰,

²⁰⁷ cf. MORELLO op. cit. p. 299-310

²⁰⁸ cf. ALESSANDRI op. cit. p.70-71.

²⁰⁹ Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 132. (Quito, 30 de junio de 1999)

²¹⁰ Ver como referencia, el Art. 165 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la

no se puede obviar el hecho de que lograr que un Estado acate la orden de cumplimiento específico en contra de su voluntad puede llegar a ser materialmente imposible, al punto que lo único con lo que un inversionista se quedará en la práctica será con la acreencia de una obligación sustitutiva y equivalente económica y jurídicamente a la obligación original (*id quod interest*) más una indemnización por daños y perjuicios causados por el incumplimiento (*lucrum cessans* y *damnum emergens*), rubros reconocidos por separado en algunas normas de distintos Códigos Civiles, que ya se han mencionado y que se conocen como condición resolutoria tácita e incluyen el derecho al cumplimiento específico. Este sistema de dos rubros de compensación se encuentra recogido especialmente para las obligaciones de hacer, al respecto, tenemos el Código Civil colombiano, que en su artículo 1553 distingue claramente la indemnización que resulta únicamente por la mora, es decir por el incumplimiento mismo, y la indemnización que corresponde por los perjuicios que surgen de dicho incumplimiento contractual. Igual regla se encuentra recogida en el Código Civil ecuatoriano, en el Art. 1569.

Quizás esta sea la reparación que más se aproxime a lo que reconocen Códigos Civiles mencionados al acreedor, en sustitución del cumplimiento específico: una reparación que incluya el *id quod interest*, como reemplazo de la prestación original incumplida y que incluya además los daños y perjuicios que surgen a causa del incumplimiento. Recordar que según el texto del artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano y demás mencionados, la parte cumplidora puede exigir o la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, en ambos casos con la indemnización por daños y perjuicios que dicho incumplimiento hubiere generado²¹¹.

Función Ejecutiva del Ecuador (ERJAFE), que establece que “Si, tratándose de obligaciones personalísimas de hacer, no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa.” Nótese que la indemnización es únicamente por los daños y perjuicios causados sin considerar el *id quod interest*, debemos suponer entonces que se trata de una relación extracontractual.

²¹¹ Queda claro que para exigir la indemnización por daños y perjuicios es necesario primero plantear la acción resolutoria o la de “cumplimiento con indemnización de perjuicios”; lo que implica necesariamente que no son excluyentes, sino complementarias. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 137. (Quito, 30 junio 1999)

Entonces debe quedar claro que en caso de que el derecho al cumplimiento específico exista bajo el Derecho privado local, como derecho que es, tiene un valor que se deberá reconocer en el *quantum* de la reparación final, como rubro aparte de la indemnización por daños y perjuicios, según la norma del Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano y demás Códigos Civiles que contienen la misma regla.

3.5 ¿Se aplica el Derecho privado a los contratos administrativos?

Después de analizar las reglas y principios sobre al cumplimiento específico de las obligaciones contractuales en el Derecho civil y determinar su procedencia, en esta sección se intentará demostrar que el Derecho civil sí se aplica a los contratos administrativos y en qué medida esto sucede, como antesala al análisis sobre la existencia del derecho al cumplimiento específico en el campo del Derecho público.

En el Derecho administrativo se han dado algunas teorías sobre la aplicación del Derecho privado a los contratos administrativos. Entonces revisaremos las teorías de clasificación de los contratos en los cuales la Administración Pública es parte, principalmente de la doctrina argentina, para identificar los grados de aplicación de Derecho civil que soportan estos contratos en cada una de ellas.

Así, algunos consideran que la totalidad de contratos que se celebran en ejercicio de una función administrativa se someten al Derecho privado como si no hubiera diferencia alguna con los contratos entre particulares²¹².

Otra teoría contempla una distinción entre dos contratos de los cuales la Administración Pública es parte, los contratos de la Administración, que se someten al Derecho privado –de manera exclusiva- por faltar el ejercicio de una

²¹² cf. SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de servicios públicos*. 2nd Edition. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 97, Citando a Agustín Gordillo que da como explicación del origen de esta teoría el influjo de la doctrina civilista.

potestad administrativa; y los contratos administrativos, que por el ejercicio de la referida potestad, se someten al Derecho público –de manera exclusiva-²¹³.

Una tercera teoría consiste en no admitir que hayan contratos que se sometan de manera exclusiva al Derecho público –y que por lo tanto estén al margen del Derecho privado- aunque se celebren en ejercicio de una potestad administrativa, así como tampoco admite la existencia de contratos que, celebrados sin el ejercicio de una potestad administrativa se sometan únicamente al Derecho privado²¹⁴. Fundamento para esta teoría se encuentra en los hechos, ya que en todos los contratos en los que la Administración Pública es parte, rige el Derecho público y el privado “en mayor o menor grado según los casos”²¹⁵.

SARMIENTO GARCÍA da ejemplos de cómo algunos contratos se regulan fundamentalmente por el Derecho público como las concesiones, pero a los cuales de todas formas no se puede dejar de aplicar normas y principios básicos de Derecho privado²¹⁶, y de otros contratos que se rigen casi en todo lo material por el Derecho privado como una compraventa o un arrendamiento, pero a los cuales no se puede dejar de aplicar normas de Derecho público, a decir del autor: “no sería sino aventurado querer fundamentar la competencia de un órgano estatal para celebrar ese contrato en la regla de capacidad del Código Civil”²¹⁷.

CASSAGNE considera que, aceptando la existencia de contratos administrativos y contratos de la administración, los primeros se rigen de manera preponderante por el Derecho público –administrativo en especie- pero eso no obsta a que se les pueda aplicar las normas del Código Civil, “pero adaptándolas

²¹³ *Ibidem.* p. 97.

²¹⁴ *Ibidem.* p. 101-102.

²¹⁵ *Ibidem.* p. 102.

²¹⁶ *Ibidem.* p.104. Citando a Gordillo sobre cómo se puede considerar que la aplicación del Derecho privado a los contratos en los que la Administración pública es parte, es en base a un continuo, en el cual hay contratos donde rige más el Derecho público en un extremo, pero sin ser el único Derecho, como las concesiones de servicios públicos de exclusividad y en otro extremo la compraventa de inmuebles donde rige más el Derecho privado, pero sin ser el único Derecho tampoco.

²¹⁷ *Ibidem.* p. 102.

siempre a la peculiar naturaleza publicista del contrato administrativo.”²¹⁸ Esto a diferencia de los contratos de la Administración sobre los cuales las normas del Derecho civil se aplican en su plenitud, y la Administración no participa con las prerrogativas de poder público, pero se aplica el Derecho administrativo para determinar competencia o el proceso de selección del contratista, porque está involucrado un interés público, aunque mediato²¹⁹. La conclusión a la que llega es que “resulta imposible sostener la existencia de un régimen unitario, ni siquiera para los llamados contratos administrativos, en sentido estricto”²²⁰, coincidiendo con la teoría expuesta anteriormente.

Esta teoría encuentra apoyo en sectores de la doctrina española que sostienen que en definitiva los contratos de los cuales la Administración Pública es parte se regirán por Derecho público y por Derecho privado, y dependiendo de la naturaleza de cada contrato se determinará el grado de aplicación que cada uno tiene para el caso concreto, pero no puede haber absolutismos²²¹. Por considerar que la tesis de que “en el ámbito de la contratación de los entes públicos, como en tantos otros, conviven ya sin escándalo el Derecho administrativo y el Derecho privado”²²², es la que más acertadamente refleja la actualidad jurídica y que tiene más acogida en la doctrina ésta es la tesis que se sostiene en este ensayo.

Sin embargo, ocasionalmente nos referiremos a estos contratos en función de la distinción entre contratos administrativos y contratos de la Administración

²¹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 19.

²¹⁹ *Ibidem*. p. 19-20.

²²⁰ *Ibidem*. p. 20, citando a Brewer Carias.

²²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, and Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Octava edición. Vol. I. II vols. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 685-686. Hace un comentario interesante en el sentido de que las instituciones básicas del Derecho han sido formadas en el Derecho Civil, lo que implica que sus normas puedan ser aplicadas a otros sectores del ordenamiento sin que esa aplicación tenga que obedecer a un régimen radical totalmente diferente. En el caso de los contratos administrativos, según el autor, no hay que resolverlo con dramatismos, sino añadiendo al sistema de reglas contractuales ya establecidas, “inquiriendo cuáles son las modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración sobre la abstracta institución contractual.”

²²² *Ibidem*. p. 686.

por comodidad, sin que esto signifique que a alguno se aplica el Derecho público o privado de manera exclusiva²²³.

Además, muchas reglas y principios del Código Civil ya se aplican a los contratos administrativos, como son la imposibilidad de cumplir con la prestación por razones ajenas a la voluntad de las partes²²⁴. En Derecho ecuatoriano por ejemplo, la terminación unilateral por parte de la Administración Pública ante el incumplimiento del contratista, recogida en los Arts. 92.4 y 94.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana (LOSNCPE), es una aplicación de la regla de la condición resolutoria tácita o cumplimiento específico de varios Códigos Civiles, ya que ante el incumplimiento del contratista, la Administración Pública tiene la potestad de declarar la terminación unilateral del contrato²²⁵. Pero debe notarse que la LOSNCPE también recoge la posibilidad de que la contratista demande la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración Pública, en su Art. 96.1, más adelante veremos cómo se puede justificar que el contratista pueda exigir no solo la resolución del contrato sino también el cumplimiento específico. Las reglas de contratos privados que distinguen entre el incumplimiento que es imputable al deudor y el incumplimiento que no le es imputable también se encuentran recogidas en el Derecho público, concretamente, el Art. 94.4 establece un régimen especial, más favorable para el contratista incumplidor cuando su incumplimiento se debe a fuerza mayor o caso fortuito. También podemos ver que la regla de “la mora purga la mora” clásica de contratación privada se incorpora al Derecho público ecuatoriano, en el Art. 96 *in fine* de la LOSNCPE, pues “en ningún caso se

²²³ Al respecto, el Art. 60 de la LOSNCPE establece que los contratos celebrados por las Entidades Contratantes son contratos administrativos, pero en vista de que éste es un concepto netamente doctrinario, y a la luz del debate que existe en la actualidad, no se puede decir que constituye un argumento válido para alegar que se les aplica el Derecho administrativo de manera exclusiva, sino para lo contrario, como se verá más adelante.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad.”²²⁶

Entre otras razones para aplicar el Código Civil a los contratos públicos, conviene mencionar que el Art. 4 Código Civil ecuatoriano dice que el mismo se aplicará en todo lo que no esté regulado por leyes especiales, y no hay leyes especiales que regulen esta situación –de que el contratista busca el cumplimiento del contrato- en la contratación pública.

Además, el Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano establece claramente que la condición resolutoria tácita está envuelta en todo contrato bilateral, es decir la posibilidad de exigir la resolución o el cumplimiento del contrato. Esta redacción es clarísima, la palabra “todo” no permite hacer interpretaciones alternativas, y a fin de cuentas, donde la ley no distingue, no le es lícito al hombre distinguir. Los tribunales ecuatorianos ciertamente no han tenido problemas para aplicar principios de los contratos privados a los contratos que celebra la Administración Pública²²⁷.

Según CASSAGNE, el Código Civil sí se aplica a los contratos administrativos por analogía²²⁸. Los principios del Código Civil entran a operar cuando hay vacíos en la normativa de Derecho administrativo que no pueden ser suplidos por el sistema de Derecho administrativo y mientras esos principios sean compatibles con los principios de la contratación pública²²⁹. En lo que resta de la tesina veremos porqué las reglas de Derecho privado que son materia de esta tesina no son incompatibles con los principios de contratación pública, uno de ellos siendo el interés público.

²²⁶ La institución de la *exceptio non adimpleti contractus* también ha recibido gran tratamiento por el Derecho administrativo en cuanto a la ejecución de los contratos administrativos, llegando a la conclusión de que el contratista está facultado a alegarla ante el incumplimiento de la Administración pública, según se lo permita la legislación especial aplicable. Ver en general, CASSAGNE y SARMIENTO GARCÍA. En nuestro caso, el Art. 9 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico prevé de manera expresa esta posibilidad para el contratista ante el incumplimiento de la entidad contratante.

²²⁷ Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 2. página 267. (Quito, 10 enero 1995), *et al.*

²²⁸ cf. CASSAGNE, op. cit. p. 124.

²²⁹ *Ibidem.* p. 153.

En el siguiente capítulo entonces intentaremos demostrar que la aplicación de ciertas reglas del Código Civil para exigir el cumplimiento específico no son contrarias a la naturaleza de los contratos administrativos porque incluso bajo Derecho público, hay argumentos para exigir el cumplimiento específico de una obligación contractual más la indemnización por daños y perjuicios que dicho incumplimiento hubiere causado.

De manera que la aplicación de las normas de contratación privada ya se aplican al Derecho administrativo, y demostraremos cómo otras normas del Código Civil se pueden aplicar a los contratos públicos sin que esta aplicación sea contraria a su naturaleza. La medida y la forma en que se aplican es lo que admite y recibirá discusión en este trabajo.

3.6 Conclusión del Capítulo III.

La conclusión de este capítulo para el lector debe ser que el acreedor tiene el derecho para exigir al deudor de una obligación que realice el cumplimiento específico de la prestación que es objeto de dicha obligación. Esto sin que el deudor le pueda obligar al acreedor a aceptar una indemnización a cambio, peor aún si sabemos que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico, que por sí sólo tiene valor jurídico y económico, que de ser imposible de cumplir deberá ser indemnizado; y además tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento cause.

Estos son dos derechos que a la hora de cuantificar la reparación, deberán considerarse como rubros separados. También debe quedar claro que esta institución jurídica, como una institución contractual de Derecho privado puede, en principio, ser aplicada al contratos bajo Derecho administrativo, en la medida en que el Derecho público lo permita. En el siguiente capítulo veremos algunas normas del Derecho público para determinar si se puede decir que existe un derecho al cumplimiento específico en este ámbito, qué valor o peso tiene, y si un órgano jurisdiccional tiene el poder para obligar a la Administración Pública al cumplimiento específico de un contrato.

4 Capítulo IV: El Derecho público local

En este capítulo se estudiará el Derecho administrativo de algunos sistemas legales como Derecho comparado para determinar si existe el derecho al cumplimiento específico en éste ámbito. Para eso se demostrará que la Administración Pública tiene la obligación de cumplir sus contratos administrativos, luego se analizarán dos escenarios de incumplimiento por parte de la Administración Pública, uno que se realiza ejerciendo ilegítimamente una potestad soberana, entiéndanse incluidas potestades administrativas y regulatorias, y el otro incumplimiento en que el Estado no actúa con una potestad soberana, ambos son considerados como incumplimientos injustificados²³⁰. Lo que se busca demostrar es que ante el incumplimiento injustificado de la Administración Pública, la obligación sigue vigente, y por lo tanto cabe exigir el cumplimiento específico del contrato.

Finalmente se analizará si existe la posibilidad jurídica en Derecho local público de que un órgano jurisdiccional le ordene a la Administración Pública a realizar una conducta específica (*injunctive relief*), como el cumplimiento de un contrato.

²³⁰ En adelante nos referiremos a estos dos escenarios como “incumplimiento injustificado del contrato”

4.1 El incumplimiento contractual en ejercicio de una potestad soberana.

En esta sección se revisarán algunas de las facultades exorbitantes de las que dispone la Administración Pública como parte en un contrato, para de alguna manera modificar la relación contractual. También veremos qué condiciones se deben reunir para ejercer estas facultades.

4.1.1 Las facultades exorbitantes de la Administración Pública.

En esta subsección se revisará la expropiación, la terminación unilateral del contrato y el *ius variandi* como facultades exorbitantes que tiene la Administración Pública en virtud de la Ley, aunque pueda condicionar la forma de ejercerlas mediante un contrato, al momento de ingresar a una relación contractual y que al ejercerlas podrían devenir en escenarios de incumplimiento contractual.

Estos escenarios de incumplimiento están permitidos por el ordenamiento jurídico y por lo tanto de producirse legítimamente, sí modificarán la obligación contractual original²³¹, a diferencia de los incumplimientos injustificados que no se fundamentan en ninguna potestad, que analizaremos en la siguiente sección. Pero aunque este ejercicio de potestades modifique la obligación contractual original, la obligación de indemnizar está presente.

La doctrina argentina señala que la principal diferencia de los contratos administrativos con los contratos de la Administración es que los primeros buscan la satisfacción de un interés público relevante, este interés público “se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo”²³² justificando así la existencia de cláusulas exorbitantes, y limitando la aplicación rigurosa de las normas de contratación privada.

La Administración Pública en consecuencia puede dejar de cumplir obligaciones contractuales en virtud de que se está protegiendo un interés público

²³¹ Por hacer una relación con el Art. 1561 del Código Civil ecuatoriano, el contrato se vería modificado por causas legales.

²³² CASSAGNE, op. cit. p. 21.

“que se halla por encima de la voluntad de las partes, cuya satisfacción es esencialmente dinámica y precisa adecuarse a los cambios que se van produciendo durante la vida del contrato.”²³³ Es precisamente por el hecho de que cualquier modificación posterior del contrato no se justifica ni en la voluntad o en el capricho de una de las partes, sino en el interés público que es objeto del mismo contrato, que la Administración Pública tiene que seguir un mecanismo preestablecido por el ordenamiento jurídico para la modificación²³⁴. De ahí que no pueda incurrir en el incumplimiento de manera arbitraria, obrando al margen de la ley en base a mera discrecionalidad, en cuyo caso estaríamos ante un incumplimiento injustificado, por actuar sin potestad o por ejercer una potestad de manera ilegítima.

Entonces, el ordenamiento jurídico reconoce la necesidad de proteger el interés público que está presente en los contratos públicos, como no podía ser de otra manera, y que prevalece sobre el interés particular. Vamos a ver qué tratamiento recibe el interés público en cada una de las figuras a continuación.

La expropiación puede ser uno de estos mecanismos de incumplimiento permitido, en los cuales se sacrifican los derechos del contratista en defensa del interés público²³⁵. La expropiación nos interesa por que es un mecanismo legítimo que tiene la Administración para privar a los ciudadanos de sus derechos de propiedad, más adelante veremos que los derechos contractuales son una forma de propiedad.

La expropiación, según la Constitución de Argentina en su Art. 17, debe hacerse por causa de utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada; según la Constitución chilena, el Art. 19.24. establece que nadie puede ser, en caso alguno, privado de su propiedad, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación, “por causa de utilidad pública o de interés

²³³ *Ibidem.* p. 32, citando a Solas Rafecas.

²³⁴ Podemos volver a hacer la relación con el Art. 1561 del Código Civil ecuatoriano, ya que siendo ley para las partes, el contrato no puede modificarse por la voluntad de una sola de ellas.

²³⁵ CASSAGNE, *op. cit.* p. 154.

nacional”; el Art. 33.3 de la Constitución española también exige causa justificada de utilidad pública o interés social.

En el caso del Ecuador, la Constitución, en su Art. 323, establece que la expropiación debe hacerse por razones de utilidad pública o interés social y nacional. Hay lugar a debate, sin embargo, sobre si en Derecho local ecuatoriano la expropiación se puede extender a los derechos contractuales pues las Constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008 hacen referencia únicamente a “bienes” mientras que la Constitución de 1978 se refería a bienes, derechos y actividades²³⁶.

Pero sí podemos imaginar el caso de que mediante la expropiación de un bien inmueble se esté imposibilitando la ejecución de un contrato, algo que en Derecho internacional, como vimos del análisis de Petrobart, podría considerarse como una frustración de los derechos a la ejecución del contrato, y equiparable a la expropiación de los derechos contractuales. Efectivamente, en el Derecho internacional de inversiones se acepta que un incumplimiento contractual, según su magnitud y efectos, pueda constituir una medida expropiatoria²³⁷.

Entonces, si en Derecho local los derechos particulares pueden ser expropiados, afectando de la misma manera a derechos contractuales, siempre en conformidad con el debido proceso establecido en la ley, se podría conformar un supuesto de incumplimiento contractual permitido para la Administración Pública,

²³⁶ PÉREZ, Efraín. *Derecho Administrativo*. 3rd Edition. Vol. II. II vols. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 522-527. Tomo 2.

²³⁷ WÄLDE, Thomas, and Borzu SABAHI. "Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law." *Transnational Dispute Management*. noviembre 2007. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009), p. 32-34. El autor reconoce que la aplicación de esta doctrina en el Derecho internacional de inversiones, en relación con la que dice que el incumplimiento sólo genera remedios contractuales, no están del todo claras debido a lo recientes que son, pero consideramos que se puede establecer, *prima facie*, una línea divisoria en función de si el reclamo es bajo el TBI (expropiación) o bajo el contrato (incumplimiento), distinción que también podría usarse para determinar cuál será Derecho aplicable a la controversia, como se vió anteriormente.

justificado en la protección del interés público²³⁸, que deberá ser indemnizado como veremos más adelante.

La expropiación es entonces un mecanismo que tiene la Administración Pública para menoscabar los derechos de los particulares en protección del interés público. Cabe mencionar que las reglas de Derecho internacional son claras al exigir, para que una expropiación se lleve a cabo legalmente, que la misma esté justificada en la protección de un interés público²³⁹. Como ejemplos normativos mencionamos el Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos también exige que se haga por razones de utilidad pública, y el Art. III.1 del TBI con Estados Unidos (no se usa este TBI por alguna razón en particular) establece como requisito para que la expropiación sea legal, que sea en función de un interés público.

La posibilidad de que la Administración Pública incumpla un contrato no está recogida de manera expresa en el ordenamiento, de ahí que haya campo para discusión entre cuáles potestades pueden servir para incumplir un contrato lícitamente²⁴⁰.

Seguimos entonces con la potestad que tiene la Administración Pública para terminar de manera unilateral el contrato. En este punto veremos que la potestad para terminar de manera unilateral el contrato debe ser ejercida de acuerdo con el debido proceso y en protección de un interés público. La potestad para terminar de manera unilateral el contrato está recogida por ejemplo en el Art. 64 de la LOSNCP del Ecuador y de manera general, en el artículo 12 de la Ley de Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional de Argentina (RCAN).

²³⁸ La protección del interés público en cuanto a la expropiación debe ser expresado mediante la declaratoria de utilidad pública por el Estado, en el caso ecuatoriano según los Arts. 782 y 783 del Código de Procedimiento Civil.

²³⁹ CHENG, op. cit. p. 36-40.

²⁴⁰ Algunos sectores de la doctrina argentina han manifestado que la declaratoria de lesividad (Art. 97 y 168 del ERJAFE) y la extinción o reforma por razones de oportunidad (Arts. 90 y 91 del ERJAFE) podría aplicarse no sólo a los actos administrativos, sino también a los contratos administrativos, tema que no es pacífico como señala CASSAGNE, en *El contrato...*, p. 155-160. La diferencia entre contratos administrativos y actos administrativos tan claramente señalada por los artículos 65 y 75 del ERJAFE consideramos, sin embargo, que no lo permitiría en el Ecuador.

En Derecho ecuatoriano, esta potestad puede ser ejercida por varias causas, nos interesan dos. La primera es por el incumplimiento del contratista, según el Art. 94.1 de la LOSNCP del Ecuador. Debe entenderse el hecho del incumplimiento por parte del contratista como hecho habilitante para que la Administración Pública pueda ejercer su potestad para terminar unilateralmente el contrato.

La segunda razón para que la Administración Pública pueda terminar de manera unilateral el contrato está relacionada con la teoría de la imprevisión²⁴¹. De darse el caso que un contrato administrativo, por el cambio de las circunstancias que se deben a un alea económico²⁴² contenga prestaciones que se tornan más gravosas para la Administración Pública, la LOSNCP en su Art. 94.7, establece que la entidad contratante puede terminar de manera unilateral el contrato²⁴³, claro, mientras el cambio de circunstancias quede debidamente comprobado y el contratista se niegue a la renegociación de este. Lo que nos interesa de ésta causal para la terminación del contrato es que por medio de ella la ley impone a ambas partes por igual una obligación de buena fe de renegociar el contrato ante el cambio de circunstancias²⁴⁴ que hagan las prestaciones más gravosas para la otra parte²⁴⁵, ya que de no hacerlo, la Administración Pública puede terminar de manera unilateral el contrato y el contratista puede demandar la resolución de éste, bajo el Art. 96.4 de la LOSNCP.

Nótese que la justificación para que la Administración Pública pueda terminar el contrato en este escenario no es otra que la protección del interés público, que se ve amenazado porque las prestaciones que le corresponden a la entidad contratante se han vuelto más onerosas de lo que una relación conmutativa puede soportar.

²⁴¹ CASSAGNE, *El contrato...* p. 137-140.

²⁴² *Ibidem*, p. 138-139.

²⁴³ Las Leyes de Contratación Pública del Ecuador de 1990 y la del 2001 son materialmente iguales.

²⁴⁴ CASSAGNE *op. cit.* p. 137-140. Ver la disertación que hace el autor sobre la teoría de la imprevisión *-rebus sic stantibus-* como institución originaria del Derecho civil que ingresa al Derecho administrativo.

²⁴⁵ La ley no lo dice expresamente, pero consideramos que no es más que un error de redacción, que sin embargo ha estado presente desde la Ley de Contratación Pública del Ecuador de 1990.

Entonces, para terminar el contrato, la Administración Pública tendrá que seguir el procedimiento legal para la terminación unilateral del contrato, por poner un ejemplo, el establecido en el Art. 95 de la LOSNCP y el Art. 146.2 del Reglamento a la LOSNCP. Más adelante veremos qué ocurre cuando la Administración Pública simplemente deja de cumplir el contrato sin seguir el procedimiento establecido que le permita hacerlo, o sin una potestad para hacerlo, transgrediendo el principio de legalidad.

El *ius variandi* es el poder que tiene la Administración Pública para modificar de manera unilateral los términos de los contratos administrativos. La justificación de esta potestad radica en el fin público y de interés general que atienden los contratos administrativos, pero en base a los principios generales del Derecho público como la legalidad, esta potestad debe estarle reconocida a la Administración Pública de manera expresa en el ordenamiento jurídico o en su defecto, en el contrato mismo²⁴⁶. En el caso de Argentina, la RCAN reconoce expresamente a la entidad contratante la prerrogativa de modificar los contratos, condicionando su ejercicio a que existan razones de interés público.

Asumiendo que el *ius variandi* se ejerce legalmente, es decir mediante una potestad otorgada por ley y siguiendo el debido proceso, puede servir para incumplir un contrato de manera justificada al modificarlo, en función de un interés público. La santidad de los compromisos contractuales en cualquier caso estaría resguardada, pues el *ius variandi* no está contemplado como un mecanismo para romper la equivalencia de las prestaciones, su ejercicio entonces estará condicionado por la indemnización del contratista afectado²⁴⁷, que veremos más adelante. Sí consideramos que se trataría de un incumplimiento, o cumplimiento inexacto, de las prestaciones originales, pero justificado.

Estaríamos en este caso ante un escenario en el cual un contrato administrativo no se cumple según sus cláusulas originales, aunque en todo caso, en el ejercicio de esta potestad, la Administración Pública no puede alterar el fin

²⁴⁶ CASSAGNE. op. cit. 46.

²⁴⁷ ENTERRÍA. op. cit. p. 684.

del contrato ni las obligaciones esenciales que de él emanan²⁴⁸. Además el ejercicio de esta potestad no puede ser arbitrario ni abusivo²⁴⁹.

Al respecto cabe mencionar que en el Derecho internacional de inversiones se pueden considerar como formas de incumplimiento: la terminación unilateral del contrato, la modificación de sus términos, la repudiación del mismo mediante el incumplimiento de las obligaciones contractuales o la expedición de normas que menoscaban el valor de la inversión, o que dejan al contrato sin ningún efecto²⁵⁰.

4.1.2 Conclusión del incumplimiento contractual en ejercicio de una potestad soberana.

De manera que la Administración Pública tiene a su disposición potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico que le permiten incumplir el contrato, en razón de proteger el interés público. Estas potestades no pueden ser ejercidas por la Administración Pública sino en base al principio de legalidad, cuando el ordenamiento jurídico se la otorgue, y en la medida en que lo haga. Dichas potestades tampoco pueden ser ejercidas sino es para la protección del interés público. Al ya tener una alternativa jurídica para no cumplir con los contratos por razones de interés público, no puede dejar de cumplir los contratos por otros motivos.

Veremos más adelante que si la Administración Pública no ejerce una de estas potestades para incumplir o lo hace pero no con estricta sujeción al principio de legalidad, y por el contrario incurre en incumplimiento por cometer una actuación antijurídica, las obligaciones contractuales no pueden verse modificadas en medida alguna. En efecto, las obligaciones contractuales en este supuesto de incumplimiento doloso permanecerán plenamente vigentes y exigibles.

²⁴⁸ Ibidem 46-47.

²⁴⁹ CASSAGNE, op. cit. p. 119.

²⁵⁰ RUBINS, Noah, and Stephan KINSELLA. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution A Practitioner's Guide*. Oxford: Oceana Publications, 2005, p. 20-21.

4.2 El incumplimiento contractual sin ejercer una potestad soberana.

Hemos visto que ante el incumplimiento contractual por parte de la Administración Pública mediante el ejercicio de una potestad soberana se puede reclamar el cumplimiento específico de la obligación contractual al enmarcar dicho incumplimiento como la violación de un TBI, en un reclamo bajo el mismo TBI; ahora veremos qué se puede hacer para lograr el cumplimiento específico de una obligación contractual que es incumplida sin el ejercicio de una potestad estatal, con todas las consecuencias que esto acarrea.

Empezamos destacando que una de las consecuencias de que el incumplimiento no se realice en el ejercicio de una potestad estatal, es que quizás sea mejor hacer un reclamo contractual, porque se busca un remedio contractual, que es el cumplimiento específico del contrato. Además, algunos tribunales han exigido que para que se configure una violación de una obligación internacional, el Estado tiene que obrar en ejercicio de una potestad soberana, a diferencia de un mero incumplimiento contractual, como cualquier otra parte contratante podría incumplir. De manera que ante los incumplimientos que no se configuren en los supuestos de ejercicio de una potestad soberana, se sugiere hacer reclamos contractuales, porque alegar el incumplimiento de una violación de un TBI por una actuación sin ejercer una potestad soberana, si bien es posible (quizás por no otorgar un trato justo y equitativo), es más difícil que sólo hacer el reclamo bajo el contrato, sin tener que demostrar que hubo un incumplimiento del TBI.

Podemos decir que al incumplir un contrato sin una potestad para hacerlo, estamos ante un escenario de incumplimiento doloso por parte de la Administración Pública, a diferencia de los escenarios de incumplimiento en protección de un interés público que vimos más arriba. Se debe entender que hay un incumplimiento doloso de la obligación contractual por parte de la Administración Pública cuando ésta actúa de manera ilegal o arbitraria²⁵¹, consecuentemente, y por no encuadrarse en los supuestos legales, la obligación

²⁵¹ Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 2. página 267. (Quito, 10 enero 1995)

contractual en estos casos permanecerá vigente²⁵² y en consecuencia se podrá exigir su cumplimiento específico.

A continuación se expondrán los argumentos por los cuáles sí se le puede exigir a la Administración Pública que cumpla con sus obligaciones, primero demostrando que los contratos son de obligatorio cumplimiento, y luego, demostrando que los derechos contractuales están protegidos como derechos de propiedad por normas constitucionales, y por lo tanto, no pueden ser menoscabados arbitrariamente.

4.2.1 Los contratos administrativos son obligatorios para la Administración Pública.

En esta sección se estudiará el régimen de Derecho administrativo aplicable a los contratos administrativos para demostrar que la Administración Pública tiene la obligación de cumplir con sus compromisos contractuales. El lector se preguntará ¿por qué es que se van a gastar páginas en demostrar que los contratos en los que la Administración Pública es parte son obligatorios? Esto servirá para demostrar que como el cumplimiento de los contratos no depende de la voluntad de las partes, por ser obligatorio, el incumplimiento de una de ellas no modifica esas obligaciones contractuales. Por lo tanto, ante el incumplimiento de la Administración Pública, los derechos contractuales de la contratista seguirán vigentes en sus términos originales, y como nada habrá cambiado, la Administración Pública seguirá obligada a su cumplimiento, sin que pueda dejar de cumplir esa obligación –que no es facultativa-, pagando una indemnización a cambio.

Los contratos son instrumentos generadores de obligaciones²⁵³, éstas obligaciones, como su nombre lo indica, son vinculantes y tienen que ser

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ El Art. 1089 del Código Civil de España, al igual que el Art. 1453 del Código Civil ecuatoriano es claro en este sentido. Pero es interesante mencionar que el Ecuador, en sus argumentos para la revocación de medidas provisionales en City Oriente, para. 23, argumentó que por mandato del mismo artículo, las obligaciones nacen de la ley también, refiriéndose a la Ley 42. Para el propósito de este trabajo, nos interesa señalar que la Administración Pública reconoce la

cumplidas por las partes. La Administración Pública, en ejercicio de su personalidad jurídica, que en el caso español se encuentra regulada por el Art. 2 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se puede obligar a sí misma mediante la suscripción de un contrato administrativo, como un sujeto de derechos y obligaciones²⁵⁴. Según exponentes de la doctrina española, por el hecho de tratarse de una relación obligacional sinalagmática²⁵⁵, los contratos administrativos son instrumentos generadores de obligaciones para las partes contratantes.

Los principios generales del Derecho que han de informar todo el ordenamiento jurídico²⁵⁶, y que existen, a pesar de estar o no recogidos en la norma positiva sea de Derecho público o privado también sirven para demostrar la obligatoriedad de los contratos administrativos. Los principios generales del Derecho trascienden las normas positivas porque expresan valores de justicia material²⁵⁷ la misma que como tal “es siempre inexcusable aplicar en la relación Administración-ciudadanos como fundamento mismo del orden político.”²⁵⁸ En cuanto a su valor jurídico, ENTERRÍA sostiene que ante leyes o cuerpos legales que buscan la satisfacción de políticas públicas pasajeras, los principios generales aportarán justicia en cualquiera que sea el escenario de aplicación²⁵⁹, he ahí su importancia. Especialmente para el Derecho administrativo, que según el mismo autor es:

“una exposición de los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado, y no una sistematización de las Leyes administrativas positivas; esos criterios son sobre todo institucionales, hallados y

aplicación del Código Civil al ámbito del Derecho público, y en sentido contrario, de que las obligaciones no sólo emanan de la ley, sino también de los contratos. Además debe quedar claro que el Art. 1453 del Código Civil ecuatoriano no se refiere únicamente a los contratos entre partes privadas, sólo basta que haya un concurso real de voluntades, y donde la ley no distinga, no le es lícito al hombre distinguir. El hecho de que el Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano se aplique en todo contrato bilateral es igualmente importante.

²⁵⁴ ENTERRÍA, op. cit. p. 355-362.

²⁵⁵ *Ibidem.* p. 663-679.

²⁵⁶ *Ibidem.* p. 74.

²⁵⁷ *Ibidem.* p. 75.

²⁵⁸ *Ibidem.* p. 79.

²⁵⁹ *Ibidem.* p. 76-77.

formulados por el Consejo como principios generales del Derecho, y ello de una manera deliberada y resuelta...”²⁶⁰

Esto guarda conformidad con lo que sostiene CASSAGNE, al decir que:

“uno de los sectores que resulta más propicio para la vigencia y aplicación de los principios generales del Derecho es el Derecho administrativo, así se desprende de su propia naturaleza como rama no codificada ni codificable en su totalidad...”²⁶¹

El principio general de la buena fe según CASSAGNE está recogido en el Código Civil²⁶² pero existe como principio general independientemente de estar tipificado en dicho cuerpo normativo, es un principio general que informa el ordenamiento jurídico²⁶³. La historia legislativa de la Ley de Contratos de Estado española nos enseña que sí se admite la aplicación de normas de Derecho privado, entendiéndose incluido el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos tipificado en el Art. 1258 del Código Civil español, a la ejecución de los contratos públicos, pues estas normas, “en la mayor parte de los casos [...] serán las únicas disponibles a la hora de determinar la regulación de fondo del contrato.”²⁶⁴

Este principio también está recogido en normas de Derecho público de distintos sistemas. En el caso ecuatoriano, el Art. 101 del ERJAFE establece claramente que la Administración Pública central actúa de acuerdo con, y deberá respetar en su actuación, entre otros, el principio de legalidad, de buena fe y de confianza legítima. También, el Art. 171 del mismo cuerpo legal recoge este principio al establecer que la facultad de revisión de la Administración Pública no podrá ser ejercitada cuando por ciertas circunstancias “su ejercicio resulte

²⁶⁰ *Ibidem.* p. 78.

²⁶¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. 1era edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 13. La obra en general trata a profundidad el papel de los principios generales para procurar la justicia material, que constituyen el origen e informan el Derecho administrativo como un Derecho de equidad, y fortalece sus relaciones con el Derecho civil.

²⁶² Art. 1198 del Código Civil argentino.

²⁶³ *Ibidem.* p. 126.

²⁶⁴ ENTERRÍA, op. cit. p. 646-647.

contrario a la equidad, a la buena fe...” Otra norma es la del Art. 72 del Reglamento General a la LME que establece claramente, para los contratos de concesión, que estos deben ser ejecutados por las partes de buena fe, y en consecuencia obligan no sólo a lo expresamente pactado sino también a todo lo que se derive de la naturaleza propia del contrato de concesión.

Entonces, el principio de la buena fe le es exigible a la Administración Pública en el contexto de los contratos administrativos, y en consecuencia se extiende también al ámbito de la ejecución de estos. Este principio por lo menos establecerá una obligación de la Administración Pública de cumplir con sus obligaciones contractuales.

La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que el cumplimiento de las obligaciones de buena fe es una norma “aplicable a toda obligación, sea cual sea la fuente de la cual dimanen, pues contiene un axioma básico de todo el ordenamiento jurídico patrimonial”²⁶⁵ y “es una proposición tan clara y evidente que ni siquiera precisa de demostración”²⁶⁶ y además la misma sentencia añade que la buena fe constituye el postulado fundamental que justifica la potestad del acreedor para solicitarle al Estado que “ponga todo el imperio del cual se halla dotado al servicio de su interés privado a fin de que coercitivamente se ejecute la prestación a la cual está constreñido el deudor y que sirve para satisfacer el interés privado de tal acreedor.”²⁶⁷ Nótese que esta construcción de la Sala se fundamenta únicamente en el principio de la buena fe, este principio es entonces el fundamento mismo para que el deudor cumpla con sus obligaciones contractuales e incluso para que el acreedor –de toda obligación, sea cual sea la fuente de la cual dimanen- pueda exigir el cumplimiento específico de la obligación ante el incumplimiento del deudor, tema central para este trabajo.

Ahora bien, la aplicación que se le da al principio de la buena fe en la sentencia comentada anteriormente sirve como premisa para sustentar el argumento de que las obligaciones que surgen de cualquier contrato tienen que ser

²⁶⁵ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3695.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*.

cumplidas, pero es preciso revisar una sentencia en la que se aplique este principio a un contrato en el cual la Administración Pública es parte, aunque sería inconcebible argumentar que en estos contratos el principio de la buena fe no se aplique.

La sentencia ecuatoriana del juicio entre el Ing. Jorge Aguilar Cabezas contra el IESS²⁶⁸ aplica el principio de la buena fe a una controversia por terminación unilateral de un contrato. La sala resuelve que, en vista de que el contrato sólo puede ser invalidado por consentimiento mutuo o por causas legales, y en aquel caso la terminación unilateral fue ilegal y arbitraria, el contrato seguía vigente, y como tal, debía ejecutarse de buena fe, obligando no sólo a lo expresamente pactado, y -lo que nos interesa-: “consecuentemente, los contratantes quedaron y están obligados a dar fiel cumplimiento a las cláusulas contenidas en el contrato.”²⁶⁹ Es decir, que dar fiel cumplimiento a las cláusulas del contrato es una consecuencia del principio general de buena fe, que se ha de aplicar a los contratos en los que la Administración Pública es parte, y en general a todas las obligaciones sea cual fuere la fuente de las que dimanen.

Sí, es verdad que en este caso se trataba de un contrato de la Administración -contrato de obra, a diferencia de lo que sería una concesión de explotación de recursos naturales-, pero este principio es tan importante y fundamental que no se puede argumentar que el mismo no se aplica a todos los contratos administrativos.

Concedido, hay un régimen de aplicación especial, en el que habrán escenarios de incumplimiento permitido por el ordenamiento jurídico y justificados en el interés público para ello, no faltaba más. Pero el principio de que por buena fe la Administración Pública debe cumplir sus obligaciones, sea en contratos administrativos o contratos de la Administración, no puede ser negado.

Todos los contratos en los cuales la Administración Pública es parte son obligatorios para ésta, en consecuencia no puede dejar de cumplirlos a su arbitrio,

²⁶⁸ Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 2. página 267. Quito, 10 enero 1995)

²⁶⁹ *Ibidem*.

sino sólo, como vimos, mediante procesos especiales previstos por el ordenamiento jurídico. De no justificar el incumplimiento en ninguno de esos mecanismos, la obligación de cumplir sigue perfectamente vigente e inalterada como veremos más adelante.

Como ya se mencionó anteriormente, la Administración Pública tiene una personalidad jurídica única, en el caso ecuatoriano, esta noción está recogida de manera expresa en el Art. 9 del ERJAFE, para la Administración Pública central. Esta personalidad le permite ser parte contratante de un contrato administrativo como sujeto de derechos y obligaciones. La Administración Pública hace uso de su voluntad jurídica de Derecho público a través de ese contrato administrativo, según lo establecido por el Art. 64 del ERJAFE. En consecuencia, tenemos que la Administración Pública celebra un negocio jurídico bilateral o multilateral que obliga a las partes que participan en él, ya que el contrato administrativo, como declaración de voluntad común, produce efectos jurídicos entre las partes, de conformidad con el Art. 75 del ERJAFE, y en congruencia con la lógica inherente a las obligaciones sinalagmáticas.

Profundizando sobre la obligatoriedad de los contratos, la Ley de Modernización del Estado (LME) reconoce que los contratos administrativos como concesiones de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras reconocidas en el derecho administrativo (Art. 43.c), contendrán los derechos y obligaciones de las partes (Art. 44). El Art. 2 de la Ley de Hidrocarburos (LH) reconoce las distintas formas contractuales para la exploración y explotación de yacimientos o campos marginales. Además, en relación con contratos de servicios públicos, en su Art. 46, la LME recoge el principio de obligatoriedad de los contratos del Art. 1561 del Código Civil ecuatoriano, al establecer que las condiciones contractuales no pueden ser modificadas unilateralmente.

Las reglas básicas de contratación de que los contratos no pueden invalidarse sino por consentimiento mutuo porque son ley entre las partes y como tal su cumplimiento es de carácter obligatorio y no facultativo se encuentran

recogida en diversos Códigos Civiles. Es porque el cumplimiento es obligatorio, que las condiciones contractuales no pueden ser modificadas de manera unilateral, porque los derechos de la otra parte que emanan del mismo instrumento se lo impiden.

La jurisprudencia ecuatoriana, en el marco de contratos públicos, ha resaltado la importancia de la inalterabilidad de los contratos como la otra cara de la moneda de la obligatoriedad de los mismos, al resolver sobre si la institución del silencio administrativo positivo se aplica en la ejecución de los contratos. En la parte que nos interesa, la Sala fundamentó su decisión de que el silencio administrativo positivo no se aplica a la ejecución de un contrato público, en la norma del Art. 1561 del Código Civil ecuatoriano que establece que el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por mutuo consentimiento o por causas legales, precisamente porque en el escenario del silencio administrativo, no hay concierto de voluntades²⁷⁰. La materia contractual, continua la Sentencia, “se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación”²⁷¹ por lo tanto la sala no acepta que solamente con el silencio de la Administración se haya modificado la “normatividad contractual establecida.”²⁷² Esta sentencia deja en claro que las obligaciones contractuales no pueden ser modificadas tan fácilmente; precisamente por ser obligatorias, necesitan el acuerdo entre las partes para su modificación, y si hay silencio por una parte, no hay acuerdo, y por tanto, no hay modificación.

La obligatoriedad de las obligaciones contractuales es congruente con el Art. 4 de la LOSNCP, que establece que uno de los principios para la aplicación de la ley y de los contratos que se deriven de la misma es, entre otros, el de trato justo. Ciertamente podemos interpretar que por trato justo se entiende por lo menos adoptar el compromiso de que las obligaciones contractuales para con la

²⁷⁰ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 275. (Quito, 4 de octubre de 2004)

²⁷¹ *Ibidem*

²⁷² *Ibidem*.

contratista son obligatorias para la Administración Pública y ésta no sólo deberá, sino que también procurará, cumplirlas según sus términos²⁷³.

Esto último sí estaría en concordancia con el artículo 5 de la LOSNCP que preceptúa los principios de interpretación y aplicación de la misma Ley, al establecer que los contratos bajo esa ley se interpretarán y se ejecutarán conforme los principios del Art. 4 ya mencionados, y “tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.” Ahora bien, lo que nos interesa en esta parte es que uno de los elementos del espíritu de la LOSNCP, según el Art. 5, es procurar la debida ejecución del contrato, pues ya vimos de qué manera se precautelan los intereses públicos en los contratos administrativos, y veremos cómo dicha preferencia no está en contradicción con la obligatoriedad de los contratos ni con la protección de los derechos contractuales de la contratista. Pero en este punto hay que decir que la debida ejecución de los contratos sólo puede entenderse bajo la premisa de que las obligaciones que nacen del mismo contrato son efectivamente obligatorias. Sólo con contratos que obligan a las partes se puede siquiera pretender una debida ejecución del contrato.

Esto queda confirmado por el Art. 9.2 del mismo cuerpo legal, que establece como objetivo prioritario del Estado el “garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.” Por aplicación efectiva se debe entender el cumplimiento exacto de las prestaciones que son objeto de las obligaciones contractuales. Esto estaría en concordancia con otros preceptos de la misma LOSNCP, como el Art. 80, que impone al supervisor y al fiscalizador del contrato una obligación de tomar “todas” las medidas que sean necesarias para su adecuada ejecución, con “estricto cumplimiento” de sus

²⁷³ Al respecto, merece la pena mencionar que el Art. 226 de la Constitución del Ecuador no sólo recoge el principio de legalidad, sino que además impone una obligación de que las potestades estatales se ejerzan con el fin de hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos, por ende, no puede buscar destruir los derechos de los particulares. Se puede considerar esto como una directriz que la Administración pública tiene que observar al momento de hacer uso de su potestad estatal, pues de tenerla, no la ha de usar arbitrariamente para incumplir sin razón un contrato.

cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. De manera que la debida ejecución implica el estricto cumplimiento de sus cláusulas, que sólo puede entenderse en el contexto de que dichas cláusulas sean efectivamente obligatorias.

También podemos evidenciar que las obligaciones del contrato son vinculantes para la Administración Pública al hacer un análisis de las reglas de terminación de los contratos administrativos. El Art. 92 de la LOSNCP establece que los contratos terminan por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por mutuo acuerdo, por sentencia que lo resuelva por pedido de la contratista y por terminación unilateral de la entidad contratante en caso de incumplimiento por parte de la contratista. De esto tenemos que deducir que ninguna de las formas de terminar el contrato depende única y exclusivamente de la voluntad de una de las partes contratantes, y esto se debe a las normas que ya hemos expuesto, propias de las relaciones obligacionales sinalagmáticas. Incluso la terminación unilateral por parte de la entidad contratante necesitará irremediablemente que la contratista incurra en incumplimiento, sin que el ejercicio de esa potestad dependa únicamente de la voluntad de la Administración Pública.

Por lo expuesto podemos decir no sólo que las obligaciones contractuales son vinculantes para la Administración Pública, y que por lo tanto no puede dejar de cumplirlas a su arbitrio, sino que además, las prestaciones que son objeto de dichas obligaciones deben ser cumplidas de manera exacta y completa, ya que de lo contrario no tendríamos una ejecución plena del contrato. Entonces, corriendo el riesgo de ser repetitivos, vale la pena volver a decir que la validez de las obligaciones contractuales no dependen de la voluntad de las partes porque son obligatorias, y no facultativas. En consecuencia, ante el incumplimiento de una de las partes –como actuación que sí depende únicamente de la voluntad de las partes-, las obligaciones contractuales permanecerán vigentes y exigibles por su acreedor. Más adelante veremos por qué razón las obligaciones permanecen vigentes.

Ahora veremos que los contratos deben ser cumplidos por la Administración Pública porque los derechos contractuales que de él emanan a

favor de la contratista gozan de protección en el ordenamiento jurídico, incluso a nivel constitucional.

4.2.2 Los derechos contractuales están protegidos como una forma del derecho a la propiedad.

Los derechos contractuales están protegidos como una forma del derecho a la propiedad en el ordenamiento jurídico, en consecuencia, el ejercicio de estos derechos tiene que ser respetado y garantizado, sin que la Administración Pública pueda menoscabar su ejercicio de manera ilegítima.

La noción de que los derechos son corporales e incorporales se remonta a la época del Derecho romano²⁷⁴ sin que al día de hoy pueda desconocerse la existencia del derecho de propiedad que tienen las partes contratantes sobre los derechos que surgen de un contrato. De particular importancia para nosotros, los tribunales arbitrales en el contexto del Derecho internacional de inversiones han establecido de manera categórica que los derechos contractuales son un derecho de propiedad²⁷⁵ digno de protección²⁷⁶. Incluso, como derecho de propiedad está protegido ante la expropiación por vía del incumplimiento, si es que es un incumplimiento que disminuye su valor en forma sustancial²⁷⁷.

Los derechos contractuales en consecuencia constituyen una forma de derecho de propiedad que está protegido y garantizado por el Estado según las Constituciones de algunos países. Por ejemplo, la Constitución de Argentina, en su Art. 17 establece que la propiedad es inviolable; la Constitución española, en su Art. 33.1 reconoce el derecho a la propiedad privada; de manera específica, la Constitución chilena extiende la protección de la propiedad “en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

²⁷⁴ cf. PETIT, Eugène. *Tratado elemental de Derecho Romano*. 1st, reimpresión. Translated by José Ferrández González. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999. p. 183.

²⁷⁵ cf. DOLZER, Rudolf, and Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: University Press, 2007, p. 115-118, para un recuento de los casos que sostienen esta idea desde el año 1903.

²⁷⁶ cf. WÄLDE, op. cit. p. 33.

²⁷⁷ *Ibidem*. p. 33.

Por su parte, la Constitución de del Ecuador, de conformidad con el Art. 66.26, como uno de los derechos de libertad, que reconoce el derecho de propiedad en todas sus formas, pero además y con referencia expresa a la propiedad privada, en el Art. 321. Al derecho de propiedad se lo debe considerar como que abarca los derechos contractuales, por aplicación del Art. 11.5 de la norma suprema que establece que en materia de derechos constitucionales como el de la propiedad, los servidores públicos, administrativos o judiciales deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Cualquier interpretación del derecho de propiedad que no reconozca su extensión a bienes incorporeales valuables en dinero, como los derechos contractuales, no favorecería su efectiva vigencia hoy en día.

En este punto -y ante la posibilidad de que haya renuencia a considerar el derecho a la propiedad como que incluye los derechos contractuales- es necesario señalar que la Constitución del Ecuador reconoce que los derechos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos tienen el mismo grado de protección y aplicación que los derechos contenidos en la constitución (Art. 11.3 CE), o incluso se le dará preferencia a la aplicación de éstos derechos si resulta ser más favorable, según el Art. 424, que establece además que “prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

Entonces, el derecho a la propiedad privada, consagrado en el Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual el Ecuador es parte contratante, reconoce que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que este derecho de propiedad ampara todos los derechos que tiene un accionista sobre sus acciones bajo un contrato social²⁷⁸, pero de manera más general, que el derecho de propiedad comprende todos los derechos corporales e incorporeales, y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor²⁷⁹, y además se

²⁷⁸ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74 Par. 181

²⁷⁹ *Ibidem*, refiriéndose a la jurisprudencia del *Caso Palamara Iribarne*.

han protegido los derechos adquiridos, entiéndase derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas²⁸⁰.

Necesario es en este punto señalar que los tribunales internacionales en el contexto del Derecho internacional de inversiones han tomado una posición prácticamente unánime en cuanto a que los derechos contractuales se han de considerar como un derecho de propiedad, digno de ser protegido, y esto es además consistente con la mayoría de definiciones de inversión de los TBIs.

De la lectura del Art. 339 de la Constitución del Ecuador podemos decir que los derechos de los particulares en el contexto de la inversión extranjera, es decir de los inversionistas extranjeros deben ser igualmente respetados, especialmente cuando consideramos que la Constitución del Ecuador recoge el principio de no discriminación de ningún tipo, de manera sistemática y reiterada²⁸¹.

El derecho a la propiedad sobre derechos contractuales debe ser “respetado y garantizado” en nuestro ordenamiento jurídico como parte del deber más alto del Estado, según el Art. 11.9 de la Constitución del Ecuador; esta noción está respaldada por el Art. 226 de la norma suprema que establece que las potestades estatales se deben ejercer para hacer efectivo el goce y el ejercicio de los derechos contenidos en ella, proscribiendo el ejercicio arbitrario del poder, peor si es para menoscabar derechos subjetivos²⁸².

La idea con la que se debe quedar el lector en este punto es que las obligaciones que la Administración Pública contrae bajo un contrato administrativo son obligatorias, sin que la Administración Pública pueda rehuir su cumplimiento de manera arbitraria. Además, los derechos contractuales como

²⁸⁰ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, refiriéndose al caso “Cinco pensionistas.”

²⁸¹ Ver Artículos: 3, 66.4, 11.2, 230.3, 341, 393 y 416.5.

²⁸² Además, bajo la premisa de que estos derechos son de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidor público, como plenamente justiciables, no requieren de otra norma jurídica para su aplicación, y no se puede exigir para su ejercicio condiciones o requisitos que no estén establecidos en la ley, según el Art. 11.3 y el 426.2 de la Constitución del Ecuador.

formas del derecho a la propiedad están plenamente reconocidos y protegidos en el ordenamiento jurídico vigente, lo que proscribe su menoscabo de manera arbitraria por parte de la Administración Pública, incluso en ejercicio de sus potestades administrativas, que deben ser ejercidas para hacer efectivo el uso y el goce de los derechos.

Como conclusión, la Administración Pública no puede simplemente decidir no cumplir sus obligaciones contractuales, porque estas no dependen de la voluntad de las partes y porque los derechos contractuales gozan de protección bajo el ordenamiento jurídico como derechos de propiedad.

En cualquier caso, ante el incumplimiento contractual por parte de la Administración Pública, justificado o injustificado, procederá la indemnización al contratista. Lo veremos a continuación.

4.3 Obligación de indemnizar por el incumplimiento.

Ante el supuesto de un incumplimiento por parte de la Administración Pública, sea que ejerza potestades soberanas para ello o no, ésta tendrá que compensar al contratista afectado por el incumplimiento, entendiéndose también el cumplimiento inexacto de la obligación, para mantener el equilibrio económico-financiero del contrato²⁸³. Después de todo, los derechos al cumplimiento de los contratos de los particulares no dejan de existir por decisión de la Administración Pública o por protección del interés general, como veremos a continuación. De esta manera el derecho que tenía un contratista al cumplimiento específico de un contrato puede ser sustituido por el pago de una indemnización, por razones de utilidad pública, sin considerar todavía la indemnización que corresponde por concepto de daños y perjuicios.

En vista de que la modificación de los términos contractuales puede constituir un incumplimiento, ante estos supuestos los derechos contractuales también deben estar protegidos. Por el principio presente en todo contrato incluyendo aquellos en los que la Administración Pública es parte, del *pacta sunt*

²⁸³ CASSAGNE, *El contrato...* op. cit. p. 32.

servanda y la buena fe, cualquier modificación unilateral de los términos del contrato, ya sea mediante un acto legislativo o mediante una renegociación del mismo que perjudica los intereses de la contratista, la doctrina argentina considera que tiene que ir acompañada de la compensación económica suficiente para mantener el equilibrio económico inicial del contrato²⁸⁴, el Art. 12(b) de la RCAN de Argentina se puede considerar, a sentido contrario, como fundamento jurídico de ello.²⁸⁵

Primero, cabe recalcar que aquellos escenarios de incumplimiento por parte de la Administración Pública mediante el ejercicio de una potestad soberana están previstos por el ordenamiento jurídico y justificados en virtud del interés general, llámese utilidad pública o interés social y nacional, y encuentran apoyo por ejemplo en el artículo 83.7 de la Constitución del Ecuador, que establece que se debe promover el bien común y anteponer “el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.”

Sin embargo, no se puede entender que al anteponer el interés general sobre el particular se menoscaben de manera arbitraria los derechos de los particulares, entiéndase incluido el derecho a la propiedad sobre los derechos contractuales. Este menoscabo no estaría en conformidad con el buen vivir según el Art. 275 de la Constitución del Ecuador que dice que el régimen de desarrollo que garantiza el buen vivir se planificará de manera que garantice el ejercicio de los derechos y además, el buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos. Esta noción queda confirmada por lo que preceptúa el Art. 277 de la Constitución del Ecuador cuando enumera los deberes generales del Estado para la consecución del buen vivir, pues el primero de ellos es garantizar los derechos de las personas.

Queda por lo tanto proscrito por la propia Constitución del Ecuador anteponer el interés general sobre el particular de manera que se impida o menoscabe el ejercicio de derechos particulares, por ser tal situación contraria,

²⁸⁴ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de servicios públicos*. 2nd Edition. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, op. cit. p. 36.

²⁸⁵ cf. CASSAGNE, op. cit. *El contrato...* p. 134-135.

incluso por simple lógica, a un régimen de buen vivir. El interés general sí se antepone sobre el particular, y por lo tanto los derechos de este último pueden verse alterados, pero para que esto suceda, la Administración Pública tiene que obrar dentro de las potestades que el ordenamiento jurídico le concede, para que si menoscaba derechos de particulares, lo haga legalmente, es decir de conformidad con el debido proceso legal y acompañado de la indemnización debida²⁸⁶. No se puede a pretexto del interés general, obviar los procedimientos que prevé la ley para proteger a ese mismo interés general, y de paso vulnerar los derechos particulares de manera ilegal, sin indemnizar por ellos.

Al respecto, el Art. 85.2 de la Constitución del Ecuador establece que para la ejecución de las políticas públicas que garanticen los derechos reconocidos en la Constitución que tengan como efecto la vulneración o la amenaza de vulneración de derechos Constitucionales –siendo el derecho a la propiedad privada uno de ellos-, sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el particular, las políticas deberán reformularse o se deberán adoptar “medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.” Este artículo sirve como base jurídica para justificar y dar razón a la obligación que tiene la Administración Pública para indemnizar al contratista cuyo contrato administrativo está siendo incumplido, modificado o terminado de manera unilateral, para la protección de un interés general. Sería aceptable sostener que la indemnización por el incumplimiento de un contrato administrativo es una “medida alternativa” que concilia los derechos de la contratista con el interés público, que están en conflicto. La no ejecución del contrato es el sacrificio que debe soportar la Contratista.

Esta afirmación guardaría conformidad con el Art. 92 del ERJAFE, que establece que la autoridad que extingue un acto administrativo por razones de oportunidad –entiéndase de interés público según el Art. 91 del ERJAFE- que afecte un derecho subjetivo deberá “previamente pagar la debida indemnización

²⁸⁶ Algunas de las reglas relacionadas a la indemnización por expropiación aplicables se encuentran en el Art. 323 de la Constitución del Ecuador, el Art. 21 de La Convención Americana de Derechos Humanos, y el Art. III.1 del TBI entre Ecuador y Estados Unidos.

por el daño que se cause al administrado.” Es decir que al proteger el interés público no se puede descuidar los derechos particulares.

Pero además nótese que en esta norma la indemnización se dirige inmediatamente a cubrir el rubro de los daños y perjuicios y no considera el rubro de la indemnización por el incumplimiento de los derechos contractuales en sí, necesario para mantener el equilibrio del contrato, lo que en derecho civil se puede considerar como el *id quod interest*. Esto se debe a que bajo el ERJAFE no se les considera a los actos administrativos como contratos administrativos. Entonces, a falta de contrato, la Administración Pública -obviamente- no tiene que indemnizar por el incumplimiento -pues no hay obligación recíproca-, sino directamente por los daños o perjuicios causados. Esto queda confirmado por el último inciso de este artículo, que hace referencia a los derechos precarios, comunes en obligaciones de carácter unilateral²⁸⁷.

Es por lo tanto indudable que tener un derecho bajo un contrato tiene un valor jurídico²⁸⁸ que puede ser valorado en dinero, pues por su naturaleza, los derechos de contratos bilaterales no son precarios. Ese valor deberá tomarse en cuenta al momento de calcular el monto de la reparación, bajo el rubro del *id quod interest*, debido por el incumplimiento mismo, es decir por los derechos contractuales que no se efectivizan, considerado aparte de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato.²⁸⁹

Fundamento constitucional para esto es el Art. 11.9, que reconociendo que el deber más alto del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, entiéndase el derecho a la propiedad privada, el mismo estará

²⁸⁷ LASARTE, op. cit. p. 51-55.

²⁸⁸ DI PIETRO, Domenico. "Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of AMCO v. Indonesia." In *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law.*, edited by Todd WEILER, 850. London: Cameron May International Law and Policy, 2005, p. 267. Algunos tribunales miden este valor jurídico de un contrato a la luz del principio de protección de los derechos adquiridos, como algo que otorga seguridad a las relaciones jurídicas.

²⁸⁹ Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 2. página 267. (Quito, 10 enero 1995) Al respecto, la Sala consideró que sin perjuicio de la indemnización debida por el incumplimiento, por tratarse de incumplimiento doloso, “también hay derecho a la reparación de los daños que sean consecuencia mediata de la inejecución del contrato.”

obligado a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por las acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Ante la vulneración de los derechos la reparación deberá ser integral, material e inmaterial, con la posibilidad de incluir en ella obligaciones positivas y negativas, según lo establece el artículo 86.3 de la Constitución del Ecuador, sobre las garantías jurisdiccionales. Esto deja en claro que un elemento esencial de la potestad jurisdiccional para garantizar la reparación integral por derechos vulnerados es no limitarla a ordenar al pago de una indemnización por daños y perjuicios, sino reconocer que se puede incluir en ella obligaciones positivas, como las de dar y hacer, y negativas, como las de no hacer. Estas obligaciones no pecuniarias sí podrían en su momento comprometer la conducta misma de la Administración Pública, lo veremos más adelante.

De manera que la Administración Pública tiene que compensar al contratista por el incumplimiento sea en ejercicio de una potestad soberana o no; y lo hará por el derecho que éste tiene al cumplimiento del contrato, y debe ser considerado aparte de los derechos que le corresponden por la indemnización por daños y perjuicios.

En la siguiente sección demostraremos que por no depender de la voluntad de la Administración Pública, las obligaciones contractuales permanecen vigentes ante el incumplimiento por parte de ésta, y más importante aún, sí es posible que un órgano jurisdiccional –entiéndase tribunal arbitral- ordene a la Administración Pública al cumplimiento específico de una obligación contractual.

4.4 Sí hay un derecho al cumplimiento específico en Derecho local.

Hemos visto que la Administración Pública puede incumplir un contrato mediante el ejercicio de una potestad pública o sin él, en ambos casos debiendo compensar por el derecho a la ejecución del contrato que se está sacrificando y por los daños que el incumplimiento hubiere causado. Como ya vimos, en el caso de que una potestad soberana se ejerza legítimamente, no cabe el derecho al

cumplimiento específico, sino sólo a la compensación por este derecho, más la indemnización por daños y perjuicios.

Pero, por otro lado, en los escenarios en que la Administración Pública haya obrado ejerciendo una potestad pública, pero el órgano jurisdiccional competente llegue a determinar que dicho ejercicio de potestad soberana, fue ilegítima, cabría el derecho al cumplimiento específico del contrato que se incumplió, por considerar que dicha potestad no surtió efectos legales. Lo mismo se aplicaría en el escenario de que el incumplimiento de la Administración Pública se haya realizado sin ejercer una potestad para ello. Veremos que en estos dos últimos escenarios sí cabe exigir el cumplimiento específico de las obligaciones contractuales y porqué.

En esta sección se expondrá el argumento medular de que sí se le puede obligar a la Administración Pública incumplidora a que cumpla sus obligaciones contractuales, a menos que se encuentre en uno de los escenarios de incumplimiento permitidos, por dos razones principales, uno, la obligación contractual no se ha modificado y dos, porque el Derecho público y privado lo admiten como una potestad de los órganos jurisdiccionales.

Si es que el Estado no cumple con su obligación bajo el contrato administrativo y tampoco ha ejercido una potestad legítimamente para incumplirlo, es decir, se encuentra en una situación de incumplimiento injustificado, la otra parte contratante tiene el derecho de exigir el cumplimiento. La razón de esto es que la obligación de la Administración Pública bajo el contrato nunca dejó de existir –ni se modificó- y por lo tanto tampoco dejó de existir –ni se modificó- el derecho del acreedor de esa obligación para exigir el cumplimiento específico.

Considerando que los contratos administrativos atienden a un interés público, cuya protección está por encima de la voluntad de las partes, el ordenamiento jurídico contempla mecanismos para modificar o suspender la ejecución de contratos que resulten perjudiciales para ese interés público; sin que un contrato con esas características pueda mantenerse en vigencia en virtud

únicamente de la protección de los derechos de la contratista. Es precisamente para proteger el interés público, que esos mecanismos se contemplan en el ordenamiento jurídico. Al ya gozar de esa protección, no se puede aceptar que la Administración Pública, en nombre del interés público, obre al margen de la ley, cometiendo arbitrariedades y abusos de poder²⁹⁰, como el incumplimiento injustificado de un contrato. De darse estos supuestos, estaríamos ante ejemplos claros de violaciones al principio de legalidad²⁹¹.

Los mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para el ejercicio de potestades administrativas que tengan como resultado la modificación de los contratos administrativos deben ejecutarse siguiendo un debido proceso, por ejemplo, la Constitución del Ecuador, en su Art. 76.1 establece de manera clara que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el debido proceso, no habría problema en considerar bajo este supuesto a los procedimientos administrativos en sede administrativa. Este artículo incluso impone como garantía del debido proceso, la obligación a las autoridades administrativas y judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos particulares de las partes, proponiendo una interacción muy interesante entre los principios del debido proceso y de legalidad²⁹².

Sobre el principio de legalidad, cabe mencionar que en el Derecho administrativo argentino el principio de legalidad está siendo superado por el concepto de la juridicidad, que engloba no sólo las normas positivas del ordenamiento jurídico, sino, como “noción más amplia que la simple legalidad, engloba a la Constitución y a los principios generales del Derecho.”²⁹³ En este

²⁹⁰ Según el Art. 84 de la Constitución del Ecuador, en ningún caso los actos del poder público atentarán contra los derechos por ella reconocidos.

²⁹¹ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3092. (Quito, 10 julio 2002). La jurisprudencia ecuatoriana reconoce la potestad de terminar de manera unilateral los contratos, pero debe ser en aplicación de la ley o del contrato. En este caso, la entidad pública estaba facultada por legislación especial para hacerlo, hecho destacado por la Sala como habilitante.

²⁹² Sobre aplicaciones del principio de legalidad como fuente de potestades y como eje fundamental del proceder administrativo, ver COMADIRA, Julio R. *Derecho administrativo*. 2da ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 130-131.

²⁹³ *Ibidem*. p. 132, citando un Dictamen de la Procuración del Tesoro.

contexto, podemos señalar el Art. 103 de la Constitución española, que establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, y actúa con sometimiento pleno, no sólo a la Ley, sino además al Derecho²⁹⁴.

En el caso ecuatoriano, podemos ver que los principios de legalidad y debido proceso se encuentran recogidos en la normativa de contratación pública. Para comenzar, el Art. 4 de la LOSNCP establece claramente que la ley y los contratos que de ella se deriven se aplicarán observando el principio de legalidad. En cuanto a la relación con el debido proceso, podemos ver que el Art. 94.7 del mismo cuerpo normativo condiciona el ejercicio de la potestad de la Administración Pública para terminar de manera unilateral el contrato, a que las circunstancias técnicas o económicas imprevistas estén debidamente comprobadas primero, y segundo a que la contratista se haya negado a la renegociación del contrato. Lo que nos permite sostener que sin cumplir con estos dos requisitos primero, la Administración Pública no puede ejercer su facultad para terminar el contrato unilateralmente, en congruencia con el principio de debido proceso²⁹⁵.

Pasando a las consecuencias de obrar al margen del principio de legalidad, es necesario mencionar como ejemplo, el Art. 226 de la Constitución del Ecuador, que establece que las instituciones del Estado y cualquier persona que actúe en virtud de una potestad estatal “ejercerá solamente las facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”, principio también recogido de manera general por el Art. 4 del ERJAFE²⁹⁶. Es decir que cualquier ejercicio de facultades que no estén expresamente atribuidas a una entidad pública por el ordenamiento jurídico será ilegal.

²⁹⁴ Además, el principio de legalidad también está recogido por el Art. 9 de la Constitución española, que en su tercer inciso hace referencia expresa al concepto “principio de legalidad” como garantía constitucional y en el primer inciso establece que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.”

²⁹⁵ Sobre el mismo punto, el Art. 95 de la LOSNCP establece más requisitos para que la entidad contratante pueda ejercitar su potestad de terminación unilateral, entre ellos está el deber de notificación, de motivación, el deber de darle al contratista una oportunidad para remediar el incumplimiento, y el deber general de cumplir con los plazos. Requisitos que nos permiten llegar a la misma conclusión, de que condicionan el ejercicio de la potestad de terminación unilateral de la entidad contratante, al cumplimiento del debido proceso.

²⁹⁶ Principio que es recurrente en el mismo cuerpo legal, como por ejemplo el Art. 192 somete la potestad sancionadora al estricto cumplimiento del principio de legalidad.

Sobre este punto, el Art. 424 de la Constitución del Ecuador, que recoge el principio de supremacía de la misma establece de manera categórica que los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, “en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” Debemos entender en este punto, que este mandato se extiende a proteger el principio de legalidad del Art. 226 y al del debido proceso del Art. 76.1, de manera que si una entidad pública actúa con una potestad que el ordenamiento jurídico no le ha otorgado o sin seguir el debido proceso, dicha actuación no tendrá eficacia jurídica.

En consecuencia, podemos decir que la actuación de la Administración Pública de incumplir un contrato administrativo, sin someterse a los procesos administrativos establecidos por el ordenamiento jurídico precisamente para incumplirlos de manera legítima, supuestamente bajo el argumento de proteger el interés público, o sin una potestad para ello, no puede producir efectos jurídicos.

Entonces tenemos que determinar qué es, en términos jurídicos bajo el Derecho administrativo local, el incumplimiento injustificado de un contrato por parte de la Administración Pública, primero nos referiremos a normativa ecuatoriana. El Art. 64 del ERJAFE establece que la Administración Pública que se somete a ese cuerpo normativo manifiesta su voluntad jurídica de Derecho público –voluntad que se ha de considerar como intrínsecamente relacionada con el principio de legalidad²⁹⁷- a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos sin perjuicio de recurrir a otras categorías de Derecho privado si actúan dentro de dicho ámbito. El incumplimiento contractual injustificado entonces, ¿qué forma de manifestación de la voluntad jurídica de la Administración es?

No se puede decir que se trata de un acto administrativo según los términos del Art. 65 del ERJAFE, porque como vimos antes, no hay una potestad o función administrativa que le faculte a la Administración Pública para incumplir un contrato administrativo sin que se someta a los mecanismos previstos para ello,

²⁹⁷ ENTERRÍA, op. cit. p. 355-362.

o por otro lado, simplemente incumplir. Tampoco será un acto de simple administración bajo los términos del Art. 70 del ERJAFE, porque de nuevo, no se hace en ejercicio legítimo de una potestad administrativa otorgada por ley y aunque sostenemos que el incumplimiento injustificado de un contrato no produce efectos jurídicos, sí afecta materialmente de manera directa a un particular, la contratista. Tampoco es un contrato administrativo bajo los términos del Art. 75 del ERJAFE por faltar el concierto de voluntades. Pero tampoco se trata de un hecho administrativo bajo los términos del Art. 78 del ERJAFE, ya que éstos, consistiendo en actividades materiales, también se ejecutan en ejercicio de una función administrativa productora de efectos jurídicos. La Administración Pública no tiene la potestad pública para incumplir los contratos administrativos sino es mediante los escenarios de incumplimiento permitido ya analizados.

Por lo tanto, el incumplimiento contractual injustificado deberá ser identificado como otra figura del Derecho administrativo, para ello nos referimos al concepto de la vía de hecho²⁹⁸. Según doctrina española, en concreto ENTERRÍA, en la actualidad, el concepto de la vía de hecho ha de comprender “todos los casos en los que la Administración Pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión –o suscribir el acto previo- que le sirva de fundamento jurídico...”²⁹⁹

Podemos decir que la vía de hecho es la situación de Derecho administrativo en la que se encuentra la Administración Pública cuando usa un poder que legalmente carece (incumplir un contrato de manera injustificada sin ejercer una potestad soberana) o cuando haya actuado sin observar los procedimientos establecidos por la norma que le ha atribuido ese poder³⁰⁰ (incumplir un contrato ejerciendo una potestad soberana de manera ilegítima).

Es necesario dejar en claro que ya no nos ubicamos en las formas de manifestación de voluntad de la Administración Pública, al demostrar que el

²⁹⁸ Concepto que nos interesa sobremanera por que su origen se remonta al ámbito de la protección de la propiedad y de los derechos patrimoniales. Ver ENTERRÍA, op. cit. p. 796.

²⁹⁹ *Ibidem.* p. 796-797.

³⁰⁰ *Ibidem.* p. 796.

incumplimiento contractual injustificado no encajaba en ninguna de ellas. Ahora y con el concepto de la vía de hecho, nos trasladamos hacia el ámbito de la ejecución, en el sentido de que la Administración está actuando en el plano físico³⁰¹.

Ahora bien, dando al concepto de la vía de hecho el valor que tiene como postulado de la doctrina y continuando con el contraste del Derecho comparado, no se puede dejar de señalar que los requisitos para que éste concepto se configure se encuentran recogidos por el artículo 129 del ERJAFE. A saber, el inciso (b) establece que los actos de la Administración Pública dictados por órgano incompetente, salvo que sea en razón del grado, son nulos de pleno Derecho. Puede decirse que esta causal está reflejada en aquella de la vía de hecho, de cuando la Administración Pública actúa con un poder que legalmente carece. Además, en cuanto al inciso (e) del mismo artículo, se puede decir que se recoge la otra situación que configura la vía de hecho, por tratarse de una actuación que realiza la Administración Pública prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, es decir ejerciendo una potestad de manera ilegítima, que en consecuencia puede ser descalificado por un órgano jurisdiccional.

Entonces, la consecuencia jurídica para estas circunstancias recogidas por el Art. 129 del ERJAFE, es la nulidad de pleno Derecho o *ex lege*. La causa de la nulidad de pleno Derecho es precisamente la ausencia de Derecho³⁰², en consecuencia se ha de entender que los actos, jurídicos y peor aún materiales sin fundamento jurídico, por ella aquejados, no producen efectos jurídicos.

Sería muy difícil argumentar que el incumplimiento contractual es una de las formas por medio de las cuales se manifiesta la voluntad jurídica de la Administración Pública. Toda actuación de la Administración Pública tiene que

³⁰¹ *Ibidem*. p. 799.

³⁰² *Ibidem*. p. 798.

ser en Derecho³⁰³, es una reformulación común del principio de legalidad. Al no actuar en Derecho tenemos que considerar que dicha actuación existe solamente como un hecho³⁰⁴, ámbito en el cual la Administración Pública sólo puede participar habiendo creado previamente esa posibilidad en el plano jurídico, entendiéndose mediante la modificación de una relación jurídica, ya sea mediante la suscripción de un acto previo³⁰⁵ o la adopción de una decisión que le dé fundamento jurídico para realizar dicha actividad material, especialmente si con ella se busca limitar derechos subjetivos como los que emanan de un contrato³⁰⁶.

Como estas actuaciones contrarias al principio de legalidad no producen efectos jurídicos, no se puede decir que la obligación de la Administración Pública bajo el contrato administrativo se haya modificado en Derecho.

Tenemos que entender entonces que si la obligación contractual no se ha modificado o resuelto por la vía legal, siguiendo el debido proceso, no hay razón para que por una vía ilegal esa obligación quede extinguida o modificada, ya que el acto de poder público por medio del cual se pretendió modificarla carecía de eficacia jurídica. Además hay que considerar que hay un ejercicio ilegal del poder aun cuando la obligación haya sido modificada por uno de los mecanismos aquí expuestos, pero dicha modificación no esté acompañada de la compensación debida, pues la obligación de indemnizar como protección de los derechos particulares condiciona el ejercicio de las potestades estatales y en algunos casos es parte del debido proceso, como vimos más arriba.

Aunque, si se ha seguido el debido proceso y el principio de legalidad en todo menos en el pago efectivo de la indemnización pero sí se hubiere realizado la

³⁰³ *Ibidem.* p. 413. El autor comenta sobre la capacidad jurídica de Derecho público de la Administración pública, en conexión con el principio de legalidad implica que los entes públicos “sólo pueden enhebrar relaciones allí donde una norma les autoriza a ello.”

³⁰⁴ *Ibidem.* p. 798. El autor destaca jurisprudencia que sostiene que estas actuaciones de la Administración no son dignas de protección jurídica alguna.

³⁰⁵ *Ibidem.* p. 796-797. Es interesante la manera en que el autor demuestra que al actuar por medio de vías de hecho, sin acto previo, la Administración pública queda reducida a la misma condición jurídica que las personas privadas, teniendo como consecuencia que sus actuaciones puedan ser controladas además por los tribunales ordinarios y mediante los procedimientos de Derecho común.

³⁰⁶ Art. 160 ERJAFE.

determinación del monto, el argumento de que la obligación se extinguió, supongamos por una terminación unilateral, tendría más peso. En ese sentido, el Art. 92.4 de la LOSNCP establece claramente que los contratos terminan por la declaración unilateral de la entidad contratante, sin hacer mención al pago de la indemnización, eso sí, debe seguirse el debido proceso establecido en el Art. 95 del mismo cuerpo legal para la terminación misma. Pero en ningún caso se puede aceptar que la obligación se modifique por el incumplimiento injustificado del contrato por la Administración Pública, esto es ejerciendo una potestad soberana de manera ilícita o sin ejercer potestad alguna.

Dado que una actuación de la Administración Pública al margen de la ley no tiene eficacia jurídica, podemos decir que el mero incumplimiento del contrato no modifica las obligaciones que surgen del mismo. Refiriéndonos a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador que vimos anteriormente sobre la inaplicabilidad del silencio administrativo a los contratos administrativos, podemos señalar en este contexto, que si el silencio de la Administración como omisión no puede considerarse como suficiente motivo para modificar la “normatividad contractual”³⁰⁷, aquí argumentamos que tampoco será suficiente para ello el simple incumplimiento del contrato por parte de la Administración Pública. Recordemos que esta sentencia resaltó la necesidad de que haya un acuerdo entre las partes para modificar las obligaciones contractuales, pues vale decir que si estamos únicamente ante el incumplimiento de una de ellas, tampoco ha habido acuerdo para modificar la normatividad contractual y por lo tanto esta permanece inalterada.

Concluyendo, no se puede aceptar que la Administración Pública, en defensa del interés público, actúe al margen de la ley, incumpliendo sus obligaciones contractuales y afectando derechos particulares. Tampoco se puede aceptar que en consecuencia de esa arbitrariedad, el afectado haya efectivamente perdido su derecho a que su contrato sea cumplido por la Administración Pública. Tales ejercicios abusivos del poder no generan efecto jurídico alguno. Por todo lo

³⁰⁷ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 275. (Quito, 4 de octubre de 2004)

expuesto, el incumplimiento de un contrato sin ejercer una potestad pública o mediante el ejercicio ilícito de una potestad pública, constituye un menoscabo injustificado de los derechos contractuales, que carece de eficacia jurídica, y deja la obligación original por lo tanto, plenamente vigente³⁰⁸, y exigible por el acreedor de la misma.

4.5 Sí es posible ordenar a la Administración Pública al cumplimiento específico de un contrato administrativo.

En esta sección se buscará demostrar que un órgano jurisdiccional sí tiene el poder para comprometer la conducta de un Estado al imponerle una obligación a que realice el cumplimiento específico. Primero veremos algunos argumentos de Derecho público español y ecuatoriano, luego haremos unas consideraciones en cuanto al Derecho privado y finalmente analizaremos una sentencia en la que se le ordenó al Estado ecuatoriano al cumplimiento específico de un contrato.

4.5.1 Por Derecho público.

Como la obligación contractual original sigue en pie, no hay razón jurídica alguna para que la Administración Pública deje de cumplir con su obligación. Cualquier incumplimiento en este escenario sería ilegal y arbitrario, y por lo tanto la Administración no se podría oponer, en Derecho, a cumplir con dicha obligación. De ahí que el acreedor de la obligación pueda exigir el cumplimiento específico de la misma, como veremos a continuación.

En el contexto en el cual se desarrolla esta tesina, es de vital importancia demostrar que un órgano jurisdiccional efectivamente tiene la potestad para obligar a la Administración Pública a que lleve a cabo una determinada conducta, en concreto, que le obligue mediante una obligación de hacer, al cumplimiento específico del contrato que está incumpliendo.

³⁰⁸ Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 2. página 267. (Quito, 10 de enero de 1995) Al respecto, la Sala consideró que siendo el contrato ley para las partes, una de ellas siendo la Administración pública, y si no ha sido invalidado por mutuo consentimiento o por causas legales, el mismo sigue vigente, debiendo ejecutarse de buena fe, quedando las partes obligadas al fiel cumplimiento de sus cláusulas.

Para esto es necesario primero determinar si existe la posibilidad de que se le obligue a la Administración Pública al cumplimiento de una obligación de hacer, en vez de que el órgano jurisdiccional se tenga que limitar a ordenar a una obligación de dar.

Entonces podemos señalar el Art. 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, que establece claramente una distinción entre los poderes que tienen las cortes para declarar que un acto no esta conforme a Derecho (primer inciso), o para reconocer una situación jurídica individualizada y ordenar a que se adopten las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma (segundo inciso). Esto se extiende a las relaciones y obligaciones contractuales según el Art. 29 de mismo cuerpo legal que establece en el primer inciso:

“Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, **contrato** o convenio administrativo, **esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación.** Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, **éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.**”

Adicionalmente el Art. 32 del mismo cuerpo normativo reconoce de manera expresa y “conforme a lo dispuesto en el Art. 29”, que en los casos de inactividad de la Administración Pública, el demandante “puede pretender del órgano jurisdiccional, que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas”. La legislación española entonces es clara al conceder el poder para obligación a la Administración Pública al cumplimiento específico de sus obligaciones contractuales.

En el caso ecuatoriano, en cuanto a la posibilidad jurídica para que la Administración Pública sea obligada a la realización de una conducta, podemos

mencionar el Art. 93 de la Constitución del Ecuador, sobre la acción de incumplimiento. En lo que nos interesa, este artículo establece claramente que la acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar el cumplimiento de sentencias o de informes organismos internacionales de derechos humanos, cuando la “decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.” Esta norma constitucional reconoce de manera expresa que un órgano de carácter jurisdiccional internacional, mediante sentencia, le puede imponer obligaciones a la Administración Pública que modifiquen su conducta, incluso se refiere específicamente a las obligaciones de hacer o no hacer. Esto es de gran importancia para este trabajo porque se reconoce que bajo el Derecho local, un organismo internacional puede controlar la conducta de la Administración Pública al imponerle una obligación de hacer o de no hacer.

Sin embargo, hay que entender bien el propósito de este artículo, que es delinear el alcance y el propósito de una acción de protección ante la Corte Constitucional. No se puede argumentar que los laudos de un tribunal internacional bajo el Convenio CIADI deban gozar de este mecanismo por extensión, ya que el precepto es claro al reconocérselo a las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos. Pero esto no es todo lo que logra este artículo. Dejando a un lado la acción de protección, esta norma nos enseña que es jurídicamente posible imponerle a la Administración Pública una obligación de hacer.

El hecho de que únicamente las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos pueden ser tuteladas mediante la acción de protección es irrelevante para este trabajo. Esto porque los derechos de un inversionista bajo el TBI no estarían tutelados por la Corte Constitucional, sino por un tribunal internacional, que aplicando el Derecho local e internacional, en virtud de la potestad jurisdiccional que se la otorgado por medio de un TBI, al reconocer que imponerle a la Administración Pública una obligación de hacer no es un absurdo jurídico bajo Derecho local, y encontrando un derecho contractual del inversionista y un incumplimiento injustificado de la Administración Pública de

ser el caso, sí le podría obligar al Estado al cumplimiento específico del contrato, como lo seguiremos viendo.

Nada en el Art. 93 de la Constitución del Ecuador nos permitiría interpretar que en todos los demás ámbitos del Derecho, local o internacional, imponerle a la Administración Pública una obligación de hacer sería jurídicamente imposible, y que solamente en derechos humanos esto es una posibilidad. Al contrario, sí es posible imponer una obligación de hacer a la Administración Pública, pero las únicas decisiones de organismos internacionales que podrán ser tutelados mediante una acción de protección serán las que emanen de organismos internacionales de derechos humanos.

Una lectura similar se le debe dar al Art. 207 del ERJAFE, que haciendo uso de buena técnica jurídica, establece claramente que las providencias de órganos judiciales que actúan con jurisdicción ordinaria –es decir la función judicial, a diferencia de tribunales arbitrales que actúan con jurisdicción convencional- que declaren la obligación de “pagar una suma de dinero o ejecutar una obligación de hacer o no hacer” deberán cumplirse en el plazo máximo de 30 días. De manera similar, lo que tenemos que entender de este artículo es que la posibilidad de imponerle a la Administración Pública una obligación de hacer sí existe, sólo que las providencias judiciales gozan de un grado de ejecutividad mayor, al imponer a la Administración Pública la obligación de cumplirlas en 30 días. Pero no debe entenderse que para las demás decisiones de órganos jurisdiccionales, que no acarrear la obligación de la Administración Pública de ser cumplidas en 30 días según este artículo, les esté prohibido dictar obligaciones de hacer para la Administración Pública.

Una vez más, se confirma que existe la posibilidad de que un órgano jurisdiccional le imponga una obligación de hacer a la Administración Pública, porque la parte medular del artículo, al igual que el Art. 93 de la Constitución del Ecuador, no es conceder de manera expresa y exclusiva a estos organismos jurisdiccionales la potestad de imponer obligaciones de hacer a la Administración Pública, sino otorgar a esas decisiones algún grado especial de protección o

ejecutividad. Entonces sostenemos que los organismos internacionales de derechos humanos y los órganos con jurisdicción ordinaria no son los únicos que pueden imponer estas obligaciones, pudiendo otros órganos jurisdiccionales también imponerlas, aunque sus decisiones no tengan este reconocimiento especial de ejecutividad bajo el ordenamiento.

Esta interpretación sería consistente con el Art. 39 de la LME que establece que “cualquier órgano jurisdiccional” –léase tribunal arbitral según los Arts. 3 y 5 CPC- puede declarar mediante sentencia ejecutoriada –sabemos que los laudos tienen efecto de sentencia ejecutoriada según el Art. 32 LAM- una obligación del Estado de pagar una “suma de dinero o cumplir determinado hecho o acto” y que dicha sentencia se cumplirá de conformidad con lo dispuesto en el CPC³⁰⁹. Encontraríamos más apoyo para extender estas interpretaciones a la jurisdicción convencional por el reconocimiento que el arbitraje tiene como mecanismo para la resolución de controversias en materia de contratación pública³¹⁰ mediante la decisión del tribunal arbitral³¹¹, en el caso ecuatoriano por ejemplo.

Con estos preceptos queda claro que sí existe la posibilidad jurídica de que un tribunal arbitral mediante laudo ejecutoriado imponga a la Administración Pública una obligación de hacer, en concreto, que le obligue al cumplimiento específico de un contrato que está incumpliendo de manera injustificada. Este postulado es consistente con el Art. 5 de la LOSNCP, que establece las reglas de interpretación para los procedimientos bajo la misma Ley y también para los contratos que de ella se deriven, a saber, “la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.” Entonces, siendo la debida ejecución de los contratos una base fundamental del espíritu de este importante cuerpo normativo, que un tribunal arbitral ordene a la Administración Pública al

³⁰⁹ Sobre los laudos además, según el Art. 32 de la LAM, una vez ejecutoriados, “las partes deberán cumplirlo de inmediato” y se ejecutarán “del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.”

³¹⁰ Art. 104 de la LOSNCP.

³¹¹ Art. 162 del Reglamento a la LOSNCP.

cumplimiento específico de un contrato administrativo que está incumpliendo injustificadamente, no es sino una aplicación acertada de la Ley al caso concreto.

Además, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana, en su Art. 18 establece que la reparación integral procurará que la persona titular del derecho violado goce y disfrute el derecho de la manera “más adecuada posible” y que “se reestablezca la situación anterior a la violación.” Además, la reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho y la compensación económica o patrimonial.³¹²

No podemos dejar de señalar las similitudes entre lo que establece este artículo y lo que establece la costumbre internacional sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Estas disposiciones servirían para demostrar a un tribunal que el remedio de restitución de un derecho contractual mediante el cumplimiento específico, para que éstos sean disfrutados de la manera más adecuada posible, ciertamente es un remedio que está disponible bajo el Derecho local de varios sistemas legales.

Las posturas que sostienen que la conducta de la Administración Pública no puede verse comprometida, limitando a los órganos jurisdiccionales como tribunales arbitrales a ordenar el pago de una indemnización por el incumplimiento contractual, sin que puedan ordenar a realizar obligaciones de hacer o no hacer, no sólo son contrarias a los preceptos que hemos analizado en esta sección, sino que también se van directamente en contra de lo que establece el Art. 9 de la LOSNCP. Éste artículo determina cuáles son los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, entre ellos, el numeral (2) que establece: “Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.” Siendo éste un objetivo prioritario del Estado en materia de contratación pública, la Administración Pública no podría en Derecho –ni en razón- negarse a cumplir una orden de un órgano jurisdiccional

³¹² Nótese la distinción tan clara que este artículo hace entre la restitución y la compensación económica, distinción que hemos venido sosteniendo a lo largo de la tesina, por los efectos que la misma puede tener en la reparación total.

que precisamente busque la ejecución plena del contrato que se está incumpliendo, mediante la aplicación efectiva de las cláusulas del mismo contrato.

4.5.2 Consideraciones de Derecho privado.

Además de todos los argumentos sobre las reglas generales de contratación en cuanto a la condición resolutoria tácita, y el derecho innegable del acreedor de exigir el cumplimiento específico más la indemnización de daños y perjuicios en Derecho privado, entendemos que la condición resolutoria tácita como institución del Código Civil traída al Derecho público merece algunas consideraciones.

Ahora bien, además de las razones que hemos dado de Derecho público para justificar que un órgano jurisdiccional ordene a la Administración Pública al cumplimiento específico de un contrato, en esta sección analizaremos algunas consideraciones que se tienen que hacer en cuanto a cómo las disposiciones del Código Civil pueden operar para justificar el cumplimiento específico en Derecho público.

En secciones anteriores de este trabajo se señalaron algunas circunstancias en las que las reglas de contratación privada del Derecho Civil ya se aplicaban al sistema de contratación pública bajo el Derecho administrativo, en este punto se analizará una más, por su relación tan cercana a la condición resolutoria tácita. El Art. 96 de la LOSNCP recoge las causas imputables a la entidad contratante por las cuales la contratista puede demandar la resolución del contrato, a saber, el numeral (1) es “por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días.” Esta es una aplicación innegable de una faceta de la condición resolutoria tácita de los Códigos Civiles mencionados, en concreto, la resolución por incumplimiento.

Ahora bien, este artículo (Art. 96 LOSNCP) trata únicamente del derecho que tiene la contratista para demandar la resolución del contrato, siendo ese precisamente su encabezado. Esto nos lleva a pensar qué pasaría si estuviéramos ante el escenario de que el encabezado del artículo fuera la causa para que surja el derecho para demandar la resolución del contrato. Es decir, que pasaría si es que

el encabezado de este artículo fuera: “Ante el incumplimiento injustificado del contrato, por un causa imputable a la entidad contratante, la contratista podrá:...” En este punto, podemos decir con bastante certeza que no hay razón jurídica por la cual uno de los numerales de este artículo hipotético sea: “Exigir el cumplimiento específico del contrato”, tomando en cuenta que una parte de la condición resolutoria tácita ya se está aplicando, y considerando que el análisis que se ha hecho de otros preceptos de Derecho público sobre el hecho de que las obligaciones contractuales siguen vigentes a pesar del incumplimiento y del poder que tienen los órganos jurisdiccionales para hacerlo.

Negar que la contratista pueda exigir el cumplimiento específico del contrato administrativo simplemente por que éste precepto en particular no recoge esa posibilidad, sería interpretar erróneamente la Ley. Hay que tomar en cuenta que a diferencia de la Administración Pública, que tiene una voluntad jurídica de Derecho público y está sometida en su totalidad al principio de legalidad, los sujetos de Derecho privado tienen la libertad para hacer todo lo que no esté prohibido por la Ley, incluyendo interponer las acciones con las pretensiones que consideren que mejor protegen sus intereses³¹³. El órgano jurisdiccional puede rechazar o admitir esas pretensiones por considerar que efectivamente tienen ese derecho, claro mientras el órgano jurisdiccional considere que tiene la potestad para conceder esa pretensión. Pero según lo expuesto en capítulos anteriores sobre los tribunales bajo el Convenio CIADI, esto último no debería ser un problema.

Para demostrar que no se debe interpretar el Art. 96 como que prohíbe a la contratista el exigir el cumplimiento específico simplemente por que no lo menciona de manera expresa, haremos una comparación entre los Arts. 95 y 96 de la LOSNCP, pero únicamente sobre el tema de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato. Al respecto, el Art. 95, que establece el

³¹³ Solo como referencia, el Art. 156.3 del ERJAFE sobre el contenido de la resolución y sobre que se deberá determinar los recursos que le quedan al interesado, “sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.”

procedimiento para que la Administración Pública termine el contrato de manera unilateral por incumplimiento de la contratista, establece en su sexto inciso “La entidad contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de daños y perjuicios, a que haya lugar.” El artículo se explica sólo, pero lo que sí señalamos es que la Ley le reconoce este derecho de manera expresa a la Administración Pública.

Si leemos el Art. 96 de la LOSNCP, en cambio, que recoge las causas por las cuales la contratista pueda demandar la resolución del contrato, es decir el caso contrario del Art. 95, una de esas causas es el incumplimiento por parte de la entidad contratante. Pero vemos que no hay en este artículo una sola disposición que le reconozca de manera expresa a la contratista el derecho a exigir la indemnización por daños y perjuicios, a que haya lugar.

¿Debemos entender por la redacción del artículo 96 de la LOSNCP que la Ley no le permite -o peor aun, que le prohíbe- a la contratista demandar la indemnización por daños y perjuicios? Es evidente que lo que se ha de entender de esto es que la Ley reconoce que no tiene que habilitar a la contratista para que ésta demande la indemnización por daños y perjuicios, mientras que por el carácter jurídico de la Administración Pública y su sometimiento total al principio de legalidad, sí le tiene que reconocer esta posibilidad. De manera que la contratista podrá demandar la indemnización por daños y perjuicios, a que haya lugar, por el incumplimiento de la Administración Pública, aunque el Art. 96 no se lo reconozca de manera expresa.

Entonces podemos decir que la contratista también podrá exigir el cumplimiento específico del contrato administrativo, aunque la ley no se lo reconozca de manera expresa porque esto simplemente no es necesario, pero reiteramos, también nos apoyamos en la aplicación análoga de instituciones de la contratación privada del Código Civil ecuatoriano que sí están presentes en la contratación pública, y también en el análisis que se ha hecho de la normativa de Derecho público aplicable, sobre la noción de que si hay derechos contractuales vigentes, estos no dejan de serlo por el incumplimiento de la Administración

Pública y en consecuencia ésta no puede rehuir su cumplimiento, y también en el poder que tienen los tribunales arbitrales, para ordenar al cumplimiento específico de un contrato.

Es difícil demostrar que una institución del Código Civil como la condición resolutoria tácita se aplica al Derecho público, sino se lo hace con algunas consideraciones del propio Derecho público que permitan esa aplicación.

Esperamos que hasta este punto la interacción entre las reglas de contratos privados bajo el Código Civil y las reglas de contratación pública se haya demostrado como una interacción que sí permite al contratista exigir a la Administración Pública el cumplimiento específico del contrato que está incumpliendo. Ahora vamos a ver un caso en el que un órgano jurisdiccional le ordenó a la Administración Pública al cumplimiento específico de un contrato. Con esto se buscará demostrar los lugares comunes del Derecho público y privado y cómo pueden operar para que la contratista exija el cumplimiento específico del contrato, sin que ello sea contrario a las características esenciales de los contratos públicos.

4.5.3 Tecco v. IEOS.³¹⁴

En este punto mencionamos una sentencia local que ha sido utilizada por los inversionistas en algunos casos CIADI contra el Estado ecuatoriano, para exigir el cumplimiento específico del contrato administrativo, bajo el Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano. La sentencia a la que se hace referencia es la de Tecco v. IEOS, de la Corte Suprema, de 25 de julio de 1983.³¹⁵

En esta sentencia, la Corte Suprema consideró que los artículos 1561 del Código Civil ecuatoriano, -que recoge el principio que los contratos son ley para las partes y que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo o por causas legales- y el Art. 1505 del mismo cuerpo normativo, -que impone la condición resolutoria tácita a todos los contratos bilaterales-, sí se aplican a los

³¹⁴ Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 3. Página 682. (Quito, 25 julio 1983)

³¹⁵ Por ejemplo, City Oriente Decisión sobre revocación de medidas provisionales, 13 de mayo de 2008.

contratos en que una de las partes es la Administración Pública, “y ello es así, toda vez que, el respeto a lo pactado constituye un principio aplicable a todo tipo de contratos, sean administrativos o no.”³¹⁶

En virtud de que todos los contratos bilaterales, sean públicos o privados contienen la condición resolutoria tácita, la Sala le obligó a la Administración Pública a que cumpla con el contrato que estaba incumpliendo, a pedido de la contratista,³¹⁷ pues esta no solicitó la resolución, sino el cumplimiento específico del contrato. Esta decisión está directamente relacionada con el propósito de este trabajo. Confirma una vez más, esta vez mediante la aplicación de una norma a un caso concreto, que sí es posible comprometer la conducta del Estado ecuatoriano al ordenarle al cumplimiento específico de un contrato mediante una obligación de hacer, bajo el Derecho local.

La Corte no sólo consideró argumentos de Derecho civil para resolver, pues al señalar que la decisión de declarar la “resciliación” del contrato se tomó sin contar en absoluto con la contratista, también resaltó el hecho de que no se enunció causa alguna que invalide el contrato, “ya que las que aparecen del proceso no pueden sostenerse con fundamento frente a la ley que rige la contratación pública [...]” En este trabajo se han esgrimido argumentos bajo sistemas de Derecho local, público y privado, y bajo el Derecho internacional para fundamentar la hipótesis de que un órgano jurisdiccional, como un tribunal arbitral, puede ordenar a la Administración Pública al cumplimiento específico de un contrato administrativo que está incumpliendo de manera injustificada.

Claro que, debido a que las clasificaciones de los contratos públicos según su naturaleza es tan inconsistente en la doctrina, no podríamos sostener con certeza que el contrato del caso *Tecco v. IEOS* era únicamente un contrato de obra pública, que como por medio de él no se delegaba al contratista la explotación de un servicio público o recurso natural, entiéndase esta delegación como el ejercicio

³¹⁶ cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. op. cit. p. 127-128.

³¹⁷ “[...] la presente causa tiene como objetivo básico el que se cumpla el contrato, supuesta su plena validez, y la violación en que ha incurrido el IEOS [...] el demandante a elegido la segunda de estas opciones, es decir que el IEOS cumpla con lo pactado.”

de una potestad administrativa que según algunas clasificaciones permitirían denominarlo como un contrato administrativo, era un contrato de la Administración y nada más³¹⁸. Además tendríamos que confirmar si se ejerció una potestad administrativa o no en dicho contrato después de estudiar las cláusulas del mismo, y todo esto sería sólo para determinar si el contrato encaja o no en lo que no deja de ser más que un sistema de clasificación doctrinario.

Cabe recordar la posición asumida en esta tesina en cuanto a la naturaleza de los contratos en que la Administración Pública es parte, y esa es que ningún contrato, llámese contrato administrativo o contrato de la Administración, se rige únicamente bajo el Derecho público, sino por el Derecho privado también, dependiendo de cada caso, y en una medida que no sea contraria a los principios y características esenciales de los contratos públicos, entre ellos encontramos la prevalencia del interés público. Entonces vale decir que el estudio de la normativa aplicable, y su interpretación acertada, informada por los principios del Derecho, nos pueden aportar más sobre cuál será el régimen que habrá de aplicarse a los contratos en los que la Administración Pública es parte, sin depender de clasificaciones doctrinarias apriorísticas. El Art. 60 de la LOSNCP de alguna manera refleja este pensamiento ya que dice que los contratos que celebra la Administración Pública son contratos administrativos.

Sí se espera, sin embargo, que para este punto, la obligatoriedad recíproca de los contratos bilaterales en los que la Administración Pública es parte, sean contratos administrativos o contratos de la Administración, haya quedado comprobada en Derecho público tanto como en Derecho privado. También se espera que haya quedado comprobado el derecho que tiene la contratista de exigir el cumplimiento del contrato que se está incumpliendo injustificadamente, sin que el ejercicio de este derecho signifique un atentado contra el interés público. Este derecho a exigir el cumplimiento del contrato estaría incorporado como uno de

³¹⁸ RUEDA GARCÍA, op. cit. p. 17-18. El autor sugiere que se podrían extrapolar algunas instituciones contractuales de una naciente *lex petrolea* a contratos de obra o de prestación de servicios públicos también, en el contexto de preservar la inversión mediante el cumplimiento específico.

los derechos contractuales de un contrato administrativo sinalagmático. No se puede negar que estos contratos generan derechos para los contratistas, y el cumplimiento de esos derechos no puede considerarse por sí sólo como que fuera contrario al interés público.

También se espera que haya quedado demostrado que, bajo Derecho local, los órganos jurisdiccionales tienen el poder de ordenar a la Administración Pública a una obligación de hacer como el cumplimiento específico de un contrato que está incumpliendo. Un tribunal internacional bajo el Convenio CIADI, mediante la aplicación del Derecho local, puede llegar a considerar que como órgano jurisdiccional que es, sí tiene el poder para ordenar a un Estado al cumplimiento específico de un contrato que está incumpliendo injustificadamente, aunque ya tiene ese poder bajo el Derecho internacional, pero esa consideración serviría para consolidar el derecho al cumplimiento específico como un remedio en Derecho local.

Entonces, que la Corte Suprema de Justicia del Ecuador le haya ordenado a la Administración Pública al cumplimiento específico de un contrato debe interpretarse como un fuerte indicador de que sí es posible comprometer la conducta de la Administración Pública mediante una obligación de que realice el cumplimiento específico de un contrato, independientemente de que en ese caso en particular el contrato haya sido un contrato administrativo o un contrato de la Administración. Esto porque en ambos casos, las obligaciones contractuales son vinculantes para la Administración Pública y si no ha ejercido una potestad estatal de manera legítima para incumplir el contrato y proteger el interés público, esas obligaciones siguen perfectamente vigentes, y el acreedor de las mismas tiene el derecho a exigir su cumplimiento específico, sin que la Administración Pública pueda oponerse a ello en razón de protección del interés público.

4.6 Conclusión del Capítulo IV.

Como conclusión de este capítulo hay que decir que las obligaciones de la Administración Pública bajo un contrato son de obligatorio cumplimiento, sin embargo de ello se puede justificar un incumplimiento en la protección de un

interés general pero sólo mediante el ejercicio de una potestad soberana de manera legítima, siguiendo el debido proceso e indemnizado a la contratista afectada. De no darse esto, la Administración Pública no puede rehuir sus obligaciones contractuales, incumpliendo el contrato sin justificación.

El incumplimiento injustificado del contrato por parte de la Administración Pública que está obrando al margen del Derecho, en virtud del principio de legalidad, carece de eficacia jurídica para modificar la obligación contractual y por lo tanto a pesar de su incumplimiento, la obligación permanece vigente en sus términos originales. Como tal, esa obligación tiene como corolario el derecho del acreedor de exigir que la misma se cumpla, porque no hay razón jurídica para que una obligación que era vinculante, únicamente por causa del incumplimiento de la Administración Pública, deje de gozar de ese carácter. Tampoco hay razón jurídica para sostener que la contratista ha perdido sus derechos contractuales por el incumplimiento de la Administración Pública.

Finalmente, como existe la posibilidad en el Derecho local de que un órgano jurisdiccional ordene a la Administración Pública al cumplimiento específico de una obligación contractual, sostenemos que sí es jurídicamente posible que un tribunal arbitral, mediante la aplicación del Derecho local y Derecho internacional, en ejercicio de su jurisdicción conferida bajo un TBI, le ordene a un Estado al cumplimiento específico de una obligación contractual. Claro, dado que dicho tribunal compruebe la existencia del derecho contractual y determine que ha habido un ejercicio ilícito de una potestad para incumplir un contrato, o un incumplimiento sin potestad alguna para hacerlo, por parte de la Administración Pública bajo Derecho local, e incluso podría encontrar un incumplimiento injustificado del contrato aplicando el Derecho internacional, en su función de Derecho complementario y corrector.

Conclusiones generales.

1. Como conclusión general podemos decir que sí existe el derecho al cumplimiento específico en el Derecho internacional de inversiones. Después de hacer una comparación sucinta de algunos sistemas de Derecho local, encontramos que este derecho puede tener cierta empatía en algunos sistemas locales.
2. El análisis que se ha realizado del derecho al cumplimiento específico como un remedio bajo el Derecho internacional busca proporcionar suficientes argumentos para justificar la existencia de este derecho en el contexto de relaciones contractuales y la potestad de tribunales internacionales de otorgarlo como remedio también.
3. Para decidir sobre la ley aplicable se debe considerar si es que el reclamo se ha presentado bajo el TBI o bajo el contrato, pero en los dos casos se podría aplicar el Derecho local y el Derecho internacional, sólo que el orden de aplicación o la interacción entre ellos puede ser diferente. El Derecho internacional en cualquier caso conservará su rol de fuente complementaria y correctora sobre el Derecho local, esto por la norma del Art. 42 del Convenio

CIADI, por la costumbre internacional y por la aplicación de los principios generales del Derecho bajo las reglas del Derecho internacional público.

4. Escoger cómo plantear el reclamo, ya sea bajo el TBI o sólo bajo el contrato, puede incidir en cuáles serán las reglas a aplicarse para la cuantificación de los daños y la compensación. Pongamos el ejemplo de que se reclama bajo el TBI, y se alega la expropiación de los derechos contractuales, y se consigue un laudo a favor del inversionista sobre expropiación de derechos contractuales. En este caso probablemente se cuantificaría la reparación bajo un modelo de valoración de propiedad expropiada³¹⁹, que por su naturaleza no permite presentar argumentación para el cumplimiento específico. Si se plantea un reclamo por violación de otro estándar de protección del TBI sí podría argumentarse y solicitarse el cumplimiento específico del contrato, como remedio del Derecho internacional.³²⁰

5. Si es que se hace un reclamo contractual se podría aplicar un modelo de compensación en el cual prácticamente no inciden consideraciones de carácter equitativo del Derecho internacional, sino principios más relacionados con el *caveat emptor* del Derecho local³²¹. Esto podría llevar al tribunal a buscar un modelo de compensación por incumplimiento contractual, dentro del Derecho local.³²²

6. Supongamos, por ejemplo, que un remedio local sea el del Art. 1489 del Código Civil chileno, el Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano, el Art. 1546 del Código Civil colombiano o el Art. 1204 Código Civil argentino, que confiere el derecho al cumplimiento específico más el derecho a la indemnización por daños y perjuicios a la parte cumplidora del contrato, y el tribunal aplique este remedio para la cuantificación de la reparación. Si es que hay dos derechos diferentes ante

³¹⁹ WÄLDE, op. cit. p. 34-35. El autor señala que de cualquier manera hay un riesgo de que el monto suba o baje, ya que por aplicación de Derecho internacional, se pueden involucrar principios generales y consideraciones de equidad como abuso de derecho y enriquecimiento injusto.

³²⁰ PARADELL, op. cit. p. 438-440. Ver explicación sobre el papel que tienen los contratos en el Derecho internacional, el tipo de obligaciones que emanan de los mismos y los remedios correspondientes.

³²¹ WÄLDE, op. cit. p. 34-35.

³²² *Ibidem*.

el incumplimiento del contrato como remedios en Derecho local (exigir el cumplimiento específico más indemnización por daños y perjuicios), cada uno de esos derechos podría ser valorado por separado, y eso se podría ver reflejado en la reparación total que finalmente se llegue a otorgar, de ser el caso.

7. La existencia del derecho al cumplimiento específico quedó demostrada en Derecho internacional y se la expuso brevemente comparando distintos sistemas de Derecho local, y por el valor jurídico y económico que tienen los derechos contractuales, este derecho debe considerarse aparte del derecho que tiene cualquier persona de que se le indemnice por los daños y perjuicios que ha sufrido sin tener la obligación jurídica de soportarlo. Existe un deber general de indemnizar al agraviado como consecuencia de un hecho ilícito de manera que todas las circunstancias perniciosas de dicho hecho ilícito desaparezcan. Este deber se apoya en el principio de *alterum non laedere*, imperante en el Derecho internacional³²³ y en varios sistemas de Derecho local³²⁴, y que existe independientemente de que exista una relación contractual.

8. Hay la posibilidad de que un Estado decida no cumplir las obligaciones contenidas en un laudo, peor si son obligaciones no pecuniarias como el cumplimiento específico de contratos con relevancia política³²⁵. Pero anticipando esto, el tribunal tendrá que incorporar una obligación pecuniaria que remplace la obligación de realizar el cumplimiento específico del contrato, como una suerte de valoración de lo que el derecho al cumplimiento específico debidamente ejecutado le conferiría al inversionista agraviado, como una liquidación anticipada de los daños que generaría el incumplimiento de ésta obligación no pecuniaria.

9. Este procedimiento es necesario para la ejecución del laudo por que los laudos bajo el Convenio CIADI son finales y sólo los que contienen una obligación pecuniaria pueden ser ejecutados bajo el Art. 54(1). Esta liquidación

³²³ cf. CHENG, op. cit. p. 233-240.

³²⁴ Ver Art. 1902 del CC español, los Arts. 1077 y 1109 del CC argentino, el Art. 2214 del CC ecuatoriano.

³²⁵ Schreuer, Commentary art. 54(c) para. 72. El autor menciona algunas de las posibles obligaciones no pecuniarias que se podrían imponer a un estado, entre estas, la de que desista de imponer impuestos irracionales.

anticipada de los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación de cumplimiento específico deberá tomar en consideración todo lo que el inversionista está perdiendo por la no ejecución del contrato, ya que por su naturaleza, esa liquidación anticipada debe remplazar a la ejecución misma del contrato. Solo por poner un ejemplo, en este rubro se pueden entender incluidos todos los intangibles que acompañan una operación bajo un contrato de concesión de explotación de recursos naturales.

10. Finalmente, deseamos expresar nuestra convicción de que los contratos válidamente celebrados deben ser respetados, y nuestra inclinación a buscar el mantenimiento y la debida ejecución de las relaciones contractuales en virtud del principio del *pacta sunt servanda* y de manera general, del principio de la buena fe.³²⁶

³²⁶ “*Pacta sunt servanda*, now an indisputable rule of international law, is but an expression of the principle of good faith which above all signifies the keeping of the faith, the pledged faith of nations as well as that of individuals. Without this rule, ‘International law as well as civil law would be a mere mockery.’” Citando el caso *The Rudoff Case* (1903) Ven.-U.S. M.C.C. en CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. 1 ed. 4ta reimpression. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 113.

BIBLIOGRAFÍA.

ABDALA, Manuel A., Pablo T. SPILLER, and Sebastian ZUCCON. *Chorzów's Compensation Standard as Applied in ADC v. Hungary*. Vers. vol. 4 issue #3. junio 2007. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009).

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. *Derecho Civil Teoría de las Obligaciones*. Colombia.

BISHOP, Doak, James CRAWFORD, and Michael REISMAN. *Foreign Investment Disputes*. 1st edition. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

CARON, David D. "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority." *UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. 1era edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. 1 ed. 4ta reimpression. New York: Cambridge University Press, 2006.

COMADIRA, Julio R. *Derecho administrativo*. 2da ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

CRAWFORD, James. "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries." *Yearbook of the International Law Commission*, 2001.

DI PIETRO, Domenico. "Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of AMCO v. Indonesia." In *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law.*, edited by Todd WEILER, 850. London: Cameron May International Law and Policy, 2005.

DOLZER, Rudolf, and Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: University Press, 2007.

ENDICOTT, Martin. "Non Pecuniary Remedies: The Impact of ARISWA in Investor-State Arbitration." Vers. vol. 4 issue # 4. *Transnational Dispute Management*. julio 2007. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, and Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Octava edición. Vol. I. II vols. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

HOBBER, Kaj. "State Responsibility and Investment Arbitration." *Transnational Dispute Management*. Noviembre Issue #5, 2005. www.transnational-dispute-management.com (accessed septiembre 13, 2009).

KEGEL, Gerhard. *Derecho internacional privado*. 4^{ta} ed. reelaborada. Traducción de Miguel Betancourt Rey. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1982.

LASARTE ALVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho Civil Derecho de Obligaciones*. 6th Edition. Vol. II. Madrid: Editorial Trivium, 2000.

McLACHLAN, Campbell, Lawrence SHORE, and Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration Substantive Principles*. 1era edición. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MORELLO, Augusto M. *Indemnización del daño contractual*. 3rd Edition. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

NEWCOMBE, Andrew, and Lluís PARADELL. *Law and Practice of Investment Treaties*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

OLLESON, Simon. "The Impact of ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts." *British Institute of International and Comparative Law*, 297.

PÉREZ, Efraín. *Derecho Administrativo*. 3rd Edition. Vol. II. II vols. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

PETIT, Eugène. *Tratado elemental de Derecho Romano*. 1st, reimpresión. Translated by José Ferrández González. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999.

RODRIGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. 1era ed. Bogotá: Editorial TEMIS, 2009.

RUBINS, Noah, and Stephan KINSELLA. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution A Practitioner's Guide*. Oxford: Oceana Publications, 2005.

RUEDA GARCÍA, José Ángel. "Provisional Measures in Investment Arbitration: Recent Experiences in Oil Arbitrations Against The Republic of Ecuador." *Transnational Dispute Management*. Julio 2008. www.transnational-dispute-management.com (accessed Enero 8, 2008).

SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de servicios públicos*. 2nd Edition. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

SCHREUER, Christoph. "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration." *Arbitration International* 20: 4.

SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press 12 ed., 2001.

SCOLES, Eugene F., and Peter HAY. *Conflict of Laws*. Champaign, Illinois: West Publishing Co., 1984.

SPIERMANN, Ole. *Applicable Law*. Vers. vol. 2- issue 5. noviembre 2005. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009).

VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Edited by Professor Vaughan Lowe. Oxford: Oxford University Press, 2007.

WÄLDE, Thomas. "Remedies and Compensation in International Investment Law." *Transnational Dispute Management*. noviembre 2005. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009).

WÄLDE, Thomas, and Borzu SABAHI. "Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law." *Transnational Dispute Management*. noviembre 2007. www.transnational-dispute-management.com (accessed enero 10, 2009).