

**Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO  
MENCION CONTRATACIÓN PÚBLICA Y  
MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

**Título:**

**SEGURIDAD JURÍDICA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA  
GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, SUSCRITO ENTRE EL CONSEJO  
NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CONELEC - Y LA COMPAÑÍA  
MACHALAPOWÉR CÍA. LTD.**

**Autor: Esteban Andrés Chávez Peñaherrera**

**Quito, 2008**

**Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.**

**Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.**

**Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.**

**Esteban Andrés Chávez Peñaherrera**

**Septiembre de 2008**

**Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO  
MENCION CONTRATACIÓN PÚBLICA Y  
MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

**Título:**

**SEGURIDAD JURÍDICA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA  
GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, SUSCRITO ENTRE EL CONSEJO  
NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CONELEC - Y LA COMPAÑÍA  
MACHALAPOWÉR CÍA. LTD.**

**Autor: Esteban Andrés Chávez Peñaherrera**

**Quito, 2008**

## **RESUMEN:**

La presente investigación contiene el análisis jurídico de: servicio público; servicio público de energía eléctrica; seguridad jurídica; inseguridad jurídica; concesión; contrato de concesión.

Se realiza un estudio del Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower, a fin de verificar si existe o está estipulado la figura de seguridad jurídica, así como también las estipulaciones contractuales que permitan reestablecer la ruptura del equilibrio económico, en caso de presentarse.

De igual manera se realiza un análisis comparativo entre la Constitución vigente de 1998 y el Proyecto de Constitución que se somete a referéndum el 28 de septiembre de 2008 sobre el servicio público y seguridad jurídica

**AGRADECIMIENTO:**

A mi esposa Kirina y a mis hijos Ariana y Julián,  
por su paciencia y tiempo que me permitió dedicar al desarrollo de esta  
investigación

**SEGURIDAD JURÍDICA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA  
GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, SUSCRITO ENTRE EL CONSEJO  
NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CONELEC - Y LA COMPAÑÍA  
MACHALAPOWERS CIA. LTD.**

INTRODUCCIÓN.....9

**CAPÍTULO I**

**ENFOQUE CONCEPTUAL**

1.- El servicio público de fuerza eléctrica en el Ecuador.....11

    1.1.- Características del servicio público de fuerza eléctrica.....11

    1.2.- Gestión Pública.....20

    1.3.- Gestión Privada.....21

    1.4.- Facultad del Estado para regular el servicio público de fuerza  
    eléctrica.....22

        1.4.1.- Del Poder Legislativo.....23

        1.4.2.- Del Poder Ejecutivo.....24

        1.4.3.- Del Tribunal Constitucional.....24

            1.4.3.1.- Resoluciones sobre Seguridad Jurídica.....26

        1.4.4.- Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC., Organismo  
        de Regulación y Supervisión y Control del servicio público  
        de fuerza eléctrica.....28

            1.4.4.1.- Naturaleza Jurídica.....28

            1.4.4.2.- Principales funciones y facultades del CONELEC

                1.4.4.2.1.- Regulación.....29

                1.4.4.2.2.- Supervisión y Control.....31

                1.4.4.2.3.- Concesiones.....31

                1.4.4.2.4.- Fijación de Tarifas.....32

        1.4.5.- La concesión de la actividad de generación de energía  
        eléctrica.....34

            1.4.5.1.- Régimen Jurídico.....34

1.4.5.2.- El Contrato de Concesión.....	35
1.4.5.2.1.- Naturaleza jurídica.....	35
1.4.5.2.2.- Finalidad.....	36
2.- Seguridad Jurídica del Contrato de Concesión en el Ecuador.....	37
2.1.- Principios Constitucionales.....	37
2.1.1.- La seguridad jurídica como derecho fundamental.....	37
2.1.2.- La seguridad jurídica como principio del Derecho.....	40
2.2.- Concepto de seguridad jurídica.....	41
2.3.- Concepto de inseguridad jurídica.....	43
2.4.- Seguridad Jurídica y Justicia.....	44
2.5.- Seguridad Jurídica y las inversiones nacionales y extranjeras en la actividad de generación de energía eléctrica.....	46
2.6.- Efectos de la Seguridad Jurídica.....	48
2.6.1.- Efectos positivos.....	48
2.6.2.- Efectos negativos.....	49

## **CAPÍTULO II**

### **CONTRATO DE CONCESIÓN SUSCRITO ENTRE EL CONELEC Y LA COMPAÑÍA MACHALAPOWERS CIA. LTD.**

1.- Aspectos generales del Contrato de Concesión CONELEC MACHALAPOWERS Cia. Ltd.....	51
1.1.- Antecedentes.....	51
1.2.- Contratos Modificatorios suscritos entre CONELEC y MachalaPower Cia. Ltd.....	53
2.- La seguridad jurídica y las estipulaciones constantes en el Contrato de Concesión de Generación de Energía Eléctrica, suscrito entre CONELEC y MachalaPower Cia. Ltd.....	55
2.1.- Análisis jurídico de la “Cláusula Séptima: Plazo y vigencia de la Concesión.”.....	55

2.2.- Análisis jurídico de la “Cláusula Vigésimo Segunda: Solución de Controversias.”.....	59
2.2.- Análisis jurídico de la “Cláusula Vigésimo Tercera: Principios a emplearse para ajustar los resultados de la operación del Concesionario debido a eventuales cambios en la legislación.”....	70
2.3.- Análisis jurídico de la “Cláusula Vigésimo Cuarta: Declaraciones e Inmunidades del Concedente.”.....	73
2.4.- Análisis jurídico de la “Cláusula Trigésima Primera: Disposiciones Varias.”.....	77
3.- Análisis de la normativa jurídica y su incidencia en la seguridad jurídica del Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y Macha Power Cia. Ltda.....	82
3.1.- TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de noviembre de 2005.....	82
3.2.- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.....	84
3.3.- Artículos 23, numeral 26; 244, numeral 4; y, 249 de la Constitución Política de la República.....	87
3.4.- Artículo 7, numeral 18 de la Codificación del Código Civil.....	88
3.5.- Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones.....	89



### **CAPÍTULO III**

#### **EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN EN EL ECUADOR**

1.- ¿En qué consiste el equilibrio económico?.....	93
1.1.- Cláusula denominada “Rebus sic stantibus” “Estando así las cosas”.....	94
2.- Causas de ruptura del equilibrio económico:.....	96
2.1.- El hecho del príncipe.....	96
2.1.1.- Aplicación nueva legislación y regulaciones posteriores a la firma de los contratos.....	97
2.1.2.- Fijación de tarifas del servicio público de fuerza eléctrica..	98
2.2.- Teoría de la Imprevisión.....	101
2.2.1.- Por parte del Estado.....	102
2.2.2.- Por parte del Concesionario.....	104
2.3.- Eventos de fuerza mayor o caso fortuito.....	105
3.- Restablecimiento del equilibrio del Contrato de Concesión.....	106
3.1.- Compensación económica.....	107
3.2.- Incremento del plazo.....	110
3.3.- Incremento de la tarifa.....	111
3.4.- Otros.....	112

### **CAPÍTULO IV**

#### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1.- Conclusiones.....	116
2.- Recomendaciones.....	122

**ANEXO.-** Contrato de Concesión suscrito entre CONELEC y MachalaPower el  
15 de octubre de 2001.

## INTRODUCCIÓN

La Seguridad Jurídica y la figura de la Concesión, son dos grandes temas jurídicos de trascendental importancia, vinculados con el desarrollo de un país. El primero se relaciona con el grado de percepción o apreciación que tiene un individuo o una sociedad sobre el Estado, que hace que sea atractivo o no; y, el segundo que tiene que ver con la facultad que tiene un Estado para delegar por cuenta y riesgo de la iniciativa privada el diseño, financiamiento, construcción y operación de un servicio público, en este caso de energía eléctrica, cuya obligación y responsabilidad le corresponde al Estado.

Una vez analizados los referidos temas, corresponde efectuar una investigación en un caso concreto como es el Contrato de Concesión suscrito entre el Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC y la compañía MachalaPower, suscrito el 15 de octubre de 2001, con el objeto de conocer si existe o está estipulado cláusulas relacionadas con la seguridad jurídica.

La presente investigación contiene cuatro Capítulos: el Primero que hace referencia al enfoque conceptual de servicio público, seguridad jurídica, contrato de concesión, organismos del sector público que pueden o tiene facultad constitucional y legal para regular en forma directa o indirecta al sector eléctrico; el Segundo con el análisis de la seguridad jurídica del Contrato de Concesión así como también con el estudio de la normativa jurídica que lleva implícito un contrato de concesión; el Tercero que se relaciona con el equilibrio económico, derechos y obligaciones que deben preservar y velar las partes; y, el Cuarto conclusiones y recomendaciones.

Considero a la seguridad jurídica como una carta de presentación que tiene una nación, es decir está íntimamente vinculada con las palabras certeza,

respeto, confianza, garantía, convicción, buena fe y sustentada en un estado derecho con valores éticos, morales y de educación de sus ciudadanos.

La figura jurídica de la concesión, que consiste en la delegación que realiza el Estado a empresas privadas, a más de facilitar su obligación y responsabilidad de proveer a sus ciudadanos servicios públicos de óptima calidad, genera desarrollo, empleo, e intercambio tecnológico.

Un contrato en general, que de acuerdo con la legislación ecuatoriana es ley para los contratantes, debe precautelar y salvaguardar los intereses de las partes, en el caso de una concesión el del concedente - Estado y el concesionario - empresa privada, tratando en todo momento de mantener el equilibrio contractual que permita que se ejecute o en el peor de los casos, se repare el daño causado a una de las partes, aplicando en forma certera las cláusulas del Contrato.

Se ha considera oportuno efectuar un análisis comparativo de la figura del servicio público entre la Constitución vigente de 1998 y el Proyecto de Constitución que se somete a referéndum el 28 de septiembre de 2008, con el objeto de verificar las semejanzas, diferencias y principalmente conocer el futuro de la concesión.

La presente investigación se sustenta y fundamenta en la normativa jurídica vigente en el Ecuador, en doctrina nacional e internacional y en varias entrevistas sostenidas a representantes de la Compañía MachalaPower Cia. Ltd. como Concesionario así como también a varios funcionarios del Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC como ente Concedente.

# CAPÍTULO I

## ENFOQUE CONCEPTUAL

### 1.- El servicio público de fuerza eléctrica en el Ecuador.

#### 1.1.- Características del servicio público de fuerza eléctrica.

Considero necesario indicar que se entiende por “servicio público”.

“Servicio Público es la actividad administrativa, indispensable para la vida social, de prestación al público, asumida en exclusividad por el Estado, bajo un régimen jurídico público, cuyos caracteres son la regularidad, continuidad, obligatoriedad, mutabilidad e igualdad.”<sup>1</sup>

“Concepto capital del Derecho Político y del Administrativo es este del servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la Administración pública.”<sup>2</sup>

Cassagne expresa que el “servicio público consiste en una prestación obligatoria y concreta, de naturaleza económico-social, que satisface una actividad básica y concreta del habitante.”<sup>3</sup>

Para Ismael Mata el servicio público es una “modalidad de regulación estatal de una actividad o, en otras palabras, un régimen de carácter potestativo que disciplina un cometido de prestación, sea que lo realice la administración o los particulares”<sup>4</sup>

"Entendemos por Servicios Públicos, las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados por Constitución o por

---

<sup>1</sup> Urrutigoity, Javier , *Los servicios Públicos- Régimen Jurídico Actual*, Bs. As., ed. Depalma, 1994

<sup>2</sup> Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 2006.

<sup>3</sup> Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994.

ley, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, bien en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal con sujeción a un régimen de Derecho Público o Privado, según corresponda".<sup>5</sup>

En términos generales, los principales servicios públicos que incluso señala la Constitución Política de la República son: agua potable, alcantarillado, riego, electricidad, telecomunicaciones, vialidad y facilidades portuarias, que deben ser satisfechos por el Estado, entendiéndose a este como una sociedad políticamente organizada cuya finalidad primordial es la consecución del "bien común" o del "buen vivir". Dichos servicios se deberán prestar de forma continua y regular; y a su vez el usuario debe pagar una tarifa por ellos.

El servicio público puede ser prestado directamente por el sector público o por delegación por el sector privado por una de las formas de delegación siempre con la finalidad de prestar, cubrir y brindar de forma regular y continua las necesidades básicas comunes o generales de los habitantes.

En el proyecto de Constitución a ser aprobado por el pueblo del Ecuador en referéndum, consta el servicio público dentro del Capítulo III "Garantías Constitucionales", cuyo artículo 85 señala que la prestación tiene como objetivo básico y fundamental hacer efectivo el bien común o el buen vivir, basado en el principio de solidaridad. El Estado garantiza la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la prestación de servicios públicos. Por su parte el Título VI "Régimen de Desarrollo", Capítulo Quinto, "Sectores estratégicos, servicios y empresas pública" artículos 313 al 318 trata sobre los Sectores Estratégicos,

---

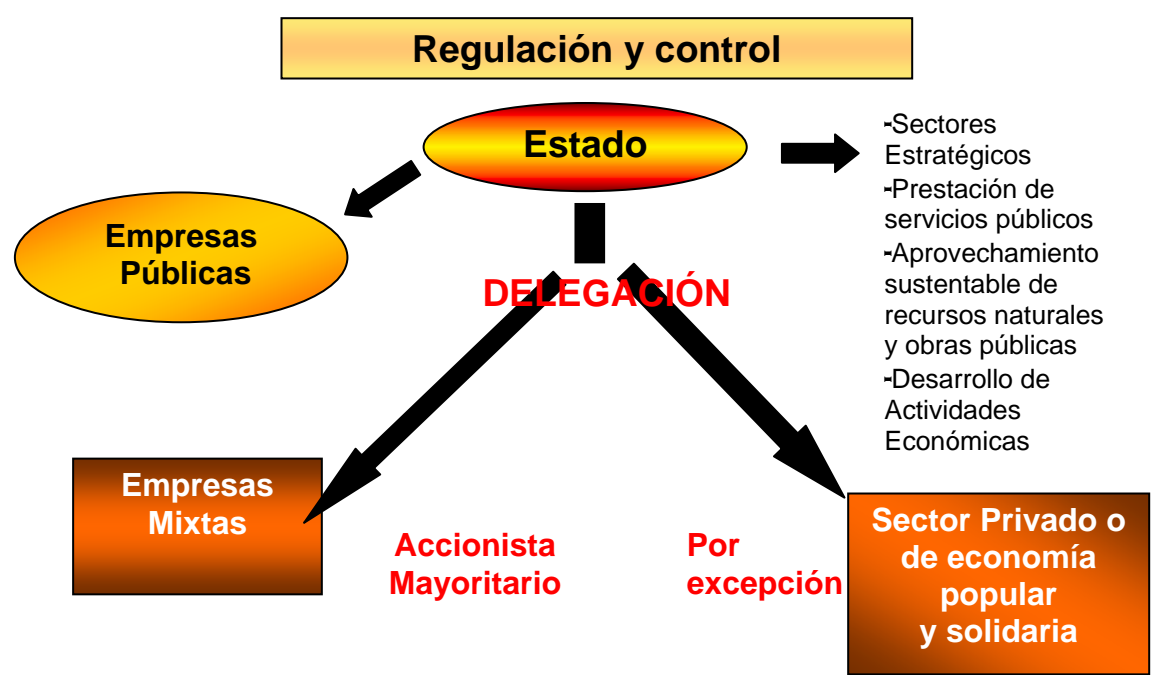
<sup>4</sup> Mata, Ismael, *Noción actual del servicio público, Jornadas Jurídicas sobre el Servicio Público de la Electricidad*, Buenos Aires, 1995.

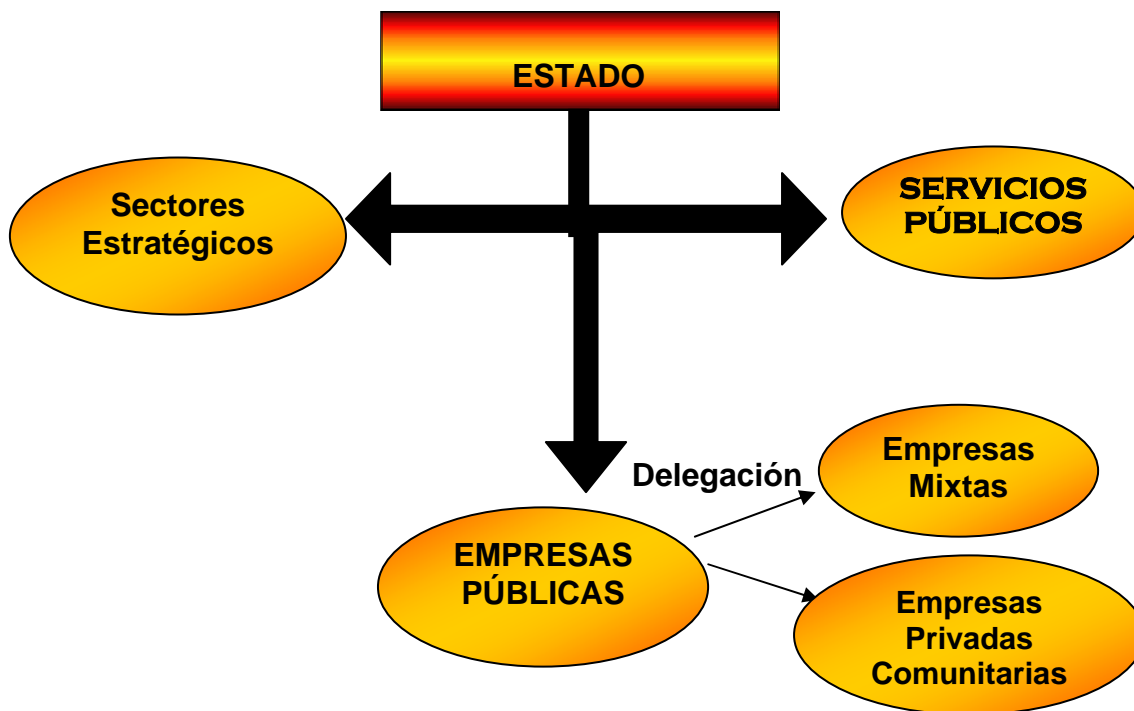
<sup>5</sup> CAICEDO C., Luís A., *Derecho Administrativo*, 11ª Edición. Caracas, Venezuela, 2001.

Servicios y Empresas Públicas.

En resumen el proyecto de Constitución trata a los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas de la siguiente manera:







Existen algunas semejanzas y diferencias entre la Constitución de la República de 1998 y el proyecto de Constitución que se aprobará en Referéndum:

No hay duda que las dos Constituciones tratan de garantizar al ciudadano o al usuario del servicio público el bien común o el buen vivir.

Las dos Constituciones señalan que los precios o tarifas que debe pagar los usuarios por los servicios públicos deben ser equitativos.

Las dos Constituciones señalan como responsable de la regulación y control al Estado.

La Constitución de 1998, lo trata al servicio público dentro de los derechos civiles; el proyecto de Constitución dentro de las garantías constitucionales.

Los artículos 249 de la Constitución de 1998 y 314 del proyecto de Constitución, enumeran cuales son los servicios públicos con cambios muy



pequeños como por ejemplo “fuerza eléctrica” por “energía eléctrica”; “facilidades portuarias” por “infraestructuras portuarias”.

La Constitución de 1998, no se refiere a los recursos estratégicos como si lo hace el proyecto de Constitución que indica que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos.

Las dos Constituciones señalan que es responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos en condiciones de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad. Adicionalmente, el proyecto de Constitución señala que lo realizará atendiendo el principio de regularidad.

El proyecto de Constitución señala que el Estado, constituirá empresas públicas para la prestación de los servicios públicos, cuya regulación y control lo realizarán los organismos pertinentes de acuerdo con la ley. Las empresas públicas funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica y administrativa; deben funcionar con altos índices de gestión. Para el caso del sector eléctrico, en la actualidad, el Estado ha delegado al sector privado, especialmente a través de la figura de la Concesión.

Si bien en la Constitución de 1998 y en el proyecto de Constitución, el Estado puede delegar a empresas mixtas el servicio público, en el referido proyecto el Estado debe tener mayoría de acciones.

Para el caso del proyecto de Constitución, la delegación del Estado al sector privado es por excepción, situación que no acontece con la Constitución de 1998.

Es necesario destacar que el proyecto de Constitución pone mucho énfasis y en forma reiterada, sobre aspectos de protección al ambiente, situación por ejemplo que no consta en el artículo 249 de la Constitución de 1998.

El servicio público tiene a su haber características fundamentales detalladas a continuación y que se derivan de los principios constitucionales y de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico:

Todo servicio público debe ser ejecutado con criterios técnicos gerenciales considerando como básico las funciones del proceso administrativo que son: planificación, coordinación, dirección, control y evaluación en su percepción orgánica y en sentido material y operativo, tomando necesariamente en cuenta el criterio de los beneficiarios o usuarios del servicio público que lo reciben.

La **continuidad** es el principio más importante, ya que sin su existencia es como que el servicio no se lo tiene. Este principio requiere que el servicio público se preste de manera oportuna atendiendo a la demanda cuando se presenta o requiera. Existen servicios que por la necesidad colectiva no pueden ser interrumpidos tales como la provisión de agua potable y electricidad entre otros.

La **regularidad** establece que el servicio público se preste conforme a reglas o a normas preestablecidas por el Estado a través de un organismo regulador. El Estado a través de la Constitución y normas de menor jerarquía, debe garantizar el control y la regulación de los servicios públicos.

El principio de **igualdad**, entendiéndose que quienes tengan a su cargo dichos servicios, deben entregar a las personas en igualdad de condiciones y que se encuentre en una misma situación de derecho. Dicho en otras palabras, la

igualdad de trato para los usuarios sin excepciones.

Los servicios públicos deben satisfacer las necesidades tanto actuales como aquellas que la población va necesitando, es decir, necesidades nuevas. Por lo tanto, los servicios públicos deben tener el carácter de **mutables** que supone el poder cambiar las condiciones de intervención del servicio en base de nuevas necesidades de interés general.

La **generalidad o universalidad** del servicio público establece que éste puede ser exigido y usado por toda persona, sin exclusión alguna; siempre y cuando se trate de la satisfacción de una necesidad colectiva o general, es decir, de interés comunitario. El Estado o el concesionario (particular autorizado) tiene la obligación jurídica de prestar dicho servicio público conforme a la necesidad y naturaleza implícita en todo servicio público.

El servicio público por su naturaleza tiene el carácter de **obligatorio** de prestación por parte del Estado y el usuario tiene por su parte el derecho subjetivo a exigirlo; mas no a usarlo si no lo desea; exceptuando el uso del agua por temas de sanidad.

El servicio público tiene el carácter de **indemnizatorio**. De acuerdo a la Constitución tanto el Estado como sus delegatorios en sus diversas formas, están obligados a indemnizar a particulares en caso de una prestación deficiente del servicio público.

Una vez analizado lo que es el servicio público debo examinar lo que se entiende por “fuerza eléctrica”.

Este concepto de “fuerza eléctrica” consta en el artículo 249 de la Constitución Política de la República que se encuentra vigente, que bajo mi criterio y una

vez realizado el análisis respectivo de legislaciones de varios países, simplemente se refiere al servicio público de energía eléctrica.

El servicio de “energía eléctrica”, comprende tres fases que son: 1) La actividad de generación; 2) Transmisión; y, 3) Distribución y comercialización.

Generación: “Conversión de diversas formas de energía en electricidad usando tecnología y equipos adecuados. Se mide en Kilovatios Hora (KWh)”<sup>6</sup>

Transmisor: “Empresa titular de la concesión para la prestación del servicio de transmisión y la transformación de la tensión vinculada a la misma, desde el punto de entrega por un generador o un autoproducer, hasta el punto de recepción por un distribuidor o un gran consumidor.”<sup>7</sup>

Distribución: “Sistema constituido por el conjunto de líneas, cables y subestaciones transformadoras.”<sup>8</sup>

Distribuidor: “Empresa eléctrica titular de una concesión que asume, dentro de su área de concesión, la obligación de prestar el servicio público de suministro de electricidad a los consumidores finales.”<sup>9</sup>

Comercialización: “Actividad que forma parte de las obligaciones del distribuidor, dirigida a la venta de energía eléctrica a los consumidores y que consiste en la medición del consumo, facturación, cobranza y demás aspectos relacionados con la utilización de la energía eléctrica.”<sup>10</sup>

De acuerdo con la Ley de Régimen del Sector Eléctrica, vigente desde 1996, la

---

<sup>6</sup> Comisión Andina de Juristas, *Servicios Públicos Privatización, regulación y protección del usuario en Bolivia, Ecuador y Venezuela*, Lima, 2001.

<sup>7</sup> Comisión Andina de Juristas, *Servicios Públicos Privatización, regulación y protección del usuario en Bolivia, Ecuador y Venezuela*, Lima, 2001.

<sup>8</sup> <http://www.panoramaenergetico.com/electrico.htm>

<sup>9</sup> Comisión Andina de Juristas, *Servicios Públicos Privatización, regulación y protección del usuario en Bolivia, Ecuador y Venezuela*, Lima, 2001.

<sup>10</sup> Comisión Andina de Juristas, *Servicios Públicos Privatización, regulación y protección del usuario en Bolivia, Ecuador y Venezuela*, Lima, 2001.

actividad de generación se desarrolla bajo un régimen de competencia, mientras que el servicio de transmisión; y, de distribución y comercialización de energía eléctrica por sus características naturales, se lo realiza como monopolio del Estado.

En definitiva es el Estado el que tiene la obligación de proveer a todos los usuarios o ciudadanos del país, independientemente de su condición social, económica y ubicación geográfica en la que se encuentre, el servicio público de energía eléctrica y debe efectuarlo de manera continua, segura y eficiente, para lo cual el usuario, deberá pagar una tarifa justa que cubra los costos que se requiere para producir electricidad.

### **1.2.- Gestión Pública.**

Entiéndase como tal a la posibilidad real y cierta que tiene el Estado para desarrollar o ejecutar programas y proyectos que le permitan proveer el servicio público de energía eléctrica a la colectividad. En forma clara y expresa el artículo 249 preceptúa que el Estado “Podrá prestarlos directamente”.

Conforme a la normativa jurídica vigente, el Estado presta el servicio de energía eléctrica, a través de una figura poco ortodoxa, es decir mediante sociedades anónimas, que son en definitiva personas jurídicas de derecho privado.

Para el caso eléctrico, esta figura poco ortodoxa se debió, en primer lugar, a la Ley de Modernización del Estado, que tenía como objetivo “modernizarlas” mediante la venta de acciones de las sociedades anónimas que se conformaron al sector privado, situación que nunca ocurrió. Posteriormente el capítulo relacionado al sector eléctrico que constaba en la Ley de

Modernización del Estado se lo derogó en virtud de la expedición de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

Debo señalar que en la actualidad por ejemplo, la compañía Hidropaute S.A., la mayor empresa de generación hidroeléctrica del país, cuyo capital total pertenece al Fondo de Solidaridad, ejecuta directamente dos grandes proyectos hidroeléctricos denominados Mazar y Sopladora.

El servicio de transmisión lo presta a través de la empresa Transelectric S.A., es decir una persona jurídica de derecho privado, cuyo único accionista de igual manera es un ente público como es el Fondo de Solidaridad.

La distribución y comercialización de energía eléctrica, lo prestan 19 sociedades anónimas, cuyos accionistas son el Fondo de Solidaridad, organismos seccionales (municipios y consejos provinciales), cámaras de la producción e incluso particulares. Para el caso de la ciudad de Guayaquil, el servicio lo presta la Corporación para la Administración Temporal Eléctrica de Guayaquil, CATEG.

Sin embargo de lo que dispone la Constitución Política de la República, la figura de la empresa pública para la prestación del servicio público de energía eléctrica no existe.

### **1.3.- Gestión Privada.**

Se refiere a la participación e intervención que tiene la empresa privada en una actividad que es de responsabilidad exclusiva del Estado, o dicho en otros términos de la posibilidad de la participación del capital privado por parte de inversionistas nacionales o extranjeros, en el sector eléctrico.

El artículo 249 de la Constitución Política de la República, señala que el sector privado puede proveer los servicios públicos en general por delegación del Estado, mediante concesión, asociación, capitalización traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual de acuerdo con la Ley.

En el sector eléctrico ecuatoriano, si bien el Estado puede delegar al sector privado mediante la figura de la concesión las tres fases que se requieren para producir energía eléctrica, en la práctica el Estado únicamente ha delegado al sector privado, es decir al capital privado, lo relacionado con la actividad de generación de energía eléctrica, a través de la figura del contrato de Concesión (51 MW y más) y del contrato de Permiso (1 a 50 MW), cuando el particular cumplió con los requisitos que señala la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, el Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y el Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica.

Finalmente es necesario indicar que la invocada Ley dispone en forma categórica que los **generadores** explotarán sus empresas privadas por **su propia cuenta asumiendo los riesgos comerciales inherentes a tal explotación, bajo los principios de transparencia, libre competencia y eficiencia.**

#### **1.4.- Facultad del Estado para regular el servicio público de fuerza eléctrica.**

La Constitución Política del Ecuador, establece como obligación del estado vigilar que las actividades económicas, entre otras la prestación del servicio público de energía eléctrica, cumplan con la ley para lo cual debe regular y controlar en defensa del bien común.

Sin embargo, debo señalar que la misma Carta Magna preceptúa que las condiciones contractuales acordadas, es decir para el caso eléctrico de un Contrato de Concesión o de un Contrato de Permiso, las estipulaciones no pueden modificarse unilateralmente en este caso por parte del Estado mediante la expedición de leyes u otras disposiciones como serían reglamentos, regulaciones, instructivos, etc.

El estado tiene la facultad y obligación de regular el servicio público de energía eléctrica, vigilando que se cumpla con los principios básicos de universalidad, eficiencia, responsabilidad, continuidad, calidad y accesibilidad y lo que es más importante, fijando tarifas justas o equitativas para el usuario y que por otro lado, debe reflejar lo que cuesta producirla.

#### **1.4.1.- Del Poder Legislativo.**

El Congreso Nacional conforme lo señala el artículo 130, numeral 5 de la Constitución Política de la República, puede **expedir, reformar y derogar leyes** e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. Es decir a través de esta facultad de carácter constitucional, puede regular el servicio público de energía eléctrica.

En términos generales el Congreso Nacional al poder expedir, reformar y derogar leyes tiene facultad constitucional y legal para **regular de manera indirecta**, en este caso el servicio de energía eléctrica y por lo tanto incidir en forma positiva o negativa en todo o en cada una de las fases que comprende el producir electricidad.

Esta incidencia por ejemplo puede presentarse a través de la emisión de nuevos tributos, subsidios, infracciones y sanciones para los agentes, así como también en la expedición o reformas en materia de hidrocarburos, laboral y



ambiental, e incluso con la aprobación de un tratado internacional. De igual manera puede regular al sector que se analiza a través de la expedición de una nueva ley o se reforme la actual Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

#### **1.4.2.- Del Poder Ejecutivo.**

Al igual que el Poder Legislativo, el Presidente de la República tiene facultad, entre otras, para **regular de manera indirecta** el servicio público de energía eléctrica. El artículo 144, numeral 2, preceptúa que el Presidente de la República puede presentar al Congreso Nacional un proyecto de ley que reforme o derogue leyes que incidan indirectamente en el servicio público analizado.

De igual manera el artículo 171 de la Carta Magna señala que es atribución y deber del Presidente de la República, entre otras, establecer políticas generales del Estado, aprobar los correspondientes planes de desarrollo y velar por su cumplimiento, participar en el proceso de formación y promulgación de las leyes, y especialmente expedir **reglamentos** necesarios para la aplicación de leyes.

De lo manifestado, no cabe duda que el Poder Ejecutivo, a través del Presidente de la República pueda regular de manera indirecta el servicio público de energía eléctrica.

#### **1.4.3.- Del Tribunal Constitucional.**

El Tribunal Constitucional es un organismo del Estado, creado por la Constitución Política de la República. Sus funciones y facultades constan en los artículos 275 al 279 de la Carta Magna; Ley del Control Constitucional;

Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional; y, el Reglamento Orgánico Funcional.

El artículo 276 de la Ley Suprema de la República, preceptúa la competencia del Tribunal Constitucional, sin embargo, sus principales funciones son: asegurar la vigencia del principio de la supremacía constitucional; administrar justicia constitucional; resolver de conformidad con el Derecho, **reclamos o demandas contra cualquier norma que se oponga a la Constitución** y, también los que se hacen contra **actos administrativos de las autoridades que se consideren inconstitucionales**; a través de **acciones o recursos constitucionales defiende y protege los derechos de las personas**; adicionalmente, **dictamina sobre tratados y convenios internacionales** previo a su aprobación por el Congreso Nacional.

De las funciones y facultades que posee el Tribunal Constitucional, es claro y contundente que puede **regular de manera indirecta** el servicio público de energía eléctrica, revisando actos administrativos expedidos, para citar algunos, por parte del Presidente de la República (Reglamentos), Congreso Nacional (Leyes) y CONELEC (regulaciones); aspectos relacionadas con la defensa y protección de los derechos de las personas; y, finalmente, cuando dictamina sobre tratados y convenios internacionales como podría ser sobre la compra venta de energía eléctrica a países vecinos.

Es necesario indicar que de acuerdo con el artículo 51 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional, no procede la acción de amparo, y por tanto es inadmitida: 1. Cuando se refiere a actos revocados; 2. Respecto de decisiones judiciales adoptadas en un proceso; 3. Respecto de peticiones que exclusivamente impugnen la legalidad del acto y que no conlleven la violación de derechos subjetivos constitucionales; 4. Respecto de

derechos cuya protección se contemple en otras garantías o acciones constitucionales; 5. Respecto de los actos de autoridad pública normativos de carácter general o "erga omnes"; 6. **Respecto de actos de naturaleza contractual o bilateral**; 7. Respecto de actos del régimen seccional autónomo en que el Tribunal Constitucional deba conocer y resolver por apelación, previstos en las leyes relativas al régimen seccional autónomo; 8. Respecto del trámite de quejas previsto en la Ley de Elecciones; y, 9. Respecto del trámite de quejas legislativas previsto en el Código de Ética de la legislatura.

El servicio público de energía eléctrica, que presta el Estado, se lo realiza por delegación al "sector privado", a través de un **contrato de concesión**, es decir que sobre este contrato que es de **naturaleza bilateral**, el Tribunal Constitucional, no admite a trámite el recurso de amparo.

#### **1.4.3.1.- Resoluciones sobre Seguridad Jurídica.**

Resolución No. 420-99-RA de la Segunda Sala del TC: "seguridad jurídica, según la ha configurado el Tribunal Constitucional Español, es la suma de una serie de factores, entre ellos la certeza y la legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, los cuales se equilibran para promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad. En la construcción del citado Tribunal se alude a la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes."<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional con esta Resolución emite prácticamente un concepto de seguridad jurídica en las que se incluye varios términos como la certeza,

---

<sup>11</sup> [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm\\_cont.nsf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm_cont.nsf)

legalidad, jerarquía, publicidad, justicia e igualdad que en definitiva se refiere a la confianza que el ciudadano percibe sobre la sociedad.

Resolución No. 120-99-RA de la Tercera Sala: “la seguridad jurídica determinada en el Art. 23 numeral 26 de la Constitución Política de la República es un principio fundamental que asegura una convivencia armónica, cuyo presupuesto es la aplicación efectiva de la ley.”<sup>12</sup>. El Tribunal Constitucional a través de esta Resolución, a más de ratificar a la seguridad jurídica como un derecho fundamental, la eleva a categoría de principio fundamental.

Resolución No. 817-2002-RA “el acto impugnado viola la seguridad jurídica, principio que se traduce en la seguridad que proviene del conocimiento de las normas jurídicas, de manera que los ciudadanos sepan con certeza las consecuencias de sus acciones. Dicha seguridad además implica que las autoridades públicas apliquen las normas jurídicas de forma correcta, esto es, que se aplique a cada situación particular, la norma que regula dicha situación y no otra, por cuanto otro presupuesto de la seguridad jurídica es que los gobernantes actúen respetando los límites que les imponen las normas jurídicas, con la finalidad de evitar la arbitrariedad en sus actuaciones.”<sup>13</sup>.

El Tribunal Constitucional ha emitido adicionalmente varias Resoluciones sobre actos administrativos por parte del Estado que atentan contra el derecho de seguridad jurídica de las personas.

- Resolución No. 092-99-RA de la Primera Sala de 20 de abril de 1999.<sup>14</sup>
- Resolución No. 096-99 RA de la Segunda Sala de 31 de marzo de 1999.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm\\_cont.nsf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm_cont.nsf)

<sup>13</sup> [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm\\_cont.nsf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm_cont.nsf)

<sup>14</sup> [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm\\_cont.nsf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm_cont.nsf)

<sup>15</sup> [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm\\_cont.nsf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm_cont.nsf)

- Resolución No. 624-99-RA de la Segunda Sala de 15 de octubre de 1999.<sup>16</sup>
- Resolución No. 037-2001-TP, No. 37 del Pleno de 9 de marzo de 2001.<sup>17</sup>
- Resolución No. 394-2002-RA de la Segunda Sala de 5 de septiembre de 2002.<sup>18</sup>

El Pleno del Tribunal, en reiteradas ocasiones ha manifestado que la seguridad jurídica, garantiza situaciones que nacieron al amparo de disposiciones que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales, sean respetadas a fin de no perjudicar derechos surgidos en su consecuencia. Adicionalmente ha manifestado que la seguridad jurídica se refiere al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros.

#### **1.4.4.- Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC., Organismo de Regulación y Supervisión y Control del servicio público de fuerza eléctrica.**

##### **1.4.4.1.- Naturaleza Jurídica.**

La Ley de Régimen del Sector Eléctrico, LRSE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43, de 10 de octubre de 1996, crea el Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, como una persona jurídica de derecho público con patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa. Inicia sus actividades en noviembre de 1998, cuando se expide el Reglamento General a la LRSE. Su gestión se sujeta a principios de descentralización, desconcentración, eficiencia y desregulación administrativa.

---

<sup>16</sup> [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm\\_cont.nsf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm_cont.nsf)

<sup>17</sup> [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm\\_cont.nsf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm_cont.nsf)

<sup>18</sup> [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm\\_cont.nsf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm_cont.nsf)

El Directorio es la máxima autoridad de la Entidad, integrado por siete miembros de los cuales tiene dos representantes permanentes del Presidente de la República, uno de los cuales lo preside.

El CONELEC, como organismo regulador y controlador del servicio público de energía eléctrica, no puede ejercer actividades empresariales relacionadas con el sector eléctrico.

#### **1.4.4.2.- Principales funciones y facultades del CONELEC.**

Las diez y ocho funciones y facultades que tiene el CONELEC constan en el artículo 13 de la LRSE, que se resumen en cinco actividades: 1) planificar; 2) regular; 3) fijar tarifas; 4) supervisar y controlar; otorgar concesiones, permisos y licencias; y, 5) promover la participación del Ecuador en las transacciones internacionales de electricidad.

El CONELEC en definitiva es el organismo regulador del sector eléctrico ecuatoriano y tiene la obligación de velar por el cumplimiento de la normativa así como el eficiente funcionamiento por parte de los agentes que componen el sector eléctrico, precautelando al usuario final.

##### **1.4.4.2.1.- Regulación.**

Es la principal función que tiene el CONELEC, es decir fijar las reglas que deben observar y cumplir los Agentes del Mercado Eléctrico Mayorista, MEM y los usuarios.

Se debe señalar que las potestades del organismo regulador no solo se debe centrar y limitar a la expedición de normativa, sino también a otras potestades como el ser creativo, incentivador, innovador, recíproco e informativo.

Para Benjamín Torres, perito en concesiones y regulación señala que “la

operatoria de un servicio público delegado es un desafío para la iniciativa privada. Lo es también para el Estado”.<sup>19</sup>

Daniel M. Nallar señala: “...el término “regulación” no implica, técnicamente hablando, no “intervención” ni “protección”. Ahora agregamos que tampoco debe vincularse el término “regulación” con el “control” ni con la “fiscalización”.”<sup>20</sup>

El CONELEC jurídicamente tiene competencia para expedir regulaciones e instructivos que deben sujetarse a la LRSE y a los Reglamentos de aplicación.

Asimismo, dentro del ámbito de su competencia que es eminentemente técnica, puede preparar y proponer para aprobación y expedición por parte del Presidente de la República los reglamentos especiales que se requieran para la aplicación de invocada Ley, para lo cual deberá realizar las correspondientes audiencias públicas.

Conforme lo señala la LRSE, al Consejo Nacional de Electricidad CONELEC, le corresponde entre otras actividades, expedir regulaciones que como lo señalé, deben ser cumplidas por las empresas eléctricas de generación; la empresa eléctrica de transmisión; las empresas eléctricas de distribución y comercialización; el Centro Nacional de Control de Energía, CENACE y los clientes o usuarios del sector eléctrico, relacionadas con: seguridad, protección del medio ambiente, normas y procedimientos técnicos de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de acceso a inmuebles de terceros, de riesgo de falla y de calidad de los servicios prestados y aquellas que impidan las

---

<sup>19</sup> Toro, Benjamín; *Gestión Delegada de Servicios Públicos: Las Concesiones*, Centro de Investigaciones Económicas; Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 1ª Edición, Guayaquil, 1997, pág. 11.

prácticas que atenten contra la libre competencia y signifiquen concentración de mercado en desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad.

#### **1.4.4.2.2.- Supervisión y Control.**

Esta facultad está orientada a supervisar el cumplimiento de la normativa jurídica del sector eléctrico (ley, reglamentos, regulaciones e instructivos) por parte de los Agentes y su comportamiento en el Mercado Eléctrico Mayorista, MEM, producto del modelo económico que dispone la LRSE.

Como ente concedente, de igual manera tiene competencia para supervisar y controlar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los concesionarios, que se derivan de los contratos de concesión, permisos y licencias.

#### **1.4.4.2.3.- Concesiones.**

El Estado a través del CONELEC como ente público competente, puede delegar o concesionar a otros sectores de la economía la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica. En materia eléctrica se lo materializa a través de la suscripción de un contrato y las partes que intervienen son el **concedente** que es el Estado y el **concesionario** que es una persona jurídica de derecho privado.

Para Gastón Jéze “La concesión es una forma de prestación indirecta de los servicios públicos: la satisfacción de necesidades individuales de importancia colectiva no es cumplida directamente por la entidad estatal, sino por personas

---

<sup>20</sup> Nallar, Daniel; *EL ESTADO REGULADOR Y EL NUEVO MERCADO DEL SERVICIO PÚBLICO*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1999.



a quienes aquella la encomienda, pero el servicio concedido continúa siendo en todo instante servicio público.”<sup>21</sup>.

Es necesario señalar que el Estado es el titular de la propiedad inalienable e imprescriptible de los recursos naturales que permiten la generación de energía eléctrica.

#### **1.4.4.2.4.- Fijación de Tarifas.**

El CONELEC dentro de sus funciones y facultades, tiene facultad para fijar y aprobar los pliegos tarifas para los consumidores o usuarios finales, que de conformidad con la doctrina y las legislaciones de varios países como Colombia, Perú, Chile y España es parte de la función reguladora que tiene los organismos encargados de fijar tarifas. Es decir no es una competencia adicional.

Las tarifas de conformidad con la normativa jurídica del sector eléctrico, deben cubrir los precios referenciales de generación, PRG; los costos medios del sistema de transmisión; y, el valor agregado de distribución, VAD. Sin embargo, y de acuerdo con **el Mandato 15 de la Asamblea Constituyente**, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 393 de 31 de julio de 2008, señala que la tarifa que se fije debe ser única para el **usuario final**, sin importar el lugar que se encuentre geográficamente, ni la empresa de distribución que le provea.

#### **El Artículo 1 del referido Mandato señala:**

“El Consejo Nacional de Electricidad -CONELEC-, en un plazo máximo de treinta (30) días, aprobará los nuevos pliegos tarifarios para establecer la tarifa única que deben aplicar las empresas eléctricas de distribución, para cada tipo de consumo de energía eléctrica, para lo cual queda facultado, sin limitación

---

<sup>21</sup> Gastón Jéze, *Principios generales de Derecho Administrativo*. Cit. por Jorge Sarmiento

alguna, a establecer los nuevos parámetros regulatorios específicos que se requieran, incluyendo el ajuste automático de los contratos de compra venta de energía vigentes.

Estos parámetros eliminarán el concepto de costos marginales para el cálculo del componente de generación; y, no se considerarán los componentes de inversión para la expansión en los costos de distribución y transmisión.

Los recursos que se requieran para cubrir las inversiones en generación, transmisión y distribución, serán cubiertos por el Estado, constarán obligatoriamente en su Presupuesto General y deberán ser transferidos mensualmente al Fondo de Solidaridad y se considerarán aportes de capital de dicha Institución.”<sup>22</sup>

Es necesario señalar que el Ecuador es deficitario de energía, no tiene soberanía eléctrica, es decir depende de la compra de electricidad a los países vecinos, principalmente de Colombia, lo que encarece este producto, a esto hay que añadir que normalmente el país depende de los caudales de los ríos que alimentan las principales centrales hidroeléctricas, por lo que en épocas de estiaje dependemos de energía termoeléctrica, cuyo precio es alto, en razón de que cuyo principal costo es el diesel.

Los Presidentes de la República, desde la aplicación de la actual LRSE, no han aplicado directamente las tarifas fijadas técnicamente por el CONELEC, lo cual ha generado un déficit tarifario en el MEM y que se ha tratado de cubrirlo, sin éxito, a través de subsidios. A esta circunstancia hay que sumarle el manejo político de las empresas.

La tarifa es el corazón del “negocio” del servicio público de energía eléctrica, como lo es en cualquier negocio. El cálculo y aplicación de la tarifa real al usuario final realizada por el CONELEC, no ha ocurrido por aspectos políticos e inestabilidad social que esta acarrea, lo que ha ocasionado serios problemas, especialmente a las empresas concesionarias de generación de energía eléctrica, producto de la iliquidez del mercado.

Para Sabino Álvarez Gendín, Rector de la Universidad de Oviedo señala: “El servicio público sin medios económicos no subsiste”.<sup>23</sup>

#### **1.4.5.- La concesión de la actividad de generación de energía eléctrica.**

La concesión constituye uno de los mecanismos o formas bajo las cuales el Estado puede delegar, a la iniciativa privada, el desarrollo de las actividades que son su obligación, pero bajo su regulación, supervisión y control.

##### **1.4.5.1.- Régimen Jurídico.**

El régimen jurídico de la concesión para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica, está normada y regulado en la Constitución Política de la República, Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y Reglamento de Concesiones Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica, sin dejar de mencionar al Código Civil como norma supletoria.

La Carta Magna preceptúa que el Estado puede delegar a empresas privadas la provisión de un servicio público, en este caso una de las fases de la industria eléctrica que es la generación de energía eléctrica.

---

<sup>22</sup> Gaceta Constituyente, *Tomo I: Instrumentos aprobados por la Asamblea Constituyente*, Quito, 2008.

<sup>23</sup> Álvarez Gendín, Sabino, *EL SERVICIO PÚBLICO*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949.

La LRSE señala en forma expresa que corresponde al CONELEC, como entidad competente, por delegación del Estado, **para suscribir contratos de concesión**, para la generación de la energía eléctrica. Los requisitos y formas para implementarlos, constan en los referidos reglamentos de la LRSE.

Para el caso de la actividad de generación es necesario precisar que funciona bajo un régimen de competencia, por lo que el CONELEC está facultado para suscribir contratos de concesión para una potencia mayor a 50 MW y contratos de permiso para una potencia comprendida entre 1 y 50 MW.

#### **1.4.5.2.- El Contrato de Concesión.**

##### **1.4.5.2.1.- Naturaleza jurídica.**

Es un contrato de derecho público que nace de la voluntad administrativa del estado, suscrito entre concedente y concesionario, en el que se estipulan derechos y obligaciones propias de una relación contractual.

Al ser una potestad de la administración tiene prerrogativas públicas propias, como por ejemplo en su calidad de concedente le corresponde fijar la tarifa al usuario final, que permita mantener la ecuación financiera de la concesión o en su defecto fijar un subsidio o subvención con el objetivo de cubrir costos, recuperar la inversión y obtener una utilidad razonable.

Los actos jurídicos del concedente son de derecho público.

Para el caso del sector eléctrico, el Estado, bajo ningún concepto garantiza a ningún generador la producción, precio y mercado de energía eléctrica sin embargo, le corresponde al Estado garantizar el pago al generador por parte de las empresas eléctricas de distribución.

Generalmente es facultad exclusiva del concedente imponer sanciones al concesionario.

Por su naturaleza pública compete al concedente declarar la caducidad del contrato.

El cocontratante de la administración es un particular, que debe tener capacidad legal y financiera para funcionar. Al ser un empresario persigue fines de lucro o beneficios económicos o por otra parte el riesgo de sufrir pérdidas que las deberá asumir.

Los actos y gestiones que realiza el concesionario no son de carácter administrativo sino más bien son actos jurídicos de derecho privado.

El concedente no puede intervenir en las actividades empresariales del concesionario.

El plazo es uno de los aspectos más relevantes del contrato de concesión, ya que determina básicamente el retorno de su inversión.

Las cláusulas contractuales producen efectos a terceros, en este caso a los usuarios o beneficiarios del servicio de energía eléctrica.

#### **1.4.5.2.2.- Finalidad.**

Considero que el Contrato de Concesión tiene varias finalidades y beneficios:

- 1) Asegura que el Estado pueda cumplir con su obligación constitucional de proveer a toda la ciudadanía, en este caso el servicio público de energía eléctrica, en óptimas condiciones, es decir en forma continua, oportuna y de calidad.

- 2) Permite al Estado contar con servicios públicos, que son de su obligación por mandato Constitucional bajo responsabilidad de particulares.
- 3) Permite a las partes cumplir con los derechos y obligaciones adquiridos.
- 4) Regula la relación concedente – concesionario.
- 5) Verifica el equilibrio económico entre las partes.
- 6) Participa el sector privado en una actividad eminentemente pública.
- 7) Activa al sector productivo de una sociedad.
- 8) Genera empleo.

## **2.- Seguridad Jurídica del Contrato de Concesión en el Ecuador.**

### **2.1.- Principios constitucionales.**

#### **2.1.1.- La seguridad jurídica como derecho fundamental.**

La Constitución Política de la República, garantiza la seguridad jurídica en el Ecuador, dicho de otra manera, constituye uno de los derechos garantizados principalmente por los siguientes artículos:

El artículo 23, numeral 26 del Capítulo 2, DE LOS DERECHOS CIVILES de la Constitución preceptúa:

*“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:*

*26. La seguridad jurídica.”*

El artículo 244, numerales 1 y 4 del Título XII DEL SISTEMA ECONÓMICO Capítulo 2, DE LOS DERECHOS CIVILES de la Constitución señala:

*Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:*

*1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones.*

*4. Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y regularlas y controlarlas en defensa del bien común.*

De igual manera el artículo 249 del referido Título XII, dispone:

*“Art. 249.- Será responsabilidad del Estado, la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las **condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.**” (las negritas y el subrayado me pertenecen)*

El artículo 271 señala:

*“Art. 271.- El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación.*

*La ley podrá conceder tratamientos especiales a la inversión pública y privada en las zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional.*

*El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas.”*

El jurista Miguel Hernández Terán, dice que la seguridad jurídica: “Tiene un destinatario principal que es el administrado –persona natural o jurídica- lo cual no significa que el mismo Estado está excluido de la protección de la seguridad jurídica, pues ésta no es incompatible con aquél, con el rol institucional.” Continúa el autor: “Por principio, lo que es relevante para el Estado es o debe ser relevante para el administrado, en tanto el Estado es sólo una persona jurídica, una creación del ser para servir a su creador, y no para servirse a sí mismo como abstracción.”<sup>24</sup>

El artículo 316, párrafo segundo del proyecto de Constitución señala que el Estado podrá de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada la actividad del servicio público, es decir cuando señala que “podrá” se refiere a que es facultativo es decir el acceso del capital privado está restringido, pero no prohibido.

El artículo 82 del referido proyecto preceptúa: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” Se puede observar y manifestar que el derecho a la seguridad



jurídica antes referido, es más claro que el de la Constitución de 1998. Se encuentra dentro del Título II denominado “Derechos”. El fundamento de la seguridad jurídica es el respeto es decir el acatamiento y la obediencia de la Constitución, normas jurídicas que fueron expedidas por autoridad competente y que cumplieron con el procedimiento respectivo.

En resumen se puede manifestar que el proyecto de Constitución al igual que la Constitución de 1998, garantizan a las personas naturales y jurídicas sean estos nacionales o extranjeros el derecho de seguridad jurídica.

### **2.1.2.- La seguridad jurídica como principio del Derecho.**

Para el autor Federico Arcos, “el principio de seguridad jurídica exige que el Derecho posea certeza, eficacia y no exista arbitrariedad, fines estos con un contenido mucho más abierto y positivo y, por tanto, más difícil de precisar”. El mismo autor señala que “la seguridad jurídica es una magnitud graduable, tanto en su intensidad o peso como en la frecuencia de su aplicación.”<sup>25</sup>

Para el autor Luzzatti, “la seguridad del Derecho como hecho no es una característica que se dé completamente o no se de en los sistemas jurídicos. Al revés, aquélla se configura como una característica graduable cuya medida varía en cada caso”<sup>26</sup>.

Coincido con el autor Arcos al señalar que la seguridad jurídica como principio del Derecho exige definitivamente, regularidad, firmeza, certeza, eficacia y no arbitrariedad en los ámbitos del sistema jurídico. Es decir que cuando se hable de seguridad jurídica se puede hacer referencia tanto a un “ser”, como a “deber ser jurídico y/o moral”.

---

<sup>24</sup> Hernández Terán, Miguel, *Seguridad Jurídica Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*, Guayaquil, Editorial EDINO, 2004.

<sup>25</sup> Arcos Ramírez, Federico, *La Seguridad Jurídica: Una Teoría Formal*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.

Un elemento básico que le diferencia a la seguridad jurídica de otras instituciones del derecho, no es tanto la eficacia en sí, sino más bien la expectativa que de la misma poseen los ciudadanos en general. El tener seguridad jurídica se traduce a tener esperanza, fe o confianza en que el DERECHO entendido como un conjunto de normas jurídicas, cuya aplicación y ejecución será regularmente eficaz.

Debo indicar que sobre el tema de seguridad jurídica en el Ecuador se ha escrito muy poco. De la investigación realizada en varias bibliotecas y librerías jurídicas, existen dos libros: “Seguridad Jurídica Análisis, Doctrina y Jurisprudencia” de autoría del jurista Miguel Hernández Terán y “Seguridad Jurídica” de varios autores (Dr. Juan Falconí Puig, Dr. Ángel Polibio Chaves, Dr. Juan Carlos Riofrío, Ab. Patricia Álvarez García, Dra. Mayté Benítez Chiriboga).

## **2.2.- Concepto de seguridad jurídica.**

Es importante conocer que la **seguridad** es el estado psicológico del hombre, producido por causas externas de carácter determinante, que le permite prever el futuro y tomar su posición frente a él.

Para el tratadista Bentham, “la seguridad es la base sobre la que descansan todos los planes, todo ahorro y todo trabajo, y lo que hace que la vida no sea solo una sucesión de instantes sino una continuidad, entrenando como un eslabón más en la cadena de las generaciones.”.

J.T. Délos señala que la seguridad “es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o

---

<sup>26</sup> Luzzatti, C., La vaghezza delle norme, cit. p. 422; M. CORSALE, Certezza del Diritto e crisi de legittimità, cit., pág. 40-44

que, si éstos llegan a producirse le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación”.

Para el profesor Jorge Millas “la seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando tales relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado. Se trata a no dudar, de una seguridad específica que conviene apellidar jurídica para evitar las equívocas resonancias del concepto genérico de la seguridad a secas. No es, pues, la seguridad metafísico del místico, ni la seguridad moral del optimista, ni la seguridad psicológica del hombre equilibrado, ni la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente la del hombre social que, seguro o no de su situación metafísica y económica, sabe con qué ha de contar como norma exigible para su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto, de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno”

“La seguridad jurídica es el requerimiento de toda sociedad moderna y libre para desenvolverse racionalmente dando estabilidad a los agentes productivos y certeza a los individuos acerca de cuales son sus derechos y cuáles son sus deberes.

Es la base esencial del crecimiento económico de las naciones y del desarrollo estable de una economía de mercado basada en la iniciativa y en la creatividad particular, ya sea solidaria, social, equitativa o simplemente individualista.”

El tratadista ecuatoriano Miguel Hernández Terán señala: “Para nosotros la seguridad jurídica, en términos amplios, es la certeza que tiene todo sujeto de derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico del Estado, o

reconocido por éste con eficacia jurídica, y la garantía de que en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad del país impulsa la materialización de la responsabilidad correspondiente.

En términos más descriptivos, la seguridad jurídica es la garantía que tiene todo sujeto de derecho de que el ordenamiento jurídico del Estado o reconocido por éste con eficacia jurídica tiene vigencia plena en lo formal, soluciones racionales orientadas a cumplir fines esenciales del Estado, en cuanto a su contenido, y aplicación efectiva en lo material, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental; y de que en caso de violación a dicho ordenamiento, la institucionalidad pública, fundamentalmente, funcione de manera oportuna y eficaz, para que en todos los casos el sujeto de Derecho quede libre de todo perjuicio o se le repare o compense el sufrido sin justificación jurídica.”.<sup>27</sup>

Para el tratadista alemán Víctor Ehrenberg “Al hablar de seguridad jurídica cabe referirse tanto al Ordenamiento jurídico (Derecho en sentido objetivo) como a las facultades jurídicas (derecho en sentido subjetivo).”<sup>28</sup>

### **2.3.- Concepto de inseguridad jurídica.**

La inseguridad jurídica, como es lógico se relaciona con la incertidumbre, imprecisión, vaguedad, duda, confusión, contradicción, normas oscuras, derogatorias confusas, carencia de valores en la administración pública, principalmente en la justicia.

Mientras la palabra “seguridad” se relaciona con la confianza y estabilidad, la “inseguridad” se relaciona con la desconfianza e inestabilidad.

En términos sencillos puedo señalar que la inseguridad jurídica es la percepción que tiene un individuo sobre la incertidumbre de los cambios de las “reglas de juego”, entre otras, en la actividad económica y la aplicación de las normas jurídicas para resolver conflictos y contingencias que se susciten, cuyo resultado es la indefensión.

Estos cambios repentinos e inesperados se deben al exceso de poder, carencia de valores y procedimientos claros.

Se consideran como fuentes de la inseguridad jurídica a las siguientes:

1. Normativa que está relacionada con nuevas leyes, reglamentos, regulaciones e instructivos;
2. Jurisprudencia, tiene que ver con nuevos criterios de magistrados y jueces; y,
3. Política se refiere a la desconfianza de un ciudadano sobre un gobierno que no respetará las “reglas de juego” existentes.

#### **2.4.- Seguridad Jurídica y Justicia.**

Seguridad Jurídica y Justicia van de la mano. Como se ha indicado el contar con seguridad jurídica se traduce a tener esperanza, fe o confianza en que el Derecho entendido como un conjunto de normas jurídicas, cuya aplicación y ejecución que corresponde a la administración de justicia, sea **regularmente** eficaz.

En el Ecuador el grado de credibilidad de la JUSTICIA es mínima, o mejor dicho la justicia en el Ecuador no tiene credibilidad y esto se refleja en varios

---

<sup>27</sup> Hernández Terán, Miguel, *Seguridad Jurídica Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*, Guayaquil, EDINO, 2004.

<sup>28</sup> Ehrenberg, Víctor, *Seguridad Jurídica y seguridad del tráfico*, Madrid, J. SAN JOSÉ, S.A., 2003.

aspectos como por ejemplo la desaparición repentina de fojas de un juicio que contienen pruebas contundentes, o en muchos casos todo el expediente de un juicio; “lentitud” por parte de los funcionarios judiciales para despachar las causas; argucia por parte de abogados, en complicidad con los funcionarios judiciales, para entorpecer los procesos y lo que es más arbitrariedad por parte de los jueces en el momento de emitir sus decisiones, inaplicando las normas jurídicas, o simplemente sin motivarlas, sino más bien dando razón a una parte que ofreció “algún tipo de dádiva o compensación”, es decir carencia absoluta de “valores” ya sean éticos o morales en la que impera el abuso y la corrupción. Este tipo de situaciones son muy comunes en los tribunales y juzgados de justicia del país y principalmente cuando se ventilan aspectos relacionados con materia penal, tránsito, laboral, inquilinato y civil.

El magistrado o juez como autoridad pública competente, tiene obligación de administrar justicia observando en todo momento, las normas respectivas con el objeto de cumplir en forma irrestricta con el servicio público de administración de justicia de manera que luego del análisis del proceso, los administrados o usuarios sean atendidos oportunamente en sus pretensiones.

No hay duda que el grado de credibilidad que tenga la justicia de un país, contribuye directamente en la seguridad de un inversionista al momento de invertir su capital, es decir debe tener total seguridad de que al momento de que se presenten controversias o diferencias entre las partes, la materialización o concreción de la justicia imperará sobre cualquier factor externo, observando siempre las reglas que las partes voluntariamente se impusieron al momento de suscribir un contrato.

## **2.5.- Seguridad Jurídica y las inversiones nacionales y extranjeras en la actividad de generación de energía eléctrica.**

En primer lugar debo indicar que este tema está ligado íntimamente con la actividad económica del país, que se lo mide con los respectivos índices económicos.

Es obvio y conocido por todos, que los países que tienen altos índices de inestabilidad política, producto de las destituciones inconstitucionales de los gobiernos, no son los mejores ejemplos para la inversión nacional, peor aun para la extranjera, es decir países inestables que no pueden ofrecer seguridad jurídica.

Para el caso específico del Ecuador con crisis e inestabilidad política, múltiples cambios de gobiernos en pocos años, altos índices de desempleo, subempleo, riesgo país alto, inflación galopante, tasas de interés altísimas y principalmente cambio de las “reglas de juego” por parte de los gobiernos de turno, han dado como resultado la ausencia de la inversión nacional y extranjera no solo para la construcción y operación de proyectos de generación de energía eléctrica, sino también en otras actividades económicas.

Los índices económicos que tiene el país, principalmente son conocidos y analizados por las entidades y organismos financieros.

La inversión en una central de generación es muy alta y por tanto requiere contar con una gran capacidad económica que normalmente lo poseen los organismos o instituciones financieras multilaterales como el banco mundial o inversionistas internacionales. Por ejemplo, para construir una central hidroeléctrica de 100 MW se requiere la “módica” suma de USD. 100.000.000

(cien millones de dólares) y para una central térmica de 100 MW, se requiere aproximadamente USD. 50.000.000 (cincuenta millones de dólares).

Una vez que el inversionista ha hecho el análisis económico - financiero y cuenta con el capital que le permita desarrollar el proyecto, la segunda fase es tan complicada como la primera, es decir para poder suscribir el contrato de “concesión” o de “permiso”, deberá demostrar a más de la solvencia económica, solvencia técnica. En adición, deberá contar con otras autorizaciones como son la sentencia de aguas para el caso hidroeléctrico y la famosa licencia ambiental, que conllevan el estudio de impacto ambiental provisional y el estudio de impacto ambiental definitivo (EIAD) que tienen un costo elevado y en ocasiones se las debe presentar en más de una entidad gubernamental; garantías de cumplimiento de plazo para la construcción del proyecto y finalmente para la operación deberá presentar una garantía de fiel cumplimiento de contrato.

Como se puede apreciar para poder invertir en el sector eléctrico ecuatoriano, que es un país deficitario de energía eléctrica, en el que se requiere altas sumas de dinero, no solo es indispensable tener el capital, que por la situación e inestabilidad del país será siempre será complicado, sino también sortear y cumplir con todos los requisitos que señala la normativa jurídica vigente en el Ecuador.

De acuerdo con los datos publicados por el CONELEC de la “Estadística 2007”, la potencia efectiva instalada del Ecuador a diciembre 2007 es 4355,8 MW, de los cuales: 2030,68 MW son hidroeléctricos; 2082,72 MW son termoeléctricos; 2,40 MW son eólicos y 240 MW son importación desde Colombia, solo el 16% de la potencia instalada del Ecuador pertenece al sector privado, de lo que se



colige que desde 1996 que está vigente la LRSE no ha existido confianza o seguridad jurídica para invertir en el Ecuador y desarrollar nuevos proyectos de generación sean estos térmicos o hidráulicos.

## **2.6.- Efectos de la Seguridad Jurídica.**

### **2.6.1.- Efectos positivos.**

Del análisis e investigación realizada, no cabe duda que la seguridad jurídica, produce definitivamente efectos positivos en el individuo, su familia y en su sociedad.

La seguridad jurídica como principio constitucional, garantiza al ciudadano en general tener la **certeza** de que existe un Estado de Derecho, donde existen **reglas y procedimientos claros y certeros**, por un lado exige de los poderes públicos una actuación tal que, permita a cada individuo, en cuanto sea dable, vivir en seguridad.

La primera exigencia de la seguridad jurídica consiste en que la **existencia y el contenido del derecho** no pueden ser cuestionados.

Implica que en la normativa jurídica conste una **sanción para el provocador** de los derechos subjetivos, de lo contrario, el derecho terminaría siendo ineficaz, porque su ejercicio se vería impedido por la conducta del provocador.

“La seguridad jurídica supone ante todo que el titular tiene una situación jurídica garantizada, lo que significa que la pérdida o el menoscabo de su derecho no puedan producirse sin su voluntad.”<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Ehrenberg, Víctor, *Seguridad Jurídica y seguridad del tráfico*, Madrid, J. SAN JOSÉ, S.A., 2003

La seguridad jurídica genera **tranquilidad, estabilidad emocional y económica** en los ciudadanos, al igual que en los agentes productivos que son los que **generan empleo**. Permite que los negocios se concreten, es decir **atrae la inversión**, no solo extranjera sino también privada.

**Dinamiza** a una sociedad.

Genera **confianza** por los valores éticos y morales que esto conlleva.

Produce **estabilidad política** y por lo tanto **estabilidad gubernamental**, que se convierte en **estabilidad jurídica**.

En caso de discrepancias o controversias, **garantiza una justicia ágil**, oportuna, con ausencia total de arbitrariedad por parte de jueces y magistrados.

### **2.6.2.- Efectos negativos.**

Del análisis realizado, manifiesto que los efectos negativos de la seguridad jurídica son pocos, sin embargo, el tener reglas y procedimientos totalmente claros, definidos y certeros, en un momento determinado, puede producir conformidad con normas jurídicas que no estén acordes con la realidad tecnológica, como es el caso de las telecomunicaciones.

Juan Carlos Riofrío Martínez - Villalba señala que la seguridad jurídica tiene límites que son: “lo injusto, el bien particular mayor, el bien común y la imposibilidad fáctica.”<sup>30</sup>

De igual manera es necesario señalar que algunas materias como la penal, mercantil, civil y procesal entre otras, deben ser revisadas y actualizadas constantemente conforme a la normativa internacional y realidad mundial. Por

concepto el Derecho es DINÁMICO, sin embargo en principio la seguridad jurídica tiende a ser estática.

La expedición de una norma primaria o secundaria puede afectar al derecho u obligación regulado por la normativa anterior, superponiendo unos o eliminándoles por afectación.

Al momento de administrar justicia, puede producir insatisfacción a la parte que no logró su pretensión, en tal virtud la parte afectada, quiere adquirir un derecho.

Con normas desactualizadas o en desuso y que no responden a la realidad mundial, puede afectar el crecimiento económico de un país.

---

<sup>30</sup> Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, *El contenido esencial del Derecho Fundamental a la Seguridad Jurídica*, Decano de la Universidad de los Hemisferios, Quito, 2007.

## CAPÍTULO II

### CONTRATO DE CONCESIÓN SUSCRITO ENTRE EL CONELEC Y LA COMPAÑÍA MACHALAPOWER CIA. LTD.

1.- Aspectos generales del Contrato de Concesión CONELEC -  
MACHALAPOWER Cia. Ltd.

1.1.- Antecedentes.

El Apoderado Especial de la compañía **EDC Ecuador Ltd.**, de acuerdo con la LRSE, el Reglamento de Concesiones Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica, presentó al CONELEC la documentación que le permita suscribir un contrato de **concesión específica** para financiar, construir, generar y operar una central termoeléctrica de hasta 312 MW, (en un inicio 130 MW, que se irá incrementando paulatinamente), a ser ubicada en Bajo Alto de la Provincia de El Oro, utilizando gas natural del Campo Amistad del Golfo de Guayaquil.

El CONELEC, aprobó la documentación y emitió el Certificado de Concesión No.-016, a la compañía EDC Ecuador Ltd.

El 3 de enero de 2001 EDC Ecuador Ltd. solicitó al CONELEC, se transfiera sus derechos otorgados en el Certificado de Concesión, a favor de MachalaPower **Cía. Ltd.**, petición que se concretó el 18 de abril de 2001.

El Directorio del CONELEC en sesiones del 31 de mayo y 26 de septiembre de 2001, con Resoluciones Nos. 0125/01 y 0236/01 respectivamente, aprobó el Contrato de Concesión.

Finalmente el Contrato de Concesión se suscribe el 15 de octubre del 2001, ante el Notario Primero del Cantón Quito, que contiene treinta y un cláusulas y los Anexos Nos. 1, 2, 3, 4A y 4B. El plazo de la concesión es de treinta y un

(31) años.

MachalaPower Cia. Ltd., es una empresa constituida bajo las Leyes de las Islas Cayman, subsidiaria de la empresa estadounidense Noble Energy, que tiene empresas en más de nueve países, inició su operación comercial en el Ecuador en el 2002 y aporta aproximadamente al Sistema Nacional Interconectado el 12% de la demanda total de energía, especialmente durante la época de estiaje (octubre – marzo). Como un dato adicional, EDC Ecuador Limited, subsidiaria de Noble Energy, provee y vende a MachalaPower el gas natural.

EDC Ecuador Limited y MachalaPower dentro de sus paquetes accionarios tienen en común como accionista a la empresa estadounidense Noble Energy.

Es necesario señalar que el Contrato de Concesión a la presente fecha se encuentra vigente y en ejecución, vale decir MachalaPower sigue entregando al Mercado Eléctrico Mayorista 130 MW. No se han ejecutado las fases II y III previstas en el Contrato lo que le permitirían llegar a generar 312 MW de potencia. De la información obtenida en el organismo Concedente, el Directorio del CONELEC ha resuelto dejar en suspenso la ejecución de las fases II y III hasta que se resuelva la controversia que se ventila en el CIADI. Esta suspensión está sustentada en el numeral 17.3 del Contrato de Concesión y en el artículo 111 del Reglamento de Concesiones Permisos y Licencias que dice:

“Art. 111.- Suspensión temporal de la concesión.- Sin ser imputable a su responsabilidad el concesionario podrá suspender en forma temporal y sin responsabilidad el cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato de concesión, en caso de que acontezca un evento de fuerza mayor o caso fortuito, calificado por el CONELEC como tal, que afecte o destruya las instalaciones utilizadas en la prestación del servicio o por cualquier razón establecida en este reglamento o en el contrato de concesión.”

## 1.2.- Contratos Modificatorios suscritos entre CONELEC y MachalaPower Cia. Ltd.

### 1) Primer Contrato Modificatorio:

De acuerdo con el cronograma del Contrato de Concesión suscrito el 15 de octubre de 2001, las tres fases del proyecto debían entrar en operación comercial de acuerdo con el cuadro siguiente:

FASES	FECHA DE OPERACIÓN COMERCIAL
I Fase: dos turbinas de 65 MW cada una	Hasta diciembre de 2002. (Inició el 1 de octubre de 2002)
II Fase: Ciclo combinado de 2 calderas de recuperación de calor y 1 turbogenerador a vapor de 95 MW	Hasta el 30 de enero de 2005.
III Fase: Turbina a gas y un nuevo caldero de 87 MW	Hasta el 29 de enero de 2008.

(Fuente: Contrato de Concesión CONELEC-MachalaPower)

El 31 de marzo de 2003 la empresa MachalaPower solicita al CONELEC una prórroga por tres años para dar inicio a la operación comercial de las Fases II y III, debido a las incertidumbres acerca de las reservas del volumen de gas.

El Directorio del CONELEC el 10 de septiembre de 2003, acepta la prórroga de plazo para dar inicio de las Fases II y III.

Se suscribe el primer contrato modificatorio el 18 de diciembre del 2003, ante el Notario Primero del Cantón Quito. El Contrato modificatorio contiene Seis Cláusulas. La Cláusula Quinta del Contrato Modificatorio, ratifica y actualiza el contenido de todas las cláusulas del Contrato.

El contrato modificatorio contiene básicamente los aspectos siguientes:

- a) Se establece un nuevo cronograma de ejecución de las Fases II y III;
- b) Se ajusta el cronograma valorado de ejecución; y,

c) Se aclara que las cláusulas relacionadas con el plazo y las garantías del contrato de concesión de 15 de octubre de 2001, se mantienen sin modificación.

<b>FASES</b>	<b>FECHA DE OPERACIÓN COMERCIAL (Contrato principal)</b>	<b>FECHA DE OPERACIÓN COMERCIAL (Contrato modificadorio)</b>
<b>II Fase:</b> Ciclo combinado de 2 calderas de recuperación de calor y 1 turbogenerador a vapor de 95 MW	Hasta el 30 de enero de 2005.	Hasta 30 enero de 2006.
<b>III Fase:</b> Turbina a gas y un nuevo caldero de 87 MW	Hasta el 29 de enero de 2008.	Hasta abril de 2009.

(Fuente: Contrato de Concesión CONELEC-MachalaPower)

## 2) Segundo Contrato Modificadorio:

Este segundo contrato modificadorio, surge de una reunión de trabajo de 21 de mayo de 2004, a la que asisten funcionarios del Fondo de Solidaridad, empresas distribuidoras, CENACE y CONELEC. En dicha reunión, se ve la necesidad de realizar algunas modificaciones a los contratos de concesión, entre otras la reducción de la garantía de Fiel Cumplimiento de Obligaciones.

El 5 de enero de 2005, el Directorio del CONELEC resuelve reducir la referida garantía de Fiel Cumplimiento de Obligaciones.

Se modifica la Cláusula Décimo Cuarta, numeral 14.3 del Contrato de Concesión Principal suscrito el 15 de octubre de 2001 en el sentido de que el monto de la garantía de Fiel Cumplimiento de Obligaciones corresponderá al 2% del valor total recaudado por venta de energía de las empresas concesionarias, en el año calendario anterior.

Se suscribe el segundo contrato modificatorio el 29 de noviembre del 2005 ante el Notario Décimo Segundo del Cantón Quito.

El Contrato modificatorio contiene cinco Cláusulas. La Cláusula Quinta del Contrato Modificatorio, ratifica y actualiza el contenido de todas las cláusulas del Contrato principal de 15 de octubre de 2005 y el primer contrato modificatorio de 18 de diciembre de 2003.

## **2.- La seguridad jurídica y las estipulaciones constantes en el Contrato de Concesión de Generación de Energía Eléctrica, suscrito entre CONELEC y MachalaPower Cia. Ltd.**

- 2.1.- Análisis jurídico de la “Cláusula Séptima: Plazo y vigencia de la Concesión.”
- 2.2.- Análisis jurídico de la “Cláusula Vigésimo Segunda: Solución de Controversias.”
- 2.2.- Análisis jurídico de la “Cláusula Vigésimo Tercera: Principios a emplearse para ajustar los resultados de la operación del Concesionario debido a eventuales cambios en la legislación.”
- 2.3.- Análisis jurídico de la “Cláusula Vigésimo Cuarta: Declaraciones e Inmunidades del Concedente.”
- 2.4.- Análisis jurídico de la “Cláusula Trigésima Primera: Disposiciones Varias.”

### **2.1.- Análisis jurídico de la “Cláusula Séptima: Plazo y vigencia de la Concesión.”.**

#### **“CLÁUSULA SÉPTIMA: PLAZO Y VIGENCIA DE LA CONCESIÓN**

- 7.1. La presente CONCESION se otorga por un plazo de treinta y un (31) años contados a partir de la fecha de suscripción del Contrato, momento a partir del cual la presente Concesión entrará en vigencia.



Durante este plazo el CONCESIONARIO tendrá todos los derechos que la ley ecuatoriana vigente le reconoce como tal, en particular el de la seguridad jurídica al que se refieren los artículos 23, numeral 26 y 249, de la Constitución Política, y por tanto el ejercicio de sus derechos no podrá ser desconocido, limitado o revocado, a menos que existan causas contractuales expresamente determinadas que así lo permitan.

Sin embargo, en caso de que las partes, de mutuo acuerdo, determinen que no existe vigente un mecanismo que asegure el pago a favor del Concesionario por la venta de generación de energía que éste haga al Mercado Eléctrico Mayorista, en los términos que prevé la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, el plazo y el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, podrán suspenderse hasta la existencia de tal mecanismo, momento en el cual el cumplimiento de las obligaciones del concesionario deberán reiniciarse. Esta condición suspensiva podrá aplicarse por un plazo no mayor a cinco años, contados a partir de la fecha de suscripción de este Contrato.

7.2. De conformidad con lo que disponen los artículos 46, literal c) y 53 del Reglamento de Concesiones, el CONCEDENTE podrá prorrogar el plazo de duración antes mencionado cuando ocurra una de las siguientes causas:

- a) Fuerza mayor
- b) Eventos que, a juicio del CONCEDENTE, constituyan causas que estando fuera del control del CONCESIONARIO hayan impedido la ejecución del Contrato.
- c) Retraso del CONCEDENTE, o de cualquiera otra entidad gubernamental, en el otorgamiento o cumplimiento de obligaciones derivadas de la legislación ecuatoriana o contractuales que impidan el cumplimiento o desempeño de las obligaciones del CONCESIONARIO
- d) Cualquier otra causa prevista en la Ley de Régimen del Sector

Eléctrico y los reglamentos y regulaciones aplicables.

La prórroga de la concesión no podrá durar más allá de un período de tiempo igual al que la motivó.”<sup>31</sup>

### **ANÁLISIS:**

La presente cláusula contiene dos numerales el primero relacionado con el plazo del Contrato de Concesión y los derechos que la normativa jurídica reconoce al Concesionario al momento de la suscripción, derivados de los artículos 23, numeral 26 y 249 de la Constitución Política de la República; y el segundo relacionado con las causas que darían lugar a la prórroga del plazo de la concesión.

Con relación al plazo, los artículos 44 y 47 del REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO y artículos 7, literal a); 26; 41; 46, literal b); 49, 50, 51 y 52 del REGLAMENTO DE CONCESIONES, PERMISOS Y LICENCIAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, tratan sobre este aspecto y determinan algunos parámetros que le permite al Concedente tomar la decisión respectiva.

Conforme a la doctrina analizada, el plazo en un contrato de concesión de servicios públicos es fundamental por dos aspectos:

- 1) Por su naturaleza, no puede ser por tiempo indefinido, ya que dejaría de ser una concesión, cuya prestación y obligación del servicio público le corresponde al Estado.
- 2) Le permite conocer al concesionario la fecha en que va a recuperar su inversión, así como también la utilidad que obtendrá.

---

<sup>31</sup> Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower Cia. Ltd. de 15 de octubre de 2001.

De ahí que es muy importante que el concedente antes de suscribir el contrato, cuente con el estudio que le permitirá otorgar al concesionario el plazo que corresponda.

Es necesario señalar que del análisis del Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower, no hay evidencia el estudio de plazo que facultó al CONELEC firmarlo por 31 años, es decir no consta en los antecedentes ni como anexo.

En lo que respecta a la prórroga de la duración del contrato de concesión, es necesario señalar que es exactamente igual de lo que disponen los artículos 53 y 56 del Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica.

Existe la Cláusula Vigésima Quinta denominada “Fuerza Mayor o Caso Fortuito”, que estipula lo que se entiende por Fuerza Mayor o Caso Fortuito, así como también el procedimiento para su ejecución. Se hace mucho énfasis en el sentido de que si opera la prórroga del plazo por este motivo, será igual a la duración que tuvo el acontecimiento.

Al ser el contrato ley para las partes, únicamente se podrían aplicar exclusivamente estos cuatro aspectos. Sin embargo, la última causa que dice textualmente “Por cualesquier otras causas previstas en la Ley.”, podría dar lugar a cualquier interpretación, toda vez que una vez revisada la LRSE, no consta una que tenga relación con la prórroga del plazo de la concesión.

En la cláusula de prórroga de plazo se debe precisar el procedimiento y el período dentro del cual, el concesionario está en la obligación de notificar el hecho una vez hubiera ocurrido, argumentando las razones por las cuales se considera de fuerza mayor, precisando que debe enmarcarse en los supuestos establecidos en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil. Vencido el

plazo establecido en el contrato, no se aceptarán las peticiones de prórroga de plazo.

## **2.2.- Análisis jurídico de la “Cláusula Vigésimo Segunda: Solución de Controversias.”.**

### **“CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

22.1 Proceso de Mediación. Los desacuerdos y la resolución de todas las controversias originadas de la interpretación, aplicación y cumplimiento de este Contrato, excepto los asuntos técnicos que por este Contrato o por la Ley deban ser decididos por autoridad competente, se someterán a los representantes legales de las Partes para su resolución.

Si dentro del plazo de 10 días de haberse remitido el desacuerdo, este no hubiere sido resuelto por los representantes legales de las Partes, las Partes someterán los desacuerdos sobre los asuntos expresamente indicados en este Contrato, así como aquellos que ellas mutuamente convinieren, a un proceso de mediación.

El Mediador será nombrado mediante acuerdo de las Partes en el plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que los representantes legales de las mismas debieron resolver el desacuerdo. Si no hubiere acuerdo sobre la persona del Mediador, se acudirá a un mediador de la lista de mediadores y a la mediación ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación y el Reglamento de dicho Centro.

Las Partes proporcionarán al Mediador toda la información escrita o verbal y demás evidencias que se requiera para que éstas puedan llegar a ~~su~~ una resolución de la controversia. En conocimiento de los antecedentes, el Mediador propondrá las alternativas de solución que considere pertinentes. El procedimiento de mediación concluye con la firma de un Acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. La ejecución del Acta se sujetará a

lo previsto en el Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación. En todos los casos, los gastos que demande la intervención del Mediador, serán cubiertos por las Partes en proporciones iguales.

En caso de que las Partes no hayan llegado a un acuerdo conforme al procedimiento determinado en este numeral, las Partes podrán someter la controversia a arbitraje, según el numeral 22.2 de este Contrato.

22.2. Arbitraje: Las Partes, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y el Convenio, el que se define más adelante, someten la resolución de todas las controversias originadas de la interpretación, aplicación y cumplimiento de este Contrato al arbitraje. El arbitraje se llevará a cabo e el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito o en el Centro internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a elección del actor. La otra parte renuncia a cualquier derecho a oponerse o impugnar la elección del actor. El arbitraje se guiará por las disposiciones de este Contrato, de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, de los documentos relativos al caso sometido a arbitraje y por las del Convenio, según lo dispuesto en el numeral 22.2.2

#### 22.2.1 Arbitraje Nacional.

En el caso de que la parte actora decidiese acudir a arbitraje nacional este arbitraje se llevará a cabo de conformidad con Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito y de los documentos relativos al caso sometido a arbitraje. Los árbitros quedan facultados para dictar medidas cautelares solicitando el auxilio de funcionarios públicos para su ejecución.

22.2.1.1 Para la presentación, citación y contestación de la demanda arbitral, medidas cautelares, modificación de la demanda o de la contestación a la demanda, convocatoria a la audiencia de sustanciación y cualquier otro procedimiento, se estará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997 (la "Ley de Arbitraje y Mediación").

22.2.1.2 El Tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal.

La demanda y su contestación se presentarán de acuerdo con los artículos 10, 11 y 12 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

22.2.1.3 Dentro de los veinte (20) días posteriores a la recepción de la contestación de la demanda, cada Parte designará un árbitro y notificará por escrito a la otra Parte con dicha nominación. Si una de las Partes omitiere designar su árbitro dentro de dicho lapso, la otra Parte podrá solicitar al Director del Centro de Arbitraje tal designación. Las Partes designarán los árbitros principales que deben integrar el Tribunal de la lista enviada por el Centro de Arbitraje. Sin embargo, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el Centro de Arbitraje.

22.2.1.4 Los dos árbitros designarán a un tercero, quien presidirá el Tribunal de arbitraje. Si los dos árbitros, dentro de diez (10) días contados desde su designación, no llegan a un acuerdo en cuanto al tercer árbitro, cualquiera de las Partes podrá solicitar al Director del Centro de que señale tal árbitro de la Nómina de Árbitros de la Cámara de Comercio de Quito. El Centro de Arbitraje se pronunciará en el plazo de cinco (5) días a partir de la recepción de la petición.

- 22.2.1.5 Adicionalmente a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación y en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, los árbitros serán personas de reconocida idoneidad, experiencia, capacidad y conocimiento del o los asuntos sujetos a arbitraje, no pudiendo ninguno de ellos ser empleado o tener relaciones de dependencia con cualquiera de las Partes o sus compañías relacionadas o ser empleado del Estado o de otras entidades del sector público. Los árbitros podrán ser ecuatorianos o extranjeros.
- 22.2.1.6 Los árbitros designados, dentro de tres (3) días de haber sido notificados deberán aceptar o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el Director del Centro de Arbitraje, y procederán a la designación del Presidente y del Secretario del Tribunal de Arbitraje, de lo cual se sentará la respectiva acta.
- 22.2.1.7 Una vez posesionados todos los árbitros, éstos de común acuerdo designarán un altermo, el cual será posesionado por el Presidente del Tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes a su designación.
- 22.2.1.8 El Presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y actuará como Secretario del Tribunal la persona designada por el Tribunal de entre los constantes en la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje.
- 22.2.1.9 El arbitraje será realizado en derecho y tendrá como sede la ciudad de Quito y se instalará el tribunal en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito sin perjuicio de que el Tribunal de Arbitraje pueda desplazarse a cualquier lugar donde sea necesario realizar sus diligencias.

22.2.1.10 Las Partes deberán proporcionar al Tribunal de Arbitraje todas las informaciones y facilidades, así como permitir su libre acceso a los sitios de operación, libros y registros técnicos y contables que sean necesarios para solucionar el asunto materia de la Controversia. Así mismo, los árbitros adoptarán procedimientos que hagan posible a las Partes de la presentación de todas las pruebas de que se crean asistidas.

22.2.1.11 El laudo se ejecutará de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, y si fuere necesario, el Tribunal especificará en su decisión las medidas que deberán ser adoptadas para el adecuado cumplimiento del laudo arbitral.

22.2.1.12 Si uno de los árbitros renunciare durante el curso de arbitraje o se encontrare imposibilitado de participar en el mismo, será reemplazado por el árbitro alterno. De manera inmediata se procederá a designar un nuevo alterno de conformidad al numeral 22.2.1.7 Si quien renunció era el Presidente del Tribunal, los árbitros que quedaren elegirán un nuevo Presidente quién será designado de conformidad con el numeral 22.2.1.4

22.2.1.13 Cualquier decisión del Tribunal se tomará por mayoría de votos.

22.2.1.14 Los gastos incurridos en el arbitraje serán de cargo de la Parte que así resuelva el Tribunal de arbitraje en su laudo incluyendo los gastos operativos del Tribunal y los correspondientes al uso de la sede del mismo; sin embargo, cada parte deberá pagar los honorarios del árbitro designado por ella, o del que hubiese sido designado a nombre de ella, cualquiera que sea el resultado del arbitraje. Los honorarios de los árbitros alternos y del Presidente del Tribunal serán cubiertos por aquella Parte que fuese condenada a pagar los gastos del arbitraje. Los honorarios de los árbitros principales y



alternos se liquidarán de conformidad con el tarifario del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito

22.2.1.15 A la conclusión del arbitraje, el Tribunal notificará su laudo en audiencia de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, luego de lo cual el Tribunal entregará copia del laudo a las Partes. El laudo deberá ser motivado con indicaciones precisas de las conclusiones y otras disposiciones técnicas relativas al laudo arbitral si fuere necesario.

22.2.1.16 Cualquier laudo arbitral que exija el pago en dinero deberá pagarse en Dólares de los Estados Unidos de América. Además, en cualquier laudo que obligue a una de las Partes el pago de una cantidad de dinero, esta parte deberá reconocer los intereses correspondientes, si así lo determina el laudo arbitral.

22.2.1.17 El laudo es inapelable sin perjuicio de lo cual, las Partes podrán solicitar la ampliación o aclaración del mismo en el término de tres (3) días desde su notificación. La respuesta del Tribunal sobre ese pedido deberá ser emitida dentro de los diez (10) días posteriores a la recepción de la solicitud.

22.2.1.18 Si dentro del arbitraje las Partes llegan a un acuerdo parcial o total, se estará a lo dispuesto en el Art. 28 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

22.2.1.19. En todo aquello que no esté contemplado en este Contrato se sujetarán a las normas de procedimiento señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación, al Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y al determinado en este Contrato, sin perjuicio de las normas supletorias a las que hace referencia el Art. 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

## **22.2.2 Arbitraje Internacional:**

En el evento de que la parte actora decidiese acudir a arbitraje internacional, este arbitraje se llevará a cabo de conformidad con el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (el "Convenio") y las disposiciones que siguen a continuación.

22.2.2.1 Las Partes reconocen que el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (el "Convenio") suscrito por la República del Ecuador, como estado Miembro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el 15 de enero de 1985 y publicado en el Registro Oficial No. 386 el 2 de marzo de 1986 y ratificada por el Congreso Nacional el 7 de febrero de 2001, cuya ratificación ha sido publicada en el Registro Oficial No. 309 de 19 de abril de 2001, es aplicable a cualquier controversia de cualquier naturaleza que pueda surgir entre las Partes en relación con este Contrato (una "Controversia"). Las Partes se obligan a someter cualquier Controversia a la jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI") para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio.-

22.2.2.2 El procedimiento de designación de árbitros será el establecido en el numeral 22.2.1.3. Si las partes no se pusiesen de acuerdo en la designación del tercer árbitro o no se hubiese conformado el Tribunal, se estará a lo dispuesto en el Art. 38 del Convenio. Ningún árbitro designado de conformidad con la presente Cláusula, será empleado o representante o ex empleado o representante de dicha persona.

22.2.2.3. El procedimiento para el arbitraje internacional establecido en

el numeral 22.2.2 será el indicado en el Convenio, salvo las modificaciones al procedimiento aquí establecidas.

22.2.2.4. Las Partes reconocen y acuerdan que para efectos del Artículo 25 del Convenio, cualquier Controversia es y será considerada una controversia legal que surge directamente de una inversión entre un Estado Contractual y un ciudadano de otro Estado Contractual.

22.2.2.5. El CONELEC en representación del Estado Ecuatoriano, y para efectos del Art. 26 del Convenio, declara que para acudir al arbitraje internacional de acuerdo con esta Cláusula no es necesario agotar previamente la vía administrativa u otra vía para la solución de una controversia.

22.2.2.6. Todos los procedimientos arbitrales conducidos de conformidad con el Convenio se llevarán a cabo en Quito, Ecuador y se llevarán en idioma Español. Si por cualquier causa el arbitraje no puede llevarse en Quito, Ecuador, éste se llevará en la Corte Permanente de arbitraje del CIADI.

22.2.2.7 Los gastos incurridos en el arbitraje serán de cargo de la Parte que así resuelva el Tribunal de arbitraje en su laudo incluyendo los gastos operativos del Tribunal y los correspondientes al uso de la sede del mismo; sin embargo, cada parte deberá pagar los honorarios del árbitro designado por ella, o del que hubiese sido designado a nombre de ella, cualquiera que sea el resultado del arbitraje. Los honorarios de los árbitros alternos y del Presidente del Tribunal serán cubiertos por aquella Parte que fuese condenada a pagar los gastos del arbitraje. Los honorarios de los árbitros principales y alternos se liquidará de conformidad con el tarifario del CIADI

### 22.3 Citación y Naturaleza de las Obligaciones.

Con respecto a los procedimientos señalados en esta Cláusula para la exigibilidad de un laudo, en contra de activos de cualquier Parte presentados en los Tribunales del Ecuador:

- (a) CONELEC designa a su representante legal, para que reciba citaciones en su nombre en dicha jurisdicción en cualquier procedimiento de exigibilidad y en la dirección que se señale para el efecto
- (b) El Concesionario designa a su representante legal para que reciba citaciones en su nombre en dicha jurisdicción en cualquier procedimiento de exigibilidad; y en la dirección que se señale para el efecto.

22.4. Cumplimiento Continuo: Durante el trámite de cualquier controversia de conformidad con la presente cláusula, cada Parte continuará cumpliendo sus obligaciones bajo este Contrato.

22.5 Por así disponer la última parte del inciso tercero del Art. 21 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, al haber estipulado las Partes someter y solucionar sus controversias a un procedimiento arbitral, no podrán recurrir sobre ningún asunto o controversia derivada de la aplicación, interpretación o cumplimiento de este Contrato a los Tribunales jurisdiccionales del Ecuador, a cuya jurisdicción renuncian expresamente.<sup>32</sup>

## **ANÁLISIS:**

La Cláusula Vigésima Segunda: Solución de Controversias contiene cinco numerales: 22.1 referente al proceso de mediación; 22.2 trata sobre el arbitraje nacional e internacional; 22.3 citación y naturaleza de las obligaciones; 22.4 cumplimiento de las obligaciones mientras se ventilan las controversias; y, 22.5 se refiere a que si las partes decidieren someter la controversia al arbitraje, no podrán recurrir sobre el mismo tema a los tribunales jurisdiccionales del Ecuador.

Las Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Concesión, estipula los mecanismos y los procedimientos que les permite a las partes ventilar cualquier tipo de controversias que pueden presentarse como producto de la aplicación del Contrato de Concesión, tanto en mediación como en arbitraje.

La invocada Cláusula tiene sustento en la Constitución Política de la República artículos 24 y 191; Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados; Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; Ley de Arbitraje y Mediación; Ley de Régimen del Sector Eléctrico; y, Reglamento General de la Ley de Régimen Del Sector Eléctrico.

Hay que advertir que cuando las partes del contrato pactan la cláusula compromisoria están renunciando expresamente al ejercicio de las acciones jurisdiccionales, mecanismos a los cuales se evita recurrir por la demora en la tramitación de las causas, la percepción que existe respecto de la forma de

---

<sup>32</sup> Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower Cia. Ltda. de 15 de octubre de 2001.

administrar justicia en el país, y la necesidad de dar inmediata solución o por lo menos en menor tiempo para lograr la continuidad en la ejecución del contrato o la solución de la controversia.

Sin embargo, los efectos y el poder vinculante de la cláusula dependen de la manera como está redactada. Si se contempla de manera potestativa u opcional la utilización de los tribunales jurisdiccionales, basta que una de las partes vinculadas por la cláusula compromisoria recurra ante un juez, para inferirse válidamente que, renunció a someter sus diferencias al tribunal de arbitramento.

La cláusula de arbitraje debe observar todos los requisitos que la Ley de Arbitraje y Mediación prevé, y determinar con precisión los supuestos bajos los cuales cabe la mediación y el arbitraje, con indicación de la forma de designación de los árbitros y la determinación de la forma como se van a asumir los gastos que el proceso demanda, que por lo general cuando son a nivel internacional, son altos.

Podría inclusive determinarse casos específicos, en los cuales, de suscitarse un conflicto, se podrían someter a la resolución de los jueces nacionales, como lo relativo a impuestos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los laudos arbitrales, una vez adquiere firmeza la decisión del tribunal de arbitraje, queda revestido también de fuerza ejecutoria, con plenos efectos jurídicos. En consecuencia, los recursos de anulación no impide la efectividad de la decisión arbitral. La doctrina señala que la impugnación de los laudos solamente puede sustentarse en errores de procedimiento. No pueden alegarse cuestiones relativas al derecho

sustantivo<sup>33</sup>.

Otro aspecto que merece atención respecto al laudo arbitral, es el relativo al fallo en conciencia y en derecho. “El fallo en derecho tendrá que acatar el ordenamiento jurídico y el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esta razón, el juez estará sometido no solo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos, no pudiendo conceder sino lo permitido en la ley”.<sup>34</sup>

En cambio cuando el juez arbitral decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente más amplio, porque tiene la facultad de decidir ex acuo et bono “conforme a la equidad o según el leal saber y entender”.

“Pero este fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o reglas de la lógica y la experiencia, porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias e implícitas expuestas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial...”<sup>35</sup>

**2.2.- Análisis jurídico de la “Cláusula Vigésimo Tercera: Principios a emplearse para ajustar los resultados de la operación del Concesionario debido a eventuales cambios en la legislación.”.**

**“CLÁUSULA VIGÉSIMO TERCERA: PRINCIPIOS A EMPLEARSE PARA AJUSTAR LOS RESULTADOS DE LA OPERACIÓN DEL CONCESIONARIO DEBIDO A EVENTUALES CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN**

---

<sup>33</sup> Vega de Herrera, Mariela, *CONTRATACION ESTATAL*, Editorial Temis, Colombia, 1999

<sup>34</sup> Fallo del H. Consejo de Estado, citado por Vega de Herrera, Mariela en su obra, *CONTRATACION ESTATAL*, Editorial Temis, Colombia, 1999.

<sup>35</sup> Sentencia., 3 abril 1992, consejero ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo, *Jurisprudencia y Doctrina*, 1992, pág. 462.

En aplicación a lo que dispone el artículo 46, literal q) del Reglamento de Concesiones los siguientes son los principios que deberán aplicarse cuando se trate de ajustar los resultados de la operación del CONCESIONARIO en el caso que se dictaren cambios en la legislación u otras normas jurídicas que resultaren aplicables a este Contrato:

- 23.1.1 El Concedente declara y reconoce que el Contrato se sujeta a las leyes del Ecuador vigentes al momento de su suscripción, por tanto, el CONCESIONARIO deberá ser tratado bajo dichas leyes, de manera no menos favorable que cualquier otro CONCESIONARIO de generación de energía eléctrica, bien sea una persona natural o jurídica;
- 23.1.2 Sin perjuicio de ello, en el evento en que se dictare alguna ley, regulación, resolución, u otra norma que limite o afecte la autonomía de que goza el Concedente y que de alguna manera tenga relación con este Contrato aquello no afectará por ningún concepto los derechos que el CONCESIONARIO adquiere por este Contrato y, si las leyes que se dictaren en el futuro incorporan obligaciones que afecten la operación económica o financiera de la Concesión establecida en este Contrato, las PARTES convienen en tomar las acciones más adecuadas que permitan restablecer las condiciones afectadas para lo cual se aplicará lo dispuesto en la Cláusula Vigésimo Cuarta de este Contrato.
- 23.1.3 La afectación de la competitividad de la actividad de generación deberá ser compensada por el Estado ecuatoriano, conforme la indemnización mencionada en el numeral 16.6 de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato pero no supondrá la automática terminación del Contrato. Al efecto, el CONCESIONARIO, una vez recibida la correspondiente indemnización, contará con 60 días a partir del día en que recibió la indemnización para



confirmar si continúa con la Concesión a su cargo o si opta por aplicar el mecanismo indicado en la Cláusula Décimo Sexta debiendo las PARTES dar por terminado el Contrato de mutuo acuerdo.”<sup>36</sup>

### **ANÁLISIS:**

La presente Cláusula contiene un solo numeral el 23.1 que a su vez se divide en tres subnumerales.

El numeral 23.1.1 se refiere a la seguridad jurídica que ofrece el Concedente al Concesionario, garantizándole que únicamente se sujetará a las leyes vigentes a la suscripción del Contrato. Cabe señalar que la ley es parte de una norma jurídica, que podría dar lugar a equívocos e interpretaciones por lo que considero debería decir “... se sujeta a la normativa jurídica del Ecuador vigente al momento de la suscripción,...”. La última parte de este numeral se refiere a que si el Concedente expide una norma con posterioridad a la suscripción de un Contrato de Concesión que favorezca a otro concesionario, este beneficiará a todos los concesionarios, situación que no lo comparto.

El numeral 23.1.2 se refiere nuevamente a la seguridad jurídica que otorga el Estado al concesionario, cuando en uso de sus facultades “Hecho Príncipe” expide una ley, regulación, resolución que limita o afecta la autonomía del Concedente en la ejecución del Contrato de Concesión, es decir los derechos del concesionario deben mantenerse. Sin embargo, si la administración pública, en el futuro expide leyes que producen un desequilibrio económico, necesariamente el Concedente con el Concesionario deben tomar los

---

<sup>36</sup> Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower Cia. Ltd. de 15 de octubre de 2001.

correctivos que permitan reestablecer el equilibrio económico – financiero del Contrato de Concesión.

El numeral 23.1.3 señala otra forma de compensación que el concedente otorga al concesionario, en el evento de que el Estado pueda afectar la competencia en la actividad de generación. Esta indemnización consiste en el valor económico que debe calcular el CONELEC con el objeto de que el Estado, cancele al concesionario los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización no conlleva la terminación del contrato. Sin embargo el Concesionario tiene potestad para confirmar si continua con la concesión caso contrario las partes deberán hacerlo de mutuo acuerdo.

### **2.3.- Análisis jurídico de la “Cláusula Vigésimo Cuarta: Declaraciones e Inmunidades del Concedente.”.**

#### **“CLÁUSULA VIGÉSIMO CUARTA: DECLARACIONES E INMUNIDADES DEL CONCEDENTE.**

De conformidad con lo prescrito en el artículo 249 y en el inciso tercero del artículo 271 de la Constitución Política, el Estado ecuatoriano a través del CONCEDENTE establece a favor del CONCESIONARIO las siguientes garantías, indemnidades y seguridades:

**24.1 Actos de Poder Público.** En el evento de que por parte del CONCEDENTE o que por decisiones, interpretaciones, actos del poder público o regulaciones, adoptadas o dictadas por otras autoridades o entidades públicas, tales como modificaciones en la legislación aplicable al CONCESIONARIO (leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, resoluciones u ordenanzas) o la ejecución de hechos materiales, que limiten, disminuyan o alteren las cláusulas del Contrato, y en especial las condiciones de competitividad en este Contrato que cause un perjuicio al CONCESIONARIO, el Estado reconocerá a este

último la compensación respectiva por los daños y perjuicios que se ocasionaron con tales actos, regulaciones o decisiones a fin de restablecer y mantener en todo momento la estabilidad económica y financiera que hubiera tenido de no haberse producido tales actos o decisiones de los poderes públicos y/o hechos materiales.

24.2 **Sometimiento a Controversia.** De darse un caso como los señalados en el numeral 24.1 de esta Cláusula, y de no existir un acuerdo entre las PARTES en cuanto al monto de la indemnización o compensación y el mecanismo por el cual EL CONCESIONARIO la recibiría, ella será determinada siguiendo el procedimiento establecido en la Cláusula Vigésimo Segunda sobre la solución de controversias. La compensación se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 115 del Reglamento de Concesiones.”<sup>37</sup>

### **ANÁLISIS:**

La Cláusula en análisis tiene dos numerales: El primero relacionado con los actos del poder público, es decir y como ya se analizó, actos normativos que pueden ser emanados, entre otros, por parte del Ejecutivo, del Congreso Nacional y del CONELEC que modifiquen las Cláusulas del Contrato y por tanto causen perjuicio económico al Concesionario, situación que trae como consecuencia la compensación por daños y perjuicios; y, el segundo que tiene relación directa con el primero, vale decir en el evento de que las Partes no se ponen de acuerdo en el monto de la indemnización o compensación al Concesionario por los daños y perjuicios.

Esta cláusula se sustenta jurídicamente en los artículos 249 y 271 inciso tercero de la Constitución Política de la República, así como también en el artículo 115 del Reglamento de Concesiones Permisos y Licencias. El cálculo de la indemnización será calculada por peritos.

Los dos artículos guardan íntima relación con la definición de seguridad jurídica, el primero, vale decir, el 249 señala en forma categórica que las

condiciones de los contratos que celebre el Estado no pueden ser modificados unilateralmente por actos del poder público, y el artículo 271 ratifica y fortalece lo señalado cuando indica que los contratos celebrados con inversionistas podrán establecer garantías y seguridades especiales con el objeto de que no sean modificados por actos del poder público las cláusulas del Contrato de Concesión.

Si bien es motivo de análisis del Capítulo III de la presente investigación, considero oportuno citar a la autora Mariela Vega de Herrera.

“En el derecho español para preservar el equilibrio financiero en los contratos existen los siguientes mecanismos:

- a) La compensación por el ejercicio del *ius variandi*: Ella implica, que cuando la administración con medidas o con actos de particular modifica o afecta de manera directa la ejecución del contrato en sentido desfavorable a los intereses del contratista, debe compensar de manera integral las mayores cargas que su actividad le hubiese impuesto. En este caso la normatividad positiva obliga a que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección del contrato. La medida opera cuando se aumentan los costos o se disminuyen los beneficios.
- b) El *factum principis*: Significa que cuando la administración con actos o medidas de carácter general, no afecta directamente el objeto contrato, pues no están encaminadas a su modificación, pero sí incide en la economía del contrato, por ejemplo aumentando los costes necesarios para su ejecución, debe compensar esas mayores cargas, salvo que se haya pactado la revisión de precios.
- c) La doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible. Esta modalidad protectora del equilibrio contractual se hace tangible en el célebre fallo del H. Consejo de Estado francés, Gas de Burdeos, 1916, y en España se introduce a la legislación en 1955.

---

<sup>37</sup> Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower Cia. Ltd. de 15 de octubre de 2001.

Surge como manera de conciliar el conflicto entre la obligatoriedad o *lex del contrato* y la necesaria continuidad del servicio público, para evitar su colapso. Se dice entonces, que la administración debe acudir en ayuda del contratista que ha sufrido un daño especial y anormal a consecuencia de hechos imprevisibles. Los ejemplos están dados por fenómenos de fuerza mayor; no así de caso fortuito. Esta diferenciación seguramente obedece a que la primera está constituida por circunstancias externas y extrañas a las partes, mientras que el caso fortuito es de carácter endógeno, pues está al interior de la actividad. Como se advierte en la economía del contrato debe haber coparticipación en las pérdidas. Pero en este caso la compensación no es total, sino compartida o parcial. Teniendo en cuenta que la administración es ajena a la causa de los perjuicios o pérdidas, no debe ella sola asumir las mayores cargas. Estas deben compartirse, pues la teoría no constituye un seguro para prevenir pérdidas. Es por sobre todo un mecanismo para asegurar la prestación del servicio público.

- d) La revisión de precios: Es el mecanismo homólogo a la teoría de la imprevisión de los franceses. Esta figura, se ha venido consagrando en posteriores normas, y en la actualidad se acostumbra pactar la cláusula. Pero para que opere se requiere su inclusión expresa en el contrato. Y se contempla a favor de ambas partes, administración y contratista. Se expresa mediante fórmulas aprobadas periódicamente por el gobierno en las cuales se calcula el aumento de los elementos básicos de la obra y su incidencia en el costo final. Es una medida propia para economías afectadas por procesos inflacionarios, pero la revisión no constituye una restauración completa del equilibrio financiero, ya que una quinta parte de la obra queda exenta de revisión”.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Vega de Herrera, Mariela, *Contratación Estatal*, Editorial Temis, Colombia, 1999.

## 2.4.- Análisis jurídico de la “Cláusula Trigésima Primera: Disposiciones Varias.”

### “CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMERA: DISPOSICIONES VARIAS

31.1 **Notificaciones.** Todas las notificaciones que se deban dar o realizar bajo este contrato, deberán hacerse por escrito y estar dirigidas al representante de cada una de las PARTES, conforme se señala a continuación y serán entregadas, ya sea personalmente o enviadas por correo certificado, courier u otra forma de entrega certificada. Las notificaciones que se envíen vía fax deberán ser confirmadas, de manera oficial, enviándolas en la forma como se indicó anteriormente.

31.2 **Idioma.** Las comunicaciones entre el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO deberán cursarse en idioma español, por ser el idioma oficial en la República del Ecuador.

31.3 Direcciones:  
CONCEDENTE  
Avenida Amazonas N33-299 e Inglaterra  
Edificio Valderrama 1000  
E-mail: conelec@conelec.gov.ec

Quito – Ecuador.

CONCESIONARIO  
Avenida Amazonas 4430 y Villalengua, Piso 6, Edificio Banco Amazonas  
E-mail: info@edc-us.com.ec  
Quito – Ecuador

En el caso de que una de las PARTES cambie su domicilio lo notificará a la otra dentro de los siguientes ocho días de ocurrido dicho cambio.

31.4 **Contrato formalizado:** El Contrato y todos los anexos, representan en su conjunto el acuerdo que ha existido entre las PARTES con relación a la Concesión objeto del mismo, por tanto, cualquier otro acuerdo previo que pudiere existir entre las PARTES sobre el objeto de este mismo instrumento, queda sin valor.

- 31.5 **Inscripción.** El Contrato así como todos los documentos que están relacionados con aquel, deberán ser inscritos en el archivo que corresponda al Registro de Concesiones Eléctricas del CONELEC.
- 31.6 **Cuantía.** Por su naturaleza, el Contrato es de cuantía indeterminada.
- 31.7 **Sucesores y Cesionarios.** Este Contrato será aplicable en su totalidad a cualquier sucesor o cesionario que haya recibido la correspondiente autorización del CONCEDENTE.
- 31.8 **Ley Aplicable y Jurisdicción.** Los derechos y obligaciones de las PARTES contenidas en este Contrato se regirán por la Ley ecuatoriana y se someten a los Tribunales Arbitrales contemplados en la Cláusula Vigésimo Segunda de este Contrato.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo Séptimo, numeral 18 del Código Civil, en este Contrato se entienden incorporadas las normas vigentes al tiempo de su celebración. Por tanto, a modo enunciativo y no taxativo, el marco legal y reglamentario especial aplicable, será el siguiente:

- a) Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 43, de fecha 10 de octubre de 1996, y las modificaciones introducidas por la Ley N° 50, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 227, de fecha 2 de enero de 1998, la Ley N° 58, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 261, de fecha 19 de febrero de 1998.
- b) Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, promulgado mediante Decreto Ejecutivo N° 754, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 128, de fecha 28 de octubre de 1997, y las modificaciones introducidas por el Decreto Ejecutivo N° 820 y publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 191, de fecha 11 de noviembre de 1998 y por el Decreto Ejecutivo N° 889, publicado en

el Registro Oficial N° 202, de fecha 26 de noviembre de 1997 (“Reglamento General”).

- c) Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica y promulgado mediante Decreto Ejecutivo N° 1274, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 290, de fecha 3 de abril de 1998 (“Reglamento de Concesiones”).
- d) Reglamento de Despacho y Operación del Sistema Nacional Interconectado, expedido mediante Decreto Ejecutivo N° 591 y publicado en el Registro Oficial 134 de 23 de febrero de 1999.
- e) Reglamento para el Funcionamiento del Mercado Eléctrico Mayorista, expedido mediante Decreto Ejecutivo N° 593, y publicado en el Registro Oficial 134 de 23 de febrero de 1999.
- f) Procedimientos de despacho y operación.

31.9 Gastos por otorgamiento. Serán de cuenta del CONCESIONARIO los gastos relacionados con el otorgamiento de la presente escritura pública, incluyendo las 8 copias certificadas y las 4 copias simples requeridas por el CONCEDENTE.

31.10 Contratos complementarios. De considerarse necesario, para la plena ejecución del Contrato, las PARTES de común acuerdo podrán celebrar contratos complementarios al principal, con la finalidad de efectuar aclaraciones, modificaciones o adhesiones que permitan su cabal aplicación.

31.11 Divisibilidad. En el caso de que cualquiera de las disposiciones del Contrato se declare nula o inaplicable, no afectará la validez de la totalidad del Contrato. Para todos los aspectos que no se contemplen en el Contrato, se aplicarán la Ley, los Reglamentos y disposiciones legales pertinentes que las complementen o substituyan, así como cualquier disposición supletoria aplicable.



31.12 Sometimiento a las Leyes de la República del Ecuador y Renuncia a la Reclamación por Vía Diplomática. Las Partes de manera expresa se someten a las Leyes de la República del Ecuador y al arbitraje aquí establecido, y renuncian a toda reclamación por la vía diplomática en relación con las obligaciones y los derechos que se originan en el Contrato. Las Partes podrán dar por terminado el Contrato de manera unilateral si una de ellas no cumple con la presente estipulación.

31.13 Forman parte de este Contrato, los Anexos que se detallan a continuación:

- ❑ Anexo N° 1: Descripción de los principales elementos del Proyecto.
- ❑ Anexo N° 2: Ubicación geográfica del Proyecto
- ❑ Anexo N° 3: Características Técnicas del Proyecto
- ❑ Anexo No. 4A: Cronograma de ejecución del Proyecto.
- ❑ Anexo No. 4B: Cronograma Valorado de ejecución del Proyecto.”<sup>39</sup>

### **ANÁLISIS:**

La Cláusula que se analiza contiene trece numerales: 31.1 Notificaciones; 31.2 Idioma; 31.3 Direcciones del Concedente y Concesionario; 31.4 Alcance de la formalización del contrato; 31.5 Inscripción; 31.6 Cuantía; 31.7 Sucesores y Cesionarios; 31.8 Ley Aplicable y Jurisdicción; 31.9 Gastos por otorgamiento; 31.10 Contratos complementarios; 31.11 Divisibilidad; 31.12 Renuncia reclamación vía diplomática; 31.13 Anexos.

El numeral 31.8 se sustenta en los artículos 23 numeral 26, 249 y 271 de la Constitución Política de la República y artículo 17, numeral 18 del Código Civil, todos ellos relacionados directamente con seguridad jurídica.

---

<sup>39</sup> Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower Cia. Ltd. de 15 de octubre de 2001.

Es adecuado citar las disposiciones legales y reglamentarias, así como las normas de procedimiento que constituyen la normatividad jurídica que rige la relación contractual y cuyo incumplimiento puede determinar el inicio de acciones legales en contra de una de las partes. Sin embargo, no debe ser una enumeración taxativa puesto que pueden ser derogadas, reformadas o expedirse nueva normativa, lo cual inclusive puede volver al contrato inejecutable.

Con relación al numeral 31.12 la cláusula recoge la disposición constitucional preceptuada en el artículo 14, por la cual “Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática”. Cabe observar, que se ha previsto la terminación unilateral por cualquiera de las partes, en caso de incumplimiento, lo adecuado hubiera sido limitar exclusivamente la terminación unilateral para el caso de que incumpla el concesionario.

Finalmente con relación al numeral 31.13, es necesario citar cada uno de los documentos que forman parte del contrato, como los documentos precontractuales, así como los anexos y demás documentos que establezcan las condiciones bajo las cuales se deben cumplir con las obligaciones estipuladas en el contrato.

### **3.- Análisis de la normativa jurídica y su incidencia en la seguridad jurídica del Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y Macha Power Cia. Ltda.**

#### **3.1.- TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.**

Este Convenio bilateral fue suscrito en Washington el 27 de agosto de 1993 y publicado en el Registro Oficial No. 49 de 22 de abril de 1997, entró en vigencia el 11 de mayo de 1997.

El Tratado protege a las inversiones que se realicen entre los dos países. Ampara aspectos relacionados con tributos. Considera entes jurídicos a todos los estamentos, en los que se incluyen los organismos estatales.

Dentro del procedimiento Arbitral, se puede identificar en la práctica que no es un mecanismo voluntario, ya que existen claras disposiciones que permite a la parte que está en conflicto, escoger entre una jurisdicción ordinaria y otra arbitral, se dispone que la segunda es excluyente de la primera, incluso se llega a concebir que a pesar de que las diferencias se sometan a los tribunales de justicia nacionales, éstas puedan considerarse como arbitrarias o discriminatorias para efectos del procedimiento arbitral, es decir a pesar de que una causa se encuentre en conocimiento de una judicatura ecuatoriana, este conocimiento no detendrá el procedimiento arbitral.

No se establece el principio de soberanía o de legalidad de competencia, ya que por lo general las controversias que se ventilan, se los realizan en el domicilio del demandado o donde surjan los efectos de las discrepancias;

incluso para el sometimiento a los tribunales de justicia nacionales, se limita a establecer la voluntad de la parte en diferencia.

En el Tratado se puede observar que el Arbitraje prácticamente es obligatorio, cuando consta por escrito.

El Tratado no establece si las decisiones que se toman se lo realizan por equidad o en derecho, situación que confiere discrecionalidad a los árbitros, lo que imposibilita que se establezca un mecanismo de apelación, por lo que la sentencia es definitiva y obligatoria para las partes.

El numeral 22.2 de la Cláusula Vigésima Segunda: Solución de Controversias del Contrato de Concesión guarda íntima relación con el Tratado en análisis cuando señala que el Arbitraje se realizará en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito o en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a elección del actor.

Por su parte el numeral 22.2.2 del Contrato señala el procedimiento que las partes deben observar para aplicar el Arbitraje Internacional.

En forma expresa en el numeral 22.2.2.1 del Contrato de Concesión, las partes se obligan a someter cualquier controversia a la jurisdicción y competencia del CIADI.

Del análisis realizado, no hay duda de que el TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES, tiene incidencia directa en la seguridad jurídica del contrato de Concesión, suscrito entre el CONELEC y MachalaPower, no solo desde el punto de vista

de los derechos que tiene el inversionista y que constan en el Tratado sino también, el procedimiento de solución de controversias.

El artículo 17 de la Constitución Política de la República señala que el Estado garantiza a sus habitantes, sin discriminación alguna las declaraciones, pactos, convenios y más **instrumentos internacionales** que se encuentren vigentes.

El referido Tratado estuvo vigente a la fecha de celebración del contrato de concesión e inclusive se lo nombra en el Contrato por lo tanto, se entiende incorporado dentro del mismo y constituye ley para las partes.

### **3.2.- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de Otros Estados.**

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de Otros Estados, elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial); fue publicado en el Registro Oficial No. 386 de 3 de marzo de 1986, y ratificado por el Congreso Nacional el 7 de febrero de 2001, publicada en el Registro Oficial No. 309 de 19 de abril de 2001, contiene el Preámbulo y setenta y cinco artículos. El Convenio ha sido ratificado por ciento cuarenta y cuatro estados.

El Convenio en análisis crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, con sede en la ciudad de Washington, con el objeto de proporcionar servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias sobre inversión entre un Estado y un nacional de otro Estado. El CIADI promueve la inversión internacional para el desarrollo facilitando a los inversionistas y Estados con un foro independiente para la solución de controversias.

De conformidad con el artículo 25 del Convenio, “La jurisdicción del Centro se extenderá a las **diferencias de naturaleza jurídica** que surjan directamente de una **inversión** entre un **Estado Contratante** (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el **nacional de otro Estado Contratante** y que las partes hayan consentido **por escrito** en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”. (las negritas me pertenecen).

Al igual que lo analizado en el numeral que antecede, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados tiene incidencia directa en el Contrato de Concesión entre CONELEC y MachaPower, toda vez que se le invoca de manera expresa en la Cláusula Vigésima Segunda: Solución de Controversias, numerales 22.2; 22.2.2; y específicamente en el numeral 22.2.2.1 que señala: “Las partes reconocen que el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio”) suscrito por la República del Ecuador, como estado Miembro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el 15 de enero de 1985, publicado en el Registro Oficial No. 386 el 2 de marzo de 1986 y ratificado por el Congreso Nacional el 7 de febrero de 2001, publicada en el Registro Oficial No. 309 de 19 de abril de 2001, es aplicable a cualquier controversia de cualquier naturaleza que pueda surgir entre las Partes en relación con este Contrato (una “Controversia”). Las Partes se obligan a someter cualquier Controversia a la jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”) para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio.”.

En el caso de que el actor decida acudir al arbitraje internacional, (como en la práctica MachalaPower lo ha realizado) está totalmente claro que se lo incoará ante el CIADI. El procedimiento se lo realizará observando el Convenio en mención.

Considero oportuno mencionar algunos aspectos básicos relacionados con la demanda interpuesta por MachalaPower al Estado ecuatoriano y al CONELEC en el CIADI, cuya información fue proporcionada por personeros de la referida Empresa:

- El 29 de julio de 2005, el CIADI registró la solicitud de Arbitraje presentada por MachalaPower Cía. Ltd. y Noble Energy Inc., en contra del Estado ecuatoriano y del CONELEC. Noble Energy Inc. se presenta al arbitraje en razón de que suscribió conjuntamente con MachalaPower el Convenio de Inversión con el Estado ecuatoriano.
- El Tribunal se constituyó y se realizó la Primera Sesión en la sede del CIADI.
- Los Demandantes presentaron el Memorial de la Demanda y el Estado presentó el Memorial de Jurisdicción y luego el Memorial de Contestación a la Demanda.

Aspectos de la Demanda:

- Se indica que el Estado Ecuatoriano y el CONELEC, han violado el Tratado de Derecho Internacional, las Leyes Ecuatorianas y el Tratado Bilateral de Inversiones;
- Se señala que existen violaciones al Contrato de Concesión, suscrito con MachalaPower.

- Trato discriminatorio, pues las acciones y omisiones, no han dado un trato nacional y de nación más favorecida, constituyen expropiación sin una compensación pronta, (Compraventa de Energía a Colombia).
- Solicitan igual tratamiento, es decir, pago por adelantado por la compra venta de energía;
- Expropiación de Inversiones;
- Pago de lo adeudado por la venta de la Energía generada;
- Que el Estado garantice el pago a través de medidas adecuadas; y,
- Según la demanda el Estado debe pagar los valores adeudados por venta de energía eléctrica al Mercado Eléctrico Mayorista, más los daños y perjuicios ocasionados.

La Procuraduría General del Estado, se encuentra realizando la defensa de este proceso, con el apoyo del CONELEC.

### **3.3.- Artículos 23, numeral 26; 244, numeral 4; y, 249 de la Constitución Política de la República.**

Los artículos 23, numeral 26 y 249 de la Carta Magna, confieren seguridad jurídica al Concesionario, es decir le da estabilidad y fundamentalmente certeza de que su inversión está garantizada, conforme a su análisis económico financiero; y que conoce las normas que rigen al Contrato, no solo desde el punto de vista eléctrico, sino tributario y societario. En términos concretos vela por los derechos adquiridos por el Concesionario, que no pueden ser modificados por normas posteriores.

Es necesario destacar que la Constitución de 1998, reconoce a la seguridad jurídica como un derecho general y no exclusivamente como un derecho del debido proceso que consta en el artículo 24 de la referida Carta Magna.



Por su parte el artículo 244, numeral 4 de la Constitución tiene un efecto jurídico diferente a los artículos antes referidos. Es una atribución y prerrogativa especial que cuenta el Concedente para procurar el bien común, es decir va más allá del bien particular o del interés particular. Le faculta a la Administración para que el Concedente pueda conseguir mejores condiciones para el usuario final, en procura del bien común. Sin embargo, es necesario señalar que la facultad de modificar las “reglas de juego” es de tipo excepcional que tiene el Estado y que puede afectar la seguridad jurídica y que en caso de que suceda deberá indemnizar con el objeto de reestablecer el equilibrio del Contrato de Concesión.

#### **3.4.- Artículo 7, numeral 18 de la Codificación del Código Civil.**

El segundo inciso del numeral 31.8 de la Cláusula Trigésima Primera del Contrato de Concesión, señala: “De conformidad con lo dispuesto en el Artículo Séptimo, numeral 18 del Código Civil, en este Contrato se entienden incorporadas las normas vigentes al tiempo de su celebración. Por tanto, a modo enunciativo y no taxativo, el marco legal y reglamentario especial aplicable, será el siguiente:...”.

Es necesario manifestar que el artículo 7 que es parte del Parágrafo 3° “Efectos de la Ley” del Código Civil, se refiere a la irretroactividad de la Ley, por tanto solo puede disponer para lo venidero y no tiene efecto retroactivo; y el numeral 18 que se invoca, es parte de las reglas referentes al conflicto de una ley posterior con otra anterior.

Este artículo tiene gran incidencia en el Contrato de Concesión, toda vez que garantiza y le da certeza al Concesionario (MachalaPower), de que conoce y se somete a las “reglas de juego”, vale decir saben sus derechos y obligaciones

que están vigentes al momento de la suscripción del Contrato de Concesión, especialmente y de forma expresa con la normativa jurídica que rige al sector eléctrico, así como también el procedimiento que deben observar las partes en caso de controversia y que de presentarse el “Hecho Príncipe”, el Estado debe tomar las medidas adecuadas a fin de mitigar el impacto en la inversión del Concesionario.

Esta disposición guarda íntima relación con los derechos constitucionales previstos en los artículos 23, numeral 26 y 249 de la Carta Magna.

### **3.5.- Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones.**

La Ley de Promoción y Garantías de las Inversiones se publicó en el Registro Oficial No. 219, de 19 de diciembre de 1997.

La Ley invocada tiene como objetivo: 1) Fomentar y promover la inversión nacional y extranjera; 2) Regular las obligaciones y derechos de los inversionistas para que puedan contribuir de manera efectiva al desarrollo económico y social del país; 3) Generar empleo y el crecimiento de áreas productivas, el incremento y diversificación de las exportaciones, el uso y desarrollo de tecnologías adecuadas; y, 4) Integración eficiente de la economía nacional con la internacional.

Le corresponde al Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI, formular las políticas nacionales de promoción de inversiones y al Ministerio de Industrias y Competitividad velar por su ejecución. La Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones, CORPEI es un organismo técnico especializado en promocionar las inversiones.

Las resoluciones del Ministerio de Industrias y Competitividad y las decisiones del Banco Central del Ecuador causan estado.

Adicionalmente la referida Ley señala que se entenderá como inversión extranjera directa, subregional o neutra, en los términos establecidos en la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, **a cualquier clase de transferencia de capital al Ecuador, proveniente del exterior, efectuada por personas naturales o jurídicas extranjeras, destinada a la producción de bienes y servicios.**

La Ley declara a la inversión en los sectores productivos y de servicios como prioridad nacional.

Del análisis de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, existen varias disposiciones que se relacionan con la seguridad jurídica, especialmente lo dispuesto en el Título IV De las Garantías a la Inversión Extranjera, Título VI de las Garantías Generales a la Inversión, Título VII de la Estabilidad Tributaria; y, Título X de la Solución de Controversia y de los Convenios Internacionales de Protección de las Inversiones, en los que se puede destacar entre otras: libertad para negociar la inversión registrada en el país; aplicación del Programa de Liberación de la Comunidad Andina, preferencias arancelarias otorgadas por terceros países al Ecuador; derecho de propiedad, sin otras limitaciones que las establecidas por las disposiciones legales vigentes; **estabilidad tributaria**; y el respeto de los Tratados y Convenios en materia de Promoción y Protección de Inversiones.

Gran relevancia jurídica tiene el artículo 21 cuando señala que el Estado debe velar para que la inversión nacional y extranjera se desenvuelva con la libertad y garantías establecidas en la **Constitución Política de la República** y **en el marco legal y normativo del país.**

En definitiva, no cabe duda que la Ley analizada otorga y garantiza especialmente al inversionista extranjero certeza, convicción y seguridad sobre

el destino de su capital, en la medida de que el “Hecho Príncipe”, no le afecte a sus legítimos intereses y en el evento de que se susciten controversias el Concedente está facultado para someter a consideración de Tribunales Arbitrales, constituidos en virtud de Tratados Internacionales de los cuales el Ecuador es parte.

El Capítulo IV del Reglamento de la Ley de Promoción y Garantías de las Inversiones prevé que en los contratos de inversión no podrán ser modificados unilateralmente por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten las cláusulas. Esta garantía se fundamenta en el artículo 249 de la Constitución Política de la República. El artículo 22 del Reglamento *Ibidem* introduce el concepto de estabilidad jurídica específica que faculta congelar todo el marco legal y reglamentario que afecta una inversión que supere los USD. 25 millones, por un período de tiempo que es igual al período de estabilidad tributaria.

El contrato de Concesión Específica suscrito entre el CONELEC y MachalaPower señala como obligación del CONCEDENTE brindar al CONCESIONARIO el apoyo necesario para que suscriba con el Ministerio de Industrias y Competitividad un **Contrato de Inversión** con el objeto de acceder al beneficio establecido en el artículo 30 de la Ley que se analiza, esto es que se estipule un tratamiento especial relacionado con el plazo en el que se realizará la inversión y el destino.

De la información obtenida en MachalaPower, el Convenio de Inversión fue firmado antes del Contrato de Concesión. La demanda interpuesta por el Concesionario en contra del Estado ecuatoriano, lo ha fundamentado en el Contrato de Inversión.

A través del Convenio de Inversión el Estado ecuatoriano otorgó a MachalaPower, las garantías siguientes:

1. Estabilidad Jurídica.- De acuerdo a lo preceptuado en los artículos 249 y 271 de la Constitución Política de la República del Ecuador; 17 y 21 de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones; y, artículos 9,12 y 22 de su Reglamento de aplicación.
2. Estabilidad Tributaria.- En los términos establecidos en los artículos 22 al 27 de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, y, artículos 9, 13 y 23 de su Reglamento de aplicación.
3. Libre remisión o repatriación de capital, utilidades y otros pagos al exterior.- De conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 10 del Reglamento a la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones.
4. No discriminación.- En los términos establecidos en los artículos 9 y 14 del Reglamento a la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones.

### CAPÍTULO III

## EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN EN EL ECUADOR

### 1.- ¿En qué consiste el equilibrio económico?

Marienhoff señala que el contrato administrativo es un “Acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.”<sup>40</sup>. (lo subrayado me pertenece).

De esta definición se deduce que el contrato de concesión es un acuerdo de voluntad bilateral (órgano del Estado y un particular) para prestar un servicio público y por tanto, generador recíproco de derechos y obligaciones que produce consecuencias jurídicas propias, directas e inmediatas.

Los propósitos o intereses que persiguen cada una de los contratantes es diferente: por una parte el concedente que es el Estado, tiene como objetivo y obligación satisfacer necesidades generales, como por ejemplo, proveer a la colectividad el servicio público de energía eléctrica y por otra parte, el concesionario que tiene como objetivo plasmar y concretar su capacidad de producción, es decir persigue un fin de lucro y lo percibe como un negocio. Se percibe que los contratos que suscribe el Estado tienen cláusulas exorbitantes es decir existiría una desigualdad jurídica.

Sin embargo, se puede señalar que el “equilibrio” es propio de todo contrato inclusive aquellos que celebra el Estado ya que radica fundamentalmente en su

---

<sup>40</sup> Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho*, cit por Jorge Fernández Ruiz, pág. 34. op. Cit. pág. 150.

origen heterogéneo que persiguen las partes, es decir el fin económico privado es contrario al fin público o bien común.

Es necesario indicar que el análisis sobre “equilibrio económico” no se lo realiza desde el punto de vista de la teoría económica, sino cuando un contrato puede verse alterado durante su ejecución por actos o hechos del concedente, en uso de los poderes exorbitantes o por parte del concesionario.

### **1.1.- Cláusula denominada “Rebus sic stantibus” “Estando así las cosas”.**

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de M. Ossorio, señala que: “En los contratos, especialmente si son de tracto sucesivo, se sobreentiende que su subsistencia está supeditada a la permanencia, por lo menos esencial, de los motivos o circunstancias que originaron el pacto. La locución latina puede traducirse por "continuando así las cosas"; es decir, manteniéndose como estaban al celebrarse el contrato. De ello se deduce que, lo mismo que en la imprevisión, no cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada en época normal, si, a la fecha de su ejecución, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que la prestación resulte excesivamente ruinosa o gravosa para el obligado o, posiblemente, para el acreedor. El principio es también aplicable en Derecho Internacional Público a los tratados permanentes.”<sup>41</sup>

La enciclopedia libre Wikipedia señala que “Antiguamente, se consideraba que cada contrato contenía una cláusula tácita que, en caso de que se cambiasen las circunstancias presentes en el momento de la celebración del mismo, llevaba a la disolución del contrato. De ahí que a veces se diga cláusula rebus

---

<sup>41</sup> OSSORIO, M. (2000), *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Eliasta, Ed. 27°, Buenos Aires, p. 836.

sic stantibus, aunque ahora la opinión mayoritaria contemple el principio como una norma objetiva, permitiéndole a la parte contratante perjudicada por el cambio de las circunstancias invocar la disolución del contrato.” Adicionalmente señala “el principio rebus sic stantibus, en el Derecho Internacional, se rige por el Art. 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Según el, si se produjera un cambio fundamental en las circunstancias preponderantes en el momento de la celebración del tratado y ese cambio conlleva un cambio radical de las obligaciones que en virtud del tratado todavía quedan por cumplir, la parte perjudicada puede alegar el cambio para desvincularse del tratado o suspenderlo.”.<sup>42</sup>

Por su parte el tratadista mexicano Sergio Guerrero Verdejo señala: “Este principio es poco riguroso, pues permite a las partes, liberarse de sus compromisos sin han producido cambios en las circunstancias bajo las cuales fueron creadas. Ha sido causa de disolución, exoneración y hasta incumplimiento de los tratados internacionales.”.<sup>43</sup>

La cláusula "**REBUS SIC STANTIBUS**" es considerada como un Principio Universal del Derecho, por el cual se entiende que las cláusulas de los contratos a término o de tracto sucesivo **lo son** tomando en cuenta inclusive las circunstancias concurrentes que se presenten, incluso en el momento de su suscripción, por lo que cualquier alteración sustancial de las mismas, puede dar como resultado inclusive la modificación unilateral del contrato.

Una de las características de la referida cláusula es que solo es exigible cuando las cosas permanecen en el mismo estado que tenían a la época de su celebración, es decir el contrato es solamente lo que las partes lo han dicho.

---

<sup>42</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Rebus\\_sic\\_stantibus](http://es.wikipedia.org/wiki/Rebus_sic_stantibus)



Es necesario resaltar que al momento de redactar un contrato por más experiencia y cuidado que tengan las partes, siempre existirán presuposiciones que no han sido previstas o contempladas o que haciéndolas no se conoce cuales serán sus consecuencias. Se puede afirmar entonces, que un contrato por perfecto que sea no es solamente lo que las partes han escrito sino también lo que se sobreentiende por tanto, siempre lleva atado presuposiciones cuyo efecto será la deliberación o la duda.

De la investigación realizada, se puede colegir que si bien los contratos son ley para las partes, no se puede decir que son eternos, ni tampoco inmutables, especialmente cuando se vuelven inejecutables o “injustos”.

Del análisis de la doctrina y del Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachaPower, en estricto sentido jurídico se desprende que no se ha estipulado la cláusula “Rebus Sic Stantibus”.

## **2.- Causas de ruptura del equilibrio económico:**

Es necesario indicar que la concesión posee legalmente un carácter contractual indiscutible, con independencia de que, sobre su régimen jurídico, se proyectan reglas que exceden el ámbito contractual y que requieren necesariamente una determinada interpretación.

### **2.1.- El hecho del príncipe.**

La teoría del hecho del príncipe, se refiere cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la administración contratante, o de un acto, hecho u operación imputable al Estado en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación económico-financiera del contrato en perjuicio del contratista.

---

<sup>43</sup> Guerrero Verdejo, Sergio, *Derecho Internacional Público TRATADOS*, México, Plaza y Valdés Editores, 2002.

Esta teoría tiene su origen en el derecho público de Europa en donde predominaba el poder absoluto que se mantiene hasta la actualidad.

De acuerdo con esta teoría, el acto, hecho, operación o decisiones jurídicas o acciones materiales de poder anormal o extraordinario que modifiquen las cláusulas contractuales realizados por el Estado, habilita al concesionario para emprender el reclamo ante el Concedente y este por su parte debe proceder a indemnizarlo por el daño emergente y el lucro cesante dentro de los límites que el régimen específico aplique.

### **2.1.1.- Aplicación nueva legislación y regulaciones posteriores a la firma de los contratos.**

Como se ha manifestado, el “hecho príncipe”, entendido como la potestad que tiene el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; del Tribunal Constitucional, Procuraduría General del Estado y en el caso específico del sector eléctrico, del CONELEC posee facultad constitucional, legal, reglamentaria y regulatoria para expedir, derogar o modificar la normativa jurídica vigente en el país, situación que de una u otra forma pueden perturbar o alterar los derechos y obligaciones de las partes y fundamentalmente desde mi punto de vista la ecuación económica – financiera del contrato de concesión; situación que está íntimamente ligada con la seguridad jurídica que puede ofrecer el país a los inversionistas.

No cabe duda que la seguridad jurídica per se desde este punto de vista ocasiona algún tipo de rigidez al ordenamiento jurídico de una sociedad.

Sin embargo, como se ha manifestado en “Derecho”, no todo está dicho o todo está escrito. El Derecho es mutable y por tanto debe tener un comportamiento

dinámico, acorde con los avances de la ciencia y tecnología, en aras siempre de **satisfacer el bien común o el interés general de la sociedad.**

Del análisis efectuado, se puede colegir que sin bien es cierto las “reglas de juego” que rigen un contrato no deben ser cambiadas por la administración pública de forma abrupta o precipitada, es necesario manifestar que muchas de las condiciones o circunstancias concurrentes pueden cambiar y fluctuar con el transcurso del tiempo, incluso en beneficio de las partes por ejemplo contratos que se tornaron inejecutables, cláusulas que dejaron de tener vigencia o circunstancias económicas que le hace oneroso al contrato. En estas circunstancias, considero que el mismo puede ser **revisado por las partes**, tomando incluso como objetivo y base el menor impacto económico para el Estado.

Finalmente debo indicar que la administración pública para tomar una decisión y evitar posibles problemas al cambiar las “reglas de juego” que pueden incidir o alterar contratos, debe tomar en cuenta los aspectos siguientes:

1) Contar con un informe económico, en el que conste indudablemente el impacto / ganancia / perjuicio que puede causar a las partes; 2) Conocer el beneficio de la ciudadanía; 3) Los cambios que se proponen deben ser claros, es decir que no induzcan al error; 4) El costo que implica para lo cual se debe contar con el presupuesto respectivo que pueda soportar incluso posibles indemnizaciones los concesionarios.

### **2.1.2.- Fijación de tarifas del servicio público de fuerza eléctrica.**

Por disposición de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, corresponde al CONELEC, fijar las siguientes tarifas:

1. Las transferencias de potencia y energía entre generadores, que resulten de la operación a mínimo costo del Sistema Nacional Interconectado, cuando ellas no estén contempladas en contratos a plazo;
2. Las transferencias de potencia y energía de generadores a distribuidores, las cuales serán calculadas por el CENACE y aprobadas por el CONELEC;
3. Las tarifas de transmisión, por el uso de las líneas de transmisión, subestaciones de transformación y demás elementos constitutivos del sistema de transmisión;
4. El peaje por el uso, por parte de terceros, del sistema de distribución, el cual será igual al Valor Agregado de Distribución (VAD);
5. Las tarifas por suministros a consumidores finales abastecidos por empresas de distribución que no tengan o no hayan ejercido la opción de pactar libremente sus suministros.

Conforme lo señala la invocada Ley, el CONELEC debe aprobar las tarifas hasta el 30 de junio de cada año y entran en vigencia en enero del año siguiente.

Los principios tarifarios que sustentan la fijación de tarifas constan en los artículos 53 y siguientes de la LRSE y el Reglamento de Tarifas. Sin embargo, la Asamblea Constituyente mediante Mandato No. 15, reformó los principios tarifarios y por tanto la forma del cálculo de las tarifas, especialmente a los usuarios finales.

El artículo 1 del referido Mandato señala que el CONELEC debe aprobar los nuevos pliegos tarifarios para establecer la **tarifa única que deben aplicar las empresas eléctricas de distribución**, para lo cual debe establecer nuevos parámetros regulatorios, en el que debe incluir el ajuste automático de los

contratos de compra venta de energía vigente. Se elimina el concepto de costos marginales de mercado para el cálculo del componente de generación y no se consideran los componentes de inversión para la expansión en los costos de distribución y transmisión. Adicionalmente señala que los recursos que se requieran para cubrir las inversiones en generación, transmisión y distribución, serán cubiertos por el Estado para lo cual deben constar en el Presupuesto General.

Como es obvio suponer, la tarifa como en toda actividad económica, es el corazón que sustenta el “negocio” del “sector eléctrico”, que corresponde al Concedente, es decir de competencia exclusiva de la administración pública o del Estado.

Para el caso ecuatoriano, como se indicó, desde que está en vigencia la LRSE, esto es desde octubre de 1996, no se ha podido aplicar la tarifa técnica fijada por el Directorio del CONELEC, es decir el Ejecutivo ha intervenido para fijar y poner en vigencia los pliegos tarifarios por debajo de la dictaminada por el Organismo Regulador. Producto de esta “intervención”, existe un déficit tarifario millonario que inclusive no cuenta con la partida presupuestaria del Estado y cuyo resultado es la profunda crisis económica por la que atraviesa el sector eléctrico.

Del análisis efectuado se desprende que el Concedente, para el caso ecuatoriano sea el Ejecutivo o el Organismo Regulador, tienen potestad para analizar, revisar, fijar o modificar las tarifas eléctricas de los consumidores, que puede modificar el equilibrio económico de los contratos de concesión y por lo tanto las expectativas de los inversionistas. Por lo tanto, y como se ha manifestando, el Estado para la fijación de tarifas, debe analizar las

consecuencias económicas que de este acto administrativo se pueden derivar, en perjuicio o beneficio ya sean de los usuarios o de la sociedad.

Del análisis de la doctrina y del Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower el 15 de octubre de 2001, se desprende que consta en las cláusulas siguientes: Décima Segunda, numerales 12.1.5; 12.2.8; Décimo Sexta, numeral 16.7; Cláusula Vigésima Tercera; Cláusula Vigésima Cuarta, numeral 24.1;

## **2.2.- Teoría de la Imprevisión.**

La teoría de la imprevisión se presenta cuando ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores, y sobrevinientes a la suscripción de un contrato de concesión, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del concesionario, es obligación del **Estado**, es decir por parte del **concedente**, asistirlo para que pueda ejecutar el Contrato.

La imprevisión es un mecanismo jurídico que permite al concesionario obtener del **Estado** o del **concedente** una revisión, reajuste y/o la terminación del contrato, con el objeto de reducir su riesgo al límite previsto en el punto de equilibrio que las partes calcularon al momento de la suscripción del contrato.

La imprevisión es de **orden público**.

Para que la imprevisión tenga efectos deben concurrir algunas circunstancias:

1. Que sea un acontecimiento ajeno al **Estado o al concedente** que no pudo estipularse en el momento de suscribir el contrato;
2. Que si bien puede ejecutarse el contrato, existen obligaciones del Concesionario que afecta profundamente el equilibrio económico del contrato.

3. Que causa del desequilibrio económico sea ajena a la voluntad de las partes, incluso, una circunstancia administrativa de otra autoridad pública.
4. Que lo que causa el acontecimiento no debe ser atribuible al Estado, caso contrario prevalece el “hecho del príncipe”.
5. Que normalmente se trate de acontecimientos derivados de la incertidumbre del mercado, incremento imprevisto de insumos, aumentos de sueldos, inflación, devaluación de la moneda, restricción del consumo.
6. Que debe prevalecer la equidad y buena fe. De acuerdo al derecho comparado, su aplicación no requiere de una ley formal que declare vigente o aplicable ya que está presente en todo contrato conmutativo.

Del análisis del contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower, el 15 de octubre de 2001, se desprende que si estipula lo relacionado con la teoría de la imprevisión, es decir un mecanismo jurídico que permita al Concesionario obtener del Estado o del concedente el restablecimiento de la ecuación económico-financiera, como por ejemplo la Cláusula Décimo Segunda, numerales 12.1.5 y 12.2.8.

#### **2.2.1.- Por parte del Estado.**

En términos generales en un contrato de concesión, cuyo marco jurídico es el derecho administrativo, normalmente las reglas y eventuales incumplimientos de las obligaciones rigen “casi” exclusivamente para el concesionario y por tanto un aparente olvido para constatar y verificar los incumplimientos del concedente y peor aun de las consecuencias que ello deriva.

Esta circunstancia deriva de la naturaleza del contrato de concesión, ya que el concedente corre la suerte de “policía”, y el concesionario de ejecutor, lo que incluso impide generalmente sostener que el incumplimiento del concedente no

pueda constituir causas de terminación del mismo; es decir la concesión se configura como una prestación forzosa.

Se considera principalmente tres causas que pueden influir el equilibrio económico por parte del Estado:

1. Cuando el concedente por acciones u omisiones no ha conferido al concesionario la protección adecuada o no ha realizado sus “buenos oficios” ante otras autoridades de la administración pública, para que pueda iniciar la construcción por ejemplo de una central de generación eléctrica, o en definitiva ejecutar el objeto materia de la concesión, que le permita recuperar su inversión, para lo cual es necesario verificar que el concesionario ha realizado sus acciones o gestiones a tiempo. En definitiva está claro que se refiere a los casos en que las decisiones corresponden al propio concedente.
2. Como se analizó, cuando las consecuencias se derivan de la eficacia del principio de equilibrio económico-financiero del contrato, ya que en ningún caso el concesionario puede constituirse en prestamista forzoso del concedente, ni tampoco se le puede exigir que preste el servicio a pérdida. Esto tiene íntima relación con la potestad que tiene el Estado para fijar o revisar tarifas al usuario final, subsidios, compensaciones o como dispone la LRSE, si bien el Estado no garantiza mercado, precio ni tarifa, pero sí garantiza por ejemplo el pago por la compra de energía de la empresa de distribución a la empresa concesionaria de generación.
3. Cambio de la normativa o reglas de juego que fueron analizadas, para lograr una mejor organización y funcionamiento del servicio, tratando en lo posible mantener inalterables los derechos adquiridos por el concesionario.



Es necesario indicar que por su naturaleza el contrato de concesión, es una prerrogativa del Estado, que subordina jurídicamente al contratista, anotando que la administración pública durante su ejecución puede variar unilateralmente, dentro de ciertos límites de la lógica y en razón del interés público.

### **2.2.2.- Por parte del Concesionario.**

Si bien el contrato de concesión es bilateral, del análisis efectuado se puede indicar que el concesionario es la parte “débil” de la relación contractual. La ruptura del equilibrio económico por parte del concesionario se deriva de las reiteradas infracciones e incumplimientos de las obligaciones, cuyas consecuencias son las sanciones, multas, ejecución de garantías y finalmente la terminación del contrato.

El concesionario por ningún motivo y de forma unilateral, puede abandonar la construcción del proyecto concesionado ni tampoco puede ceder los derechos de concesión. Éste tiene derecho a explotar el servicio concedido durante el plazo estipulado, con exclusividad.

Para el caso del sector eléctrico, la empresa concesionaria de generación, no puede transmitir o distribuir energía eléctrica. De igual manera el distribuidor no puede generar energía eléctrica.

El Estado a través del ente concedente, tiene la obligación de controlar y vigilar al concesionario para que el servicio público que se preste a la colectividad sea continuo y de calidad; por ello, a más de prestar correctamente el servicio público, debe cumplir con la normativa jurídica y sobre todo las estipulaciones contractuales.

El concesionario puede pedir la rescisión del contrato por falla del concedente, suspensión de la ejecución por *“exceptio non adimpleti contractus”*

A más de las obligaciones propias que se derivan del contrato de concesión, debe cumplir con otras entidades de la administración pública, que son concurrentes a la actividad económica que ejecuta como son por ejemplo la administración tributaria, administración municipal, Superintendencia de Compañías y Ministerio del Ambiente.

De lo analizado, se puede señalar que de las omisiones e incumplimientos de sus obligaciones contractuales y legales por parte del concesionario, deriva no solo el establecimiento de infracciones, sanciones y multas, sino también la extinción del contrato de concesión, que atenta contra los intereses de la colectividad, del Estado, del inversionista con efectos que lesionan la relación jurídica.

Finalmente, es necesario señalar que el efecto de la terminación de la concesión, puede dar lugar a la transferencia de los bienes del concesionario a favor del concedente, con o sin indemnización.

### **2.3.- Eventos de fuerza mayor o caso fortuito.**

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 30 señala textualmente: *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir; como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*

La legislación ecuatoriana da el mismo valor a las definiciones “fuerza mayor” y al “caso fortuito” y señala como premisa al imprevisto, es decir como un suceso inesperado que no se pudo prever o vaticinar y no solo se refiere a hechos

relacionados con fenómenos de la naturaleza, como normalmente se le conoce, sino también a dos actos emanados o realizados por funcionarios públicos.

En esta definición se puede manifestar que están involucrados dos aspectos que han sido tratados vale decir la “teoría de la imprevisión” y el “hecho príncipe”.

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, define a la “Fuerza Mayor” como: “Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto no ha podido resistirse.” El mismo autor al “Caso Fortuito” lo define como: “El suceso inopinado, que no se puede prever ni resistir.”<sup>44</sup>.

La concesión de un servicio público responde a la naturaleza contractual, por tanto, es muy posible de que en el curso de su ejecución, se produzcan eventos o sucesos inesperados y repentinos, relacionados con fenómenos de la naturaleza o actos expedidos por la administración pública no imputables a las partes y cuyo resultado imposibiliten su cumplimiento, esto es, la prestación del servicio. Los actos emanados del Estado al igual que de la naturaleza pueden producir efectos propios de la fuerza mayor o del caso fortuito, o sea que pueden ser definitivos o provisionales que pueden dar lugar, según el caso, a la rescisión del contrato o suspensión o paralización de la ejecución del mismo.

### **3.- Restablecimiento del equilibrio del Contrato de Concesión.**

Este tema tiene como objetivo analizar las formas que permitan restablecer el equilibrio del Contrato de Concesión, intentando superar alguna modificación o

---

<sup>44</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1983.

alternación del contrato por un acto, acción u omisión, emanado o derivado de la imprevisión o del *ius variandi*. El reequilibrio del contrato de concesión tiene como objetivo principalmente mantener el equilibrio financiero.

“El principio de equilibrio económico – financiero de la concesión de servicio público trae su causa histórica de la conveniencia de que el Concedente colabore con el gestor del servicio en el mantenimiento de su posición económica, derivada de la explotación del servicio, cuando aquella se ve alterada como consecuencia del ejercicio del *ius variandi* o del *factum principis*, así como cuando entra en juego la teoría de la imprevisión, con el diferente alcance en cada uno de dichos casos.”<sup>45</sup>

### **3.1. Compensación económica.-**

“La compensación económica permite restablecer la ecuación financiera en aquellos supuestos en que la Administración concedente ejerza el *ius variandi*.”<sup>46</sup>

La frase “compensación económica” está relacionada con la palabra “indemnización” que se refiere al resarcimiento de daños y perjuicios, por parte de quien causó.

Guillermo Cabanellas define a la Indemnización como el “Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado. En general, reparación. Compensación”.<sup>47</sup>. El mismo autor señala que indemnizar es: “Resarcir los daños y perjuicios”.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Mestre Delgado, *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid. Gráficas Muriel S.A., 1992.

<sup>46</sup> Mestre Delgado, *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid. Gráficas Muriel S.A., 1992.

<sup>47</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1983.

<sup>48</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1983.

Cabanellas, señala que la frase “Daños y Perjuicios” “Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas veces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño. En sentido jurídico, se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio, la pérdida de utilidad o ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse...”<sup>49</sup>.

Para la procedencia de la indemnización el perjuicio debe producirse efectivamente y que tal perjuicio sea resarcible o reparable, en razón de que:

- a) El daño se haya presentado en forma súbita o repentina, sin que pudiera razonablemente haberlo tenido en cuenta las partes en el momento de celebrar el contrato; y, b) La disposición del Estado determinante del daño, sea de carácter general y que provenga de cualquier autoridad pública.

El autor Juan Francisco Mestre señala que “...la indemnización debe comprender dos elementos: 1) los gastos efectivamente realizados por el contratista; 2) el beneficio legítimo del contratista, que debe incluir tanto el lucro cesante como el daño emergente. El modificar un contrato público en perjuicio del particular, cuando el interés público indefectiblemente lo exija, no será llevado a efecto sin lograr la **contraprestación o la solución financiera** que deje a salvo el interés privado, pues no se debe tratar de especular en detrimento de determinado particular o empresa privada, es decir de manera

---

<sup>49</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1983.

arbitraria y sin una definida finalidad pública.”<sup>50</sup>

El mismo autor señala que: “... en todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.”<sup>51</sup>

Para que opere esta compensación deben existir los recursos económicos necesarios, es decir contar con la partida presupuestaria respectiva.

El numeral 12.1.5 del Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower, estipula una compensación como producto de una indemnización en caso de que los poderes públicos de manera unilateral expidan leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, resoluciones, ordenanzas, o la ejecución de hechos materiales que alteren o disminuyan las cláusulas del Contrato. El numeral 23.1.2 señala que si se expidieren leyes en el futuro que afecten la operación económica o financiera las partes deben tomar las acciones correspondientes que permitan reestablecer las condiciones afectadas. De igual manera lo señala el numeral 24.1 del referido Contrato en el sentido de que el Estado debe reconocer al Concesionario una compensación por los daños y perjuicios que le ocasionen los actos del poder público con el objeto de reestablecer y mantener en todo momento la estabilidad económica y financiera.

---

<sup>50</sup> Mestre Delgado, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid. Gráficas Muriel S.A., 1992.

<sup>51</sup> Mestre Delgado, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid. Gráficas Muriel S.A., 1992.

### **3.2.- Incremento del plazo.**

Cuando nos referimos a la palabra “plazo”, estamos invocando la cláusula del contrato relacionada con el paso del tiempo o con la temporalidad que confiere el concedente a favor del concesionario para que pueda recuperar su inversión (amortizar su capital) y obtener una utilidad razonable.

Esta cláusula tiene trascendental importancia para las dos partes, en razón de que estipular un corto plazo, daría como resultado pérdidas para el concesionario, es decir que le imposibilite recuperar su capital en el plazo estipulado; y por el contrario si en el contrato consta un plazo mayor al determinado por el estudio respectivo, se podría presentar un perjuicio al Estado, incluso de podría configurar una figura de peculado.

El incremento del plazo en definitiva es una forma de compensación por parte de quien causó el desequilibrio del contrato, que sin duda se transforma en compensación económica, es decir trata de resarcir o remediar el daño causado a través de la modificación de la cláusula del plazo del contrato de concesión.

El cálculo del incremento del plazo del contrato de concesión que pueda subsanar el perjuicio causado, debe estar debidamente sustentado y demostrado.

A diferencia de la compensación económica, este tiene una ventaja ya que no requiere contar con los recursos monetarios.

La prórroga del plazo, tiene relación con el objeto de la concesión que es de carácter permanente ya que dura mientras exista necesidad colectiva, sin embargo por principio la concesión al ser considerada como “negocio fijo” o

“negocio de término esencial”, no puede ser confiada de manera indefinida.

Está estipulado en las Cláusulas Séptima, numeral 7.2 y Vigésima Quinta. El numeral 7.2 estipula que podrá prorrogarse el plazo cuando ocurra cuatro circunstancias: a) Fuerza Mayor; b) Causas que están fuera de control del Concesionario; c) Retraso del Concedente o de cualquier entidad gubernamental en el otorgamiento o cumplimiento de obligaciones derivadas de la legislación ecuatoriana; d) Por otra causa que se derive de la LRSE; por su parte la Cláusula Vigésima Quinta: “Fuerza Mayor o Caso Fortuito”, del numeral 25.6 “Prórroga de Plazo” del Contrato de Concesión que señala: “En caso de que el evento considerado como Caso Fortuito o Fuerza Mayor impida el cumplimiento oportuno de una o varias obligaciones contractualmente acordadas, por ese solo hecho, el plazo de contrato deberá ser prorrogado. La prórroga será por un tiempo igual a la duración que tuvo el acontecimiento considerado como Caso Fortuito o Fuerza Mayor.”<sup>52</sup>

De análisis efectuado, la prórroga del plazo que es una forma de compensar al Concesionario si está estipulado en el Contrato de Concesión en estudio, sin embargo está limitado a las circunstancias antes referidas.

### **3.3.- Incremento de la tarifa.**

Como se analizó la fijación y revisión de la tarifa corresponde al organismo concedente. Esta compensación que considero también es de tipo económico, tiene relación con la teoría de la imprevisión.

Por regla general se puede señalar que la tarifa determinada por el Concedente debe cubrir el precio del servicio público de tal forma que le permita al concesionario mediante una buena administración, amortizar durante el plazo



de la concesión su inversión.

Se puede afirmar que la revisión (incremento) de tarifas, no solo tiene origen e incidencia para el concesionario como beneficiario, sino también para el usuario del servicio público.

De la investigación efectuada se puede indicar que la compensación a través del incremento de la tarifa puede tener graves consecuencias a la administración pública, ya que es necesario conocer, analizar y establecer los límites a los que se puede acceder, su comportamiento en la sociedad e incluso por los efectos políticos.

Si el incremento es pagado o subvencionado por el Estado, el riesgo será menor, para lo cual se deberá contar con los recursos económicos que se requiera, caso contrario si lo pagan los usuarios el riesgo es muy alto para el concedente por los efectos que de ello se derivan.

Esta forma de restablecimiento del equilibrio económico, de manera expresa no está estipulada en el Contrato de Concesión en análisis, sin embargo, sería un mecanismo que le permita al Concedente o al Estado compensar o restablecer el equilibrio económico del Contrato.

### **3.4.- Otros**

Si la administración pública desea restablecer el equilibrio del contrato de concesión y no cuenta con los recursos económicos suficientes para resarcir el daño provocado, luego del análisis minucioso realizado puede buscar **fórmulas alternativas**, utilizando al mismo tiempo la compensación económica, incremento de plazo o incremento de la tarifa. Esta **alternativa mixta** puede

---

<sup>52</sup> Contrato de Concesión suscrito entre CONELEC y MachalaPower, suscrito el 15 de octubre de 2001.

tener varias ventajas para el concedente, como por ejemplo mantener el servicio público por parte del concesionario, garantizando su continuidad y lo que es más importante minimizando el impacto económico que representaría para el Estado.

Otra forma de reestablecer el equilibrio del contrato, sería **asumiendo temporalmente los gastos y costos** que demande el proveer el servicio público concesionado, hasta **compensar** el daño ocasionado; inclusive el concedente podría proveer los insumos que se requieran, como por ejemplo para generar energía termoeléctrica, entregando el combustible.

No cabe duda que la **subvención directa o indirecta** del concedente al concesionario, puede ser otra manera de mantener el equilibrio contractual. Esta forma podría dar cierta ventaja al concedente, dependiendo la forma de entrega de los recursos, lo que minimizaría el impacto económico.

Finalmente, el Estado puede **exonerar** en forma temporal o definitiva del **pago de tributos** al concesionario, situación que le puede favorecer en razón de que no requiere contar con recursos económicos inmediatos.

Estas formas de compensación, no están estipuladas en el Contrato de Concesión, sin embargo puede dar lugar o ayudar para que el Estado pueda utilizar.

Considero necesario destacar algunos aspectos relacionados con la controversia que se ventila en el CIADI.

El Contrato de Concesión estipula con relación a la solución de las Controversias, las siguientes fases: **La Primera** a la Resolución de los Representantes de las partes; **La Segunda**, si dentro del plazo de 10 días de

haberse remitido el desacuerdo, este no hubiera sido resuelto por las partes, estas las someterán a un proceso de mediación, cuyo Mediador será nombrado **mediante acuerdo de las partes** en el plazo de diez días. Si no hubiera acuerdo sobre el mediador, se acudirá a uno de la lista de mediadores y a la mediación ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito; **La Tercera.** Si las partes no llegaran a un acuerdo con el Mediador, someterán la Controversia al Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito o al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a elección del actor.

Además, el procedimiento alude a que los desacuerdos versarán sobre los asuntos expresamente indicados en el Contrato.

Los puntos de “controversia” presentados por MachalaPower son de **carácter eminentemente económico** derivados principalmente por la falta de pago del Mercado Eléctrico Mayorista por su venta de energía eléctrica. Adicionalmente reclaman:

El restablecimiento del orden o prelación en el despacho de la energía generada por MachalaPower Cía. Ltda. Este despacho se vio afectado por la expedición del Decreto 1539 de 30 de marzo de 2004, ya que al establecer un precio subsidiado a los combustibles (residuo de generación) que utilizan ciertas generadoras térmicas, se alteró el orden y la prelación de despacho que tenía MachalaPower Cía. Ltda. La afectación al despacho causa un menor volumen de ventas o generación, por lo que solicitan el restablecimiento de las normas de despacho, de manera que en el futuro se reconozca la eficiencia que le corresponde.

Solicita que se reestablezca el equilibrio económico del Contrato estipulado en la Cláusula 24.1 del Contrato de Concesión.

De igual manera invocan Trato igualitario. La Cláusula 12.1.4 del Contrato de Concesión suscrito entre MachalaPower Cía. Ltda., y el CONELEC estipula que MachalaPower tiene el derecho a recibir de parte de las autoridades del Estado Ecuatoriano, y en concreto del CONELEC, un trato igual y no menos favorable al que reciben otros agentes del sector eléctrico, como es el caso de la Interconexión eléctrica con Colombia.

## CAPÍTULO IV

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 1.- Conclusiones.

El servicio público energía eléctrica en el Ecuador es de responsabilidad exclusiva y obligatoria del Estado, sea que lo provea de manera directa o por delegación al sector privado, con el objeto de alcanzar el bien común de la sociedad. Esta disposición consta en la Constitución de 1998 y en el Proyecto de Constitución de 2008.

Este servicio debe ser prestado en igualdad de condiciones, independientemente de la condición social, económica y ubicación geográfica del usuario final, que debe pagar una tarifa justa.

El servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica en el Ecuador, lo prestan diez y nueve sociedades anónimas que de conformidad con la Ley de Compañías, fueron constituidas como personas jurídicas de derecho privado, sin embargo el mayor accionista es el Estado, figura poco ortodoxa que ha traído como consecuencia distorsiones en el manejo administrativo de las mismas, en perjuicio de los usuarios.

Desde que se encuentra vigente la LRSE el estado únicamente ha delegado al sector privado la actividad de generación de energía eléctrica, mediante la suscripción de Contratos de Concesión y de Permiso, que aproximadamente representa el 16% de la capacidad total instalada en el Ecuador.

Conforme lo preceptúa la Constitución Política de la República, el Estado tiene la obligación de vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley; para lo cual debe regular y controlar, en este caso, el servicio público de energía

eléctrica en defensa del bien común. Este servicio debe cumplir con los principios básicos de universalidad, eficiencia, responsabilidad, continuidad, calidad y accesibilidad.

La Constitución Política de la República y las Leyes facultan al Estado para regular y controlar a través del poder político el servicio público de energía eléctrica. Este poder del Estado con el objeto de guardar equilibrio, armonía y evitar arbitrariedades, representado por tres Funciones (Ejecutiva, Legislativa y Judicial) así como también del Tribunal Constitucional, pueden regularlo de manera indirecta y por tanto incidir en forma positiva o negativa en cada una de las fases que comprende la industria eléctrica.

El servicio público de energía eléctrica es una actividad económica dinámica y por tanto sometida a cambios que deben ser regulados y controlados por el Estado y no limitado a expedir normas sino a ser creativo, incentivador, innovador, recíproco e informativo.

La Concesión es un contrato de derecho público que nace de la voluntad administrativa y que facilita al Estado cumplir con su obligación y responsabilidad de proveer entre otros, el servicio público de energía eléctrica a sus usuarios en óptimas condiciones, sin embargo debe asegurar al concesionario el retorno de su inversión y una utilidad que cubra sus expectativas económicas-financieras, a través de una correcta fijación y aplicación de la tarifa eléctrica.

La Constitución Política de la República, reconoce a la seguridad jurídica como un derecho y una garantía de las personas naturales y jurídicas. Para el caso de inversiones, preceptúa en forma clara y contundente que las condiciones contractuales no pueden modificarse unilateralmente por leyes o disposiciones.

En caso de romper el equilibrio contractual por motivos que vayan en beneficio de la colectividad o del bien común, el Estado debe reestablecer el equilibrio económico del Contrato.

En el Ecuador la fijación de la tarifa eléctrica se ha manejado de acuerdo a conveniencias y coyunturas políticas, impidiendo, en especial, un normal desarrollo financiero de las empresas del sector.

La seguridad es una garantía que tiene un individuo sobre su integridad, sus bienes y sus derechos; que no serán objeto de cambios súbitos o repentinos y que de presentarse el Estado o la sociedad le repararán o compensarán.

La seguridad jurídica guarda íntima relación con las palabras certeza, eficacia, fe, garantía, legalidad, jerarquía, publicidad, justicia e igualdad, es decir la confianza que el ciudadano o el hombre percibe o tiene sobre la sociedad.

La inseguridad jurídica en cambio se relaciona con la incertidumbre, imprecisión, indefensión, duda, confusión, retraso, cambios súbitos, contradicción y carencia de valores lo que hace que un individuo de una sociedad guarde desconfianza o mucha prudencia al momento de tomar una decisión y más aún cuando se trata de una inversión considerable.

El sector eléctrico ecuatoriano requiere de ingentes recursos económicos, para impulsar y ejecutar especialmente la construcción de grandes centrales hidroeléctricas, para lo cual debe emitir señales que garanticen las inversiones de nacionales y extranjeros.

Con la promulgación y el modelo económico de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, la inversión privada, que bordea el 16% de la potencia total instalada, ha sido escasa, es decir no ha existido confianza o seguridad jurídica para invertir en la industria eléctrica; producto de la inestabilidad gubernamental, política, económica y financiera del país.

El Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower, ha permitido al Ecuador contar con una potencia adicional de 130 MW, cuyos beneficios se han reflejado en la economía del país, desde la generación de empleo hasta la disminución del costo marginal de mercado del kilovatio hora y de la importación y consumo de diesel.

El referido Contrato de Concesión invoca los artículos 23, numeral 26, 249 y 271 de la Constitución Política de la República, relacionados con seguridad jurídica.

El invocado Contrato de Concesión se sustenta principalmente en la Constitución Política de la República; Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; Código Civil, Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones y su Reglamento de aplicación; Ley de Régimen del Sector Eléctrico y sus Reglamentos de aplicación.

La determinación del plazo en un contrato de concesión para desarrollar la actividad de generación es fundamental, en razón de que no puede ser indefinido y adicionalmente, le permite al concedente y concesionario conocer el tiempo para recuperar la inversión y la utilidad.

Por su importancia económica, el estudio que determina el plazo de duración del Contrato de Concesión debe ser documento habilitante del mismo.

El Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y MachalaPower, no hace referencia al estudio que determinó el plazo de la concesión por 31 años.

El Contrato de Concesión contiene el procedimiento que le permite a las partes solucionar controversias que se deriven de su aplicación o ejecución: La Primera depende de la decisión y voluntad de las partes, es decir a través de



su intervención directa; La Segunda, en el evento de que no hubiera sido resuelto la controversia por las partes, estas las someterán a un proceso de mediación; La Tercera, en el evento de que las partes no llegaran a un acuerdo con el Mediador, someterán la controversia al arbitraje y mediación de la sea esta de la Cámara de Comercio de Quito o al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a elección del actor. Es decir el Contrato prevé el debido proceso.

El Contrato de Concesión lleva implícito un equilibrio de derechos, obligaciones y aspectos económicos que no pueden ser quebrantados por las partes.

Del estudio realizado se concluye que el Hecho Príncipe y la Teoría de la Imprevisión constan estipulados en el Contrato de Concesión, mientras que la cláusula “rebus sit stantibus”, no está incorporada en el referido instrumento contractual.

El Contrato en análisis sí contiene formas de reparación o compensación del desequilibrio contractual. Las formas que contemplan el contrato de concesión en forma expresa son la compensación económica y el incremento del plazo. Si bien no está estipulado el incremento de la tarifa, el concedente podría realizar al igual que una subvención por parte del Estado.

La demanda interpuesta por MachalaPower al Estado ecuatoriano y al CONELEC en el CIADI, se debe principalmente por la falta de pago del Mercado Eléctrico Mayorista por la venta de energía eléctrica. Esta iliquidez del Mercado, se debe entre otras causas por la fijación política de la tarifa de energía eléctrica al usuario final por parte de los gobiernos de turno, sin que para ellos se cuente con el mecanismo de compensación o subvención. Adicionalmente, la iliquidez se debe a la presencia de administradores políticos

en las empresas eléctricas que no cobran o recuperan lo facturado y permiten que las pérdidas técnicas y no técnicas se incrementen.

MachalaPower adicionalmente fundamenta y complementa su demanda por la expedición de un Decreto Ejecutivo (hecho príncipe) relacionado con la prelación del pago por la energía entregada al Sistema Nacional Interconectado y fundamentalmente por el pre-pago que realiza Ecuador a Colombia.

En definitiva puedo manifestar que el Contrato de concesión suscrito entre el CONELEC y MachaPower, contiene estipulaciones contractuales que velan por el derecho de seguridad jurídica. Sin embargo, por la naturaleza de la concesión en el sector eléctrico, la recuperación de la inversión no solo depende del concedente (fijación de tarifas), sino también de otras relaciones contractuales con terceros como es el caso de la venta de la energía a las empresas de distribución, grandes consumidores y en pocas ocasiones incluso con otros generadores que no cancelan sus deudas.

El proyecto de Constitución trata al servicio público como una garantía constitucional cuyo objetivo es el buen vivir de los ciudadanos. El Estado tiene facultad para delegar el servicio público a empresas mixtas en las que tenga mayoría accionaria y de forma excepcional a la iniciativa privada. La Constitución de 1998 no tiene limitantes para que el Estado participe en empresas mixtas y tiene total apertura para que la inversión privada pueda participar en el sector eléctrico. De acuerdo con lo manifestado, al Estado le corresponde ejecutar y realizar actividades empresariales dentro del sector eléctrico y a su vez le corresponderá autoregularse y autosupervisarse.

El concepto y fundamento de seguridad jurídica previsto en el artículo 82 del proyecto de Constitución es más amplio que el de la Constitución de 1998, incluso da el alcance y algunas características que deben ser cumplidas.

## **2.- Recomendación.**

El sector eléctrico a nivel nacional, regional y mundial tiene grandes desafíos para su impulso y perfeccionamiento.

En la actualidad el Estado no solo tiene el deber y la responsabilidad de satisfacer la demanda de los usuarios sino que su entorno presente y futuro, con escasez de recursos y protección del ambiente, impone serias limitaciones para su desarrollo, no solo de tipo económico, situación que debe ser tomada en cuenta por las autoridades que manejan la administración pública y particularmente el sector eléctrico del Ecuador, con el objeto de garantizar la inversión pública y privada para ello es necesario que el Estado en forma mancomunada y coordinada trabaje en procura de restablecer el orden y la confianza en el País y por tanto su seguridad jurídica como carta de presentación.

De ser aprobado el proyecto de Constitución Política de la República de 2008, la empresa privada únicamente por excepción podrá participar y desarrollar proyectos, entre otros, en el sector eléctrico, como concesionario, es decir aquellos que tienen interés en participar y los que actualmente tienen contratos suscritos con el CONELEC tienen un gran reto y desafío para demostrar que son eficientes, toda vez que será el Estado el que por regla general tenga a su cargo y responsabilidad de financiar, diseñar, construir y operar los proyectos.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1) Alcívar Santos, Orlando, *Comentarios a la Constitución Política del Estado (La Asamblea Itinerante)*, Guayaquil, Offset Abad Cia. Ltda. 1998.
- 2) Alterini, Atilio Aníbal, *La Inseguridad Jurídica*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1993.
- 3) Alvarez Gendi, Sabino, *El Servicio Público (su teoría jurídico – administrativa)*, Madrid.
- 4) Arcos Ramírez, Federico, *La Seguridad Jurídica: Una Teoría Formal*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.
- 5) Bermejo Vera, José, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Editorial Aranzadi S.A., 2005.
- 6) Borja Borja, Ramiro, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, Editorial Universitaria, 1979.
- 7) Calsamiglia, Alberto, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, 3ra. ed.
- 8) Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1983, 2ª. ed.
- 9) Comisión Andina de Juristas, *Servicios Públicos Privatización, regulación y protección del usuario en Bolivia, Ecuador y Venezuela*, Lima, 2001.
- 10) Dromi, Roberto, *Empresas Públicas de Estatales a Privadas*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- 11) Ehrenberg, Víctor, *Seguridad Jurídica y seguridad del tráfico*, Madrid, J. San José S.A., 2003.
- 12) Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Lima, Palestra, 2003.
- 13) Hernández Terán, Miguel, *Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y*

- Jurisprudencia*, Guayaquil, Editorial Edino, 2004.
- 14) Larrea Holguín, Juan, *Derecho Constitucional*, CEP, Quito, 2000, 6ª. ed.
  - 15) Mestre Delgado, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, Graficas Muriel, 1992.
  - 16) Nallar Daniel M, *El Estado Regulador y el Nuevo Mercado del Servicio Público Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*, Buenos Aires, Desalma, 1999.
  - 17) Pérez Luño, Antonio Enrique, *La Seguridad Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1994, 2ª. ed. Revisada.
  - 18) Prieto Sanchis, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
  - 19) Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 2001.
  - 20) Salguero, Manuel, *Argumentación Jurídica por Analogía*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
  - 21) Sorace, Doménico, *Estado y Servicios Públicos*, Lima, Editorial Palestra, 2006.
  - 22) Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de Derecho Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994.
  - 23) Mariela Vega de Herrera y Alejandro Ordóñez M., *Contratación Estatal*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999.
  - 24) Vigo, Rodolfo L, *Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectiva)*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.
  - 25) Zegarra Valdivia, Diego, *El Servicio Público*, Lima, Palestra Editores, 2005.

## **NORMATIVA JURÍDICA**

- 1) Codificación del Código Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio del 2005.
- 2) Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de Otros Estados, fecha de ratificación: Registro Oficial 309 de 19 de abril de 2001.
- 3) Constitución Política de la República, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- 4) Ley de Modernización del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.
- 5) Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, publicada en el Registro Oficial No. 219 de 19 de diciembre de 1997.
- 6) Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 10 de octubre de 1996.
- 7) Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicado en el Registro Oficial No. 401 de 21 de noviembre de 2006.
- 8) Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 290 de 3 de abril de 1998.
- 9) Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, publicado en el Registro Oficial No. 49 de 22 de abril de 1997.
- 10) Proyecto de Constitución de la República del Ecuador, publicado en la Gaceta Constituyente, sin fecha.

1  
2 **CONTRATO DE CONCESION**  
3 **PARA LA GENERACIÓN DE ENERGIA ELECTRICA**  
4 **PROYECTO MACHALA**

5 Señor Notario:

6  
7 En el protocolo de escrituras públicas a su cargo, sírvase incorporar una de la cual conste  
8 el "CONTRATO DE CONCESION PARA LA CONSTRUCCION, INSTALACION Y  
9 OPERACIÓN DE UNA PLANTA DE GENERACION DE ENERGIA ELÉCTRICA", el  
10 mismo que está contenido en las cláusulas siguientes:

11  
12 **CLÁUSULA PRIMERA: COMPARECIENTES**

13 1.1 El Consejo Nacional de Electricidad, denominado en adelante por sus siglas  
14 CONELEC o EL CONCEDENTE, en su condición de Ente Público competente y  
15 en representación del Estado, como así lo determina el Artículo 2 de la Ley de  
16 Régimen del Sector Eléctrico, a través de su Director Ejecutivo ingeniero **Javier**  
17 **Astudillo Farah**, como aparece del documento que acredita su designación,  
18 debidamente autorizado por el Directorio del CONELEC, por una parte, y por  
19 otra, el **señor Joel Kenneth Landry**, en su calidad de Apoderado Especial de  
20 **MachalaPower Cía. Ltd.** conforme se desprende del poder que legalmente  
21 otorgado se anexa a este contrato y que, para sus efectos, se denominará "EL  
22 CONCESIONARIO".

23 Los comparecientes, podrán ser denominados: por una parte el Estado,  
24 CONELEC o el CONCEDENTE y, por otra, EL CONCESIONARIO. En uno u  
25 otro caso, se les denominará Parte o PARTES, según corresponda. Visto lo  
26 anterior, los comparecientes, convienen en suscribir el presente contrato de  
27 concesión específica para generación de energía eléctrica, "**El Contrato**"  
28 bajo las condiciones siguientes.

29  
30 **CLÁUSULA SEGUNDA: ANTECEDENTES**

31  
32 2.1. Por disposición expresa de los artículos 2 y 39 de la Ley de Régimen de

33 Sector Eléctrico y artículos 11 primer inciso y 15 del Reglamento de  
34 Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio Público de  
35 Energía Eléctrica “Reglamento de Concesiones”, el CONCEDENTE, por  
36 delegación del Estado, está facultado para suscribir los contratos de  
37 concesión para la generación, transmisión y, distribución y comercialización de  
38 energía eléctrica.

39 2.2 El Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del  
40 Servicio de Energía Eléctrica, en su Art. 17 señala que las concesiones  
41 específicas son las que no requieren un proceso público de selección dentro  
42 de las cuales se contemplan los proyectos alternativos de generación que no  
43 estén incluidos en el Plan de Electrificación elaborado por el CONELEC,  
44 incluyendo los que utilicen recursos energéticos no convencionales, así como  
45 aquellos que, para su desarrollo, hayan obtenido un permiso mediante decreto  
46 ejecutivo. En cualquier caso, que sean mayores a 50 MW;

47  
48 En concordancia con lo anterior, el CONCESIONARIO presentó ante el  
49 CONELEC la documentación tendiente a obtener la concesión específica  
50 mediante la cual proyecta financiar, construir, poseer, generar y operar una  
51 Central termoeléctrica con una capacidad nominal de hasta 312 MW, ubicada  
52 en el sector denominado Bajo Alto, Provincia de El Oro, que utilizará para su  
53 generación como combustible el gas natural que se producirá en el Campo  
54 Amistad del Golfo de Guayaquil.

55 Es parte integrante del Proyecto, la Línea de Transmisión de 14 km. de  
56 longitud, que conecta la futura central de generación y la subestación de  
57 seccionamiento localizada en la población de San Idelfonso, la misma que se  
58 conectará con el Sistema Nacional de Transmisión.

59  
60 2.3. El CONELEC, luego de analizar la documentación presentada por el  
61 CONCESIONARIO, al tenor de lo dispuesto por el Art. 37 del Reglamento de  
62 Concesiones, aprobó la misma y extendió el Certificado de Concesión No.-  
63 016, a la compañía EDC Ecuador Ltd., con lo cual esta compañía adquirió el  
64 derecho exclusivo para el desarrollo del Proyecto Machala.



65 2.4. La compañía EDC Ecuador Ltd. mediante oficio No. EDC-CKP-004-01 de 3  
66 de enero de 2001, solicitó al CONELEC, la transferencia de los derechos  
67 otorgados en el Certificado de Concesión, a favor de la empresa  
68 MachalaPower Cía. Ltd.

69 2.5 El Directorio del CONELEC, mediante Resolución No. 0004-01 de 5 de enero  
70 de 2001, autorizó la ejecución de las obras de ingeniería básica población de  
71 Bajo Alto donde se construirá la Planta de Generación del Proyecto Machala.

72 2.6 El Directorio del CONELEC en sesión del 18 de abril 2001 y mediante  
73 Resolución No. 0080/01, decidió aceptar previa la presentación de los  
74 documentos requeridos, la petición formulada por la empresa EDC Ecuador  
75 Ltd. mencionada en el numeral 2.4 anterior. De acuerdo a ésta Resolución, la  
76 transferencia deberá oficializarse en el respectivo contrato de concesión.

77 2.7. El Directorio del CONELEC en sesiones del 31 de mayo y 26 de septiembre  
78 de 2001 y mediante Resoluciones No 0125/01 y No. 0236/01 respectivamente,  
79 aprobó este Contrato de Concesión.

80

### 81 **CLÁUSULA TERCERA: DOCUMENTOS HABILITANTES**

82

83 Forman parte integrante de este Contrato y se protocolizarán, los siguiente documentos:

84 3.1 Copia certificada de la designación del Director Ejecutivo del CONELEC.

85 3.2 Certificado de cumplimiento de obligaciones y existencia legal del  
86 CONCESIONARIO emitido por la Superintendencia de Compañías, así como el  
87 poder por el que se acredita la representación legal.

88 3.3 Copia certificada de la Resolución del Directorio del CONELEC No. 0150/00 de  
89 fecha 13 de septiembre de 2000, por la cual se aprueba la solicitud del  
90 CONCESIONARIO.

91 3.4. Copia Certificada del Certificado de Concesión otorgado a EDC Ecuador Ltd.  
92 por el CONELEC, por el que se le garantiza el derecho exclusivo respecto del  
93 Proyecto materia la Concesión objeto del presente instrumento.

94 3.5. Documento que acredita la cesión de derechos concedidos originalmente por el  
95 CONELEC a EDC Ecuador Ltd. a favor de MachalaPower Cía. Ltda,

- 96 debidamente suscrito por estas compañías.
- 97 3.6. Copia certificada de la Resolución del Directorio del CONELEC No 0125/01 de  
98 31 de mayo de 2001, por la cual se autoriza la suscripción del Contrato, entre  
99 el CONELEC y la empresa MachalaPower Cía Ltda.
- 100 3.7. Copia de una certificación emitida por EDC Ecuador Limited y MachalaPower  
101 Cía. Ltda. por el cual las partes se comprometen a la provisión y venta de gas  
102 natural proveniente del Golfo de Guayaquil, por el plazo de duración de esta  
103 concesión.
- 104 3.8 Los documentos que, denominados ANEXOS numerados del 1 al 4 se refieren a  
105 determinados aspectos de este Contrato.

106

107 Las garantías de cumplimiento de plazos y de cumplimiento de obligaciones, así  
108 como las pólizas de seguros, forman parte integrante de este Contrato, sin que  
109 se protocolicen.

110

111 La póliza o pólizas de seguros, que se establecen en el numeral 12.2.11 de este  
112 contrato, deberán ser entregadas al CONELEC para su aprobación, en un plazo  
113 no mayor a 60 días, contados a partir de la suscripción de este contrato.

114

115 **CLÁUSULA CUARTA: DECLARACIONES**

- 116
- 117 4.1. El Concesionario declara al CONELEC que:
- 118 4.1.1 El CONCESIONARIO, **MachalaPower Cía. Ltda.** es una empresa  
119 debidamente constituida bajo las Leyes de las Islas Cayman y que opera  
120 legalmente en la República del Ecuador.
- 121 4.1.2 El CONCESIONARIO cuenta con las facultades legales para llevar a  
122 cabo sus actividades, y para suscribir, obligarse legalmente, y cumplir  
123 con sus obligaciones bajo el presente Contrato.
- 124 4.1.3 Este Contrato constituye una obligación legal, válida y exigible para el  
125 CONCESIONARIO.
- 126 4.1.4 La firma y ejecución de este Contrato no viola sus estatutos sociales ni

127 cualquier otro compromiso de la Compañía.

128 4.2. CONELEC declara al CONCESIONARIO que:

129 4.2.1 Es una entidad constituida de acuerdo con las leyes de la República del  
130 Ecuador.

131 4.2.2 Cuenta con las facultades legalmente otorgadas para suscribir, el  
132 presente Contrato

133 4.2.3 Este Contrato constituye una obligación legal, válida y exigible para las  
134 PARTES, en los términos previstos en el artículo 1588 del Código Civil.

135 4.2.4 Para la firma del presente Contrato se han obtenido las correspondientes  
136 autorizaciones y se han cumplido las disposiciones legales pertinentes.

137

#### 138 **CLÁUSULA QUINTA: TÉRMINOS DEFINIDOS E INTERPRETACION DE TÉRMINOS**

139

140 5.1 **Términos definidos:** Para los fines de este Contrato, en cuanto a la definición  
141 de términos se estará a lo establecido en el Glosario constante en el Reglamento  
142 General sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector  
143 Eléctrico, así como en el Glosario del Reglamento de Concesiones. Si surgiera  
144 algún conflicto entre las definiciones de los términos en los reglamentos, las  
145 definiciones de los términos contenidos en el Reglamento General prevalecerán.

146

147 5.2 **Interpretación de términos:** Los términos utilizados en todo el texto del  
148 Contrato, serán interpretados en su sentido literal y obvio; por tanto, las Partes  
149 acuerdan aceptar su real significado, sin embargo, en caso de oscuridad en la  
150 aplicación de una palabra, una oración o una frase, se estará a la intención que  
151 las Partes tuvieron al momento de acordar la utilización de dicho término o  
152 palabra, frase u oración. En caso de conflicto entre el texto del Contrato y  
153 cualesquiera de sus Anexos, prevalecerá el texto del Contrato. En todo caso, las  
154 partes, acuerdan someterse a lo dispuesto en el Título XIII, Libro IV del Código  
155 Civil, respecto de la interpretación de los contratos.

156

157 **CLAUSULA SEXTA: NATURALEZA, DESCRIPCIÓN DE ACTIVIDADES**  
158 **PERMITIDAS Y OBJETO DEL PRESENTE CONTRATO**

159  
160 6.1 Concesión.- El CONELEC, en representación del Estado, como ente  
161 concedente y en ejercicio de la facultad que le otorgan los Arts. 2 y 39 de la  
162 Ley de Régimen del Sector Eléctrico, 11 inciso primero y 15 del Reglamento  
163 de Concesiones, , a través de este Contrato, delega y autoriza al  
164 CONCESIONARIO, para que ejecute la actividad de generación de energía  
165 eléctrica y por tanto pueda desarrollar el Proyecto Machala, el mismo que  
166 comprende el diseño, financiación, construcción, instalación, operación y  
167 administración de una planta de generación de energía eléctrica de hasta 312  
168 MW de capacidad, la misma que estará ubicada en el sitio denominado Bajo  
169 Alto, de la Provincia de El Oro en la República del Ecuador.

170  
171 Es parte integrante del Proyecto, la Línea de Transmisión de 14 km. de  
172 longitud, que conecta la futura central de generación y la subestación de  
173 seccionamiento localizada en la población de San Idelfonso, la misma que se  
174 conectará con el Sistema Nacional de Transmisión.

175  
176 La empresa MachalaPower Cía. Ltd. se compromete a desarrollar el proyecto,  
177 conforme a los plazos establecidos en el cronograma valorado de ejecución  
178 que consta en el Anexo No. 4B.

179 6.2 **Régimen de competencia.** La actividad de generación de energía eléctrica  
180 estará sujeta al libre juego de la oferta y la demanda. Por tanto, EL  
181 CONCESIONARIO, asume por su propia cuenta la explotación de la actividad  
182 de generación y con ello los riesgos comerciales inherentes a la actividad

183  
184 6.3 **Proyecto.** EL CONCESIONARIO, desde la fecha de suscripción de este  
185 Contrato, ejecutará las actividades que permitan la instalación y operación del  
186 Proyecto Machala que estará constituido por una central de generación  
187 (**“Central”**) que tendrá una capacidad de hasta 312 MW. Inicialmente la  
188 Central tendrá una capacidad instalada de aproximadamente 130 MW, la que

189 se irá incrementando según el cronograma de ejecución, que consta en el  
190 Anexo 4A.

191 Adicionalmente el CONCESIONARIO, como parte integrante del Proyecto,  
192 ejecutará las actividades que le permitan la instalación, construcción y  
193 operación de la línea de transmisión de Bajo Alto a San Idelfonso, de 14 km.  
194 de longitud, así como la subestación de seccionamiento localizada en la  
195 población de San Idelfonso, según la descripción técnica de dicha línea de  
196 transmisión y subestación, que se adjunta a este Contrato en el Anexo No. 3.

197 **6.4 Propiedad de las instalaciones.-** Para el propósito indicado, al delegar el  
198 CONCEDENTE y autorizar al CONCESIONARIO para que a través del  
199 presente Contrato pueda ejecutar las actividades referidas, al  
200 CONCESIONARIO se le reconoce el carácter de propietario sobre la futura  
201 Central y demás equipos y bienes que constituirán la misma, según se detalla  
202 en el Anexo N° 1. Igual carácter de propietario se le reconocerá sobre los  
203 bienes y equipos que a futuro se construyan en esta misma Central.

204 **6.5. Propiedad de la Energía:** El CONCEDENTE deja expresamente establecido  
205 que EL CONCESIONARIO es propietario absoluto de la energía que produzca  
206 la Central descritas en el numeral 6.6 de esta Cláusula.

207 **6.6. Características Técnicas.-** Las características técnicas del Proyecto, son  
208 aquellas suministradas por el CONCESIONARIO al CONELEC y que constan  
209 en el Anexo N° 3.

210 **6.7. Suministro de Combustible.-** El combustible que utilizará la Central de  
211 generación cuya Concesión es materia de este Contrato, será gas natural. El  
212 CONCESIONARIO deberá suscribir los contratos que considere convenientes  
213 y adecuados para garantizar la provisión del combustible para la continua y  
214 confiable operación de la Central.

215 **6.8. Sustitución de Bienes.** De conformidad con lo establecido en el segundo  
216 inciso del Art. 95 del Reglamento de Concesiones, el CONCESIONARIO  
217 tendrá derecho a sustituir los bienes mencionados en el numeral 6.3. por otros  
218 de similares características, sin necesidad de ninguna otra autorización que la

219 que se realiza mediante este Contrato, debiendo para el efecto notificar de  
220 este particular al CONCEDENTE.

## 221 **CLÁUSULA SÉPTIMA: PLAZO Y VIGENCIA DE LA CONCESION**

222 7.1. La presente CONCESION se otorga por un plazo de treinta y un (31) años  
223 contados a partir de la fecha de suscripción del Contrato, momento a partir del  
224 cual la presente Concesión entrará en vigencia. Durante este plazo el  
225 CONCESIONARIO tendrá todos los derechos que la ley ecuatoriana vigente le  
226 reconoce como tal, en particular el de la seguridad jurídica al que se refieren  
227 los artículos 23, numeral 26 y 249, de la Constitución Política, y por tanto el  
228 ejercicio de sus derechos no podrá ser desconocido, limitado o revocado, a  
229 menos que existan causas contractuales expresamente determinadas que así  
230 lo permitan.

231 Sin embargo, en caso de que las partes, de mutuo acuerdo, determinen que  
232 no existe vigente un mecanismo que asegure el pago a favor del  
233 Concesionario por la venta de generación de energía que éste haga al  
234 Mercado Eléctrico Mayorista, en los términos que prevé la Ley de Régimen del  
235 Sector Eléctrico, el plazo y el cumplimiento de las obligaciones del  
236 Concesionario, podrán suspenderse hasta la existencia de tal mecanismo,  
237 momento en el cual el cumplimiento de las obligaciones del concesionario  
238 deberán reiniciarse. Esta condición suspensiva podrá aplicarse por un plazo  
239 no mayor a cinco años, contados a partir de la fecha de suscripción de este  
240 Contrato.

241 7.2. De conformidad con lo que disponen los artículos 46, literal c) y 53 del  
242 Reglamento de Concesiones, el CONCEDENTE podrá prorrogar el plazo de  
243 duración antes mencionado cuando ocurra una de las siguientes causas:

244 a) Fuerza mayor

245 b) Eventos que, a juicio del CONCEDENTE, constituyan causas que  
246 estando fuera del control del CONCESIONARIO hayan impedido la  
247 ejecución del Contrato.

248 c) Retraso del CONCEDENTE, o de cualquiera otra entidad  
249 gubernamental, en el otorgamiento o cumplimiento de obligaciones  
250 derivadas de la legislación ecuatoriana o contractuales que impidan el  
251 cumplimiento o desempeño de las obligaciones del CONCESIONARIO

252 d) Cualquier otra causa prevista en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico  
253 y los reglamentos y regulaciones aplicables.

254 La prórroga de la concesión no podrá durar más allá de un período de tiempo  
255 igual al que la motivó.

256

## 257 **CLAUSULA OCTAVA: UBICACIÓN GEOGRAFICA DE DESARROLLO DEL** 258 **PROYECTO**

259

260 El área geográfica dentro de la que se desarrollará el Proyecto cuya Concesión  
261 es materia de este Contrato es el área descrita en el Anexo 2 de este Contrato.

## 262 **CLÁUSULA NOVENA: CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y PARÁMETROS DE** 263 **CALIDAD DEL SERVICIO.**

264 9.1. **Características Técnicas.** Las características técnicas del Proyecto constan en  
265 el Anexo N° 3 de este Contrato.

266 9.2. **Parámetros de calidad del servicio.** El CONCESIONARIO deberá garantizar la  
267 calidad del servicio y conservar y mantener las obras de infraestructura e  
268 instalaciones eléctricas en condiciones adecuadas para su seguridad y eficiente  
269 operación, cumpliendo a cabalidad con la Ley, Reglamentos, Regulaciones y  
270 otras normas vigentes en el Ecuador, aplicables a esta materia y en especial lo  
271 indicado en el “Procedimiento de Despacho y Operación”, emitido por el  
272 CONELEC, mediante Resolución de su Directorio No. 0126/00 de 9 de agosto  
273 de 2000.

## 274 **CLÁUSULA DÉCIMA: ACTIVOS DEL PROYECTO**

275 El detalle de los activos del Proyecto afectos a la concesión, serán determinados  
276 por el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE, una vez que el Proyecto haya  
277 terminado su ejecución. Este documento suscrito por las partes, será incorporado

278 y consecuentemente será parte integrante del Contrato. De manera general y  
279 como Anexo No. 1 se indican los principales elementos, equipos, sistemas,  
280 subsistemas y bienes que constituirán el Proyecto.

## 281 **CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: INCREMENTO DE CAPACIDAD**

282 Por disposición del Artículo 12, literal e) del Reglamento de Concesiones y previa  
283 autorización del CONCEDENTE, el CONCESIONARIO podrá expandir la capacidad  
284 de sus instalaciones, sobre los 312 MW autorizados.

285 En caso de incremento de capacidad de generación de las instalaciones existentes, el  
286 CONCESIONARIO presentará para aprobación del CONCEDENTE el proyecto de  
287 incremento de capacidad y el cronograma de ejecución. El proyecto podrá negarse  
288 únicamente por las causas establecidas en la Ley del Régimen del Sector Eléctrico y  
289 reglamentos vigentes, mediante decisión debidamente motivada.

## 290 **CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL** 291 **CONCESIONARIO**

292 12.1. **Derechos del CONCESIONARIO.** Son derechos del CONCESIONARIO, sin  
293 perjuicio de lo que dispongan otras cláusulas de este Contrato, la Ley de  
294 Régimen del Sector Eléctrico y sus reglamentos, los siguientes:

295 12.1.1. **Derecho Exclusivo:** El CONELEC, por intermedio del Contrato,  
296 otorga al CONCESIONARIO el derecho exclusivo de diseñar,  
297 financiar, construir, poseer, operar, mantener y administrar el Proyecto  
298 definido en la Cláusula 6.3. de este Contrato, de su propiedad, e  
299 instalado en los predios descritos en la Cláusula Octava, y los que en  
300 el futuro adquiriere, así como el de generar y vender la energía  
301 eléctrica que produzca la Central

302 12.1.2. **Acceder al uso de los sistemas** de transmisión o distribución de  
303 energía eléctrica conforme a las normas que rijan la materia.

304 12.1.3. **Permisos y Licencias:** En virtud del derecho exclusivo que le reconoce  
305 el Estado a través del CONELEC, el CONCESIONARIO tendrá acceso a



306 todos los permisos y licencias que sean necesarios para que la  
307 construcción del Proyecto materia de esta Concesión pueda concretarse  
308 dentro del cronograma establecido en este Contrato como Anexo No 4A.  
309 El CONCEDENTE colaborará con éste, a fin de que pueda obtener los  
310 permisos que sean necesarios para el desarrollo del Proyecto.

311 12.1.4 **Trato igualitario.** A tener un tratamiento igualitario y no  
312 discriminatorio respecto de otros concesionarios de generación.

313 12.1.5. **Compensaciones.** Recibir una indemnización conforme las pautas  
314 establecidas en la Cláusula 24.1 para el caso en que los poderes  
315 públicos de manera unilateral, mediante la expedición de leyes,  
316 decretos, reglamentos, acuerdos, resoluciones, ordenanzas, o la  
317 ejecución de hechos materiales que—alteren o disminuyan las  
318 cláusulas de este Contrato.

319 12.1.6. **Suspender** a sus clientes el abastecimiento de energía eléctrica en el  
320 caso de falta de pago de conformidad con lo establecido en la Ley,  
321 Reglamentos y demás normatividad vigente aplicable sobre esta  
322 materia.

323 12.1.7. **Compra de Bienes.** El CONCESIONARIO podrá adquirir bienes  
324 muebles o inmuebles que sean necesarios para cumplir de manera  
325 directa con el objeto del Contrato y con las actividades relacionadas a él.

326 12.1.8. **Derechos de Acceso y Expropiación.** A solicitar y obtener del  
327 CONCEDENTE todas las facilidades para que pueda tener acceso a  
328 los inmuebles en donde tenga instalaciones relacionadas con la  
329 actividad o donde deba construir instalaciones o edificios  
330 relacionados con esta Concesión de generación de energía eléctrica.  
331 El CONCEDENTE delega al CONCESIONARIO la facultad para  
332 establecer servidumbres, y en caso de ser necesario, el  
333 CONCEDENTE, declarará de utilidad pública con fines de  
334 expropiación, los inmuebles que correspondan.

335 12.1.9. **Divisas.** Abrir, operar y mantener sus recursos en moneda extranjera  
336 en cuentas bancarias en el Ecuador de conformidad con las leyes  
337 aplicables. Adicionalmente, EL CONCESIONARIO tendrá derecho a  
338 mantener cuentas bancarias fuera del Ecuador y a transferir fondos de  
339 sus cuentas en el Ecuador a sus cuentas en el exterior, según sea  
340 necesario para implementar los programas de inversión, previo el  
341 cumplimiento de las normas legales y reglamentarias  
342 correspondientes.

343 12.1.10. **Combustible.** El CONCESIONARIO tendrá derecho a comprar el gas  
344 natural, que es el combustible al que se hace referencia en el numeral  
345 6.7. de la Cláusula Sexta de este Contrato y que es requerido para la  
346 operación de la Central. El gas natural provendrá exclusivamente del  
347 Golfo de Guayaquil a través de un gasoducto único.

348 12.1.11. **Ductos, Caminos y Puentes.** EL CONCESIONARIO tendrá derecho a  
349 construir y operar, como propietario, ductos para el transporte de  
350 combustible, agua potable o aguas servidas así como también queda  
351 autorizado para construir, utilizar y mantener caminos, puentes, pistas de  
352 aterrizaje o realizar cualquier otro trabajo que sea necesario para el  
353 acceso a la planta o lugares relacionados con la misma. En cualquier  
354 caso, deberán cumplirse las leyes y normas respectivas.

355 12.1.12. **Venta de potencia y energía eléctrica.-** El CONCESIONARIO  
356 tendrá derecho a disponer, vender y exportar la potencia y energía  
357 eléctrica que produzca la Central, a través del contrato o contratos de  
358 compraventa de energía que suscriba con Distribuidores o Grandes  
359 Consumidores, o directamente en el mercado ocasional, observando  
360 lo dispuesto en la ley de Régimen del Sector Eléctrico, en el  
361 Reglamento para el Funcionamiento del Mercado Eléctrico Mayorista  
362 (MEM) y otras normas aplicables.

363 12.1.13. **Otras Acciones y Contratos:** El CONCESIONARIO está autorizado, y  
364 tiene el derecho previo el cumplimiento de las leyes y normas  
365 pertinentes, para ejecutar todos los actos y suscribir todos los contratos

366 que sean útiles y necesarios para llevar adelante la ejecución del  
367 Proyecto y la construcción y operación de la Central de generación en  
368 todos sus aspectos. Tales actos y contratos incluyen entre otros los  
369 referentes al financiamiento, adquisición de equipos mayores o menores,  
370 servicios, repuestos, instrumentos, herramientas, y cualquier otro que  
371 sea necesario para la operación y mantenimiento de la Central, así como  
372 los contratos de seguros que considere convenientes y necesarios .  
373 Tales contratos, así como otros documentos privados podrán estar  
374 redactados en cualquier idioma.

375 12.1.14. **Derecho de asistencia.** Obtener el apoyo de la Fuerza Pública y  
376 demás entidades de gobierno que correspondan en casos de  
377 disturbios y/o levantamientos públicos, para proteger las instalaciones,  
378 asegurando la operación continua de las mismas.

379 12.1.15 **Transferir** o remesar dinero al exterior, previo el cumplimiento de las  
380 normas legales pertinentes.

381 12.1.16. **Personal.** El CONCESIONARIO previo el cumplimiento de las  
382 leyes vigentes, queda autorizado para contratar personal nacional y  
383 extranjero, con los cuales pueda cumplir todas y cada una de las  
384 obligaciones emanadas del Contrato, siendo de su obligación  
385 seleccionar a personal altamente calificado, con el fin de garantizar un  
386 efectivo y cabal cumplimiento de lo convenido en el Contrato. Sin  
387 embargo de lo dicho, las obligaciones de orden laboral y de seguridad  
388 social que el CONCESIONARIO adquiera con aquel personal, serán  
389 de su exclusiva responsabilidad, quedando exento el CONCEDENTE  
390 de cualquier obligación como consecuencia de los contratos de orden  
391 laboral que suscriba el CONCESIONARIO.

392 12.1.17 **Importación y Exportación de Equipos.** El CONCESIONARIO,  
393 previo el cumplimiento de las leyes respectivas, queda autorizado para  
394 importar todos los equipos, bienes materiales, suministros,  
395 herramientas, repuestos, partes y más instrumentos que sean útiles y  
396 necesarios, según el caso, para la instalación, montaje, operación,

397 reparación y mantenimiento de la Central, línea de transmisión y  
398 subestación, materia de la presente Concesión, así como a exportar o  
399 reexportar, previo el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 del  
400 la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y Artículo 95 del Reglamento  
401 de Concesiones, todos los componentes de la Central, Línea de  
402 transmisión y Subestación incluyendo maquinaria, equipos,  
403 herramientas, instrumentos y más especies que estén relacionados  
404 con ellas, bien sea porque ya no le son útiles o porque que se requiere  
405 reparación o mantenimiento fuera del país.

406 En igualdad de condiciones, precios, calidad y oportunidad de estos  
407 bienes, el CONCESIONARIO tomará en cuenta a aquellas de  
408 producción nacional

409 12.1.18 Ejercer los derechos derivados de la Concesión con todas las  
410 facultades determinadas en el Contrato y las que le confieran las leyes  
411 y reglamentos aplicables.

412 **12.2. Obligaciones del CONCESIONARIO.** Son obligaciones del  
413 CONCESIONARIO:

414 12.2.1 **Integrar** el Mercado Eléctrico Mayorista, es decir, participar en él  
415 como uno de los agentes en su calidad de generador.

416 12.2.2 Sujetarse a la programación de las operaciones que el despacho de  
417 carga haga para el Sistema Nacional Interconectado y el cálculo de  
418 precios, cuando fuere aplicable.

419 12.2.3 **Abstenerse de realizar** actos determinados en el segundo inciso del  
420 Art. 38 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Las Partes  
421 reconocen que a la suscripción del presente Contrato no se incurre en  
422 ninguna de las prácticas o prohibiciones señaladas en el artículo 38 de  
423 la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

424 12.2.4 **Abstenerse de transmitir** o distribuir energía eléctrica, sin perjuicio  
425 de los derechos del CONCESIONARIO mencionado en el Artículos 35

426 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y otras normas aplicables.

427 **12.2.5 Calidad y Seguridad del Servicio** El CONCESIONARIO deberá  
428 garantizar la calidad del servicio y conservar y mantener las obras de  
429 infraestructura e instalaciones eléctricas en condiciones adecuadas para  
430 su seguridad y eficiente operación, cumpliendo en forma cabal con las  
431 normas legales y reglamentarias vigentes en el Ecuador, aplicables a  
432 esta materia y en especial a lo establecido en la Regulación No.006/00  
433 correspondiente al “Procedimiento de Despacho y Operación”.

434 **12.2.6 Información** El CONCESIONARIO tendrá la obligación de presentar la  
435 documentación técnica y económica que le sea solicitada por las  
436 autoridades competentes, en forma oportuna.

437 Así también, deberá entregar al CONCEDENTE, la información  
438 financiera, operativa y cualquier otra que le pueda ser solicitada por tal  
439 Organismo, conforme a los términos del literal g) del Artículo 69 del  
440 Reglamento de Concesiones.

441 **12.2.7 Inspecciones.** El CONCESIONARIO deberá cooperar con las  
442 autoridades competentes, cuando éstas tengan que realizar las  
443 inspecciones técnicas en sus instalaciones, de conformidad con lo  
444 establecido en el numeral 13.1.3 de este Contrato.

445 **12.2.8 Emergencia Nacional.** En los casos de emergencia nacional así  
446 declarada por el gobierno nacional, a través del respectivo Decreto  
447 Ejecutivo, El CONCESIONARIO deberá sujetarse al plan de emergencia  
448 y/o movilización que se establezca. En el evento en que para el  
449 cumplimiento de la movilización o emergencia decretadas, se utilicen  
450 parte o la totalidad de los bienes del CONCESIONARIO, este tendrá  
451 derecho a las indemnizaciones que contempla la Constitución Política,  
452 Ley de Seguridad Nacional, y otras leyes y convenios aplicables, de  
453 haber lugar a ellas.

454 **12.2.9 Contribución.** Pagar en forma oportuna la contribución al

455 CONCEDENTE y al CENACE, conforme las disposiciones  
456 contempladas en los artículos 20 y 25 de la Ley de Régimen del  
457 Sector Eléctrico y artículos 34 y 45 del Reglamento Sustitutivo del  
458 Reglamento General de la Ley de Régimen del sector Eléctrico.

459 **12.2.10 Obligaciones sobre el Medio Ambiente.** El CONCESIONARIO  
460 presentó al CONCEDENTE el estudio definitivo de impacto ambiental  
461 el mismo que ha sido aprobado por el CONELEC y se compromete a  
462 ejecutar el Plan de Manejo Ambiental en los términos allí establecidos.

463 **12.2.11 Seguros.** Mantener vigente las pólizas de seguros que sean necesarias  
464 para cubrir todos los riesgos de daños a terceros durante la operación y  
465 mantenimiento de sus instalaciones en concordancia con lo establecido  
466 en el Art. 72 del Reglamento de Concesiones, EL CONCESIONARIO  
467 deberá suministrar una copia de la o las pólizas al CONCEDENTE.

468 Los montos y coberturas de estas pólizas, serán determinados de  
469 acuerdo al procedimiento establecido en la Regulación No. CONELEC -  
470 005/01.

471 **12.2.12 Cumplimiento de Obligaciones.** El CONCESIONARIO deberá cumplir  
472 con las obligaciones que se establecen en el Contrato y otras que se  
473 determinen en las normas legales y reglamentarias correspondientes,  
474 siempre y cuando se relacionen con este Contrato.

475  
476 **12.2.13 De acuerdo a lo dispuesto** por el Art. 95 del Reglamento de  
477 Concesiones y el Art. 6 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, los  
478 bienes y derechos que adquiera el CONCESIONARIO, que sean  
479 necesarios para cumplir con la prestación de la actividad de generación  
480 objeto de la Concesión otorgada por el CONELEC, que queden afectos  
481 a la actividad de generación, no podrán ser removidos del servicio o de  
482 sus instalaciones sin autorización previa del CONELEC y observando las  
483 estipulaciones constantes en los mencionados artículos. El CONELEC  
484 no podrá negar esta autorización sin justa causa y debidamente  
485 motivada.

486  
487 **12.2.14 Ejecución del Proyecto.** El CONCESIONARIO deberá diseñar y  
488 ejecutar el Proyecto, así como llevar a cabo la construcción, la  
489 operación y la administración de la Central dentro de los períodos  
490 indicados y aceptados en el cronograma de ejecución del Proyecto que  
491 forma parte de este Contrato como Anexo No.4A.

492  
493 En el Anexo No.4B se establecen los hitos fundamentales para efectos  
494 de control de avance del Proyecto, y la reducción del monto de la  
495 garantía de cumplimiento de plazos, conforme lo establecido en este  
496 Contrato.

497  
498 **CLAUSULA DÉCIMO TERCERA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL**  
499 **CONCEDENTE**

500 **13.1 Derechos:**

501 **13.1.1 Vigilancia** El CONCEDENTE vigilará el cumplimiento de las  
502 actividades del CONCESIONARIO conforme las obligaciones  
503 asumidas en este Contrato, y en la legislación vigente, teniendo en  
504 cuenta que la actividad de generación es una actividad sujeta a la libre  
505 competencia. Se deja constancia que, en ejercicio de lo dispuesto por el  
506 segundo inciso del Artículo 100 del Reglamento de Concesiones, el  
507 CONCEDENTE podrá ejercer su facultad de vigilancia por sí mismo o a  
508 través de terceros.

509 **13.1.2 Información.** El CONCEDENTE tendrá derecho a exigir al  
510 CONCESIONARIO toda la información técnica, financiera, económica,  
511 de operación y mantenimiento de la Central, conforme lo establecido en  
512 el artículo 69 del Reglamento de Concesiones.

513 **13.1.3 Inspección.** El CONCEDENTE tendrá derecho a inspeccionar las  
514 instalaciones del CONCESIONARIO.

515 Las Partes acordarán dentro de los 30 primeros días del inicio de cada  
516 año fiscal, el calendario de fechas para el ejercicio del derecho de  
517 inspección planificada. Cuando se trate de inspecciones planificadas, no  
518 se requerirá de notificación alguna al CONCESIONARIO. Cuando el  
519 CONCEDENTE resuelva realizar inspecciones no planificadas, deberá  
520 notificar al CONCESIONARIO con al menos 2 días hábiles de  
521 anticipación a la fecha en que se realizara la inspección.

522 13.1.4 **Suspensión.** El CONELEC podrá imponer la suspensión inmediata de  
523 las actividades del CONCESIONARIO previo aviso de cuatro (4) horas  
524 antes, si considera que las actividades que está llevando a cabo  
525 presentan un peligro inminente a las vidas de las personas o un riesgo  
526 importante para el medio ambiente, por razones debidamente  
527 justificadas. La reiniciación de la construcción o la reconexión del  
528 servicio se hará al momento en que el CONCESIONARIO lo solicite y el  
529 CONELEC determine que se han resuelto las causas que originaron la  
530 suspensión, sin perjuicio de la imposición de las sanciones aplicables.  
531 La suspensión ocurrirá solamente por el tiempo necesario hasta que se  
532 subsane el riesgo que dio lugar a dicha suspensión.

533  
534 13.1.5 **Auditorias.** El CONELEC podrá efectuar auditorias en cualquier  
535 momento, que permitan la verificación de la información entregada por el  
536 CONCESIONARIO al CENACE o al CONELEC, relacionada con la  
537 declaración de los costos variables de producción y los costos de  
538 arranque-parada de la unidad de generación. Igualmente estas  
539 auditorias podrán efectuarse, previa aprobación del CONELEC, cuando  
540 un agente del MEM lo solicite justificadamente, en cuyo caso los costos  
541 que las auditorías demanden, serán cubiertos por el Agente solicitante.  
542 Dichas auditorías podrán realizarse dentro de los 12 meses siguientes al  
543 cierre del último ejercicio anual a ser auditado.

## 544 13.2 **Obligaciones:**

545 13.2.1 **Asistencia.** El CONCEDENTE deberá interponer sus buenos oficios y  
546 dar su apoyo para que las demás entidades u organismos del sector



547 público permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de sus  
548 actividades y la ejecución del Contrato. De manera similar podrá  
549 actuar ante organismos del sector privado

550 De igual manera, el CONELEC brindará su apoyo para la suscripción  
551 de un Contrato de Inversión entre el Estado Ecuatoriano,  
552 representado por el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización,  
553 Pesca y Competitividad y el Concesionario, de conformidad con lo  
554 establecido en el Art. 30 de la Ley de Promoción y Garantía de  
555 Inversiones, el Reglamento a dicha Ley y otras leyes y reglamentos  
556 aplicables

557 13.2.2 **EL CONCEDENTE.** asegurará al CONCESIONARIO su participación  
558 en el Mercado Eléctrico Mayorista conforme a la Ley, el Reglamento  
559 General y demás normas aplicables

560 13.2.3 El CONCEDENTE no interferirá en la administración, recursos y  
561 operación del CONCESIONARIO, ni directa ni indirectamente salvo lo  
562 previsto en este Contrato.

## 563 **CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: GARANTÍAS**

564 **14.1 Garantía de Cumplimiento de Plazos:** El CONCESIONARIO entregará en favor del  
565 CONELEC una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, emitida por  
566 una entidad de primer orden que sea aceptable para el CONCEDENTE y prevista en la  
567 legislación ecuatoriana, por la que se garantice el fiel cumplimiento de los plazos de  
568 construcción y fundamentalmente la fecha prevista para la Entrada en Operación  
569 Comercial de las unidades de generación, al finalizar cada una de las fases  
570 establecidas en el Cronograma de Ejecución, aprobado por las partes y que consta  
571 como anexo No.4A de este Contrato.

572  
573 Las garantías se rendirán para cada una de las fases y sus montos serán equivalentes  
574 al 2.5 % del costo de construcción de la fase correspondiente.

575 El 1% del costo de construcción de la primera fase deberá entregarse a la suscripción  
576 del Contrato, mientras que el 1% del costo de construcción de las otras fases al inicio  
577 de la construcción cada una de ellas.

578 Complementariamente una garantía equivalente al 1.5% de la construcción de cada  
579 fase se entregará a los seis meses del inicio de construcción de cada una de ellas.

580

581 **14.2 Reducción de Garantías de cumplimiento de Plazos:** Las Garantías de  
582 Cumplimiento de Plazos se irán reduciendo en su valor, conforme se hayan ejecutado  
583 las actividades previstas y en los plazos establecidos en el Cronograma Valorado del  
584 Proyecto (Anexo No.4B), para lo cual, de manera trimestral el CONCESIONARIO  
585 entregará al CONCEDENTE las nuevas garantías, y éste devolverá las garantías  
586 anteriores, para lo cual se establecerá el mecanismo operativo correspondiente, hasta  
587 la conclusión de cada fase del Proyecto.

588

589 **14.3 Garantía de cumplimiento de Obligaciones:** El CONCESIONARIO, quince días antes  
590 de la entrada en operación comercial de la primera unidad de generación de la Central,  
591 entregará al CONELEC una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato,  
592 emitida por una entidad de primer orden que sea aceptable para el CONCEDENTE y  
593 prevista en la legislación ecuatoriana, por la que se garantice el cumplimiento de las  
594 obligaciones que adquiere a través de este contrato. El monto total de la Garantía de  
595 Cumplimiento de Obligaciones, será por una suma equivalente al 2% del valor previsto  
596 a facturarse en el Mercado Eléctrico Mayorista para el año siguiente al de la expedición  
597 de la Garantía o su renovación.

598 **14.4 Ejecución de las Garantías:** Cada una de las Garantías de Cumplimiento de Plazos se  
599 ejecutará en el evento de que por razones imputables al CONCESIONARIO, no haya  
600 cumplido con la respectiva fecha de entrada en operación comercial de la  
601 correspondiente fase del Proyecto.

602 La Garantía de Cumplimiento de Obligaciones se ejecutará por no haberse renovado la  
603 misma dentro del plazo establecido en el numeral 14.5 de esta Cláusula o por causales  
604 establecidas en el Contrato.

605 La ejecución de cualquiera de las garantías aquí establecidas, podrá dar lugar a la  
606 terminación del presente contrato. En el evento de que por las razones establecidas en  
607 el Contrato, se ejecute cualquiera de las garantías establecidas en este instrumento y el  
608 CONCEDENTE no haya decidido rescindir el Contrato, el CONCESIONARIO deberá  
609 entregar una nueva garantía.

610 **14.5 Incumplimiento prolongado del plazo para Entrada en Operación Comercial;** Si  
611 transcurridos 60 días desde la fecha prevista para la Entrada en Operación Comercial  
612 de las unidades de generación de cada una de las fases, este evento aún no se realiza,  
613 el CONCESIONARIO pagará al CONCEDENTE una multa equivalente a Doscientos  
614 Dólares de los Estados Unidos (US\$ 200) por cada MW de potencia y por cada día de  
615 atraso, contabilizado a partir de día sesenta y uno (61) posterior a la fecha prevista para  
616 la Entrada en Operación Comercial de la respectiva fase del Proyecto.

617 **14.6 Vigencia y devolución de las Garantías:**

618 Cada una de las Garantías de Cumplimiento de Plazo mantendrá su vigencia hasta  
619 cuando se haya dado la Entrada en Operación Comercial de la fase correspondiente.  
620 La Garantía de Cumplimiento de Obligaciones deberá estar en vigencia desde quince  
621 días antes de la entrada en operación comercial de la primera unidad de generación de  
622 la Central, hasta la terminación del Contrato.

623 La Garantía de Cumplimiento de Obligaciones, deberá ser renovada por el  
624 CONCESIONARIO en forma anual, con una anticipación de al menos quince días  
625 laborables a la fecha de vencimiento de la anterior. En caso de ejecución de esta  
626 garantía, el CONELEC ejercerá este derecho mediante notificación escrita dirigida a la  
627 entidad que haya extendido la garantía, señalando que el CONCESIONARIO no ha  
628 cumplido con las obligaciones establecidas en este Contrato.

629 Las garantías aquí señaladas serán devueltas al CONCESIONARIO una vez que este  
630 haya cumplido con las obligaciones establecidas y acordadas en el Contrato.

631

632 **CLAUSULA DÉCIMO QUINTA: TRANSFERENCIA DE LA CONCESIÓN**

633 15.1 Con anterioridad no menor a dieciocho meses a la fecha de finalización del  
634 plazo de la Concesión, el CONCEDENTE procederá a convocar a licitación  
635 pública para otorgar en concesión la que ya finaliza, fijando las nuevas  
636 condiciones que regirán en el nuevo período. También se procederá a  
637 licitación pública cuando se produzca cualquier terminación anticipada del  
638 contrato.

639 El CONCESIONARIO podrá participar en la licitación pública, siempre que  
640 manifieste al CONELEC con una anticipación de al menos 24 meses, su  
641 intención de participar y que el CONELEC califique como adecuado el servicio

642 que prestó durante la vigencia del Contrato cuya concesión termina, en cuyo  
643 caso, facultará al CONCESIONARIO a participar en la licitación pública en  
644 igualdad de condiciones y circunstancias que todos los interesados y  
645 participantes.

646 En forma previa a la convocatoria a licitación EL CONCESIONARIO, a su  
647 costo, procederá a efectuar una evaluación técnica del valor de reposición a  
648 nuevo, menos la depreciación acumulada de los bienes de su propiedad,  
649 afectos a la concesión.

650 Para llevar a cabo esta evaluación, el CONCEDENTE, mediante concurso  
651 público seleccionará, a costo del CONCESIONARIO, a una firma evaluadora  
652 idónea de reconocido prestigio y experiencia en el sector eléctrico.

653 El valor económico determinado por la firma evaluadora, que resulta de la  
654 diferencia entre el valor de reposición a nuevo menos la depreciación  
655 acumulada, servirá como base mínima para la licitación de la nueva  
656 concesión, monto que se le entregará al CONCESIONARIO saliente, en caso  
657 de que este no fuese adjudicado.

658 En cualquier caso, sea el CONCESIONARIO saliente adjudicado o no con la  
659 nueva concesión, la diferencia entre el valor ofertado menos el valor  
660 económico determinado por la firma evaluadora será del Estado y pasará a  
661 formar parte del Fondo de Solidaridad.

662 1 5.2 En el caso de que por el resultado de la licitación, se dé la transferencia de los  
663 activos de la concesión a un tercero, se deberán cumplir los siguientes  
664 aspectos:

665 15.2.1. Hasta que EL CONCESIONARIO transfiera la Concesión, todos los  
666 daños u otros riesgos que afecten a las instalaciones, por cualquier  
667 causa, salvo que sean originados por causas de fuerza mayor  
668 debidamente comprobadas o por acciones u omisiones del  
669 CONCEDENTE, contraviniendo a sus obligaciones contractuales,  
670 serán de responsabilidad del CONCESIONARIO

671 En el evento de que el nuevo concesionario, por negligencia u otras  
672 causas no haya tomado posesión de la concesión en la fecha prevista,  
673 el CONELEC tomará a cargo por si mismo o a través terceros la  
674 concesión, de conformidad con lo establecido en la Ley de Régimen  
675 del Sector Eléctrico y los Reglamentos correspondientes, ante lo cual  
676 el CONCESIONARIO, quedará liberado de toda responsabilidad.

677 15.2.2. EL CONCESIONARIO será responsable de sus propios costos y  
678 gastos, incluyendo los costos legales de la transferencia de las  
679 instalaciones en caso de que ésta se lo haga al CONCEDENTE. Los  
680 costos legales de la transferencia de las instalaciones a un nuevo  
681 concesionario correrán por cuenta de éste.

682 15.2.3 EL CONCESIONARIO, a su costa, retirará de sus inmuebles todos los  
683 bienes de su propiedad que no forman parte de la transferencia,  
684 dentro de los sesenta (60) días posteriores a la fecha de transferencia  
685 que coincidirá con la fecha de suscripción del nuevo Contrato de  
686 CONCESION, salvo que las PARTES lleguen a otro acuerdo. EL  
687 CONCESIONARIO retirará exclusivamente los objetos personales de  
688 sus empleados o aquellos que nada tengan que ver con la operación y  
689 mantenimiento de las instalaciones y por ningún motivo equipos,  
690 herramientas, repuestos, planos e información técnica a transferirse o  
691 necesarios para la prestación del servicio.

692 15.2.4. Si EL CONCESIONARIO no retirare tales bienes en el plazo previsto,  
693 el CONCEDENTE o su designado podrá retirarlos y transportarlos a  
694 un lugar conveniente para su bodegaje, notificando su intención sobre  
695 el particular. EL CONCESIONARIO asumirá los costos y riesgos de  
696 dicho retiro, transporte y bodegaje.

697 15.2.5. EL CONCESIONARIO también deberá transferir lo siguiente:

698 15.2.5.1. Todos los derechos y títulos que tenga EL  
699 CONCESIONARIO en la Central de generación, incluyendo  
700 las instalaciones, equipos, repuestos y accesorios así como

701 la línea de transmisión y subestación, si éstas no hubiesen  
702 sido transferidas anteriormente. Todos los cuales deberán  
703 estar bien mantenidos y en buenas condiciones de  
704 funcionamiento.

705 15.2.5.2. La propiedad de los inmuebles del CONCESIONARIO.

706 15.2.5.3. Los Manuales de Operación y Mantenimiento, actas de  
707 transferencia, planos de diseño y demás información que sea  
708 necesaria para realizar dicha transferencia y para que el  
709 CONCEDENTE o su designado pueda continuar operando la  
710 Central de generación.

711 15.2.5.4. Repuestos.- Por lo menos veinticuatro meses antes de la  
712 finalización de la Concesión, EL CONCESIONARIO y el  
713 CONCEDENTE acordarán el inventario mínimo de los  
714 repuestos a transferirse, las garantías de dichos repuestos y  
715 los mecanismos de la transferencia. EL CONCESIONARIO  
716 transferirá al CONCEDENTE o a su designado un conjunto  
717 de repuestos necesarios para la operación y mantenimiento  
718 continuos de los equipos e instalaciones por un período de  
719 doce meses. El valor de estos repuestos será considerado  
720 dentro de la determinación del valor económico de los bienes  
721 afectos a la concesión, previsto en el numeral 15.1 de este  
722 Contrato.

723 15.2.5.5. Transferencia de Tecnología. A la fecha de transferencia EL  
724 CONCESIONARIO transferirá al nuevo concesionario o al  
725 CONCEDENTE o su designado, sin costo, toda la tecnología  
726 y "know-how" específicos y propios de la operación y  
727 mantenimiento de la Central, en la medida en que dicha  
728 tecnología y "know-how" sean transferibles o asignables;  
729 incluyendo licencias y sublicencias necesarias para que el  
730 CONCEDENTE o su designado pueda operar y mantener la  
731 Central de generación, siempre que sea posible y lo

732 permita el licenciante.

733 Se transferirá al CONCEDENTE o a sus designados, los activos del  
734 CONCESIONARIO, libres de todo embargo , hipoteca o gravamen.

735

## 736 **CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESION**

737 Por así disponerlo los artículos 112 y 113 del Reglamento de Concesiones, el  
738 Contrato podrá terminar su vigencia por cualquiera de las siguientes causas:

739 **16.1 Por cumplimiento del plazo del Contrato .** El Contrato terminará en el plazo  
740 estipulado en este instrumento.

741 Veinticuatro (24) meses antes de la terminación del Contrato por  
742 cumplimiento del plazo, las PARTES deberán disponer de un inventario de los  
743 activos del CONCESIONARIO que formará parte de la correspondiente acta  
744 de terminación, a efecto de seguir el procedimiento señalado en la Cláusula  
745 Décimo Quinta del Contrato.

746 **16.2** Por mutuo acuerdo. La PARTE que propusiere la terminación del Contrato por  
747 mutuo acuerdo deberá comunicar a la otra, las razones por las cuales formula  
748 dicha propuesta, que no podrán ser otras que de orden técnico o económico y  
749 que imposibiliten continuar con la ejecución del Contrato. La parte que recepta la  
750 propuesta deberá pronunciarse en un plazo máximo de treinta días contados  
751 desde la recepción de la misma. Si la respuesta fuera afirmativa se suscribirá un  
752 acta en la que se establecerán los pasos a seguir a fin de dar cumplimiento al  
753 procedimiento indicado en la Cláusula Décimo Octava. Si la respuesta fuere  
754 negativa, deberá ser debidamente motivada. Si la negativa produce una  
755 controversia, ésta será resuelta por Arbitraje, de acuerdo al procedimiento  
756 establecido en este Contrato.

757

758 **16.2.1.** Cuando exista falta de pago a la Concesionaria por parte de las empresas a las  
759 que hace referencia el Art.40 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, por la  
760 venta de energía que ésta haga al Mercado Eléctrico Mayorista y que dicha falta  
761 de pago se haya acumulado en montos que afecten severamente tanto a la

762 economía del Concesionario como a la continuidad de la operación de la  
763 Central, se podrá dar por terminado este Contrato por mutuo acuerdo, siempre y  
764 cuando esta causa ocurra dentro de los primeros cinco años contados a partir de  
765 la fecha de su suscripción. El Concesionario deberá demostrar  
766 documentadamente la causal invocada para este propósito y que la misma hace  
767 imposible continuar con la operación de la planta.

768  
769 La petición que el Concesionario formule en los términos de éste numeral,  
770 será analizada por el Concedente y resuelta dentro de los siguientes treinta  
771 días de su presentación con la suficiente motivación. De no recibir respuesta  
772 dentro del plazo referido, se tendrá como una aceptación tácita al pedido de  
773 terminación del Contrato por mutuo acuerdo.

774  
775 En caso de que el Contrato termine por mutuo acuerdo, por la causa señalada  
776 en el presente numeral, aquello no implica la transferencia de los equipos o  
777 bienes utilizados por el Concesionario para la generación, por tanto, el  
778 Concesionario podrá retirar, remover, exportar, vender o realizar cualquier  
779 disposición de dominio de los activos afectos a la Concesión, luego de cumplir  
780 con lo dispuesto por los artículos: 6 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y  
781 95 del Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la prestación del  
782 Servicio de Energía Eléctrica.

783  
784 Una vez que se haya cumplido el plazo de cinco años establecidos en el  
785 presente numeral sin que se hubiere producido la terminación por mutuo  
786 acuerdo de este Contrato, la transferencia de la Concesión se sujetará a lo  
787 estipulado en la cláusula decimoquinta del presente Contrato.

788 **16.3 Por renuncia.** Por renuncia al Contrato que formule expresamente el  
789 CONCESIONARIO ante el CONCEDENTE. EL CONCESIONARIO deberá  
790 presentar un documento al CONCEDENTE en el que deberán exponerse las  
791 razones que le han llevado a tomar la decisión de renunciar al Contrato. Este  
792 documento deberá presentarse con al menos veinticuatro (24) meses de  
793 anticipación a la fecha en que EL CONCESIONARIO tiene previsto concluir  
794 sus actividades, a fin de que el CONCEDENTE pueda tomar las acciones del



795 caso. Presentada la renuncia, se procederá conforme al procedimiento de  
796 transferencia indicado en la Cláusula Décimo Quinta.

797 **16.4 Por abandono del Contrato sin causa por parte del CONCESIONARIO.** Se  
798 entenderá que el CONCESIONARIO ha abandonado el Contrato cuando se  
799 produzca el cese de todas las actividades relacionadas con el Contrato, por un  
800 período de por lo menos sesenta días consecutivos, sin existir causas de  
801 fuerza mayor o caso fortuito y no mediar el aviso previo mencionado en el  
802 numeral 16.3. de esta Cláusula.

803 Transcurrido dicho plazo, el CONCEDENTE procederá a intervenir los  
804 servicios de energía eléctrica materia del contrato en los términos de la  
805 Cláusula Vigésimo Primera del Contrato, sin perjuicio del derecho del  
806 CONCEDENTE de ejecutar la garantía de cumplimiento de obligaciones del  
807 Contrato y se procederá a la transferencia de conformidad con lo indicado en  
808 la Cláusula Décimo Quinta. En caso de que por el abandono se produjera un  
809 desabastecimiento de la demanda, el CONCEDENTE deducirá del monto a  
810 abonar al CONCESIONARIO previsto en la Cláusula Décimo Quinta, los  
811 daños y perjuicios ocasionados, que deberán ser debidamente demostrados y  
812 aceptados por el CONCESIONARIO.

813 **16.5 Por incumplimiento del CONCESIONARIO.** Se entenderá que el  
814 CONCESIONARIO ha incumplido el Contrato cuando la suma acumulada en  
815 concepto de multas durante seis meses corridos alcance el valor de la  
816 garantía de cumplimiento de obligaciones del Contrato prevista en la Cláusula  
817 14.3.

818 Para determinar el monto de la sanción que configure la causal de terminación  
819 del Contrato conforme a lo determinado en este numeral, se tomarán en  
820 cuenta solamente aquellos incumplimientos incurridos por el  
821 CONCESIONARIO y no subsanados o remediados por éste conforme los  
822 términos previstos en la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato.

823 **16.6 Por cancelación unilateral de parte del CONCEDENTE, sin que exista**  
824 **causa imputable al CONCESIONARIO.** Esta declaración no surtirá efecto, si

825 es que el CONCESIONARIO no hubiere pactado y recibido de parte del  
826 Estado la indemnización fijada por el CONELEC, por los daños y perjuicios  
827 que ella le ha ocasionado. Esta declaración entrará en vigencia 90 días  
828 después de que disponga el informe de los peritos al que hace relación el Art.  
829 115 del Reglamento de Concesiones. La evaluación de tales daños y  
830 perjuicios, se procederá conforme lo indicado en el Art. 115 antes  
831 mencionado.

832 Recibida por parte del CONCESIONARIO la indemnización, se procederá  
833 conforme lo establecido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato.

834 Si la fijación o forma de la cancelación de la indemnización antes mencionada  
835 genera una controversia, tal controversia se llevará a resolución de árbitros,  
836 de conformidad con lo previsto en la Cláusula Vigésimo Segunda en este  
837 contrato. Hasta que el Tribunal Arbitral se pronuncie mediante laudo, el  
838 Contrato seguirá vigente.

839 **16.7 Por cancelación unilateral del Contrato en razón de una declaratoria de**  
840 **interés público.** En este caso, la declaración unilateral deberá contener de  
841 manera expresa y detallada los antecedentes y motivos que han llevado al  
842 CONCEDENTE a adoptar dicha resolución, así como una explicación de cómo  
843 el interés público se beneficiaría dando por terminado el Contrato de esta  
844 manera. El CONCESIONARIO percibirá una indemnización que se calculará  
845 conforme la metodología indicada en el numeral 16.6. de la presente Cláusula  
846 y se procederá conforme el procedimiento de la Cláusula Décimo Octava. Si  
847 la cancelación de la indemnización ocasiona una controversia, se estará a lo  
848 dispuesto en el numeral 16.6 del Contrato.

849 **16.8 Por incumplimiento del CONCEDENTE** de sus obligaciones previstas en el  
850 Contrato. Se entenderá que existe dicho incumplimiento al producirse uno  
851 cualquiera de los siguientes casos:

852 a) Liquidación o disolución del CONCEDENTE, sin que exista otra  
853 entidad que la suceda en las obligaciones de este Contrato, o la  
854 transferencia de todas las obligaciones del CONCEDENTE a otra

855 entidad, sin que esta entidad esté de acuerdo en aceptar dicha cesión y  
856 en cumplirlas conforme a los términos de este Contrato.

857 La fusión o transformación no son causales de incumplimiento.

858 b) Cualquier incumplimiento por parte del CONCEDENTE, que al no  
859 haberse remediado, conforme a lo dispuesto en el inciso siguiente,  
860 afecte adversamente uno o más de los derechos esenciales que le  
861 otorga al CONCESIONARIO en el numeral 12.1 de la Cláusula Décimo  
862 Segunda .

863 De producirse esta situación el CONCESIONARIO podrá notificar por  
864 escrito del incumplimiento al CONELEC, especificando, en forma  
865 detallada, en que consiste dicho incumplimiento y como le afecta a la  
866 concesión, teniendo el CONELEC el plazo de sesenta días para  
867 corregirlo, aclararlo o rectificar el posible incumplimiento. Durante dicho  
868 período, el CONELEC deberá informar por escrito al CONCESIONARIO  
869 detallando su progreso en la rectificación del incumplimiento. De no  
870 producirse la rectificación o aclaración correspondiente, el  
871 CONCESIONARIO tendrá derecho y la opción a dar por terminado el  
872 Contrato, previa notificación escrita con 120 días de anticipación a la  
873 fecha en la que deba concretarse dicha terminación, debiendo, en este  
874 evento, procederse al pago de la respectiva indemnización al  
875 CONCESIONARIO, el mismo que se establecerá conforme el  
876 procedimiento determinado en el numeral 16.6 de la presente Cláusula.

877 El CONCESIONARIO mantendrá el derecho a continuar generando  
878 energía eléctrica, despachándola y vendiéndola.

879 b) 16.9 **Por quiebra del CONCESIONARIO judicialmente**  
880 **declarada.** Tan pronto como se declare judicialmente la quiebra del  
881 CONCESIONARIO y no exista recurso alguno a plantearse respecto a tal  
882 resolución judicial, se dará por terminado el Contrato y el CONCEDENTE  
883 podrá designar a un interventor que tendrá como principal obligación el  
884 asegurar la continuidad de la generación conforme el procedimiento

885                    indicado en la Cláusula Vigésimo Primera.

886            16.10    **Por cesión.** En caso de cesión o transferencia total o parcial en favor de  
887                    terceros por parte del CONCESIONARIO de los derechos y obligaciones  
888                    estipulados en este Contrato y en especial los establecidos en la  
889                    Cláusula Décimo Segunda de este instrumento, sin que exista  
890                    autorización del CONCEDENTE. No se considerará cesión o  
891                    transferencia, la subcontratación por parte del CONCESIONARIO de los  
892                    servicios derivados de este Contrato, así como la transferencia de las  
893                    acciones de la compañía CONCESIONARIA.

894                    La terminación del Contrato en razón de cualquiera de las causas indicadas  
895                    en los numerales 16.3, 16.4, 16.5, 16.9 y 16.10 dará lugar a la ejecución de la  
896                    garantía de cumplimiento de obligaciones.

897            16.11    **Por la suspensión definitiva del Contrato.** El Contrato se terminará también  
898                    por suspensión definitiva del mismo por parte del CONCESIONARIO, de  
899                    conformidad con lo previsto en el artículo 112 del Reglamento de Concesiones,  
900                    y en la Cláusula Vigésimo Quinta de este Contrato, y en la forma que se  
901                    establece en el numeral 17.3 del Contrato.

902

## 903    **CLÁUSULA DÉCIMO SEPTIMA: REVOCATORIA Y CAUSALES DE SUSPENSIÓN** 904    **DE LA CONCESION**

### 905    17.1    **Revocatoria**

906                    La Concesión objeto del Contrato, será revocada por las siguientes causas:

907                    17.1.1 Si se comprobara posteriormente que la documentación  
908                    presentada con la solicitud de concesión es falsa o no tuviere el  
909                    sustento legal requerido. Las Partes declaran que la información  
910                    presentada con la solicitud de concesión es adecuada y goza del  
911                    sustento legal necesario.

912                    17.1.2 Si se inicia la construcción del Proyecto sin el conocimiento y  
913                    aprobación previa del CONELEC de los estudios y diseños  
914                    definitivos. Las obras de ingeniería básica se han iniciado con la  
915                    aprobación previa del CONELEC de los estudios y diseños  
916                    definitivos. Las obras de ingeniería básica se han iniciado con la

917 autorización del CONELEC.  
918

919 17.1.3 Por incumplimiento injustificado de los plazos establecidos en el  
920 cronograma de ejecución del Proyecto, aprobado por el  
921 CONELEC.  
922

923 17.1.4 Si durante las etapas de construcción, operación y retiro, no se  
924 cumplen las normas técnicas y regulaciones, vigentes en la  
925 materia.  
926

927 17.1.5 Si la Concesión se transfiere a terceros sin autorización del  
928 CONELEC.  
929

930 En caso de revocatoria de una concesión, sin perjuicio de las restantes  
931 medidas estipuladas en el Contrato, se harán efectivas las garantías que  
932 correspondan.  
933

934 **17.2 Notificación, corrección y procedimiento para la revocatoria de la**  
935 **Concesión**  
936

937 La notificación por parte del CONELEC, respecto a que el CONCESIONARIO  
938 ha incurrido en cualquiera de las causas señaladas en el numeral 17.1 que  
939 antecede, deberá especificar y motivar con suficientes detalles la ocurrencia  
940 de dicha causa y, en la misma, se le otorgará al CONCESIONARIO un plazo  
941 prudencial para su corrección, para lo cual el CONCESIONARIO presentará  
942 un plan aceptable en el que se indicará el plazo necesario para su corrección  
943 el mismo que no será mayor a 90 días, antes de la declaratoria de revocación.  
944 De existir causas plenamente justificadas, el CONCEDENTE podrá extender  
945 este plazo.  
946

947 En el caso de que el CONCESIONARIO no hubiere tomado las acciones  
948 tendientes a remediar las causas que pudieren dar lugar a la revocatoria de la  
949 Concesión, el CONELEC, a través de una resolución motivada, procederá a  
950 revocar la Concesión, adoptando para el efecto las acciones que la ley prevé  
951 para el caso de la terminación del Contrato.

952 **17.3 SUSPENSION**

953 Este Contrato podrá suspenderse en el evento en que ocurra cualquiera de  
954 las causas establecidas en los Arts. 111 y 112 del Reglamento de

955 Concesiones.

956 En el caso de que, por la falta total o parcial del suministro de gas natural a la  
957 Central, cuyo abastecimiento a través de un gasoducto, proviene  
958 exclusivamente del Bloque número tres del mapa catastral petrolero  
959 ecuatoriano en el Golfo de Guayaquil, la Central quede imposibilitada de  
960 generar, dará lugar a la suspensión de las obligaciones del Contrato según lo  
961 dispuesto en la Cláusula Vigésimo Quinta.

962 **CLAUSULA DÉCIMO OCTAVA: ACTA DE LIQUIDACION.**

963 Cualquiera que sea la causa por la que se dé por terminado el Contrato se  
964 procederá a la liquidación del Contrato, a través de un Acta de Liquidación  
965 donde se hará constar el cumplimiento de las obligaciones por cada una de  
966 las PARTES, así como aquellas obligaciones que deberán cumplirse hasta la  
967 total transferencia según los términos de este Contrato, debiendo señalarse  
968 en este último caso, el plazo dentro del cual dichas obligaciones pendientes  
969 deben cumplirse, hasta la total extinción de las mismas.

970 Para verificar el cumplimiento de las obligaciones de carácter o naturaleza  
971 ambiental, al momento de la suscripción del Acta de Liquidación del Contrato,  
972 se estará a lo previsto en el Plan de Manejo Ambiental aprobado, el que  
973 servirá de base para comprobar dicho cumplimiento.

974 **CLÁUSULA DECIMA NOVENA:**  
975 **RESTRICCIONES A LA**  
976 **TRANSFERENCIA**

977 EL CONCESIONARIO no transferirá, ni cederá, ni subdelegará este Contrato  
978 a un tercero, sea por un acto de enajenación, u otro de similar efecto, sin la  
979 previa autorización por escrito del CONCEDENTE. La negativa a la  
980 autorización deberá ser debidamente motivada. La venta de las acciones de  
981 la compañía CONCESIONARIA o de su compañía matriz, en cuanto no  
982 afectan a la personalidad jurídica del CONCESIONARIO, no se considerará  
983 como transferencia.

984

## CLAUSULA VIGÉSIMA: VENTA DE ENERGIA

985 20.1. **Precios Libres y Sujetos a Regulación.** De conformidad con lo dispuesto en  
986 el Artículo 58 del Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector  
987 Eléctrico, la actividad de generación se someterá a los siguientes principios:

988 20.1.1. **Precios Libres.** Son los pactados entre Generadores y Distribuidores  
989 y/o Grandes Consumidores, mediante contratos a plazo.

990 20.1.2 **Precios Regulados.** Son aquellos por los cuales los Generadores  
991 podrán vender la energía eléctrica disponible a Distribuidores y/o  
992 Grandes Consumidores, a precios de mercado ocasional, fijados por  
993 el CENACE.

994 20.1.3 **Precios entre generadores.** Las transacciones entre Generadores,  
995 resultado del despacho de carga, se realizarán en el Mercado  
996 Eléctrico Mayorista a precios de mercado ocasional fijados por el  
997 CENACE.

998

## 999 CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: INTERVENCIÓN

1000

1001 **21.1 Derecho de intervención.-** El CONELEC podrá intervenir en la Concesión  
1002 materia del Contrato, cuando de los informes que reciba por parte de las  
1003 correspondientes dependencias a su cargo aparezca que se ha dado cualquiera  
1004 de los casos establecidos en el artículo 107 del Reglamento de Concesiones.  
1005 Antes de comenzar el proceso de intervención, el CONELEC deberá tener en  
1006 forma detallada, completa e inequívoca, un informe escrito del área respectiva,  
1007 en el que se explique clara y suficientemente, las causas que le permitirían al  
1008 CONELEC iniciar el proceso de intervención.

1009 No habrá lugar a la intervención en los casos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito  
1010 establecidos en la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato.

1011

1012 **21.2 Plazo para solucionar las causas de intervención.-** Una vez que el CONELEC  
1013 cuente con el informe exigido en el numeral inmediato anterior, procederá a

1014 notificar al CONCESIONARIO, haciéndole conocer las causas que podrían dar  
1015 lugar a intervenir la Concesión, otorgándole 90 días de plazo para que subsane o  
1016 solucione tales causas y evitar el proceso de intervención.

1017  
1018 **21.3 Superación de las causas de una intervención.-** Dentro del plazo concedido,  
1019 el CONCESIONARIO tiene la obligación de subsanar o solucionar las  
1020 circunstancias que dieron lugar a la notificación por parte del CONELEC y, para  
1021 ese efecto, el CONELEC queda obligado a prestar al CONCESIONARIO toda la  
1022 colaboración que este necesitare para lograr subsanarlas o solucionarlas. En el  
1023 caso de que tales causas no pudieren ser subsanadas o solucionadas por el  
1024 CONCESIONARIO dentro del plazo concedido, el CONELEC podrá iniciar el  
1025 proceso de intervención, previa notificación al CONCESIONARIO.

1026  
1027 Cuando las causas que hubieren dado origen a la intervención de CONELEC  
1028 fueren de carácter técnico o de otra naturaleza cuya solución requiriere de un  
1029 tiempo superior a 90 días, el CONELEC determinará el plazo adicional que sea  
1030 necesario para que el CONCESIONARIO pueda solucionar tales causas, antes  
1031 de iniciar la intervención.

1032  
1033 **21.4 Proceso de intervención.-** En el caso de que se venciere el plazo otorgado por  
1034 el CONELEC al CONCESIONARIO al que se refieren los numerales anteriores y  
1035 subsistieren las circunstancias o causas para la intervención sin que se hubieren  
1036 solucionado las mismas, se aplicarán los artículos 13, letra j) y 18, letra g) de la  
1037 Ley de Régimen del Sector Eléctrico y 108 y 109 del Reglamento de  
1038 Concesiones, a efectos de que el CONELEC disponga la intervención.

1039  
1040 EL CONELEC expedirá una Resolución de Intervención, debidamente motivada,  
1041 que se la notificará al CONCESIONARIO, en la que constará su decisión de  
1042 intervenir la Concesión, la causa o causas que la originan, el plazo que durará la  
1043 misma, la designación del Interventor y la determinación de las facultades que se  
1044 le otorga y que serán las necesarias para controlar que el CONCESIONARIO  
1045 solucione la causa o causas de la intervención, señalándole, si fuere del caso,  
1046 los actos y contratos del CONCESIONARIO que deberán ser autorizados por el



1047 Interventor, así como todo aquello que deberá cumplir para el cabal desempeño  
1048 de sus funciones, de conformidad con lo previsto en el presente Contrato y en las  
1049 leyes y reglamentaciones que fueren aplicables.

1050  
1051 El Interventor permanecerá en sus funciones hasta que se hubieren solucionado  
1052 las causas que motivaron la intervención y su designación.

1053  
1054 **21.5 Terminación de la Intervención.-** Una vez subsanadas o solucionadas las  
1055 causas que hubieren motivado la intervención, el CONELEC declarará terminada  
1056 la intervención, debiendo el CONCESIONARIO sujetarse, si fuere del caso, a las  
1057 recomendaciones que le formulare el CONELEC para su cumplimiento.

1058  
1059 **21.6** El CONCESIONARIO no tendrá responsabilidad alguna ni por incumplimientos  
1060 atribuibles al Interventor, ni por los daños y perjuicios causados, directa o  
1061 indirectamente por el Interventor.

1062

## 1063 **CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA : SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

1064 **22.1** Proceso de Mediación. Los desacuerdos y la resolución de todas las  
1065 controversias originadas de la interpretación, aplicación y cumplimiento de  
1066 este Contrato, excepto los asuntos técnicos que por este Contrato o por la Ley  
1067 deban ser decididos por autoridad competente, se someterán a los  
1068 representantes legales de las Partes para su resolución.

1069  
1070 Si dentro del plazo de 10 días de haberse remitido el desacuerdo, este no  
1071 hubiere sido resuelto por los representantes legales de las Partes, las Partes  
1072 someterán los desacuerdos sobre los asuntos expresamente indicados en  
1073 este Contrato, así como aquellos que ellas mutuamente convinieren, a un  
1074 proceso de mediación.

1075 El Mediador será nombrado mediante acuerdo de las Partes en el plazo de 10  
1076 días contados a partir de la fecha en que los representantes legales de las  
1077 mismas debieron resolver el desacuerdo. Si no hubiere acuerdo sobre la

1078 persona del Mediador, se acudirá a un mediador de la lista de mediadores y a  
1079 la mediación ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de  
1080 Comercio de Quito, de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación y el  
1081 Reglamento de dicho Centro.

1082 Las Partes proporcionarán al Mediador toda la información escrita o verbal y  
1083 demás evidencias que se requiera para que éstas puedan llegar a su una  
1084 resolución de la controversia. En conocimiento de los antecedentes, el  
1085 Mediador propondrá las alternativas de solución que considere pertinentes. El  
1086 procedimiento de mediación concluye con la firma de un Acta en la que  
1087 conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.  
1088 La ejecución del Acta se sujetará a lo previsto en el Art. 47 de la Ley de  
1089 Arbitraje y Mediación. En todos los casos, los gastos que demande la  
1090 intervención del Mediador, serán cubiertos por las Partes en proporciones  
1091 iguales.

1092 En caso de que las Partes no hayan llegado a un acuerdo conforme al  
1093 procedimiento determinado en este numeral, las Partes podrán someter la  
1094 controversia a arbitraje, según el numeral 22.2. de este Contrato.

1095 22.2. Arbitraje: Las Partes, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y el  
1096 Convenio, el que se define más adelante, someten la resolución de todas las  
1097 controversias originadas de la interpretación, aplicación y cumplimiento de  
1098 este Contrato al arbitraje. El arbitraje se llevará a cabo e el Centro de Arbitraje  
1099 y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito o en el Centro internacional  
1100 de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a elección del  
1101 actor. La otra parte renuncia a cualquier derecho a oponerse o impugnar la  
1102 elección del actor. El arbitraje se guiará por las disposiciones de este  
1103 Contrato, de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento del Centro de  
1104 Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, de los documentos relativos al  
1105 caso sometido a arbitraje y por las del Convenio, según lo dispuesto en el  
1106 numeral 22.2.2

1107 22.2.1 Arbitraje Nacional.

1108 En el caso de que la parte actora decidiese acudir a arbitraje nacional este  
1109 arbitraje se llevará a cabo de conformidad con Ley de Arbitraje y Mediación, el  
1110 Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito y de  
1111 los documentos relativos al caso sometido a arbitraje. Los árbitros quedan  
1112 facultados para dictar medidas cautelares solicitando el auxilio de funcionarios  
1113 públicos para su ejecución.

1114 22.2.1.1 Para la presentación, citación y contestación de la demanda  
1115 arbitral, medidas cautelares, modificación de la demanda o de la  
1116 contestación a la demanda, convocatoria a la audiencia de  
1117 sustanciación y cualquier otro procedimiento, se estará a lo dispuesto  
1118 en la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No.  
1119 145 de 4 de septiembre de 1997 (la "Ley de Arbitraje y Mediación").

1120 22.2.1.2 El Tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno,  
1121 quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta,  
1122 ausencia o impedimento definitivo de un principal.

1123 La demanda y su contestación se presentarán de acuerdo con los  
1124 artículos 10, 11 y 12 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

1125 22.2.1.3 Dentro de los veinte (20) días posteriores a la recepción de la  
1126 contestación de la demanda, cada Parte designará un árbitro y  
1127 notificará por escrito a la otra Parte con dicha nominación. Si una de  
1128 las Partes omitiere designar su árbitro dentro de dicho lapso, la otra  
1129 Parte podrá solicitar al Director del Centro de Arbitraje tal designación.  
1130 Las Partes designarán los árbitros principales que deben integrar el  
1131 Tribunal de la lista enviada por el Centro de Arbitraje. Sin embargo,  
1132 de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista  
1133 presentada por el Centro de Arbitraje.

1134 22.2.1.4 Los dos árbitros designarán a un tercero, quien presidirá el  
1135 Tribunal de arbitraje. Si los dos árbitros, dentro de diez (10) días  
1136 contados desde su designación, no llegan a un acuerdo en cuanto al  
1137 tercer árbitro, cualquiera de las Partes podrá solicitar al Director del

1138 Centro de que señale tal árbitro de la Nómina de Arbitros de la  
1139 Cámara de Comercio de Quito. El Centro de Arbitraje se pronunciará  
1140 en el plazo de cinco (5) días a partir de la recepción de la petición.

1141 22.2.1.5 Adicionalmente a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación y  
1142 en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio  
1143 de Quito, los árbitros serán personas de reconocida idoneidad,  
1144 experiencia, capacidad y conocimiento del o los asuntos sujetos a  
1145 arbitraje, no pudiendo ninguno de ellos ser empleado o tener  
1146 relaciones de dependencia con cualquiera de las Partes o sus  
1147 compañías relacionadas o ser empleado del Estado o de otras  
1148 entidades del sector público. Los árbitros podrán ser ecuatorianos o  
1149 extranjeros.

1150 22.2.1.6 Los árbitros designados, dentro de tres (3) días de haber sido  
1151 notificados deberán aceptar o no el cargo. Si guardan silencio se  
1152 entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los  
1153 árbitros serán convocados por el Director del Centro de Arbitraje, y  
1154 procederán a la designación del Presidente y del Secretario del  
1155 Tribunal de Arbitraje, de lo cual se sentará la respectiva acta.

1156 22.2.1.7 Una vez posesionados todos los árbitros, éstos de común  
1157 acuerdo designarán un alerno, el cual será posesionado por el  
1158 Presidente del Tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes a su  
1159 designación.

1160 22.2.1.8 El Presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y  
1161 actuará como Secretario del Tribunal la persona designada por el  
1162 Tribunal de entre los constantes en la lista de Secretarios del Centro  
1163 de Arbitraje.

1164 22.2.1.9 El arbitraje será realizado en derecho y tendrá como sede la  
1165 ciudad de Quito y se instalará el tribunal en el Centro de Arbitraje de la  
1166 Cámara de Comercio de Quito sin perjuicio de que el Tribunal de  
1167 Arbitraje pueda desplazarse a cualquier lugar donde sea necesario

1168 realizar sus diligencias.

1169 22.2.1.10 Las Partes deberán proporcionar al Tribunal de Arbitraje todas las  
1170 informaciones y facilidades, así como permitir su libre acceso a los  
1171 sitios de operación, libros y registros técnicos y contables que sean  
1172 necesarios para solucionar el asunto materia de la Controversia. Así  
1173 mismo, los árbitros adoptarán procedimientos que hagan posible a las  
1174 Partes de la presentación de todas las pruebas de que se crean  
1175 asistidas.

1176 22.2.1.11 El laudo se ejecutará de conformidad con lo establecido en la Ley  
1177 de Arbitraje y Mediación, y si fuere necesario, el Tribunal especificará  
1178 en su decisión las medidas que deberán ser adoptadas para el  
1179 adecuado cumplimiento del laudo arbitral.

1180 22.2.1.12 Si uno de los árbitros renunciare durante el curso de arbitraje o se  
1181 encontrare imposibilitado de participar en el mismo, será reemplazado  
1182 por el árbitro alerno. De manera inmediata se procederá a designar  
1183 un nuevo alerno de conformidad al numeral 22.2.1.7 Si quien  
1184 renunció era el Presidente del Tribunal, los árbitros que quedaren  
1185 elegirán un nuevo Presidente quién será designado de conformidad  
1186 con el numeral 22.2.1.4

1187 22.2.1.13 Cualquier decisión del Tribunal se tomará por mayoría de votos.

1188 22.2.1.14 Los gastos incurridos en el arbitraje serán de cargo de la Parte  
1189 que así resuelva el Tribunal de arbitraje en su laudo incluyendo los  
1190 gastos operativos del Tribunal y los correspondientes al uso de la  
1191 sede del mismo; sin embargo, cada parte deberá pagar los honorarios  
1192 del árbitro designado por ella, o del que hubiese sido designado a  
1193 nombre de ella, cualquiera que sea el resultado del arbitraje. Los  
1194 honorarios de los árbitros alternos y del Presidente del Tribunal serán  
1195 cubiertos por aquella Parte que fuese condenada a pagar los gastos  
1196 del arbitraje. Los honorarios de los árbitros principales y alternos se  
1197 liquidará de conformidad con el tarifario del Centro de Arbitraje y

1198 Mediación de la Cámara de Comercio de Quito

1199 22.2.1.15 A la conclusión del arbitraje, el Tribunal notificará su laudo en  
1200 audiencia de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y  
1201 Mediación, luego de lo cual el Tribunal entregará copia del laudo a las  
1202 Partes. El laudo deberá ser motivado con indicaciones precisas de las  
1203 conclusiones y otras disposiciones técnicas relativas al laudo arbitral si  
1204 fuere necesario.

1205 22.2.1.16 Cualquier laudo arbitral que exija el pago en dinero deberá  
1206 pagarse en Dólares de los Estados Unidos de América. Además, en  
1207 cualquier laudo que obligue a una de las Partes el pago de una  
1208 cantidad de dinero, esta parte deberá reconocer los intereses  
1209 correspondientes, si así lo determina el laudo arbitral.

1210 22.2.1.17 El laudo es inapelable sin perjuicio de lo cual, las Partes podrán  
1211 solicitar la ampliación o aclaración del mismo en el término de tres (3)  
1212 días desde su notificación. La respuesta del Tribunal sobre ese  
1213 pedido deberá ser emitida dentro de los diez (10) días posteriores a la  
1214 recepción de la solicitud.

1215 22.2.1.18 Si dentro del arbitraje las Partes llegan a un acuerdo parcial o  
1216 total, se estará a lo dispuesto en el Art. 28 de la Ley de Arbitraje y  
1217 Mediación.

1218 22.2.1.19. En todo aquello que no esté contemplado en este Contrato se  
1219 sujetarán a las normas de procedimiento señaladas en la Ley de  
1220 Arbitraje y Mediación, al Reglamento del Centro de Arbitraje y  
1221 Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y al determinado en  
1222 este Contrato, sin perjuicio de las normas supletorias a las que hace  
1223 referencia el Art. 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

1224 **22.2.2** Arbitraje Internacional:

1225 En el evento de que la parte actora decidiese acudir a arbitraje  
1226 internacional, este arbitraje se llevará a cabo de conformidad con el

1227 Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre  
1228 Estados y nacionales de otros Estados (el "Convenio") y las  
1229 disposiciones que siguen a continuación.

1230 22.2.2.1 Las Partes reconocen que el Convenio Sobre Arreglo de  
1231 Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de  
1232 otros Estados (el "Convenio") suscrito por la República del Ecuador,  
1233 como estado Miembro del Banco Internacional de Reconstrucción y  
1234 Fomento, el 15 de enero de 1985 y publicado en el Registro Oficial  
1235 No. 386 el 2 de marzo de 1986 y ratificada por el Congreso Nacional  
1236 el 7 de febrero de 2001, cuya ratificación ha sido publicada en el  
1237 Registro Oficial No. 309 de 19 de abril de 2001, es aplicable a  
1238 cualquier controversia de cualquier naturaleza que pueda surgir entre  
1239 las Partes en relación con este Contrato (una "Controversia"). Las  
1240 Partes se obligan a someter cualquier Controversia a la jurisdicción y  
1241 competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias  
1242 Relativas a Inversiones (el "CIADI") para que sean arregladas y  
1243 resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio.

1244 22.2.2.2 El procedimiento de designación de árbitros será el establecido en  
1245 el numeral 22.2.1.3. Si las partes no se pusiesen de acuerdo en la  
1246 designación del tercer árbitro o no se hubiese conformado el Tribunal,  
1247 se estará a lo dispuesto en el Art. 38 del Convenio. Ningún árbitro  
1248 designado de conformidad con la presente Cláusula, será empleado o  
1249 representante o ex empleado o representante de dicha persona.

1250 22.2.2.3. El procedimiento para el arbitraje internacional establecido en el  
1251 numeral 22.2.2 será el indicado en el Convenio, salvo las  
1252 modificaciones al procedimiento aquí establecidas.

1253 22.2.2.4. Las Partes reconocen y acuerdan que para efectos del Artículo 25  
1254 del Convenio, cualquier Controversia es y será considerada una  
1255 controversia legal que surge directamente de una inversión entre un  
1256 Estado Contractual y un ciudadano de otro Estado Contractual.

1257 22.2.2.5. El CONELEC en representación del Estado Ecuatoriano, y para  
1258 efectos del Art. 26 del Convenio, declara que para acudir al arbitraje  
1259 internacional de acuerdo con esta Cláusula no es necesario agotar  
1260 previamente la vía administrativa u otra vía para la solución de una  
1261 controversia.

1262 22.2.2.6. Todos los procedimientos arbitrales conducidos de conformidad con  
1263 el Convenio se llevarán a cabo en Quito, Ecuador y se llevarán en  
1264 idioma Español. Si por cualquier causa el arbitraje no puede  
1265 llevarse en Quito, Ecuador, éste se llevará en la Corte Permanente  
1266 de arbitraje del CIADI.

1267 22.2.2.7 Los gastos incurridos en el arbitraje serán de cargo de la Parte que  
1268 así resuelva el Tribunal de arbitraje en su laudo incluyendo los  
1269 gastos operativos del Tribunal y los correspondientes al uso de la  
1270 sede del mismo; sin embargo, cada parte deberá pagar los  
1271 honorarios del árbitro designado por ella, o del que hubiese sido  
1272 designado a nombre de ella, cualquiera que sea el resultado del  
1273 arbitraje. Los honorarios de los árbitros alternos y del Presidente  
1274 del Tribunal serán cubiertos por aquella Parte que fuese condenada  
1275 a pagar los gastos del arbitraje. Los honorarios de los árbitros  
1276 principales y alternos se liquidará de conformidad con el tarifario del  
1277 CIADI

### 1278 **22.3** Citación y Naturaleza de las Obligaciones.

1279 Con respecto a los procedimientos señalados en esta Cláusula para  
1280 la exigibilidad de un laudo, en contra de activos de cualquier Parte  
1281 presentados en los Tribunales del Ecuador:

1282 (a) CONELEC designa a su representante legal, para que reciba  
1283 citaciones en su nombre en dicha jurisdicción en cualquier  
1284 procedimiento de exigibilidad y en la dirección que se señale  
1285 para el efecto

1286 (b) El Concesionario designa a su representante legal para que



1287                                   reciba citaciones en su nombre en dicha jurisdicción en  
1288                                   cualquier procedimiento de exigibilidad; y en la dirección que se  
1289                                   señale para el efecto.

1290   22.4.   Cumplimiento Continuo: Durante el trámite de cualquier controversia de  
1291                                   conformidad con la presente cláusula, cada Parte continuará cumpliendo sus  
1292                                   obligaciones bajo este Contrato.

1293   22.5   Por así disponer la última parte del inciso tercero del Art. 21 de la Ley de  
1294                                   Régimen del Sector Eléctrico y el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, al  
1295                                   haber estipulado las Partes someter y solucionar sus controversias a un  
1296                                   procedimiento arbitral, no podrán recurrir sobre ningún asunto o controversia  
1297                                   derivada de la aplicación, interpretación o cumplimiento de este Contrato a  
1298                                   los Tribunales jurisdiccionales del Ecuador, a cuya jurisdicción renuncian  
1299                                   expresamente.

1300   **CLÁUSULA VIGÉSIMO TERCERA: PRINCIPIOS A EMPLEARSE PARA AJUSTAR**  
1301   **LOS RESULTADOS DE LA OPERACIÓN DEL CONCESIONARIO DEBIDO A**  
1302   **EVENTUALES CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN.**

1303   23.1.   En aplicación a lo que dispone el artículo 46, literal q) del Reglamento de  
1304                                   Concesiones los siguientes son los principios que deberán aplicarse cuando se  
1305                                   trate de ajustar los resultados de la operación del CONCESIONARIO en el caso  
1306                                   que se dictaren cambios en la legislación u otras normas jurídicas que resultaren  
1307                                   aplicables a este Contrato:

1308                                   23.1.1   El Concedente declara y reconoce que el Contrato se sujeta a las leyes  
1309                                   del Ecuador vigentes al momento de su suscripción, por tanto, el  
1310                                   CONCESIONARIO deberá ser tratado bajo dichas leyes, de manera no  
1311                                   menos favorable que cualquier otro CONCESIONARIO de generación  
1312                                   de energía eléctrica, bien sea una persona natural o jurídica;

1313                                   23.1.2   Sin perjuicio de ello, en el evento en que se dictare alguna ley,  
1314                                   regulación, resolución, u otra norma que limite o afecte la autonomía de  
1315                                   que goza el Concedente y que de alguna manera tenga relación con

1316 este Contrato aquello no afectará por ningún concepto los derechos que  
1317 el CONCESIONARIO adquiere por este Contrato y, si las leyes que se  
1318 dictaren en el futuro incorporan obligaciones que afecten la operación  
1319 económica o financiera de la Concesión establecida en este Contrato,  
1320 las PARTES convienen en tomar las acciones más adecuadas que  
1321 permitan restablecer las condiciones afectadas para lo cual se aplicará lo  
1322 dispuesto en la Cláusula Vigésimo Cuarta de este Contrato.

1323 23.1.3 La afectación de la competitividad de la actividad de generación deberá  
1324 ser compensada por el Estado ecuatoriano, conforme la indemnización  
1325 mencionada en el numeral 16.6 de la Cláusula Décimo Sexta del  
1326 Contrato pero no supondrá la automática terminación del Contrato. Al  
1327 efecto, el CONCESIONARIO, una vez recibida la correspondiente  
1328 indemnización, contará con 60 días a partir del día en que recibió la  
1329 indemnización para confirmar si continúa con la Concesión a su cargo o  
1330 si opta por aplicar el mecanismo indicado en la Cláusula Décimo Sexta  
1331 debiendo las PARTES dar por terminado el Contrato de mutuo acuerdo.

## 1332 **CLÁUSULA VIGÉSIMO CUARTA: DECLARACIONES E INDEMNIDADES DEL** 1333 **CONCEDENTE**

1334 De conformidad con lo prescrito en el artículo 249 y en el inciso tercero del artículo  
1335 271 de la Constitución Política, el Estado ecuatoriano a través del CONCEDENTE  
1336 establece a favor del CONCESIONARIO las siguientes garantías, indemnidades y  
1337 seguridades:

1338 24.1 **Actos de Poder Público.** En el evento de que por parte del CONCEDENTE o  
1339 que por decisiones, interpretaciones, actos del poder público o regulaciones,  
1340 adoptadas o dictadas por otras autoridades o entidades públicas, tales como  
1341 modificaciones en la legislación aplicable al CONCESIONARIO (leyes,  
1342 decretos, reglamentos, acuerdos, resoluciones u ordenanzas) o la ejecución  
1343 de hechos materiales, que limiten, disminuyan o alteren las cláusulas del  
1344 Contrato, y en especial las condiciones de competitividad en este Contrato  
1345 que cause un perjuicio al CONCESIONARIO, el Estado reconocerá a este  
1346 último la compensación respectiva por los daños y perjuicios que se

1347 ocasionaron con tales actos, regulaciones o decisiones a fin de restablecer y  
1348 mantener en todo momento la estabilidad económica y financiera que hubiera  
1349 tenido de no haberse producido tales actos o decisiones de los poderes  
1350 públicos y/o hechos materiales.

1351 **24.2 Sometimiento a Controversia.** De darse un caso como los señalados en el  
1352 numeral 24.1 de esta Cláusula, y de no existir un acuerdo entre las PARTES  
1353 en cuanto al monto de la indemnización o compensación y el mecanismo por  
1354 el cual EL CONCESIONARIO la recibiría, ella será determinada siguiendo el  
1355 procedimiento establecido en la Cláusula Vigésimo Segunda sobre la solución  
1356 de controversias. La compensación se realizará de conformidad con lo  
1357 establecido en el artículo 115 del Reglamento de Concesiones.

#### 1358 **CLÁUSULA VIGÉSIMO QUINTA: FUERZA MAYOR Ó CASO FORTUITO**

1359 Las PARTES establecen el siguiente régimen con respecto a la Fuerza Mayor o Caso  
1360 Fortuito.

1361 **25.1 Fuerza Mayor o Caso Fortuito.** Es el imprevisto imposible de resistir ni ser  
1362 controlado por las PARTES. Este concepto comprende, en armonía con el  
1363 Artículo 30 del Código Civil: destrucción de los bienes que se utilicen para la  
1364 generación eléctrica, terremotos, maremotos, inundaciones, baja en los caudales  
1365 de los ríos que impidan el transporte fluvial de equipos, deslaves, tormentas,  
1366 incendios, explosiones, paros, huelgas, disturbios sociales, actos de guerra  
1367 (declarada o no), actos de sabotaje, actos de terrorismo, acciones u omisiones por  
1368 parte de cualquier autoridad, dependencia o entidad estatal que afecte la  
1369 ejecución del Contrato, la falta, total o parcial de gas natural conforme lo indicado  
1370 en el numeral 17.3 del Contrato o cualquier otra circunstancia no mencionada en  
1371 esta Cláusula que igualmente fuere imposible de resistir y que esté fuera del  
1372 control razonable de la PARTE que invoque la ocurrencia del hecho que ocasione  
1373 la obstrucción o demora, total o parcial, del cumplimiento de las obligaciones de tal  
1374 PARTE. No obstante, la Fuerza Mayor no incluirá hechos operacionales ni  
1375 administrativos imputables al CONCESIONARIO ó CONCEDENTE, siempre y  
1376 cuando estos a su vez, no sean consecuencia de actos de fuerza mayor o caso  
1377 fortuito.

1378 **25.2 No Cumplimiento.** Ninguna de las PARTES responderá por el  
1379 incumplimiento, suspensión o retraso en la ejecución de las obligaciones de  
1380 este Contrato, ni estará obligada a indemnizar a la otra por los perjuicios  
1381 causados, cuando el incumplimiento o el retraso se hayan debido a Fuerza  
1382 Mayor o Caso Fortuito, debidamente comprobados. En este evento, la PARTE  
1383 que alegue tal situación deberá, con las justificaciones correspondientes,  
1384 notificar inmediatamente a la otra para los efectos de los artículos 111 y 112 del  
1385 Reglamento de Concesiones.

1386 **25.3 Notificación.** Cuando ocurra un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, el  
1387 CONCESIONARIO, tan pronto como sea posible, comunicará de cualquier  
1388 manera al CONCEDENTE, haciéndole conocer la ocurrencia de tal hecho. En  
1389 caso de que tal comunicación sea telefónica, se la formalizará por escrito en  
1390 forma inmediata, haciéndole conocer en forma detallada dicho acontecimiento.  
1391 Dentro de los 5 días hábiles de recibida tal notificación, el CONCEDENTE  
1392 deberá hacer conocer al CONCESIONARIO su aceptación respecto de la  
1393 declaración de Fuerza Mayor formulada. La aceptación no podrá ser negada  
1394 sin justa causa y debida motivación.

1395 **25.4 Acciones.** Ocurrido un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito y notificado al  
1396 CONCEDENTE, EL CONCESIONARIO deberá tomar todas las medidas y  
1397 adoptar todas las acciones que el caso exija, a efectos de solucionar en el  
1398 menor tiempo posible los inconvenientes surgidos como consecuencia de tal  
1399 evento y con ello permitir que el desarrollo o ejecución del Contrato se realice  
1400 en los términos previstos.

1401 **25.5 Justificación.** Una vez que EL CONCESIONARIO haya notificado del  
1402 acontecimiento de un hecho considerado como Caso Fortuito o de Fuerza  
1403 Mayor, estará obligado a justificar lo expuesto, presentando al CONCEDENTE  
1404 todas las pruebas que el caso exija y que permitan a este último formarse un  
1405 criterio firme respecto del planteamiento del CONCESIONARIO.

1406 **25.6 Prórroga de Plazo.** En caso de que el evento considerado como Caso  
1407 Fortuito o Fuerza Mayor impida el cumplimiento oportuno de una o varias  
1408 obligaciones contractualmente acordadas, por ese solo hecho, el plazo del

1409 Contrato deberá ser prorrogado. La prórroga será por un tiempo igual a la  
1410 duración que tuvo el acontecimiento considerado como Caso Fortuito o Fuerza  
1411 Mayor.

1412 **CLAUSULA VIGÉSIMO SEXTA: CLAUSULA DEL CONCESIONARIO MÁS**  
1413 **FAVORECIDO.**

1414  
1415 Al Contrato se entenderán incorporadas “pari passu” todas aquellas cláusulas que se  
1416 convengan en forma similar con otros concesionarios de generación de energía  
1417 eléctrica y que sean más ventajosas que las que constan en el Contrato.

1418 **CLAUSULA VIGÉSIMO SEPTIMA: INFRACCIONES Y SANCIONES**

1419 **Infracciones**

1420 27.1 Sin perjuicio de las obligaciones que el CONCESIONARIO asume en el Contrato  
1421 y de las disposiciones legales aplicables, al CONCESIONARIO le está  
1422 especialmente prohibido ejecutar las actividades señaladas en el Artículo 88 del  
1423 Reglamento de Concesiones.

1424 27.2. Así mismo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 103 del Reglamento de  
1425 Concesiones, constituirán infracciones y serán sancionados con multa, en los  
1426 términos previstos en el Contrato, los siguientes actos :

1427  
1428 a) Que el Concesionario se dedique a las actividades de transmisión o  
1429 distribución y comercialización de energía eléctrica, sin contar con la  
1430 correspondiente autorización, otorgada en los términos previstos en la Ley,  
1431 reglamentos aplicables y este Contrato.

1432  
1433 b) La desafectación o remoción de los bienes afectos a la Concesión materia  
1434 del Contrato, sin la previa obtención de la correspondiente autorización por  
1435 parte del CONELEC;

1436  
1437 c) Impedir u obstaculizar la supervisión dispuesta por el CONELEC;

1438

- 1439 d) Evadir o atrasarse en el pago de las aportaciones que por ley  
1440 corresponden al CONELEC, o CENACE o en las retenciones facturadas y  
1441 recaudadas para el FERUM ;  
1442
- 1443 e) El incumplimiento de los índices de calidad en la prestación del servicio o  
1444 inobservancia de las normas legales y reglamentarias, así como de las  
1445 regulaciones, normas y demás disposiciones de carácter general, que en  
1446 uso de sus facultades, emita el CONELEC;  
1447
- 1448 f) El incumplimiento por parte del Concesionario a cualquiera de las normas  
1449 establecidas en los instrumentos que regulan el Despacho, el Mercado  
1450 Mayorista, así como, de las disposiciones incorporadas en los manuales y  
1451 procedimientos que se dicten en relación con las actividades normadas por  
1452 tales instrumentos;  
1453
- 1454 g) El incumplimiento en renovar la garantía de cumplimiento de obligaciones  
1455 del Contrato;  
1456
- 1457 h) Incumplimiento en mantener vigentes las pólizas de seguros establecidas  
1458 en el Contrato;  
1459
- 1460 i) Incumplimiento en la aplicación de los programas y acciones establecidos  
1461 en el Plan de Manejo Ambiental, según lo establecido en el Estudio de  
1462 Impacto Ambiental, aprobado por el CONELEC.  
1463

1464 27.3 Cuando el CONCESIONARIO cometiere cualquiera de las infracciones antes  
1465 referidas, el CONELEC, conforme lo establecido en el Art. 104 del  
1466 Reglamento de Concesiones, comunicará por escrito lo siguiente:  
1467

1468 27.3.1 Su propósito de emitir una resolución imponiendo una multa;

1469

1470 27.3.2 Las razones que motivan la imposición de la sanción; y,

1471

1472 27.3.3 Otorgando un plazo de hasta 30 días para que el CONCESIONARIO  
1473 presente sus descargos por escrito o subsane la infracción cometida.  
1474

1475 27.4 Transcurrido el plazo otorgado, y si no se presentaren descargos o no fueren  
1476 aceptados mediante resolución motivada o no se subsanare la infracción,  
1477 dentro de los siguientes quince días calendario, el CONELEC emitirá la  
1478 resolución correspondiente debidamente motivada indicando las razones por  
1479 las cuales ha sido adoptada. La resolución deberá ser notificada al  
1480 CONCESIONARIO mediante boleta dejada en su domicilio.  
1481

1482 27.5 Si en la resolución que expidiere el CONELEC se fijare una multa, el  
1483 CONCESIONARIO deberá pagarla dentro de los siguientes treinta (30) días.  
1484

1485 27.6 En caso que el CONCESIONARIO no pague la multa impuesta en el plazo  
1486 concedido para hacerlo, el CONELEC estará facultado para cobrarla por la vía  
1487 coactiva o, si prefiere, podrá ejecutar la garantía de fiel cumplimiento por el  
1488 monto de la multa no pagada.  
1489

1490 27.7 El CONCESIONARIO podrá reclamar los hechos o causas por las cuales fue  
1491 sancionado, así como la cantidad correspondiente a la multa impuesta, a  
1492 través del procedimiento pactado para la solución de las controversias,  
1493 establecido en la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato, pero luego de  
1494 haber pagado la multa.  
1495

1496 27.8 Si como consecuencia del arbitraje, se concluye que la multa no fue  
1497 justificada, el monto de la multa con los respectivos intereses deberá ser  
1498 devuelto, de conformidad con lo dispuesto en el laudo arbitral.  
1499

1500 27.9 A pesar de que el CONCESIONARIO pague la multa impuesta, o que la  
1501 misma fuere cobrada por cualquiera de las vías antes mencionadas, el  
1502 CONCESIONARIO debe rectificar el hecho que generó la sanción de multa.  
1503 Tal rectificación tendrá que iniciarse en un plazo no mayor a treinta (30) días  
1504 calendario contados a partir de la fecha del pago de la multa. De no haber

1505 rectificado el CONCESIONARIO conforme lo aquí estipulado, el CONELEC  
1506 tendrá el derecho a ejecutar la garantía de cumplimiento de obligaciones, en  
1507 cuyo caso el CONCESIONARIO se obliga a entregar una nueva garantía.

1508  
1509 27.10 Si en el plazo de 60 días contados a partir de la fecha del pago de la multa, de  
1510 conformidad con el Art. 114 del Reglamento de Concesiones el  
1511 CONCESIONARIO no rectificó el hecho que dio lugar a la sanción, el  
1512 CONCEDENTE podrá dar por terminado el Contrato.

1513  
1514 27.11 **SANCIONES:**

1515  
1516 En caso de que el CONCESIONARIO incurra en una de las conductas  
1517 establecidas en el numeral 27.2 de éste Contrato, se le aplicarán las  
1518 siguientes sanciones:

- 1519
- 1520 ▪ La conducta prevista en el literal a) del numeral 27.2 será sancionada con  
1521 una multa de dos mil seiscientos dólares de los Estados Unidos de  
1522 Norteamérica (US\$ 2600) por cada ocasión;
  - 1523
  - 1524 ▪ La conducta prevista en el literal b) del numeral 27.2 será sancionada con  
1525 una multa de dos mil seiscientos dólares de los Estados Unidos de  
1526 Norteamérica (US\$ 2600) por cada ocasión;
  - 1527
  - 1528 ▪ La conducta prevista en el literal c) del numeral 27.2 será sancionada con  
1529 una multa de mil trescientos dólares de los Estados Unidos de  
1530 Norteamérica (US\$ 1300) por cada ocasión;
  - 1531 ▪ La conducta prevista en el literal d) del numeral 27.2 será sancionada con  
1532 una multa del 0.1% del valor no cancelado, por cada día de atraso en el  
1533 pago de dichas aportaciones;
  - 1534
  - 1535 ▪ En caso de incurrir en la infracción establecida en el literal e) del numeral  
1536 27.2, el CONCESIONARIO será sancionado con una multa de dos mil  
1537 seiscientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 2600)



1538 por cada ocasión;

1539

1540       ▪ La conducta prevista en el literal f) del numeral 27.2 de esta cláusula, se  
1541 sancionará con una multa de dos mil seiscientos dólares de los Estados  
1542 Unidos de Norteamérica (US\$ 2600) por cada ocasión. Si el valor de  
1543 cualquier sanción resultare insuficiente para cubrir un perjuicio, la  
1544 diferencia deberá ser pagada valorando el perjuicio ocasionado, de  
1545 conformidad con lo establecido en el Art. 28 del Reglamento de Despacho  
1546 y Operación del Sistema Nacional Interconectado.

1547

1548       ▪ La conducta prevista en el literal g) del numeral 27.2 será sancionada  
1549 conforme lo determinado en la Cláusula Décimo Cuarta de este Contrato.

1550

1551       ▪ La conducta prevista en el literal h) del numeral 27.2, será sancionada con  
1552 una multa dos mil seiscientos dólares de los Estados Unidos de  
1553 Norteamérica (US\$ 2600) por cada ocasión que incurra en dicha  
1554 infracción.

1555

1556       ▪ La conducta prevista en el literal i) del numeral 27.2 será sancionada con  
1557 una multa de dos mil seiscientos dólares de los Estados Unidos de  
1558 Norteamérica (US\$ 2600) por cada ocasión que incurra en dicha  
1559 infracción. Esta multa no obsta el reconocimiento por parte del  
1560 CONCESIONARIO de los daños y perjuicios derivados de este  
1561 incumplimiento.

1562

## 1563 **CLÁUSULA VIGESIMA OCTAVA: RÉGIMEN DE DIVISAS**

1564

1565 **28.1 Libertad de Transacciones:** El régimen de moneda extranjera se sujetará a lo  
1566 dispuesto por la Ley de Régimen Monetario, por tanto, el CONCESIONARIO  
1567 tendrá derecho a disponer del dinero que genere la operación de la Central como  
1568 consecuencia de la Concesión objeto del Contrato, así como a convertir tal  
1569 moneda en las divisas que correspondan.

1570 28.2 **Cuentas Bancarias.** Igualmente con sujeción a las normas legales respectivas  
1571 el CONCESIONARIO tendrá derecho a operar y controlar, a través de cuentas  
1572 bancarias abiertas en cualquier banco, en el Ecuador o en el exterior, los dineros  
1573 que obtenga por la venta de la energía producida por la Central materia de la  
1574 Concesión establecida en el Contrato, utilizando, controlando y manteniendo la  
1575 misma en forma libre, pudiendo realizar transferencias de los fondos que tenga  
1576 en dichas cuentas a otras que pudiera tener en el exterior, sin limitación alguna y  
1577 sujetándose a las regulaciones que sobre esta materia dicten las normas legales  
1578 y las autoridades competentes del Ecuador.

1579 28.3 **Conversión de la Moneda.** Tanto la convertibilidad de la moneda nacional a  
1580 divisas, como la utilización y transferencias de la misma, se podrá realizar  
1581 luego de observar y cumplir con la Ley de la materia.

## 1582 **CLÁUSULA VIGESIMA NOVENA: RESPONSABILIDAD AMBIENTAL**

1583  
1584 **Liberación de Responsabilidad:** El Estado, a través del CONELEC, libera al  
1585 CONCESIONARIO de toda responsabilidad ante el Estado, el CONELEC o  
1586 terceros, por los daños ambientales causados con anterioridad a la  
1587 celebración de este Contrato y de los efectos de tales daños en el área donde  
1588 el CONCESIONARIO construirá El Proyecto y de los efectos que estos daños  
1589 pudieran ocasionar en cualquier parte. Estas condiciones incluyen daños  
1590 visibles u ocultos, en la superficie o bajo tierra, y que se hubieren producido  
1591 por efecto de operaciones realizadas en la zona por cualquier persona natural  
1592 o jurídica que hubiere operado en el área, o por cualquier otra actividad  
1593 realizada por terceros.

1594  
1595 Se tomará como referencia los elementos, línea base y otros datos que  
1596 consten en el Estudio de Manejo Ambiental.

1597 Se incluye dentro del concepto de daño ambiental, toda afectación o daño al  
1598 ecosistema de la zona, incluyendo deforestación, la afectación a las  
1599 comunidades y poblaciones del área, la existencia de cualquier sustancia  
1600 tóxica o contaminante o de cualquier otra índole.

1601

1602 **CLAUSULA TRIGESIMA: INDEMNIZACION CRUZADA**

1603

1604 **Indemnización:** Si cualquiera de las Partes incurriere en actos u omisiones  
1605 negligentes o culposos que ocasionare daños a terceros, será esta Parte la  
1606 responsable por dichos daños en la medida en que los hubiere causado. En  
1607 caso de que la otra Parte fuere obligada a pagar por estos daños por fallo judicial  
1608 ejecutoriado o por decisión administrativa final de autoridad competente, o por  
1609 transacción o acuerdo conciliatorio, la Parte que causó dichos daños deberá  
1610 reembolsar a la otra Parte, todos los valores cancelados por ésta última. Cada  
1611 una de las Partes comunicará oportunamente a la otra sobre el inicio de  
1612 cualquier procedimiento judicial o administrativo relacionado con este Contrato,  
1613 en que una de las partes intervenga o deba intervenir, a fin de que la otra Parte  
1614 pueda adoptar las medidas que estime convenientes para la defensa de sus  
1615 intereses.

1616 **CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMERA : DISPOSICIONES VARIAS**

1617

1618 **31.1 Notificaciones.** Todas las notificaciones que se deban dar o realizar bajo este  
1619 contrato, deberán hacerse por escrito y estar dirigidas al representante de cada  
1620 una de las PARTES, conforme se señala a continuación y serán entregadas, ya  
1621 sea personalmente o enviadas por correo certificado, courier u otra forma de  
1622 entrega certificada. Las notificaciones que se envíen vía fax deberán ser  
1623 confirmadas, de manera oficial, enviándolas en la forma como se indicó  
1624 anteriormente

1625 **31.2 Idioma.** Las comunicaciones entre el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO  
1626 deberán cursarse en idioma español, por ser el idioma oficial en la República del  
1627 Ecuador.

1628

1629 **31.3 Direcciones:**  
1630 **CONCEDENTE**  
1631 Avenida Amazonas N33-299 e Inglaterra  
1632 Edificio Valderrama 1000

1633 E-mail: conelec@conelec.gov.ec

1634 Quito – Ecuador.

1635

1636 **CONCESIONARIO**

1637 Avenida Amazonas 4430 y Villalengua, Piso 6, Edificio Banco Amazonas

1638 E-mail: info@edc-us.com.ec

1639 Quito – Ecuador

1640 En el caso de que una de las PARTES cambie su domicilio lo notificará a la otra  
1641 dentro de los siguientes ocho días de ocurrido dicho cambio.

1642 **31.4 Contrato formalizado:** El Contrato y todos los anexos, representan en su  
1643 conjunto el acuerdo que ha existido entre las PARTES con relación a la  
1644 Concesión objeto del mismo, por tanto, cualquier otro acuerdo previo que pudiere  
1645 existir entre las PARTES sobre el objeto de este mismo instrumento, queda sin  
1646 valor.

1647 **31.5 Inscripción.** El Contrato así como todos los documentos que están relacionados  
1648 con aquel, deberán ser inscritos en el archivo que corresponda al Registro de  
1649 Concesiones Eléctricas del CONELEC.

1650 **31.6 Cuantía.** Por su naturaleza, el Contrato es de cuantía indeterminada.

1651 **31.7 Sucesores y Cesionarios.** Este Contrato será aplicable en su totalidad a  
1652 cualquier sucesor o cesionario que haya recibido la correspondiente autorización  
1653 del CONCEDENTE.

1654 **31.8 Ley Aplicable y Jurisdicción.** Los derechos y obligaciones de las PARTES  
1655 contenidas en este Contrato se regirán por la Ley ecuatoriana y se someten a los  
1656 Tribunales Arbitrales contemplados en la Cláusula Vigésimo Segunda de este  
1657 Contrato.

1658 De conformidad con lo dispuesto en el Artículo Séptimo, numeral 18 del  
1659 Código Civil, en este Contrato se entienden incorporadas las normas vigentes  
1660 al tiempo de su celebración. Por tanto, a modo enunciativo y no taxativo, el  
1661 marco legal y reglamentario especial aplicable, será el siguiente:

- 1662 a) Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Suplemento del  
1663 Registro Oficial N° 43, de fecha 10 de octubre de 1996, y las  
1664 modificaciones introducidas por la Ley N° 50, publicada en el Suplemento  
1665 del Registro Oficial N° 227, de fecha 2 de enero de 1998, la Ley N° 58,  
1666 publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 261, de fecha 19 de  
1667 febrero de 1998.
- 1668 b) Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Régimen del  
1669 Sector Eléctrico, promulgado mediante Decreto Ejecutivo N° 754,  
1670 publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 128, de fecha 28 de  
1671 octubre de 1997, y las modificaciones introducidas por el Decreto  
1672 Ejecutivo N° 820 y publicado en el Segundo Suplemento del Registro  
1673 Oficial N° 191, de fecha 11 de noviembre de 1998 y por el Decreto  
1674 Ejecutivo N° 889, publicado en el Registro Oficial N° 202, de fecha 26 de  
1675 noviembre de 1997 (“Reglamento General”).
- 1676 c) Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del  
1677 Servicio de Energía Eléctrica y promulgado mediante Decreto Ejecutivo N°  
1678 1274, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 290, de fecha 3  
1679 de abril de 1998 (“Reglamento de Concesiones”).
- 1680 c) d) Reglamento de Despacho y Operación del Sistema  
1681 Nacional Interconectado, expedido mediante Decreto Ejecutivo N° 591 y  
1682 publicado en el Registro Oficial 134 de 23 de febrero de 1999.
- 1683 e) Reglamento para el Funcionamiento del Mercado Eléctrico Mayorista,  
1684 expedido mediante Decreto Ejecutivo N° 593, y publicado en el Registro  
1685 Oficial 134 de 23 de febrero de 1999.
- 1686 f) Procedimientos de despacho y operación.
- 1687 31.9 Gastos por otorgamiento. Serán de cuenta del CONCESIONARIO los gastos  
1688 relacionados con el otorgamiento de la presente escritura pública, incluyendo  
1689 las 8 copias certificadas y las 4 copias simples requeridas por el  
1690 CONCEDENTE.

1691 31.10 Contratos complementarios. De considerarse necesario, para la plena  
1692 ejecución del Contrato, las PARTES de común acuerdo podrán celebrar  
1693 contratos complementarios al principal, con la finalidad de efectuar  
1694 aclaraciones, modificaciones o adhesiones que permitan su cabal aplicación.

1695 31.11 Divisibilidad. En el caso de que cualquiera de las disposiciones del Contrato  
1696 se declare nula o inaplicable, no afectará la validez de la totalidad del  
1697 Contrato. Para todos los aspectos que no se contemplen en el Contrato, se  
1698 aplicarán la Ley, los Reglamentos y disposiciones legales pertinentes que las  
1699 complementen o substituyan, así como cualquier disposición supletoria  
1700 aplicable.

1701 31.12 Sometimiento a las Leyes de la República del Ecuador y Renuncia a la  
1702 Reclamación por Vía Diplomática. Las Partes de manera expresa se someten  
1703 a las Leyes de la República del Ecuador y al arbitraje aquí establecido, y  
1704 renuncian a toda reclamación por la vía diplomática en relación con las  
1705 obligaciones y los derechos que se originan en el Contrato. Las Partes podrán  
1706 dar por terminado el Contrato de manera unilateral si una de ellas no cumple  
1707 con la presente estipulación.

1708 31.13 Forman parte de este Contrato, los Anexos que se detallan a continuación:

- 1709  Anexo N° 1: Descripción de los principales elementos del Proyecto.
- 1710  Anexo N°2: Ubicación geográfica del Proyecto
- 1711  Anexo N° 3: Características Técnicas del Proyecto
- 1712  Anexo No. 4A: Cronograma de ejecución del Proyecto.
- 1713  Anexo No. 4B: Cronograma Valorado de ejecución del Proyecto.

1714 Usted señor notario se servirá incorporar y agregar a este instrumento las cláusulas  
1715 de estilo y los documentos habilitantes necesarios para la plena eficacia y validez del  
1716 presente contrato.

1717

1718