

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

**La Aplicación de la Teoría de la Imprevisión a los Contratos de
Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de
Hidrocarburos**

PATRICIO ANDRES ALBUJA JIJON

DIRECTOR: DR. EDGAR NEIRA ORELLANA

TESIS DE GRADO PRESENTADA COMO REQUISITO PARA LA OBTENCION
DEL TITULO DE ABOGADO

QUITO, 26 DE JULIO DE 2011

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

HOJA DE APROBACION DE TESIS

**La Aplicación de la Teoría de la Imprevisión a los Contratos de Prestación de
Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos**

PATRICIO ANDRES ALBUJA JIJON

Director de Tesis:

Dr. Edgar Neira Orellana

Miembro del Comité de Tesis:

Dr.

Miembro del Comité de Tesis:

Dr.

Miembro del Comité de Tesis:

Dr.

Decano del Colegio de Jurisprudencia:

Dr. Fabián Corral Burbano de Lara

QUITO, 26 DE JULIO DE 2011

Derechos de autor: Según la actual Ley de Propiedad Intelectual, Art. 5: “el derecho de autor nace y se protege por el solo hecho de la creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo de expresión... El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no está sometido a registro, depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna.” (Ecuador. Ley de Propiedad Intelectual, Art. 5) Inscribir el derecho de autor es opcional y si el estudiante lo decide debe inscribir los derechos de autor en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI). Si lo va a hacer internacionalmente debe tomar en cuenta las normas internacionales para microfilmado.

PATRICIO ANDRES ALBUJA JIJON

2011

A todos quienes me apoyaron para cumplir el sueño de ser Abogado, en especial: a mi familia, a mi director de tesis, a mis profesores, a los jefes, a mi novia y a mis amigos.

Resumen

La tesis trata sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión frente a los nuevos contratos de Prestación de Servicios Petroleros del Ecuador, firmados en el 2010 con varias compañías privadas a causa de la obligatoria renegociación estipulada en la Ley Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos. La teoría de la imprevisión implica que un hecho imprevisto y sobreviniente cambie las condiciones económicas del contrato, que originalmente se habían pactado. La investigación de esta Tesis recoge dos circunstancias donde se estudia la posibilidad de la aplicación de esta doctrina en los contratos administrativos petroleros. Estas dos circunstancias son la fluctuación de los costos y la fluctuación del precio del barril de petróleo por hechos imprevistos. Una vez analizada la pertinencia de la teoría de la imprevisión frente a estas dos circunstancias, el objetivo de este trabajo es ahondar en su aplicación frente al juez competente, o en este caso, el tribunal arbitral, y así concluir con la viabilidad y vigencia de esta doctrina en los contratos de Prestación de Servicios de Petróleo en el Ecuador, que son posiblemente, los de mayor importancia económica para el país.

Abstract

The thesis studies the application of the hardship theory (teoría de la imprevisión) in the new Service Contracts of Exploration and Exploitation of Petroleum, signed between Ecuador and several private companies; established by the reformatory law of hydrocarbons in 2010. The hardship theory studies unforeseeable and future events that change the contract equilibrium which were originally agreed by the parties. This paper studies two circumstances under which the hardship theory can be evoked. The first circumstance is the study of a change in the cost production prices caused by an unforeseeable event. The second circumstance is the fluctuation in the price of petroleum. Once analyzed the application of the hardship theory under both of this circumstances, the thesis studies the effects that can cause to the Service Contracts. The effects are the possible decisions a judge of arbitral tribunal may take in order to reestablish the contract equilibrium. The main objective of this thesis is to conclude weather or not this theory is applicable to one of the most important contracts for Ecuadorian economy which are the petroleum contracts.

INDICE

1. Introducción_____	1
2. Sobre la teoría de la imprevisión_____	8
2.1. Análisis Jurídico_____	8
2.1.1. Principio de buena fe y Pacta Sunt Servanda _____	8
2.1.2. Autonomía de la voluntad_____	11
2.1.3. Diferencia con caso fortuito y fuerza mayor_____	12
2.2. La teoría de la imprevisión en el derecho administrativo_____	18
2.2.1. Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo_____	19
2.2.2. <i>Ius Variandi</i> _____	20
2.2.3. Principio de Intangibilidad de las Prestaciones_____	23
2.2.4. Interés Público_____	24
2.2.5. Riesgo y Ecuación Económica del Contrato_____	26
2.3. La teoría de la imprevisión en la legislación ecuatoriana_____	32
2.3.1. Constitución_____	34
2.3.2. Leyes _____	37
2.3.2.1. Código Civil_____	37
2.3.2.2. Ley de Hidrocarburos_____	41
2.3.2.3. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública____	43
3. La teoría de la imprevisión en la variación de los costos de producción_____	45
3.1. Tipo de contrato_____	46

3.1.1. Contratos Bilaterales conmutativos o unilaterales	46
3.1.2. Contratos Aleatorios	47
3.1.3. Contratos de Tracto Sucesivo o Ejecución Diferida	49
3.2. Ajeno a las voluntades de los contratantes	53
3.3. Acto sobreviniente al contrato	57
3.4. Imprevisibilidad	58
3.4.1. Tesis Subjetiva	59
3.4.2. Tesis Objetiva	60
3.4.3. Tesis Common Law	63
3.4.4. Tesis Civilista	66
3.4.5. Conclusión sobre imprevisibilidad	67
3.5. Ruptura de la ecuación económica del contrato	70
3.5.1. Definición	70
3.5.2. Alea y desequilibrio económico	72
3.5.3. Ruptura de la ecuación en la variación de costos de producción	76
3.6. De carácter excepcional	83
4. La teoría de la imprevisión en la fluctuación del precio del barril de petróleo crudo	86
4.1. Imprevisibilidad	87
4.2. Ruptura de la ecuación económica del contrato	92
4.3. Conclusión	97

5. Efectos y Aplicación de la Teoría de la Imprevisión	99
5.1. Efectos	100
5.1.1. Resolución del Contrato	100
5.1.2. Reajuste Judicial o Arbitral	105
5.1.3. Reajuste Negocial	110
5.1.4. Nulidad	112
5.1.5. Rescisión	115
5.2. Aplicación	116
5.2.1. Contratista	117
5.2.2. Administración Pública	118
6. Conclusiones y Recomendaciones	121
 Bibliografía	 130
 Plexo Normativo	 134
 Anexo 1	

1. Introducción

He considerado de trascendental importancia académica analizar las implicaciones jurídicas de los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en Ecuador, por los efectos que estos tienen en la economía del país. Más aún si consideramos que el Ecuador es exportador de petróleo y que además de esta fuente nutre gran porcentaje de la economía ecuatoriana y lo ha hecho durante los últimos 30 años. Son de palpante actualidad los Contratos de Prestación de Servicios Petroleros que mantiene el Estado ecuatoriano para la exploración y explotación de petróleo, puesto que este recurso es el que ha generado un mayor interés y conflictos desde su descubrimiento. Por lo que realizar este análisis, considerando todas sus derivaciones, sobre los riesgos y beneficios que el ordenamiento jurídico nos proporciona, se torna imperante. Considero una obligación académica, el poder indagar en los Contratos de Prestación de Servicios Petroleros en el Ecuador, para así tener una clara visión de lo que ha ocurrido, pero sobretodo lo que está ocurriendo entre el recurso natural y sus sujetos principales que son el Estado y los privados.

En tal virtud, los nuevos modelos de contratos administrativos planteados en la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos publicada en el Registro Oficial No. 224 de 27 de Julio de 2010, son los que analizaré durante este trabajo. Son los Contratos Modificatorios a Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos suscritos en Noviembre de 2010 entre la Secretaría de Hidrocarburos y distintas contratistas privadas.

La Ley de reciente expedición señala en su disposición transitoria primera, que todos los contratos administrativos de Participación, mudarán a un nuevo modelo contractual, en diferentes plazos, de acuerdo a la calificación que tienen los bloques entre marginales y no marginales.¹ Esta migración a un nuevo modelo contractual denominado “de prestación de servicios”, que será analizado posteriormente, tiene una razón cuya vertiente es el poder político y jurídico. La importancia de analizar los posibles factores que podrían llevar al producto más importante del Ecuador a excelentes beneficios o a terribles consecuencias, es justamente analizar si estas decisiones son las más acertadas para el país.

La constitución política del Estado ecuatoriano toma un giro en el año 2007, con las elecciones donde vence el Presidente Economista Rafael Correa Delgado. Por supuesto, su visión de poder no iba a soslayar una de las fuentes de ingreso más importantes para el Estado, los hidrocarburos. Es así que la Constitución del 2008, se expide con normas específicas para regular los derechos del Estado sobre los hidrocarburos. Con la introducción de conceptos, como el Estado definido como social y solidario en el artículo 283 y enumerar como objetivo del Estado en el siguiente artículo 284 el asegurar la soberanía energética, es un claro indicador del rol de mayor intervención en la economía que quiere tomar el Estado en esta Constitución. Rol interventor que estaba consagrado desde la década de los setentas y que cada vez el

¹Ley de Hidrocarburos Art. 2.- (...) Son campos marginales aquellos de baja prioridad operacional o económica considerados así, por encontrarse lejanos a la infraestructura de PETROECUADOR, por contener crudo de baja gravedad (crudo pesado), o por necesidad técnicas de recuperación excesivamente costosas, calificados como tales por la Secretaria de Hidrocarburos, siempre y cuando dicha explotación y exploración adicional signifique mayor eficiencia y económica en beneficio de los intereses del estado. (...)

Estado ha asumido mayores potestades de control, que vinieron incrementando durante los años y que ha desembocado en la Constitución de 2008. En lo que nos concierne que es el tema del Petróleo, dentro de ese mercado, el Ecuador quiere tener un rol dominante y no subsidiario como otras economías lo han planteado. Dominante, en el sentido de ser un manejo exclusivo del Estado, todo lo relacionado a los recursos no renovables. El antecedente de esta realidad económica es el artículo 317 de la Constitución donde se declaran a los recursos naturales no renovables que pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado, por lo que lógicamente, será lo público quien controle este sector de la economía. Otra consecuencia de los artículos analizados es que la delegación de los sectores estratégicos (hidrocarburos), a la economía privada, será excepcional, y para ello, la Constitución, en el artículo 316 prevé que ésta excepcionalidad sea reglada en una Ley. Por consiguiente, estos antecedentes nos conducen a una Reforma a la Ley de hidrocarburos para plantear las barreras que las empresas privadas deberán tener en caso de querer ingresar al mercado de los hidrocarburos, mercado dominado y controlado por el Estado.

Es así como la Ley Reformatoria de Hidrocarburos nace como consecuencia de la expedición de la Constitución del 2008, que impone varios lineamientos jurídicos y económicos para su eficaz cumplimiento y para evitar los riesgos de la inconstitucionalidad. Los legisladores plantearon que la mejor opción es obligar a la migración contractual y plantearon un nuevo sistema de control y regulación en el ámbito de hidrocarburos, con la Secretaria de Hidrocarburos como cabeza institucional. Sin embargo, las reformas y por ende la nueva estructura en este sector, responde también a

una realidad empírica que se constató durante el 2006, cuando los precios del barril de petróleo se dispararon y las empresas privadas comenzaron a tener altos ingresos extraordinarios, lo cual con el Contrato de Participación, ya de por sí beneficioso para los intereses económicos del Estado, no les eran suficientes. La lógica de este proceso es que mayores ganancias por precio, mayor intervención del Estado para captar la riqueza. Es así como, el 25 de abril de 2006 se publica en el Registro Oficial 257 la Ley 42-2006 reformatoria a la Ley de Hidrocarburos en la que se estipulaba que los ingresos provenientes del excedente de lo pactado, sería dividido al menos 50% para el Estado. Con la puerta abierta a la discrecionalidad de la autoridad, el 13 de Julio del mismo año en el Registro oficial 312 se publicó el Reglamento a dicha ley reformatoria, donde el gobierno decidió modificar el porcentaje sobre los excedentes a un 99% a favor del estado ecuatoriano.² Esto con el afán de obligar a las empresas privadas a una renegociación de sus contratos para que se pacten mejores condiciones para el Estado, pero obviamente evitando el perjuicio que había causado el reglamento y la ley 42-2006.

Es necesario entender cuales fueron las razones para haber llegado hasta estos resultados. La exposición de motivos de la Ley 42-2006 es clara y señala:

² Art. 2.- La participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos en los Contratos de Participación para la Exploración de Hidrocarburos y la Explotación de Petróleo Crudo, suscrito con el Estado Ecuatoriano por intermedio de PETROECUADOR, corresponde al menos al 99% de los ingresos extraordinarios producidos por la diferencia entre el precio promedio ponderado mensual efectivo de venta FOB del petróleo ecuatoriano realizada por la contratista y el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de la suscripción de los referidos Contratos de Participación, multiplicado por el número de barriles producidos por cada contratista, conforme a lo establecido en el artículo 4 del presente Reglamento Sustitutivo.

En los Contratos de participación para la Exploración y Explotación de Petróleo Crudo, y los Convenios Operacionales de Explotación Unificada, accesorios a los mencionados contratos, o sus Contratos Modificatorios, que se firmen a partir del primero de agosto de 2008, la participación del Estado prevista en el inciso anterior será del 70%.

Que para cumplir con tales postulados, es necesario aplicar criterios de justicia y equidad dentro de los procesos de contratación petrolera, a fin de que estos contratos se enmarquen dentro de principios de equilibrio económico y de seguridad jurídica para las partes;

Que los precios internacionales de venta del crudo que estuvieron vigentes a la fecha de suscripción de los contratos, difieren enormemente de los actuales, y por lo tanto, las condiciones económicas de dichos contratos se han modificado a favor de las compañías contratistas exclusivamente;

Que el precio internacional del barril de petróleo, es un elemento fundamental a considerarse para mantener el equilibrio económico de la relación Inversionista-Estado, incluso es un factor ajeno a las partes, que no depende de la buena gestión del contratista;

Que es indispensable incorporar en lo sustantivo de la Ley de Hidrocarburos, el principio de equilibrio económico, financiero, así como de seguridad jurídica que permita ejecutar los contratos de participación suscritos por el Estado Ecuatoriano basándose en criterios de justicia y equidad para las partes.³

La intención del legislador al dictar dicha Ley, es la de aprovechar mejor la renta petrolera por el incremento del precio internacional del petróleo crudo. Para esto utilizó la Teoría de la Imprevisión, puesto que el incremento imprevisto de los precios del petróleo había desequilibrado la economía contractual. Utilización errónea de esta teoría, conocida doctrinariamente como la Teoría de la Imprevisión o la cláusula *rebus sic stantibus*, en vista que la correcta aplicación determina que únicamente un juez competente o las partes de mutuo acuerdo pueden recomponer el desequilibrio contractual, como se analizará en este trabajo.

Son estos los hechos que llevaron a una nueva reforma de la Ley de Hidrocarburos y por consiguiente a un nuevo modelo contractual en temas petroleros. Lo que se intenta evitar es que un nuevo hecho imprevisto pueda causar que se rompa nuevamente el sinalagma contractual y que el Estado sea el perjudicado ya sea

³ Registro Oficial 257 25-Abril-2006. Ley 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos.

directamente, o indirectamente por la falta de inversión y seguridad jurídica que conllevaron las reformas del año 2006, en contra de los inversionistas privados.

La exposición de motivos de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010 dice que:

[...]dentro de un esquema contractual de prestación de servicios, que devuelve la titularidad de la totalidad de la producción nacional a favor del Estado, estableciendo únicamente el reconocimiento de la tarifa por barril producido a favor de las Contratistas, que no fluctúe en función al precio del petróleo, del cual se han beneficiado desproporcionalmente las compañías operadoras.[...]⁴

Esta tesina analizará los conflictos entre inversionistas y Estado surgidos a partir de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión sobre dos posibles hechos imprevistos, y la fluctuación del precio del barril de petróleo.

Estos hechos, ahora históricos, deben ser tomados en cuenta para que hechos imprevistos no sean perjudiciales ni para el Estado ni para los inversionistas, puesto que los únicos que perdemos somos todos los ecuatorianos frente al recurso natural más importante de nuestro país. Es por estos motivos, necesario ahondar en el análisis de un contrato nuevo y atípico, ya que a pesar de denominarse de Prestación de Servicios, tiene muchas características especiales. La teoría de la imprevisión será puesta a prueba frente al nuevo contrato para ver cuales son los desenlaces sobre hipótesis reales y factibles como los son la fluctuación del precio del petróleo o la fluctuación en los costos. Finalmente, es necesario poner a prueba las teorías y llevarlas al campo de la realidad, en tal virtud, este trabajo también analizará las maneras de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*.

⁴ Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno. Suplemento del Registro Oficial 224. 27/07/2010

Esta tesina, consta de cuatro capítulos, donde se examina la teoría de la imprevisión frente a los nuevos modelos de contratación petrolera en el Ecuador. El primer capítulo de análisis, sustentado en la doctrina, trata los elementos que constituyen la teoría. Cuenta sobre la perspectiva histórica, internacional, y los antecedentes en general que dan vida a la teoría de la imprevisión. El siguiente capítulo versa sobre cómo la teoría de la imprevisión podría ser aplicada en el caso de que un hecho imprevisto altere sustancialmente los costos de producción. El tercer capítulo analiza la aplicación de la teoría de la imprevisión, pero ahora en la fluctuación del precio del barril de petróleo. Finalmente, se analizará la aplicación jurídica de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es decir que se analizarán, las diferentes tesis y posturas que existen sobre los efectos jurídicos que posee la teoría de la imprevisión, y cómo estos se pueden aplicar a nuestra legislación, pero sobretodo al contrato estudiado.

Como lo resalté en párrafos anteriores, el análisis de un modelo de contratación nuevo en la industria más importante del país, se torna académicamente obligatorio, no sólo por la relevancia económica que esto implica sino por la carga histórica que conlleva y que esperamos, seamos capaces de cambiar. La importancia de este trabajo será el análisis jurídico de la teoría de la imprevisión frente a los nuevos contratos de Prestación de Servicios, para que lo ocurrido en años anteriores se haya convertido en enseñanza para el futuro.

2. Sobre la Teoría de la Imprevisión

2.1. Análisis jurídico

Para poder aplicar la teoría de la imprevisión en los Contratos de Prestación de Servicios Petroleros, es necesario entender el alcance jurídico y la evolución histórica doctrinaria que ha tenido dicha teoría. En tal sentido, es imperante entender y desmitificar que, no se trata de una regla para hacer justicia social, sino que se trata de un tema puramente técnico y jurídico para el análisis de un juez proveniente de la evolución histórica y consagrada en principios y leyes jurídicas.

2.1.1. Principio de Buena Fe y Pacta Sunt Servanda

El nacimiento de la teoría de la imprevisión se la puede rastrear desde la época de los romanos con juristas como Paulo quien consideraba que el momento más importante de los contratos era cuando estos concluían. En referencia al momento de conclusión de los contratos de tracto sucesivo. También Cicerón se pronunció sobre los contratos, en el sentido de entender que un contrato solamente es aplicable en un tiempo determinado, mientras existan las condiciones para su cumplimiento. El tema vuelve a tomar importancia gracias a la escuela de los post glosadores: Baldo, Alciato y Bartolo. Este último como principal exponente y quien formula la frase “*rebus sic habentibus*”. Con la creación de esta fórmula, recién a mediados del siglo XIV, se acepta a la teoría de la

imprevisión como una cláusula natural, es decir inherente a todos los contratos sin necesidad de redactarla expresamente en los contratos. La cláusula “*rebus sic stantibus*” (que es como la conocemos actualmente), significa etimológicamente permaneciendo así las cosas (*rebus*: cosas, *sic*: así, *stantibus*: estando permaneciendo). Es decir que, la cláusula condicional propia de todos los contratos significa que el contrato se mantiene, siempre que permanezcan las cosas como al momento de su firma.

De acuerdo con esta doctrina, en todos los contratos se considera que existe una cláusula tácita, según la cual la existencia de la relación contractual tal como fue convenida por las partes, depende de la subsistencia de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato, de tal forma que si sobreviene un cambio importante en el estado de los hechos existente o contemplado por las partes al contratar, podrá revisarse el contenido de las obligaciones para compensar el desequilibrio de las prestaciones.⁵

De este principio del Derecho romano y desarrollado por los post glosadores, se puede inferir que esta cláusula limita el principio *pacta sunt servanda*. Este último señala que todos los contratos, sin excepción, se celebran para cumplirlos y por la fuerza que les otorga la ley, se convierte en ley para las partes. La traducción de este término es, los pactos han de obedecerse, y en tal medida significa también que las obligaciones son inmutables y que el cumplimiento del contrato debe hacerse conforme a lo acordado por las partes. La legislación ecuatoriana positiviza este principio en el artículo 1561 del Código Civil, y lo plantea como ley para los contratantes, y en consecuencia solamente el mutuo consentimiento o la ley pueden reformar el acuerdo. Esto como consecuencia del principio de buena fe, es decir, de la lealtad que se espera exista entre contratantes antes durante y al finalizar la ejecución de un contrato. La buena fe en la ejecución del contrato, debe darse con apego a las normas legales pero también a las normas morales y

⁵ Agüera, Sergio. "La Clausula "rebus sic stantibus", ¿Una Posible Solución Para Aquellos Que No Pueden Cumplir Con Sus Obligaciones Contractuales?" *Diario Jurídico*. Diario Jurídico. Web. 16 Mar. 2011. <www.diariojuridico.com/opinion>.

sociales aceptadas en las sociedades. Así lo plantea el artículo 1562⁶ del Código Civil cuando expresa que los contratos deben ejecutarse de buena fe y obliga no solamente a lo que se hubiere estipulado, sino a lo que se derive de su naturaleza. Sin embargo, la teoría de la imprevisión, nace como excepción al cumplimiento del contrato de acuerdo a lo pactado, y parecería que este instrumento que es ley para las partes, podría reajustarse no por la voluntad de las partes sino por hechos ajenos a estos. Es aquí donde parecería que la teoría de la imprevisión contradice los principios de buena fe y de cumplimiento de los contratos, sin embargo, existe una lógica de buena fe que subyace con esta teoría. La solución está en el artículo antes mencionado del Código Civil, el 1561⁷, cuando dice que la excepción al cumplimiento de los contratos es el acuerdo de voluntades o la ley. En el caso de la teoría de la imprevisión, si bien no está normada en la ley, sí existen disposiciones donde se infiere la existencia del principio, como analizaré más adelante. Estos principios deberán ser interpretados acorde al artículo 18 numeral 7 del Código Civil, puesto que sobre la teoría de la imprevisión no está regulada en nuestro ordenamiento y la interpretación debe darse conforme a los principios jurídicos universales. En base también a la tutela judicial efectiva y suscitado un conflicto por mayor onerosidad en las prestaciones del contrato, el juez o arbitro competente, utilizando el sistema jurídico ecuatoriano, deberá aplicar e interpretar las leyes conforme a los principios universales del derecho. La explicación jurídica a esta solución legal, está en la buena fe contractual, un principio universal de derecho. No se puede entender desde la perspectiva de la lealtad contractual, cómo un contrato, firmado bajo ciertas

⁶ **Art. 1562.-** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

⁷ **Art. 1561.-** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

condiciones y bajo ciertos supuestos, puedan mantenerse en el tiempo una vez que cambien las circunstancias y se conviertan en más o menos gravoso para una de las partes en virtud de hechos imprevistos, y por lo tanto, ajenas a la voluntad de las partes. En tal virtud, existe la cláusula *rebus sic stantibus*, que se presume inserta a todos los contratos por el principio jurídico de la buena fe contractual, para así poder retomar las condiciones originales que se habían pactado en razón del acuerdo de voluntades.

2.1.2. Autonomía de la Voluntad

La cláusula, *rebus sic stantibus*, constituye también una limitación a la autonomía de la voluntad, es decir al principio constitucional de libertad contractual. Este Principio se desarrolló gracias a los principios de la Revolución Francesa, donde la igualdad y la libertad eran fundamentales en el ámbito contractual. En el derecho público, a cuyas normas y principios se sujetan los contratos petroleros, no existe diferencia en cuanto a la autonomía de la libertad que debe regir todo acuerdo de voluntades. La única diferencia está en la generación de la voluntad de la Administración Pública, puesto que, tiene que seguir procedimientos legales para así cumplir con el principio de legalidad, el cual se torna en estos casos en un resguardo de interés público. Es así que el tratadista de Derecho Administrativo, Miguel Marienhoff, dice sobre la desigualdad contractual en el derecho público, reafirmando que la autonomía de la voluntad es similar en el campo privado y en el público:

La invocada superioridad de la Administración frente al administrado en el campo del Derecho Público, en nada obsta a la existencia de tales contratos. La auto limitación de la Administración Pública, propia del Estado de Derecho, explica sobradamente la existencia de los “*contratos administrativos*”. Para negar la existencia de estos no puede,

entonces, invocarse válidamente el ya referido argumento de que se trata de “*sujetos desiguales*”, determinantes de valores dispares entre la voluntad administrativa y la del particular o administrado. Cuadra tener presente aquí la aguda observación de un jurista brasileño: “La característica del contrato publico hallase en la finalidad de la convención y en la igualdad proporcional, y no cuantitativa, aritmética, de los derechos de las partes” [...] pueden repetirse las certeras palabras de Masagão referidas a la conseción de servicio público: “No se conoce ejemplo de concesión de servicio público, a la cual el concesionario haya sido compelido, llevado por la fuerza, violentamente obligado. [...]”⁸

Es decir que la autonomía de la voluntad para contratos administrativos, también están limitados por causas sobrevinientes a los contratos que cambien el alea contractual. En cuanto a la formación del consentimiento y a la libertad contractual, en base a la cual no sólo los privados, sino que también la administración pública está inmersa, la limitación impuesta por la cláusula *rebus sic stantibus*, es aplicable. La limitación está en el hecho de que las obligaciones y la ejecución de los contratos públicos pueden variar, si las situaciones cambian, por lo que también la expresión de voluntad pública tiene sus limitaciones, respetando el principio de legalidad. La limitación a la autonomía de la voluntad en los contratos que vamos a analizar, se encuentra en la posibilidad de solucionar un desequilibrio económico contractual, los cuales las partes no habían acordado, pero que resulta necesario para mantener las bases del contrato y para garantizar su eficaz cumplimiento.

2.1.3. Diferencia con Caso Fortuito y Fuerza Mayor

La línea que divide a la teoría de la imprevisión del caso fortuito y fuerza mayor, es muy tenue, por lo mismo es importante diferenciar a estas instituciones del derecho sobre todo porque generan diferentes efectos jurídicos y la aplicación de uno u otro

⁸ Marienhoff, Miguel S. *Tratado De Derecho Administrativo*. Vol. III-A. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1994. 30-31.

podría causar perjuicios a los contratantes. En el caso de contratos administrativos, las consecuencias de un mal manejo de estos conceptos acarrearían además de las sanciones civiles, sanciones administrativas y consecuencias de orden penal por tratarse de servicios de orden público.

La primera diferencia está en las consecuencias que acarrearán. Cuando existe fuerza mayor y caso fortuito la obligación se torna imposible de cumplir, mientras que en la teoría de la imprevisión, el cumplimiento de la obligación se torna más difícil de cumplir, es decir que el hecho genera una mayor carga onerosa que desequilibra el sinalagma contractual, pero que no torna imposible la obligación.

En efecto, para que un acontecimiento se constituya fuerza mayor, es necesario entre otros requisitos y según vimos (No. 14), que se trate de un acontecimiento insuperable, de un hecho que haga material y absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación. Es necesaria la imposibilidad absoluta. [...] respecto de la noción de imprevisión, solo se exige, según vimos (No. 19), que se trate de hechos, que sin hacer imposible en absoluto el cumplimiento de la obligación, la dificulten en forma considerable, la hagan exorbitantemente más onerosa o impongan al deudor un juicio apreciable y grave. Basta, en una palabra, la imposibilidad relativa, la dificultad grave.⁹

En la misma línea el artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador¹⁰ establece que se podrá llegar a un acuerdo de terminación total o parcial de las obligaciones contractuales, si el contrato no fuera posible o conveniente ejecutarse. Por lo tanto, si es imposible ejecutarse tenemos un acontecimiento de fuerza

⁹ De La Maza Ribadeneira, Lorenzo. "La Teoría De La Imprevisión (I) (II)." Comp. Raúl Tavorari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. 677.

¹⁰ Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren. La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista. Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

mayor, y si no es conveniente ejecutarse por el interés público, entonces nos encontramos frente a imprevisión, puesto que sería necesario revisar el contrato y cambiar las condiciones. Esta será la base legal que nos ayude a realizar esta distinción cuando se analice el Contrato de Prestación de Servicios Hidrocarburíferos.

Otra diferencia es que el caso fortuito y la fuerza mayor, eximen del cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin necesidad de una declaración judicial previa al incumplimiento. Es más probable que se plantee como excepción en un juicio por incumplimiento de obligaciones contractuales, es decir como eximente de responsabilidad por incumplimiento contractual. Lo cual no se genera con la aplicación de la teoría de la imprevisión, donde existe un derecho de acción ante los jueces competentes para poder recomponer el desequilibrio causado por el hecho imprevisto, más no de incumplir las obligaciones, y menos aún en contratos administrativos, donde se crean otras consecuencias además de las puramente civiles. Si bien existen varias posiciones doctrinarias sobre cómo activar la cláusula *rebus sic stantibus*, esta teoría para ser aplicada necesita del mutuo consentimiento de las partes, o en caso contrario, de una decisión por un órgano jurisdiccional, donde se podría demandar la revisión del contrato para recuperar el equilibrio contractual, suspender la ejecución o pedir la resolución del contrato. En este caso, en vista que no existe incumplimiento contractual, no genera responsabilidad alguna.

Una tercera diferencia se encuentra en el momento contractual donde se puede generar caso fortuito, fuerza mayor o teoría de la imprevisión. “El caso fortuito es

anterior al cumplimiento, mientras que la excesiva onerosidad puede surgir antes o después de satisfecha la prestación.”¹¹ Obviamente el caso fortuito o la fuerza mayor tienen que suscitarse antes del cumplimiento de la obligación puesto que es un eximente de responsabilidad y de cumplimiento de la obligación. Con la imprevisión lo importante no es tanto cuando se da, sino que este hecho cambie el equilibrio contractual, siempre bajo la premisa que se trata de un contrato de tracto sucesivo, que será analizado en los requisitos.

Desde el punto de vista del autor Lorenzo de la Maza Ribadeneira, el enfoque que se le debe dar al caso fortuito y a la fuerza mayor es objetivo, puesto que es necesario comprobar que el acontecimiento imposibilita el cumplimiento de la obligación; mientras que la teoría de la imprevisión es más subjetiva, puesto que es necesario ver si tal hecho estaba previsto por las partes.

Según lo hemos visto; respecto del caso fortuito, el punto de vista objetivo es el todo. Lo que se necesita determinar, para saber si existe es si el acontecimiento imposibilita o no absolutamente la ejecución del vínculo.

Tratándose de la imprevisión, en cambio el punto de vista subjetivo es el que principalmente se debe tener en cuenta. Lo que más interesa averiguar es el estado psicológico de las partes al contratar, es si pudieron o no prever los acontecimientos que dan origen a la imprevisión.¹²

No concuerdo con esta apreciación puesto que, como se encuentra analizado en este numeral, la revisión de los contratos por causas sobrevivientes debe ser vista desde un punto de vista técnico. Se lo debe analizar, como un desequilibrio económico en las obligaciones sinalagmáticas acordadas por las partes en base a los principios jurídicos de

¹¹ Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos: Civiles, Comerciales, De Consumo: Teoría General*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1998. 449.

¹² De La Maza Ribadeneira, Lorenzo. "La Teoría De La Imprevisión (I) (II)." Comp. Raúl Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. 678.

igualdad y de libertad de contratación. Además que esa apreciación se encuentra en potestad del juez el aceptarla o no, a diferencia del caso fortuito o la fuerza mayor cuya imposibilidad de cumplimiento, no es aceptada *ex ante* por el juez. De tal manera que, la teoría de la imprevisión exige mayor tecnicidad y objetividad, dado que son esos los elementos necesarios para probar ante el juez la necesidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*,

Como había mencionado, determinar frente a qué institución jurídica estamos, caso fortuito, fuerza mayor o imprevisión, es de suma importancia, sobre todo cuando el contrato objeto de análisis es un contrato administrativo. El contrato administrativo reviste al Estado de ciertas prerrogativas exorbitantes y parte de la desigualdad con el contratista (no existe desigualdad en la ecuación económica del contrato). Por lo mismo, si la decisión de una de las partes contractuales es ver a un hecho como caso fortuito y fuerza mayor y por lo tanto incumplir una de las obligaciones contractuales, y los jueces declaran que no era el caso, se incumpliría el artículo 11 numeral 9 de la Constitución¹³, que forma parte de una de las muchas prerrogativas exorbitantes del Estado. Es decir que, quienes incumplan por el supuesto caso fortuito o fuerza mayor, no sólo serán responsables civilmente, sino que también enfrentarán un posible derecho de repetición por parte del Estado por estar ofreciendo un servicio público. Servicio público, en el caso del petróleo, que además es un sector estratégico de acuerdo al artículo 313 de la Constitución por ser de trascendencia económica y tratarse de energía no renovable, y

¹³ Art. 11 N9: El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

cuya delegación es excepcional. Además de las sanciones administrativas previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LCP) en base a las prerrogativas que tiene el Estado para salvaguardar el interés público. Estas cláusulas exorbitantes son la terminación unilateral del contrato por incumplimiento contractual donde no se probare fuerza mayor (Art. 104 LCP) y también el cobro de las garantías que se deban rendir de acuerdo al capítulo IV de la ley antes mencionada. Por tanto, es un tema de análisis económico y jurídico para tomar una decisión correcta, sobre todo cuando la contraparte es la administración pública.

El Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, que firmaron las compañías petroleras privadas que decidieron acogerse al término previsto en la Ley de Hidrocarburos, incorpora una cláusula que define a los casos de fuerza mayor y de caso fortuito. En el caso del contrato del Bloque Tarapoa, la cláusula es la cuatro punto tres punto cuarenta y dos¹⁴, la cual es pertinente para este caso puesto que limita las posibilidades de error y de confusión que pueda suscitarse con otros eventos imprevistos. La diferencia que impone la definición del contrato, con la definición clásica del Código Civil, es un punto que ya

¹⁴ 4.3.42 Fuerza Mayor o Caso Fortuito: Para efectos de este Contrato Modificatorio, un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito significara cualquier evento o circunstancia que (i) sea imposible de resistir o de ser controlado por la Parte obligada a cumplir la obligación de que se trate, (ii) que sea imprevisible por dicha parte, (iii) que ocurra después de la fecha efectiva de este Contrato Modificatorio, y (iv) que ocasione la obstrucción o demora, total o parcial del cumplimiento de las obligaciones de alguna parte, según las estipulaciones de este Contrato Modificatorio. Esta definición abarca, pero no se limita a, lo establecido en el Código Civil ecuatoriano, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones, deslaves, tormentas, incendios, explosiones, paros, huelgas, disturbios sociales, actos de guerra (declarada o no), actos de sabotaje, actos de terrorismo, acciones u omisiones por parte de cualquier autoridad, dependencia o entidad estatal. Queda entendido y convenido, sin embargo, que la Secretaria podrá invocar como actos constitutivos de Fuerza Mayor, cualquier acto u omisión de cualquier agencia, organismo o autoridad estatal ecuatoriana, cuando dichos actos u omisiones sean causados por otros hechos o circunstancias que a su vez, constituyan Fuerza Mayor. Para efectos de este Contrato Modificatorio el término Caso Fortuito tendrá el mismo significado que Fuerza Mayor.

habíamos analizado en este capítulo, el cual es el efecto del caso fortuito y de la fuerza mayor. La obstrucción o demora, total o parcial del cumplimiento de las obligaciones es un efecto que no podría ser jamás imputable a la teoría de la imprevisión. Para la imprevisión, el cumplimiento de las obligaciones se vuelve más oneroso. Además que es necesario un procedimiento judicial previo. En este caso, la cláusula otorga el derecho a la contratista de incumplir las obligaciones del contrato, sin necesidad de decisión previa, solamente como consecuencia del acontecimiento imprevisto. Del listado de hechos imprevistos que ejemplificativamente propone el contrato y que podrían ocasionar incumplimiento contractual, es también deducible que estos acontecimientos, si solamente producen un desequilibrio contractual y no generan imposibilidad de cumplimiento, también podrían ser considerados como hechos que calcen en la teoría de la imprevisión. Son estos hechos los que analizaré en próximos capítulos para determinar si la teoría de la imprevisión se podría aplicar a los referidos contratos modificatorios.

2.2. La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Administrativo

La teoría de la imprevisión es aplicable en el Derecho Público como en el Privado. Si bien ya he mencionado anteriormente algunas de las razones por las que esta teoría no discrimina el tipo de contrato, es necesario profundizar en esta discusión. No existe unanimidad en la doctrina con una aplicación integral de este principio, como fue concebido originalmente por los post glosadores, ya que piensan que por ser el Estado parte, tiene prerrogativas especiales al activar la cláusula *rebus sic stantibus*, solamente cuando la ley así lo reconozca. Sin embargo, la doctrina que prevalece, sostiene que el

acuerdo de voluntades, es decir el contrato administrativo desde una perspectiva de generación de obligaciones conmutativas, es el mismo que en el campo civil, solamente que regido por un ordenamiento jurídico distinto, el público, y con la generación de la voluntad de una de las partes (el Estado), diferente a la del privado.

2.2.1. Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo

Está claro que tanto la Constitución del Ecuador como la Ley de Hidrocarburos vigente y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, designan a los contratos petroleros como contratos administrativos, al estipular a este recurso natural perteneciente al patrimonio inalienable del Estado quien es el encargado de delegar a los privados. Dicha delegación, al tratarse de un sector estratégico de propiedad del Estado, pueda ser dada solamente mediante un contrato administrativo de un privado con la Administración Pública. Es así que el artículo 313 de la Constitución otorga el carácter de sector estratégico a los hidrocarburos, y por ende una estructura de contratación especial y excepcional, además de las disposiciones transitorias de las Reformas del año 2010 a la Ley de Hidrocarburos que guiaron la modificación obligatoria a un nuevo modelo de contratación de servicios.

Son contratos administrativos, “[...] los celebrados entre la Administración Pública y otras personas, para determinar fines o funciones estatales. [...] el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrados entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrado o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.”¹⁵

¹⁵ Marienhoff, Miguel S. *Tratado De Derecho Administrativo*. Vol. III-A. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1994. 20.

Al ser los hidrocarburos un sector estratégico y además un recurso natural no renovable de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado¹⁶, quien tiene el derecho de administrar y gestionar dichos recursos, es decir, quien puede delegar esta función a un privado, es en este caso la Administración Pública. Nos encontramos entonces frente a contratos administrativos, los sucritos entre la Secretaría de Hidrocarburos y las empresas privadas. Además, nos encontramos frente a una concesión de servicio público puesto que: “La concesión representa una delegación es decir, que constituye un modo de gestión indirecta; no equivale a un abandono, a una concesión.”¹⁷ La propia Constitución vigente habla de la delegación de los sectores estratégicos de manera excepcional a un privado, como en el caso de los contratos sobre exploración y explotación de petróleo crudo donde sin duda nos encontramos frente a una concesión.

2.2.2. Ius Variandi

En la medida que el Contrato Administrativo y en específico, el Contrato de Prestación de Servicios petroleros ha sido caracterizado, es necesario analizar cual es el punto que doctrinariamente se ha discutido para la adaptación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos. Este punto es el *ius variandi*, que se trata de

¹⁶ **Art. 408.-** Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

¹⁷ León Blum, Comisario de Gobierno. Long, Marceau, Prosper Weil, Guy Braibant, P. Delvolve, and B. Genevois. *Los Grados Fallos De La Jurisprudencia Administrativa Francesa*. Trans. Leonardo Augusto Torres Calderón y Humberto Mora Osejo. Bogota: Ediciones Librería Del Profesional, 2000, 89.

una prerrogativa de la Administración pública frente a sus concesionarios. Es una facultad excepcional que tiende a resguardar los intereses públicos que el estado garantiza a sus ciudadanos. Eduardo García de Enterría lo define como “[...] el ejercicio por la administración contratante del llamado *ius variandi* implica una actuación específica dirigida a modificar directamente el objetivo contractual alterando así también directamente la economía del contrato [...]”¹⁸ Parecería que entra en clara contradicción con el derecho que surge por la teoría de la imprevisión al querer recobrar el sinalagma contractual original, cuando el hecho imprevisto esté dado en base a la utilización de esta prerrogativa del Estado. Sin embargo, el propio autor antes citado da una solución a esta aparente contradicción cuando menciona que: “En último termino, el *ius variandi* de la Administración no es sino una manifestación de la potestad expropiatoria general, que exige siempre una justa compensación.” En base a esta manifestación de la potestad expropiatoria del Estado, resulta entendible que la Administración Pública tenga el derecho de modificar contratos unilateralmente, sobre todo cuando su finalidad sea el beneficio público, sin embargo siempre debe existir una justa compensación por los detrimentos causados. La compensación que se piensa en ciertos casos, debe estar dada bajo los lineamientos de la teoría de la imprevisión, que podría ser la resolución del contrato o el restablecimiento del equilibrio económico, según las diferentes tesis que existen para los efectos de la teoría de la imprevisión, como se analizará más adelante. En uso de la facultad expropiatoria del Estado, se pueden generar cambios en la ecuación económica contractual, haciendo más o menos onerosa la carga para el contratista. En tal medida, se ha verificado un hecho, cuyo riesgo no estaba previsto originalmente en el

¹⁸ García De Enterría, Eduardo, y Tomas Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo Tomo I*. Madrid: Editorial Civitas, 1998, 731.

contrato y por lo cual debe ser indemnizado. En otras palabras, se debe retomar el sinalagma contractual previsto originalmente al momento de la contratación. El acto propio del Estado, podría llegar a ser un hecho imprevisto cuyo detrimento a las condiciones pactadas en el contrato, da derecho a una indemnización o a una resolución, en base a la acción de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta facultad exorbitante del estado, de acuerdo al doctrinario Roberto Dromi, tiene un límite que es el “aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento el monto total originario del contrato adjudicado.”¹⁹ Sin embargo, no concuerdo con esta tesis, porque es sumamente relativo dado que no es posible cuantificar de una manera general, qué porcentaje del contrato es necesario para que se rompa la ecuación económica del contrato. Sobre todo en contratos de tracto sucesivo (requisito para que opere la teoría de la imprevisión), en donde un cambio porcentual mínimo puede causar desequilibrio en el sinalagma contractual originalmente pactado. Además que el 20% del cual habla el autor no está legislado en el Ecuador, puesto que no podría ser una regla legalmente válida de aplicar.

En cuanto al *ius variandi* como prerrogativa de la administración y frente a la teoría de la imprevisión se manifestó el Consejo de Estado Francés en el fallo de 21 de marzo de 1910, en el caso de la Compañía General Francesa de Tranvías contra el Consejo de la Prefectura de las Bocas del Rhone. El Consejo de Estado acepta la prerrogativa de la administración y la mutabilidad de los contratos administrativos, además del derecho reglamentario que tiene, en este caso fue para reglamentar los horarios y cantidades de Tranvías, que debían operar a fin de garantizar el interés público, por el correcto funcionamiento del servicio en la ciudad, en base a un contrato de

¹⁹ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11th ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006, 543.

concesión. Pero también acepta que el sinalagma contractual, no puede ser vulnerado a menos que dichas condiciones hayan sido previstas por las partes. Las frecuencias y cantidades de tranvías necesarios para operar respetando el Reglamento emitido por la Prefectura, habían generado que la prestación se torne excesivamente onerosa.

Si se destruye la ecuación financiera del contrato, si por el uso que la autoridad concedente hace de su facultad de intervención, se encuentre de alguna manera falseado el equilibrio de ventajas y cargas de obligaciones y derechos que nosotros tratamos de definir, nada impediría al concesionario demandar el contrato ante el Juez. Demostrara que la intervención legal, por sí misma legal, aunque obligatoria para él, le causó un daño cuya indemnización se le debe.²⁰

2.2.3. Principio de Intangibilidad de las Prestaciones

El *ius variandi* de la Administración funciona a la par con otro principio jurídico, que es la intangibilidad de las prestaciones. Este principio, que nace en el derecho privado, también es aplicable a los contratos públicos. Sin embargo, la aplicación de este principio es parcial y tiene sus excepciones, al igual que lo fue la facultad *ius variandi* para la Administración Pública. La excepción, es también, la teoría de la imprevisión. En nuestro caso, los Contratos petroleros cuyas dos principales obligaciones son, por un lado la exploración y explotación de petróleo crudo, y por el otro el pago de una tarifa por dicho servicio, son perfectamente modificables una vez que se configuren los requisitos de la teoría de la imprevisión. El requisito principal que debe darse para romper con el principio de intangibilidad, es el desequilibrio de la ecuación económica del contrato. Existe una corriente de pensamiento que considera que las prestaciones monetarias son un denominador común para la cuantificación verdadera de la prestación debida, es decir

²⁰ Compañía General Francesa de Tranvías vs. Consejo de la Prefectura de las Bocas del Rhone. Consejo de Estado Francés. 21-Marzo-1910, 88.

que esta puede fluctuar dependiendo del costo real que le otorgue en ese momento el mercado. Esta fluctuación podría darse por un hecho imprevisto lo que causaría que la ecuación económica del contrato se rompa y por lo tanto las prestaciones serían más onerosas para las partes, teniendo así un precio real diferente al pactado.

El principio de intangibilidad, por lo tanto, no obsta a que el precio sufra variaciones, por cuanto la referida intangibilidad debe interpretarse como una cualidad del precio real de las prestaciones convenidas, y no un simple derecho al precio nominalmente estipulado en el contrato original, el que, en caso de perder vigencia o resultar no representativo, debe ser corregido, sin que ello implique una trasgresión al principio de intangibilidad, sino que por el contrario, representa su concreta aplicación práctica.²¹

La intangibilidad no se refiere a una rigidez del precio con condiciones similares, sino que se refiere a una rigidez de la prestación y al precio que se le deba a este. Para los Contratos Petroleros de Prestación de Servicios, es necesario analizar cuál es el precio real por la exploración y explotación del crudo y si existen hechos imprevistos que cambien la ecuación económica del contrato, que de derecho al cambio del precio monetario real, con la finalidad de reconstruir el sinalagma originalmente pactado.

2.2.4. Interés Público

La teoría de la imprevisión en el ámbito del Derecho Administrativo cumple otra funcionalidad más allá de los intereses generados entre las partes. Uno de los objetivos de la teoría es que no se llegue a confundir con el caso fortuito o una fuerza mayor, o aún peor, que se degeneren en un caso fortuito o fuerza mayor. Como ya lo había analizado anteriormente, lo que se generaría con la fuerza mayor y con el caso fortuito es que legalmente se pueda incumplir las obligaciones del contrato. Existe un interés superior en

²¹ Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, 597.

juego, el interés público. Bajo el cual la suspensión de un servicio publico, o como en el ámbito petrolero, la suspensión de un sector estratégico genera graves consecuencias ya no solo contractuales sino también sociales. “[...] la administración debe en estos casos acudir también en ayuda del concesionario, compartiendo con él los riesgos que de forma imprevista hayan podido surgir con el fin de evitar el colapso total del servicio concedido. [...]”²² Bajo la premisa de la necesidad de continuidad sobre los servicios concesionados resulta necesario que se aplique la teoría de la imprevisión en cuanto al restablecimiento de la ecuación económica financiera, no así en la resolución del contrato, para que “le permita, al menos, continuar con la ejecución del contrato.”²³ El autor Juan Carlos Cassagne explica que la continuidad del servicio público debe entenderse en un sentido amplio que abarque a toda la función administrativa. Agrego yo, que se debe considerar en sentido amplio sobretodo porque los contratos petroleros son de interés público, una razón es por el concepto de sector estratégico que aparece en la Constitución del 2008, y que los define de gran importancia para la economía y la sociedad ecuatoriana. Es por tal motivo, que cabe la conclusión que un servicio petrolero tampoco puede suspenderse por un desequilibrio en la ecuación económica contractual por un hecho imprevisto, dado que es posible pedir ante un Juez el restablecimiento de la ecuación económica financiera pactada con el Estado. Y si bien por definición no constituye un servicio público, si es un sector estratégico por ser trascendente para la economía del país. Es también un acto administrativo de interés público, por lo que la suspensión del servicio podría generar responsabilidad al contratista privado. En el caso de 30 de marzo de 1916 entre la Compañía General de Iluminación de Burdeos, contra la

²² García De Enterría, Eduardo, Tomas Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo Tomo I*. Madrid: Editorial Civitas, 1998,732.

²³ Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, 76.

ciudad de Burdeos, posiblemente el caso más emblemático sobre la teoría de la imprevisión en contratos administrativos, dijo el consejo que:

[...] estamos en presencia de cargas originadas en sucesos que las partes contratantes no podían prever y que son de tal naturaleza que, temporalmente, el contrato ya no puede cumplirse en las condiciones que fue pactado. Sin embargo, el servicio público no puede dejar de prestarse –el interés general lo exige- y el contrato debe subsistir.²⁴

2.2.5. Riesgo y Ecuación Económica del Contrato

A partir de la expedición de la Constitución vigente y con las últimas reformas a la Ley de Hidrocarburos de julio de 2010, se introdujeron conceptos nuevos para la contratación petrolera que cambiaron la naturaleza de este negocio. Por ejemplo, el riesgo sobre el precio del petróleo le corresponde al Estado cuando sube, pero al privado cuando decae puesto que si el precio baja a un precio inferior al de la tarifa, el Estado no está obligado a pagar. Mientras que en los contratos de Participación anteriores a esta Ley, la concesionaria recibía un porcentaje en barriles de lo explotado con lo que el riesgo sobre el precio era de ellos.

[...] el petróleo como recurso natural agotable, no renovable y estratégico, se ha constituido en la principal fuente de ingresos estatales, cuyo manejo requiere la adopción de un marco jurídico e institucional, que acorde a la nueva Constitución de la República permita un mayor control y participación del Estado ecuatoriano.²⁵

El mayor control y participación del Estado ecuatoriano en el recurso natural petróleo, se traduce en la migración hacia un nuevo modelo contractual, el de prestación de servicios. La principal característica de este contrato, debería ser que el riesgo que genera la

²⁴ Compañía General de Iluminación de Burdeos Vs. Ciudad de Burdeos. Consejo de Estado Francés. 30-Marzo-1916.118.

²⁵ Exposición de motivos. Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno. Suplemento del Registro Oficial 224. 27/07/2010

industria es asumida por el Estado, quien también asume las ventajas. Así se cumple la regla económica, de a mayor riesgo mayor utilidad. Sin embargo, más adelante analizaremos por qué este contrato podría considerárselo híbrido dado que el Estado sólo asume las ganancias pero los riesgos siguen estando a cargo de la privada. En virtud que todo negocio tiene sus riesgos y la nueva modalidad contractual petrolera en el Ecuador no es la excepción, es necesario no confundir cuando estamos frente a un hecho imprevisto y cuando es el riesgo sobre el alea normal de un contrato, más aún de un contrato administrativo, y como maneja la administración pública los riesgos contractuales.

En la sentencia del Consejo de Estado Francés de 1916 entre la compañía de Iluminación de Burdeos contra la Ciudad de Burdeos, se formuló la teoría del riesgo contractual ordinario. Siendo esta teoría aplicada en este caso, a un contrato administrativo, no existe razón para que el riesgo que se genere en un contrato privado, sea el mismo que en el contrato público. Considero incluso que al contrato administrativo, debe sumársele más riesgos por las prerrogativas del Estado. En el caso mencionado, el precio del carbón, materia prima para la fabricación de gas, había registrado un incremento considerable a causa de un hecho imprevisible, la guerra (de 23 a 116 francos). Esta súbita e imprevisible alza de precios “destruyó todas las previsiones de las partes y que no es procedente la aplicación pura y simple del pliego de condiciones como si el riesgo contractual fuera ordinario.”²⁶ Es decir que, la previsibilidad que se había pactado, incluso con un ajuste de precios por la fluctuación propia del carbón por

²⁶ Compañía General de Iluminación de Burdeos Vs. Ciudad de Burdeos. Consejo de Estado Francés. 30-Marzo-1916. p.119.

causas de mercado, había sido contrarrestada por un hecho, como la guerra, que trastocó cualquier riesgo normal. El Consejo de Estado resolvió en ese caso, que será el juez quien indemnice al contratista privado puesto que el alza en el precio del carbón no ocurrió por las previsiones hechas en el contrato, que definían los riesgos que se asume en todo negocio. Los riesgos que se asumen a causa del negocio, son los previstos en el contrato, y cualquier hecho futuro e imprevisto da derecho a indemnización. Este caso traspasado a la realidad actual y al contrato de Prestación de Servicios de Hidrocarburos en el Ecuador podría ayudarnos a definir si existen riesgos previstos y si pudieran surgir imprevistos que desequilibren la ecuación económica del contrato. En el contrato a analizar, existen cláusulas de hechos que se han tornado previstos y que imponen riesgos ordinarios a la contratista. Un ejemplo es el relacionado con los factores de corrección de la cláusula décimo octava del Contrato de Prestación de Servicios en el Bloque Tarapoa, donde enumeran hechos generadores de riesgos y de responsabilidades y que entran dentro de los riesgos definidos del contrato. Más adelante se analizará uno de aquellos hechos que no queda comprendido en el riesgo normal propio del servicio petrolero.

Los riesgos que debe asumir el contratista son los del alea normal del contrato, en otras palabras, el riesgo ordinario del contrato. Como ya se expuso al hablar del *ius variandi*, ni el Estado en base a sus prerrogativas, ni el propio contrato pueden definir matemáticamente *a priori* de los hechos, la definición del alea contractual. El alea se define dependiendo de cada circunstancia del contrato y en base a las condiciones del mercado.

Cuando el contratista estima su precio, lo hace teniendo en cuenta la situación económica existente en el momento de celebrar el contrato. Se trata de la ecuación que toma en cuenta el beneficio que va a obtener deducidos los costos.²⁷

La conmutatividad de los contratos nace de esta ecuación. Por la misma razón, los riesgos que debe asumir la contratista son los previstos al momento de firmar el contrato y los beneficios o pérdidas que nacen de la estimación de los precios. Las condiciones y derechos del Contrato de Prestación de servicios, acompañado de los factores de corrección y demás cláusulas que prevén posibles cambios en la estructura económica de los contratos, a la firma del contrato, son estimaciones del precio. Es decir que forman parte de la ecuación económica de ese contrato. Forman parte también del riesgo que está asumiendo como parte de esa actividad económica. Por ende, no es aplicable en aquellos casos, la aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que no son imprevisibles. Por el otro lado, esta también que los hechos que no fueron previstos al momento de la firma del contrato y que rompen con la ecuación económica del contrato, no son riesgos imputables al contratista. En vista que sería imposible prever todos los hechos que puedan afectar el sinalagma contractual, siempre va a existir el derecho a reclamar en base a la cláusula *rebus sic stantibus* por acontecimientos originados en guerras, enfermedades o catástrofes naturales que no generen fuerza mayor (son los ejemplos más comunes) y que creen fluctuaciones económicas. Ese riesgo debe ser tomado en cuenta por la Administración Pública al momento de delegar una función pública a un privado. Por razones de interés público que ya habíamos mencionado anteriormente y la continuidad de los servicios públicos, el Estado tiene que asumir el riesgo de la teoría de la imprevisión para poder recomponer la ecuación económica de los contratos. El riesgo que tienen las partes en este contrato, que es el rango donde se puede manejar la ecuación

²⁷ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11th ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006, 558.

económica del contrato, no puede exceder las barreras de lo previsto y estipulado, ya que un posible rompimiento por hechos imprevistos, es un derecho de las partes el pedir que se reconstruya el balance de la ecuación.

Ciertamente que la contratación trae consigo una cierta posibilidad de ganancia o pérdida, pero como corresponde en el Derecho Civil –expresión de la vida misma- son los extremos que conviene rehuir.²⁸ El autor citado, Carlos López Díaz, plantea que el riesgo es propio de todo contrato, sin embargo, hay riesgos que no pueden ser imputables a las partes, afectan el alea del contrato y que deben ser reconstruidos. Sin embargo, no concuerdo en que el “trastorno grave en el equilibrio de las prestaciones”, el cual es el título del capítulo de esta cita, se quiera evitar solamente en los extremos. Si estamos en los extremos, nos enfrentamos a la institución del caso fortuito y de la fuerza mayor, que como ya explicamos anteriormente, una de sus diferencias es que el desequilibrio no permite continuar con la ejecución del contrato. Considero que el riesgo al cual se está sujeto, es al pactado en el contrato y cuando esos riesgos generen un desequilibrio en el alea del contrato, para aplicar la teoría de la imprevisión, no tiene que ser extremo, sino únicamente romper con lo acordado en la ecuación económica.

A pesar de que el riesgo en los contratos de Prestación de Servicios es para el solicitante del servicio, sobre todo en materia de hidrocarburos cuyo mayor riesgo es no encontrar suficiente recurso natural para cubrir la tarifa del servicio, el Ecuador, en estos nuevos contratos, se ha generado un mayor riesgo hacia el contratista privado, mayor que

²⁸ López, Díaz Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009. p. 56.

el que existía en los Contratos de Participación. Eso se denota en las cláusulas 5²⁹ y en la cláusula 15 donde obligan al privado a asumir el riesgo de las fluctuaciones de los precios del petróleo si son a la baja al no recibir el pago y tener que seguir prestando el servicio por un tiempo determinado, de acuerdo a las formulas pactadas. Históricamente, el Ecuador ha reglado distintas modalidades contractuales para explorar y explotar hidrocarburos, dependiendo de lo que le convenga al Estado en cada momento y de acuerdo a las situaciones específicas de cada caso. Es por eso que antes de las reformas a la Ley en Julio de 2010, se podían distinguir diferentes modelos contractuales que respondían a una lógica económica y de mercado en base a la proporción del riesgo que existía para la Administración Pública en cada uno de ellos. Es así como en el contrato de participación (artículo 17 previo a la reforma de Julio 2010), el Estado y la contratista compartían el riesgo. El privado en función del riesgo geológico, por no tener la certeza de encontrar hidrocarburos o de encontrar yacimientos explotables, y el Estado en función de los precios puesto que la fluctuación de los precios afecta a las dos partes en vista que se repartían la renta petrolera. Lo mismo sucede con el contrato de asociación (artículos 13, 14, 15 previo a la reforma de Julio 2010), que todavía persiste siempre que tenga mayoría accionaría el Estado, que es cuando un privado trabaja conjuntamente con el Estado en un contrato determinado. En este caso, el riesgo y por ende la rentabilidad, son proporcionales a los porcentajes contractuales. En este nuevo contrato, el de prestación de servicios, el riesgo geológico y el riesgo del precio es para la contratista privada, no obstante, tal como estaba planteado anteriormente el contrato (artículo 17

²⁹ Cláusula Quinta.- Cinco punto Uno.- Prestación de Servicios.- Este Contrato Modificatorio tiene por objeto la prestación de servicios a la Secretaría por parte de la Contratista, con su propios recursos y a su solo riesgo, para la exploración y explotación de hidrocarburos, incluyendo Petróleo Crudo, en el área del contrato, de conformidad con los términos y condiciones estipulados en este Contrato Modificatorio, y establecidos en la Ley Aplicable.

previo a la reforma de Julio 2010), el riesgo del precio era para el Estado una vez que recibía los barriles. Antes del riesgo de la venta, no tenía el Estado ningún riesgo puesto que siempre recibía porcentualmente su participación en barriles. Si bien podría ser materia de otro tema de tesis, quiero señalar que a pesar de existir este nuevo modelo contractual, donde no es lógico el riesgo con la rentabilidad de la contratista privada, frente a todos los riesgos que tiene, podría ser declarado inconstitucional. Infringe las normas y principios de Derecho Económico como la mencionada en el Art. 283 de la Constitución vigente donde dice que el mercado, la sociedad y el Estado deben estar en armonía y que tiene por objetivo garantizar la producción. Considero que un contrato de estas características no garantiza la producción por ser sumamente desventajoso para la compañía privada en comparación con el mercado hidrocarburífero internacional. También va en contra de todas las normas relativas a los derechos económicos de las personas y también en contra del principio fundamental de que todo trabajo es remunerado. Esto se vulnera cuando en un caso de un precio del petróleo inferior al de la tarifa pactada, no está obligado el Estado a pagar por el servicio prestado, es decir por los barriles extraídos.

2.3. La Teoría de la Imprevisión en la legislación ecuatoriana

Después del análisis jurídico y doctrinario sobre la teoría de la imprevisión, es necesario estudiar a esta teoría frente a la legislación ecuatoriana, para así poder encontrar su fundamento jurídico y la aplicación que tendría en el Ecuador. Mas allá de que efectivamente se trate de una teoría y que nace de principios fundamentales, e

inclusive de la lógica jurídica, considero necesario, pero sobretodo práctico, el poder encontrar normas que sirvan de argumento jurídico para posibles acciones judiciales. En la legislación ecuatoriana no tenemos una norma específica sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión, como existe en otros países (Italia³⁰, Argentina³¹ y Perú³²), que nos permita una aplicación directa y sin interpretaciones de esta institución jurídica; por lo cual una de las conclusiones de este trabajo será una reforma legislativa en el sentido de incluir a la teoría de la imprevisión en la ley ecuatoriana. Resulta insólito que la teoría de la imprevisión no se encuentre normada en nuestro país, y que, mas aún, se la

³⁰ **Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive**

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'**art. 1458 (att. 168)**. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).

Art. 1468 Contratto con obbligazioni di una sola parte

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Art. 1469 Contratto aleatorio

Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti .

³¹ **Artículo 1198**

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

³² **TITULO VIII - Excesiva onerosidad de la prestación**

Artículo 1440°.- Definición

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

desconozca; en vista que la tendencia histórica y mundial sobre la aceptación de la teoría ha recorrido siglos de pensamiento (desde la invención con los romanos, el interés de los post glosadores, hasta con la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés a comienzos del siglo XX), y que es aceptado por una gran cantidad de legislaciones en todo el planeta.

En el caso de los Contratos de Prestación de Servicios Hidrocarburíferos, resulta imperante encontrar los fundamentos legales en el sistema ecuatoriano, puesto que la cláusula treinta y tres punto cuatro punto tres del contrato sobre el Bloque Tarapoa estipula que, “el Arbitraje será en derecho y la normativa aplicable al fondo de la controversia será el derecho ecuatoriano.”³³ A continuación se encuentran las normas jurídicas y el análisis sobre su aplicación para la argumentación de la vigencia de la teoría de la imprevisión en el Ecuador.

2.3.1. Constitución

Art. 66 numeral 4.- La igualdad formal y material que consagra la Constitución es también un argumento para plantear una acción sobre la teoría de la imprevisión puesto que dar igual trato en condiciones cambiantes en el tiempo, sería aceptar una desigualdad en la ecuación económica contractual. La igualdad formal la podemos observar en la

³³ Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo), en el Bloque Tarapoa de la Región Amazónica. 23-Nov-2010. Notaria Vigésimo Primera foja 4947.

equiparación de prestaciones que tenemos en el contrato, por lo que si esta condición sinalagmática se rompe, de acuerdo a este principio, se debe recomponer la igualdad.³⁴

Art. 66 numeral 16.- Este artículo garantiza la libertad de contratación que se reconoce a las personas. La suscripción de los contratos libre y voluntariamente es una consecuencia de la buena fe con la que se realiza la contratación. Si el Estado garantiza la libertad para contratar, es decir que existe libertad para decidir si es conveniente o no un determinado contrato, entonces, existe buena fe para el cumplimiento porque existe conciencia y voluntad de las obligaciones y derechos que nacen del contrato. Esto implica que la libertad de contratación se realiza en base a la libertad de asumir riesgos, y de asumir obligaciones en base a la buena fe y a una ecuación económica estipulada previamente, cuyo cambio por hechos ajenos al uso de la libertad de contratación podrán ser indemnizados.³⁵

Art. 66 numeral 25.- El acceso a un bien público o privado, de una manera eficaz y eficiente, como es el caso de los hidrocarburos en cualquiera de sus formas, sólo se lo puede llevar a cabo si la empresa concesionaria del Estado es eficiente y eficaz. Como lo hemos analizado, la cláusula *rebús sic stantibus* es aplicable únicamente cuando no se han incumplido las obligaciones del contrato (como sería en el caso de la fuerza mayor o caso fortuito). En tal virtud, para que se garantice el acceso eficaz y eficiente, en caso de

³⁴ **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

³⁵ **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: 16. El derecho a la libertad de contratación.

un hecho imprevisto, se debe retomar el sinalagma contractual que lograba las mejores ganancias posibles para el Estado.³⁶

Art. 82.- El principio de seguridad jurídica es también un antecedente para la aplicación y funcionamiento de la teoría de la imprevisión. Obviamente, el respeto a la Constitución es primordial para el correcto cumplimiento y ejecución de los contratos, y como lo estoy demostrando en este capítulo, existen normas constitucionales que dan argumentos jurídicos para la existencia de la teoría de la imprevisión en la legislación ecuatoriana. Pero también es importante este principio, porque la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas denotan la buena fe que debe existir, sobretodo de la Administración Pública, cuando nos enfrentamos a hechos imprevistos. La contratista privada debe tener en cuenta al momento de firmar, que el Estado tiene las condiciones necesarias para responder por estos hechos que no responden a la buena fe contractual y que está siendo perjudicada no solamente el privado, sino el interés general.³⁷

Art. 284 numeral 2.- Este principio que habla sobre incentivar la productividad y la competitividad, también puede servir de argumento para plantear la cláusula *rebús sic stantibus* puesto que el recobrar el equilibrio financiero en un contrato y el tener este derecho en un contrato administrativo, resguarda al privado por hechos imprevistos. La política económica que se enfoca en incentivar y en el crecimiento económico, es un apoyo también para la teoría de la imprevisión, puesto que se trata de una consecuencia

³⁶ **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: 25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados decalidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

³⁷ **Art. 82.-** 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.

de mantener a la Administración pública y al contratista en las mismas condiciones propicias que cuando se firmó el contrato.³⁸

Art. 313.- Este artículo define a los sectores estratégicos donde constan los hidrocarburos por ser de trascendencia económica para el país (teniendo en cuenta que es el ingreso principal que tiene el Estado). En esta medida, el argumento constitucional a favor de la teoría de la imprevisión es que si este recurso es de tanta importancia para el país, es necesario recomponer el alea del contrato a causa de un hecho imprevisto, puesto que el Estado estaría arriesgando la suspensión del servicio, lo que acarrearía consecuencias económicas y también sociales.³⁹

2.3.2. Leyes

2.3.2.1 Código Civil

Art. 1561.- El contenido de este artículo es sin duda el fundamento más importante que tiene la teoría de la imprevisión, y que ha servido de fundamento para su aplicación en

³⁸ **Art. 284.-** La política económica tendrá los siguientes objetivos: 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.

³⁹ **Art. 313.-** El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

legislaciones donde no existe un artículo específico sobre esta institución. Esta norma traduce el principio *pacta sunt servanda* diciendo que el contrato es ley para las partes y su modificación sólo puede estar dada por causas legales o por mutuo acuerdo. La voluntad de las partes es de obligatorio cumplimiento. En el análisis de este principio se explicó que la teoría de la imprevisión es una consecuencia de principio *pacta sunt servanda* puesto que la variación del contrato, o su excesiva onerosidad, no puede estar dada mas que por causas legales o por mutuo consentimiento. Por tal motivo, tiene sentido la teoría de la imprevisión. Además de ser una causa legal en base a la normativa analizada, cuya decisión tiene el juez para poder restituir el equilibrio original del contrato.

Art. 1562.- Este artículo, que habla de la buena fe contractual que también fue analizado como un antecedente a la teoría de la imprevisión puesto que si la otra parte se beneficia de la imprevisión, estaría obrando de mala fe. La buena fe, como dice el artículo, se extiende a todo lo que se emana de la naturaleza de la obligación, en tal virtud, las obligaciones no pueden estar desequilibradas por tratarse de un contrato conmutativo. La buena fe y el contrato como ley para las partes están estrechamente ligados puesto que generan un cumplimiento obligatorio de las obligaciones estipuladas al momento de la existencia del contrato. Sin embargo, el derecho civil ha encontrado otros argumentos para la teoría de la imprevisión que se constituyen en tesis diferentes a la de la buena fe.

Art. 1483.- Otra tesis explica que la teoría de la imprevisión tiene fundamento en la falta de causa que se genera en el momento que existe una inequivalencia de prestaciones y

una de las obligaciones se torna más onerosa. El artículo citado habla sobre la causa como existencia de validez de las obligaciones en todo acuerdo de voluntades. “[...] la ruptura de la equivalencia de las prestaciones implicaría justamente la pérdida de la causa del respectivo contrato, pérdida que acarrearía su nulidad.”⁴⁰ Si bien es un posible argumento para sustentar el uso de la cláusula *rebus sic stantibus*, no considero que sea la más apropiada puesto que doctrinariamente la causa como requisito de existencia de los contratos ha perdido fundamento jurídico y si en ordenamientos jurídicos como el ecuatoriano todavía persiste, lo que se exige es que la causa debe ser lícita. Se puede interpretar la causa, o la motivación para la celebración de los contratos como psicológicas, o jurídicas. Cuales fueron los móviles que llevó al Estado y a las contratistas privadas a firmar los nuevos contratos de Prestación de Servicios pueden ser vistos tanto como jurídicos, psicológicos o incluso económicos, sin embargo lo que interesa es que cualquiera de estos motivos sean lícitos. Encontrar la causa de estos contratos puede llegar a ser muy complicado, pero encontrar su licitud resulta sencillo puesto se presume buena fe. Además que, si tomamos la tesis de la motivación psicológica, en caso de querer justificar el uso de la teoría de la imprevisión, primero se tendría que comprobar que en la causa no se previó un hecho específico. Un segundo motivo por el cual discrepo con esta tesis es porque la falta de causa lícita acarrearía la nulidad del contrato. Considero que la teoría de la imprevisión, está para equilibrar el sinalagma destruido por un hecho imprevisto. En un próximo capítulo analizaré la pretensión al utilizar la teoría de la imprevisión: resolución o reestablecer el equilibrio del contrato.

⁴⁰ López, Díaz Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009, 49.

Art. 1460 y 1457.- Otra tesis plantea que el argumento para aplicar la teoría de la imprevisión, es la equivalencia del contrato. La equivalencia del contrato mira esta tesis como un elemento de la esencia del contrato “sin el cual no surte efecto alguno, o se degenera en otro contrato.” Y la equivalencia está vista desde el punto de vista de un contrato conmutativo donde las prestaciones son vistas como equivalentes. Conuerdo con esta tesis y considero que no es contraria a la tesis sobre buena fe, pueden ser utilizadas conjuntamente. La equivalencia de los contratos nace de la buena fe que tienen las partes al momento de celebrar y que miran sus prestaciones como equivalentes y si se rompe la equivalencia a causa de un hecho imprevisto, estaría en contra de lo originalmente estipulado.

Art. 29.- La teoría sobre la culpa leve explica que las obligaciones no son mas que un deber de conducta, por lo que, en caso de imprevisión, no se le puede pedir más que “aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios.” Para argumentar desde esta tesis la teoría de la imprevisión, es necesario explicar que si se le exige con una obligación excesivamente onerosa, se estaría pidiendo una conducta ilegal por no estar obligado a realizar una prestación cuya culpa no debe asumir.

“[...] la obligación, mas que un dar, hacer o no hacer, se estructura como un deber de conducta –una tipicidad-, en el cual al deudor no se le puede exigir más que aquella diligencia o cuidado propia de la obligación que asume, configurándose una infracción si se le exige más, como en el caso de sobrevenir imprevisión.”⁴¹

No conuerdo con esta posición puesto que no existe fundamento legal responsabilizar bajo un grado de culpabilidad a una persona beneficiada del desequilibrio contractual

⁴¹ López, Díaz Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009, 49.

causado por un hecho imprevisto. La acción que nace de la teoría de la imprevisión versa sobre el reestablecimiento del equilibrio económico, mas no frente a una acción de tipo personal para buscar indemnización por un daño causado por la excesiva onerosidad de las prestaciones.

2.3.2.2 Ley de Hidrocarburos

Exposición de Motivos (Ley Reformativa a la Codificación de la Ley de Hidrocarburos. Suplemento R.O. 244, 27 de Julio de 2010).- Si bien la exposición de motivos no forma parte del cuerpo normativo legal reformado en la Ley de Hidrocarburos, y por ende, no tiene carácter vinculante, sí es una fuente de derecho doctrinaria y que permite interpretar el espíritu de la ley. En la parte final del tercer párrafo de esta exposición de motivos se hace alusión directa a la teoría de la imprevisión cuando explica una de las motivaciones que tuvieron para modificar el tipo contractual para los hidrocarburos mediante esta reforma legal. Una de las razones es para evitar que la fluctuación del precio del petróleo afecte al Estado y beneficie desproporcionadamente a las compañías contratistas privadas, a pesar que en los contratos de Participación el Estado también se benefició de la fluctuación del precio del petróleo. Es decir que, un hecho imprevisto que ha afectado el sinalagma contractual de los contratos anteriores a los prescritos en esta ley (Contratos de Participación), lo han tornado previsto. Para la firma de los nuevos contratos, al ser de carácter pública la exposición de motivos por estar publicada en el Registro Oficial, es conocida por todos, y la única interpretación valida que se le puede dar a los contratos sobre el hecho de la fluctuación de precios es

que se ha tornado previsible. El Estado, a través de su órgano legislativo, ha tomado conciencia de este hecho y lo quiere prever a fin de que sea un riesgo para la contratista. Sobre este tema lo analizaré a profundidad más adelante. Por ahora cabe mencionar que existe esta fuente de derecho no vinculante, pero fuente interpretativa al fin, sobre la teoría de la imprevisión, y que es importante tomarla en cuenta al momento de accionar la cláusula *rebus sic stantibus* en contratos administrativos de prestación de servicios petroleros, ya que la fluctuación de los precios es previsible.⁴²

Art. 16.- Este artículo, reformado el 27 de Julio de 2010, define el nuevo modelo de contrato de Prestación de Servicios al cual las compañías que tenían un contrato de Participación o de Servicios (modelo antiguo), se vieron obligados a modificar, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley Reformatoria. Cuando define el derecho al pago por el servicio prestado toma en cuenta la utilidad razonable que está dada en consideración al riesgo incurrido. Es decir que cuando el riesgo es mayor, la utilidad debería ser mayor. Pero la pregunta que se genera es, ¿que pasa cuando un riesgo se torna en un hecho imprevisible que cambia la ecuación económica de los contratos? ¿A quien se le imputa este riesgo? Considero que conforme a este artículo, la utilidad en función del riesgo en un derecho del contratista, más aún cuando las condiciones también superen el riesgo ordinario del contrato, por lo que es aplicable la teoría de la imprevisión. Para el

⁴² Las reformas previamente realizadas a la Ley de Hidrocarburos han atendido parcialmente las necesidades de cambio que requiere la dinámica del manejo de los hidrocarburos y sustancias asociadas; sin embargo, para atender las circunstancias actuales del sector resulta reformar la Ley de Hidrocarburos, introduciendo disposiciones que permitan impulsar la actividad hidrocarburífera, incrementando los niveles de producción de los campos petroleros, dentro de un esquema contractual de prestación de servicios, que devuelva la titularidad de la totalidad de la producción nacional a favor del Estado, estableciendo únicamente el reconocimiento de una tarifa por barril producción a favor de la Contratista, que no fluctúe en función del precio del petróleo, del cual se han beneficiado desproporcionalmente las compañías operadoras.

caso de los contratos definidos en este artículo, la revisión de la tarifa sería la consecuencia pertinente. El riesgo que corresponde a la utilidad razonable es el alea normal del contrato, la utilidad deja de ser razonable y el riesgo excesivo, cuando se sale de estos parámetros, y es en esa instancia donde aplica la teoría de la imprevisión. Está estrechamente relacionado con la intangibilidad del precio, puesto que esta tarifa si puede variar, por el monto de la utilidad razonable que se genere en diversas etapas de la vida del contrato.⁴³

2.3.2.3 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Art. 96 numeral 4.- Este artículo parece afirmar una tesis sobre los efectos de la teoría de la imprevisión, que ya lo analizaremos más adelante a profundidad, la tesis versa sobre la posibilidad de la resolución del contrato cuando se quiera ejecutar la cláusula *rebus sic stantibus*. Si bien considero que no es la aplicación correcta de la teoría de la imprevisión, puesto que intenta equilibrar el sinalagma contractual, es decir busca darle vida al contrato en un estado crítico, esta ley vigente en el Ecuador, otorga esta opción. Esta norma separa las circunstancias técnicas y económicas imprevistas de los casos de

⁴³ Art. 16.- Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquéllos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan a realizar para con la Secretaría de Hidrocarburos, con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.

Cuando existieren o cuando el prestador de servicios hubiere encontrado en el área objeto del contrato hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista, se fijará contractualmente tomando en cuenta un estimado de la amortización de las inversiones, los costos y gastos, y una utilidad razonable que tome en consideración el riesgo incurrido.

fuerza mayor o caso fortuito. A pesar que existen más hechos imprevistos que los técnicos y económicos, como los provenientes del mercado o de la naturaleza, ya es un avance legislativo al poder diferenciar estas dos instituciones jurídicas. También se logra diferenciar del artículo 94 donde genera la prerrogativa a favor del estado para la terminación unilateral de los contratos por casos de incumplimiento por mas de 60 días, en hechos que generen fuerza mayor o caso fortuito. Como consta anteriormente, la teoría de la imprevisión no es fuerza mayor o caso fortuito ni autoriza por sí mismo a suspender o incumplir obligaciones. Este artículo es un claro referente a la teoría de la imprevisión, ya que está creando un derecho a favor de la contratista para resolver el contrato por la vía judicial en caso de hechos imprevistos.⁴⁴

⁴⁴ **Art. 96.-** Terminación por causas imputables a la entidad contratante.- El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la Entidad Contratante: 4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

3. La teoría de la imprevisión en la variación de los costos de producción

La teoría de la imprevisión está sujeta a hechos concretos y a realidades específicas para que sea aplicable. Es por esa razón que la doctrina y la jurisprudencia han creado varios requisitos para la utilización de la cláusula *rebus sic stantibus* en diferentes circunstancias y en diferentes contratos. En este caso particular, por los motivos expuestos en la introducción, considero de importancia analizar la teoría de la imprevisión frente a los nuevos contratos petroleros de servicios, sobretodo porque son contratos de características especiales.

Una vez que ya hemos revisado los antecedentes jurídicos y los principales elementos sobre esta teoría, para enfrentarlo a un contrato específico es necesario analizar los requisitos. El primero el hecho imprevisto y los efectos que ha producido en el contrato.

En este capítulo, el análisis estará enfocado a la variación de los costos de producción, que se pueden generar por hechos imprevistos. Lo importante aquí es encontrar cuando esos hechos imprevistos generen una variación de los costos y por ende nace el derecho para accionar ante un juez la cláusula *rebus sic stantibus* bajo el cumplimiento de sus requisitos. Requisitos que por cierto son de concurrencia simultanea, es decir que a falta de uno no es posible que se demande por imprevisión. En definitiva, lo que busco es descubrir cuando se puede pedir a un juez o árbitro, que se retome el sinalagma contractual de los Contratos de Prestación de Servicios

Hidrocarbúferos, en base a la variación de los costos de producción generados por un hecho imprevisto.

3.1. Tipo de Contrato

El primer requisito para la aplicación de la teoría de la imprevisión es que se trate de un contrato bilateral, conmutativo y de tracto sucesivo o de ejecución diferida. Primero comenzaré por el análisis del requisito de ser un contrato bilateral o unilateral, después el análisis de los contratos aleatorios, posteriormente lo que es un contrato de tracto sucesivo y finalmente analizaré el contrato de ejecución diferida. Este análisis permitirá establecer qué tipo de contrato es el de Prestación de Servicios de Hidrocarburos, y por ende, si es aplicable la teoría de la imprevisión, en cualquier caso, no solo en la variación de los costos de producción.

3.1.1. Contratos Bilaterales conmutativos o unilaterales

La bilateralidad y la conmutatividad son tipos de contratos que no requieren mayor explicación para la aplicación de la teoría de la imprevisión puesto que la existencia de dos o más obligaciones y la equivalencia de prestaciones, determina la existencia de una contraparte a quien reclamar el restablecimiento del equilibrio contractual. En tal sentido se pronuncia el Doctor Luís Parraguéz cuando afirma que:

Es evidente que el campo propicio para la aplicación de esta cláusula es el de los contratos conmutativos de tracto sucesivo o ejecución sucesiva, pues en ellos el cumplimiento de la prestación se extiende en el tiempo y queda expuesta, por

consiguiente, a circunstancias imprevistas e imprevisibles que la hagan excesivamente onerosa.⁴⁵

El Código Civil peruano en el artículo 1442⁴⁶ tiene otra tesis acerca de la bilateralidad de los contratos como requisito para que opere la cláusula *rebus sic stantibus* cuando manda que es aplicable a los contratos donde exista una sola obligación. Si bien no se puede dar una inequivalencia de prestaciones, esta si se puede tornar mas onerosa para la parte obligada. La restricción que se impone es de carácter procesal. Sólo el obligado podrá ser el legitimado activo para reclamar imprevisión. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al no existir ni en el Código Civil ni en otro cuerpo legal ningún artículo referente a la teoría de la imprevisión no podemos tener una afirmación clara sobre el tipo de contrato necesario para su aplicación. Considero que si nos apegamos a los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* debemos sostener que es necesario la bilateralidad y conmutatividad de los contratos.

3.1.2. Contratos Aleatorios

Considero necesario detenerme para analizar los contratos aleatorios a los que no son aplicables la teoría de la imprevisión.

[...] siendo de la esencia de la teoría de la imprevisión el que sobrevengan estos acontecimientos imprevisibles, es inaplicable a las obligaciones que nacen de los contratos aleatorios, ya que estos suponen la intención que tienen las partes de mantenerse inalterablemente obligadas no obstante de la sobreviniencia de esos

⁴⁵ Parraguéz, Luis. *Apuntes sobre Negocio Jurídico*. No publicado.

⁴⁶ **Artículo 1442.-** Excesiva onerosidad en contratos con prestación de una parte
Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.

acontecimientos. Admitir, en este caso, la teoría de la imprevisión, sería destruir la esencia misma del contrato aleatorio.⁴⁷ Esta primera tesis es aceptada por el Código Civil Italiano en el artículo 1469⁴⁸ cuando prohíbe la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios. El principal argumento es que perderían los contratos aleatorios su naturaleza jurídica y por ende la voluntad de las partes, al pactar la suerte, se vería mermada.

Sin embargo encontramos otra tesis respecto a los contratos aleatorios, en la cual es aplicable la teoría de la imprevisión, bajo el fundamento de que el hecho imprevisible se ha dado por riesgos fuera de los riesgos propios del contrato. El artículo 1435 numeral 2 del Código Civil peruano acepta esta tesis. Considero que resultaría difícil encontrar los riesgos propios de un contrato aleatorio y los riesgos que pueden ser imprevisibles, sobretodo porque la voluntad de las partes ha sido someterse al alea, a la suerte sin poder estipular un evento específico, sino la generalidad.⁴⁹

Esto en vista que podría generarse una duda respecto a la cláusula 15.6⁵⁰ del Contrato de Prestación de Servicios firmado entre el Estado ecuatoriano y la compañía

⁴⁷ De La Maza Ribadeneira, Lorenzo. "La Teoría De La Imprevisión (I) (II)." Comp. Raúl Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 712.

⁴⁸ **Art. 1466 Impossibilità nel contratto plurilaterale**

Nei contratti indicati dall'**art. 1420** impossibilità della prestazione (**1256**) di una delle parti non importa scioglimento del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

⁴⁹ **Artículo 1441.- Extensión de la excesiva onerosidad de la prestación**

Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:

2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

⁵⁰ 15.6.-Acumulacion.- En caso que el ingreso disponible no sea suficiente para cubrir el pago de la tarifa para Campos en Producción y Tarifa para Campos Nuevos o por Producción Incremental fruto de la recuperación mejorada, pertinente, el saldo faltante mensual se acumulará durante el mes o año fiscal pertinente. La diferencia entre los montos pagados por concepto de las tarifas y el ingreso disponible del

Andes Petroleum Ecuador Ltd. Esta cláusula estipula que si el ingreso disponible para el pago de la tarifa al que tiene derecho la compañía como contraprestación del servicio prestado, no llega a cubrir su valor, se acumulará como saldo. Lo que podría generar la duda de si el pago a la contratista depende de acontecimientos inciertos y aleatorios como serían guerras o desastres naturaleza que bajen el precio del petróleo hasta el punto de no cubrir el monto de la tarifa, o incluso el no descubrir petróleo. Considero que si bien esta cláusula constituye un riesgo para la contratista, no se trata de un contrato aleatorio puesto que en esencia el contrato ha previsto la equivalencia de prestaciones y del texto contractual se desprende que los hechos que podían constituir en una falta de pago al contratista no son aleatorios, pues ya están estipulados como riesgos que podrían afectar al contratista.

3.1.3. Contratos de Tracto Sucesivo o Ejecución Diferida

Los romanos, al hablar sobre los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida decían que “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentem de futuro*”. Lo que quiere decir que los contratos de tracto sucesivo y los de ejecución diferida, dependen del futuro, por lo que la teoría de la imprevisión es perfectamente aplicable para aquellos contratos. El depender del futuro implica que los contratos pueden

mismo mes o año fiscal se trasladará al siguiente mes o año fiscal, sin intereses y en caso de que no hubiese podido ser cubierto durante el respectivo o subsiguiente mes o año fiscal, se acumulará sucesivamente durante el plazo de vigencia de este contrato modificatorio. Cualquier diferencia trasladada, originada por insuficiencia del ingreso disponible, que no haya sido pagada por la secretaria a la terminación de este contrato modificatorio, se extinguirá y no será pagada a la contratista, quedando la secretaria automáticamente liberada de esta obligación de pago en ese momento.

estar sujetos a cambios, pero no que existe aleatoriedad en base a una contingencia incierta para las prestaciones bilaterales.

Los contratos de tracto sucesivo son aquellos por los cuales las partes se obligan a ejecutar el contrato constante y periódicamente en un determinado período. Es decir que la ejecución de las prestaciones no puede darse en un solo instante, sino que debe ser prolongada en el tiempo, por las obligaciones vertientes de un mismo contrato. Otra característica es que el contrato de tracto sucesivo debe tener una unidad temporal. La unidad temporal se refiere a que el contrato no puede ser visto como un instante en el tiempo, y por consiguiente sus elementos y requisitos de existencia y validez deben mantenerse a lo largo de la vigencia del contrato. El perfeccionamiento del contrato debe darse constantemente, por lo que el contrato se torna dinámico para que legalmente pueda subsistir creando así, una mayor seguridad para las partes contratantes.

Alejarse un poco de la perspectiva de la contratación como un instante dado (con un nombre y apellido, como decir “compraventa”, perfeccionado en un instante preciso) para focalizar como un *proceso* dinámico. Porque la ley no regula solo dichos instantes, sino que también estos procesos. Y también del análisis del proceso se deducen valiosas reglas que aclaran el instante. Muchos aspectos se iluminan un poco al examinarse desde esta perspectiva, tal como el de la teoría de la imprevisión [...] ⁵¹

Los contratos de tracto sucesivo son aquellos que cumplen con estas dos características.

La teoría de la imprevisión es aplicable en estos contratos puesto que los hechos imprevistos solo pueden ocurrir en un futuro después del perfeccionamiento del contrato para cambiar lo expresamente estipulado, que es ley para las partes. Además, es aplicable porque la ley no sólo verifica un momento en la relación contractual, sino que, como lo explica la unidad temporal del contrato, los requisitos de existencia y validez deben

⁵¹ López, Díaz Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009. p. 61.

mantenerse durante la vida del contrato, y en específico, durante su ejecución, que es donde pueden aparecer hechos imprevistos que generen una mayor onerosidad a una de las partes. De lo contrario, no sería entendible que la ley pueda validar un contrato conmutativo que ha perdido su principal característica, la igualdad en las prestaciones puesto que la autonomía de la voluntad se ha visto vulnerada. No sólo que el contrato es ley para las partes, sino que también la ley sigue siendo coercitivo a lo largo de la ejecución del contrato a fin de mantener el equilibrio original que busca y defiende el sistema jurídico.

Los contratos de ejecución diferida, son aquellos que tienen un punto específico de nacimiento, pero el cumplimiento de sus obligaciones está sujeto a un plazo o diferido para la ejecución en un tiempo posterior al del perfeccionamiento del contrato. Las prestaciones, en este caso, diferidas, en contraste con las prestaciones sucesivas, son las que están sujetas a un plazo o que no están completamente ejecutadas. El mejor ejemplo de un contrato de ejecución diferida es cuando está sujeto a una modalidad como el plazo. El plazo es un “hecho futuro y cierto del cual dependen la exigibilidad o extinción de los derechos y, correlativamente la exigibilidad o extinción de las obligaciones correspondientes.”⁵². En los Contratos de Prestación de Servicio nos enfrentamos a un plazo extintivo, es decir que los derechos y obligaciones emanados del contrato terminan al finalizar el tiempo estipulado (hasta el 31 de diciembre del 2025⁵³). La intención del contrato no es el cumplimiento continuo y constante de las prestaciones, sino que se trata de prestaciones, que por la decisión de las partes y por el objeto y naturaleza propia del

⁵² Parraguéz, Luis. *Manual De Derecho Civil Ecuatoriano Libro Cuarto: Teoría General De Las Obligaciones*. 1st ed. Vol. 1. Loja: Universidad Técnica Particular De Loja, 2006. p. 256.

⁵³ Cláusula Sexta Contrato de Prestación de Servicios Bloque Tarapoa.

contrato, no se ejecutan en el momento de su nacimiento, sino en un tiempo posterior. En tal sentido, los plazos referentes a los contratos de ejecución diferida no son del tipo extintivo. Es por esta razón que la característica sobre la unidad temporal de los contratos no es aplicable en este caso, puesto que únicamente la prestación es la que se encuentra diferida.

En efecto, así mientras en el contrato de tracto sucesivo la relación jurídica es una unidad permanente, una especie de *constante contratación* en el tiempo –algo que va mucho más allá del simple hecho que los efectos se produzcan a lo largo del mismo- el contrato de ejecución diferida es aquél en que el contrato es una unidad perfecta, precisa en el tiempo, pero diferida en su *cumplimiento* para un momento posterior, fruto tal vez de la estipulación de un plazo.⁵⁴

En consecuencia de lo antes dicho, los contratos de tracto sucesivo y de ejecución diferida presuponen una condición para que se aplique el principio *rebus sic stantibus*. Esta condición es que los efectos del hecho imprevisto, se produzcan durante el cumplimiento de las obligaciones. Es decir que las obligaciones deben estar ejecutándose o pendientes de ejecutar para que la teoría de la imprevisión produzca sus efectos. Esto va en concordancia con el requisito que analizaremos posteriormente que es la consecuencia que debe provocar el hecho imprevisto para aplicar la teoría. En vista que el contrato analizado en este trabajo empezó a regir desde su inscripción en el Registro de Hidrocarburos y cuyo plazo termina en el 2025, cumple con la condición.

La teoría de la imprevisión, que es el punto principal que busco aplicar a los contratos de Prestación de Servicios de Hidrocarburos en el Ecuador, ya sea de tracto sucesivo o de ejecución diferida, es perfectamente aplicable. Puesto que la doctrina y la

⁵⁴ López, Díaz Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009. p. 61.

legislación comparada es uniforme al permitir que se aplique la teoría de la imprevisión a un contrato como el que estamos analizando. El Contrato de Prestación de Servicios es bilateral, conmutativo y de tracto sucesivo.

[...] la teoría de la imprevisión tiene necesariamente que suponer obligaciones que tengan duración en el tiempo-prestaciones sucesivas o diferidas- o que no están completamente ejecutadas. De otro modo no es posible concebir que sobrevengan acontecimientos imprevisibles y esto es la esencia de la teoría de la imprevisión. En los casos de obligaciones de ejecución instantánea, el problema se relaciona con la teoría de la lesión o de la causa y no con la que estudiamos.⁵⁵

En los contratos de Prestación de Servicios de Hidrocarburos en el Ecuador considero que se tratan de contratos de tracto sucesivo puesto que su cumplimiento tiene que ser constante en el tiempo. Además que el plazo bajo el cual tiene vida el contrato, es de tipo extintivo, por lo que no nos enfrentamos a una obligación diferida en el tiempo como sería el caso de los plazos suspensivos. En virtud del tipo de contrato, la teoría de la imprevisión resulta aplicable a los Contratos de Prestación de Servicios Petroleros.

3.2. Ajeno a las voluntades de las partes

Que el hecho imprevisto sea ajeno a la voluntad de las partes significa que no se encuentre en mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y que el hecho no haya sido causado por las partes. Para que exista una variación en los costos que cambie el sinalagma contractual, existen varios hechos imprevistos reconocidos y aceptados tanto por la doctrina como la jurisprudencia mundial (será analizado posteriormente), como las guerras o desastres naturaleza y que no produzcan fuerza mayor (la intensidad de los efectos del hecho hace la diferencia entre imprevisión y

⁵⁵ De La Maza Ribadeneira, Lorenzo. "La Teoría De La Imprevisión (I) (II)." Comp. Raúl Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 711.

fuerza mayor). Estos casos no pueden ser causados por las partes, ni podrán beneficiarse si se encuentre en mora, puesto que en las dos circunstancias se estarían beneficiando de su propio dolo. *Venire contra factum proprium* es la frase en latín para determinar este principio jurídico universal, en donde las partes deben mantenerse totalmente ajenas al acontecimiento y a su provocación o ejecución.

[...] es necesario que el perjudicado no hubiese obrado con culpa o no estuviese en mora. En efecto, cuando el deudor no hubiera cometido perjuicio alguno cumpliendo lealmente y en término sus obligaciones, no puede luego pretender ampararse en la teoría de la imprevisión para evitar un perjuicio que sólo resulta de la falta de cumplimiento oportuno que le es imputable.⁵⁶

Para no beneficiarse de su propio dolo, la cláusula *rebus sic stantibus* debe invocarse con anterioridad a que una de las partes se constituya en mora. Es decir que el hecho imprevisto causado por una de las partes, “impide que se pueda exigir la revisión del contrato basado en la teoría de la imprevisión [...]”⁵⁷ Los hechos por los cuales se quiera demandar la imprevisión efectuados por una de las partes adolecen de culpa o dolo. Y en tal razón son responsables por sus actos y no pueden trasladar esa responsabilidad a la otra parte para que sea indemnizado por la excesiva onerosidad que cause.

La doctrina de los actos propios, analizada en el párrafo anterior, calza perfectamente en los casos de contratos privados, pero la pregunta que surge es ¿cómo podemos aplicar el mismo requisito a un contrato administrativo cuando el Estado como parte tiene prerrogativas exorbitantes y un puede ejercer su potestad reglamentaria? La respuesta está en el control que las prerrogativas exorbitantes, como el *ius variandi*, el

⁵⁶ Borda, Guillermo A. *Manual De Contratos*. 18th ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998. p. 145.

⁵⁷ Guzmán Avalos, Aníbal. "La Imprevisión De Los Contratos." *El Derecho De Contratos En Los Umbrales Del Siglo XXI-Memorias De La Jornadas Internacionales De Derecho De Los Contratos Celebrados En La Habana, Cuba, En El Periodo 2001-2007*. Comp. Leonardo B. Pérez Gallardo. Sao Paulo: MP Editora, 2007. p. 375.

factum principii y la facultad reglamentaria, puedan ser vigiladas a fin de evitar el abuso del Estado.

En lo que se respecta a la prohibición de ir contra sus propios actos la jurisprudencia ha aplicado en reiteradas oportunidades, impidiendo o rechazando la actuación de la Administración que pretende, para beneficiarse a costa del contratista, desconocer o contradecir sus actos o hechos anteriores legítimos.⁵⁸ Esto implica que los *check and balances* previstos en las democracias modernas como un control al poder a favor de los administrados debe jugar un rol de suma importancia frente a los derechos de quienes contratan con el Estado. Sobretudo la función judicial quien se debe encargar de evitar que existan actos propios de la administración que afecten a la ecuación económica del contrato en detrimento del contratista privado. Las prerrogativas que tiene el Estado no pueden ser abusadas en contra de los administrados, sino que al revés, deben ser usadas exclusivamente para precautelar el interés general, y el interés general no es ganar dinero a costa de un sujeto de derecho privado.

Para saber si la variación en los costos de producción puede generar derecho a reclamar por la vía de la teoría de la imprevisión, es necesario saber si el hecho imprevisto que causó dicha fluctuación, provino, o se ejecutó por alguna de las partes. Hechos como guerras, desastres naturaleza inflación son ajenas *per se* a las partes de este contrato administrativo. Sin embargo impuestos, tasas y subsidios, que son actos voluntarios que ejecuta el poder público, tienen características distintas que deberían ser analizados pormenorizadamente ante el juez competente. De todos modos, la incidencia de los actos propios en detrimento de la contratista con el fin de activar la cláusula *rebus sic stantibus*, es inaplicable con los nuevos contratos de Prestación de Servicios. La única obligación del Estado es el pago de una tarifa fija por la producción mensual de petróleo

⁵⁸ Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 73.

crudo. Por ende, el acto propio tendría que afectar el sinalagma contractual a fin de que esa única obligación se torne excesivamente onerosa para el Estado y así aplicar la teoría de la imprevisión. A pesar de que pueda existir un acto propio del Estado que desestabilice el equilibrio contractual, algunos de estos actos están previstos en la cláusula Décimo Octava del Contrato Modificatorio del bloque Tarapoa llamados factores de corrección. Estos factores son una enumeración de actos propios del gobierno: como modificación o creación de nuevos impuestos, variación del porcentaje laboral de utilidades o cambio del régimen monetario, que puedan desequilibrar el sinalagma contractual. El objetivo de estos factores de corrección es que se logre equilibrar nuevamente la ecuación económica. Puede ocurrir también que se de otro acto de gobierno fuera de los estipulados en los factores de corrección de la cláusula 18 del contrato. En tal hipótesis nos enfrentamos a un caso de mala fe contractual con diferentes consecuencias a la imprevisión. Si tal acto propio afectase al Estado y quisiera aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, no podría hacerlo por violentar este requisito y la doctrina del acto propio.

Este requisito también se cumple siempre que la variación de los costos de producción no hayan sido causados, provocados o ejecutados, ni directa ni indirectamente por la contratista privada ni por el Estado fuera de los previstos en los factores de corrección, con el objetivo de acabar con la conmutatividad del contrato y demandar el reestablecimiento de la ecuación económica contractual o la resolución del contrato.

3.3. Acto sobreviniente al contrato

El hecho imprevisto tiene que ser sobreviniente al contrato. Ya hemos analizado sobre el hecho imprevisto que tiene que ser ajeno a la voluntad de las partes, un elemento subjetivo, ahora analizaré un elemento objetivo el cual es el momento del acto. El momento contractual que tenemos que revisar para los contratos es el momento de pactar, es decir, cuando se perfecciona el contrato. En el caso de los contratos de Prestación de Servicios tenemos que tomar en cuenta la cláusula sexta donde se estipula el plazo de duración del contrato, que es desde la inscripción en la Secretaría de Hidrocarburos hasta el 31 de diciembre de 2025. Para algunos, la inscripción del contrato pasaría a ser una solemnidad para el perfeccionamiento del contrato. Personalmente considero que se trata de una mera formalidad, ya que la solemnidad está constituida por trasladar a escrito un acuerdo, ya sea a un documento público o a un documento privado de conformidad con la ley. Sin embargo, para este caso la cláusula 4.3.40 define la fecha de vigencia del contrato modificatorio desde la inscripción en el Registro de Hidrocarburos de la Secretaría de Hidrocarburos, hasta su terminación estipulada en la cláusula sexta. Para el contrato del bloque Tarapoa la vigencia del contrato es desde la Inscripción, 23 de Diciembre del 2010, hasta el 31 de diciembre de 2025. Esto implica que durante ese periodo pueden producirse eventos imprevistos que generen derecho para la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Los actos sobrevinientes tienen que producirse durante la etapa de vigencia del contrato. Sin embargo, podrían encontrarse hipótesis sobre actos imprevistos no conocidos y que produjeron un desbalance al momento del contrato. En mi criterio no

cumple con este requisito esa hipótesis puesto que el desconocimiento no convierte a los actos en imprevistos. La imprevisibilidad, como lo analizaremos, posee una característica principal que es la futuridad. Eso quiere decir que serán los eventos posteriores a la firma, y obviamente mientras dure el contrato, los que efectivamente puedan cambiar el sinalagma contractual. Además que los hechos previos a la contratación pudieron haber sido previstos en el contrato, por lo que tampoco cumpliría con este requisito. Es necesario recalcar que es el hecho o acto imprevisto el que debe ocurrir durante este periodo, puesto que los efectos podrían manifestarse en diferentes momentos hasta el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones.

Para que un hecho pueda generar un cambio en los costos de producción y activen la teoría de la imprevisión, es necesario que el hecho haya ocurrido durante la vigencia del contrato.

3.4. Imprevisibilidad

Posiblemente el requisito fundamental para la aplicación de la teoría de la imprevisión es la característica de imprevisto que debe tener el acto que ha generado un desequilibrio en el contrato. Existen varias tesis sobre cuando se puede considerar imprevisible un acto, que analizaré para encontrar aquellos hechos imprevistos en los contratos de Prestación de Servicios Petroleros.

3.4.1. Tesis Subjetiva

Una primera tesis habla sobre la imprevisibilidad de los hechos como un elemento subjetivo. Es decir, que es necesario analizar el contexto socio económico, educativo, cultural, religioso, político, etc., de cada caso en particular a fin de llegar a una conclusión sobre si el hecho es imprevisto o no. Si bien parece una solución lógica para la realidad ecuatoriana, no es menos cierto que es un gran riesgo el poder que se le daría al juez para poder determinar la imprevisibilidad en cada caso; riesgo que nos podría llevar a la arbitrariedad. Sin embargo, el contra argumento es que el riesgo de que un juez aplique arbitrariamente la ley al caso por caso, es menor al del poder otorgado al legislador para reglamentar esta institución jurídica. Esta tesis implica que al momento de contratar las partes, el conocimiento de este imprevisto pueda haber hecho que las partes desistan del contrato. La imprevisión, de acuerdo a la tesis subjetiva, tiene que ir ligada con el motivo de contratación de las partes, el nivel de influencia que hubiera tenido el hecho en caso de ser previsible a causa de sus contextos y por consiguiente, el detrimento para una de las partes haciéndolo mas oneroso de cumplir.

Esta tesis sería de aplicación muy difícil para el contrato objeto de este análisis, el de Prestación de Servicios de Hidrocarburos. El estudio que se debería analizar con respecto a las partes, para poder llegar a una conclusión de lo que es imprevisto para cada uno resultaría muy cambiante. En el contrato por el bloque Tarapoa, por ejemplo, la contratista es la empresa de capital chino, Andes Petroleum Ecuador Ltd. es decir que se debería hacer un análisis a la sociedad china y además a su gobierno puesto que las accionistas de esta empresa son empresas públicas chinas. También para el caso del

estado ecuatoriano, el análisis debería empezar por la postura política que tenga cada gobierno de turno, partiendo del supuesto que un contrato de 15 años de duración deberá ver pasar a varias administraciones estatales, con diferentes visiones políticas. A pesar que el contratante sea el Estado, ante la tesis subjetiva sería necesario analizar la política de gobierno aplicada a la firma de ese contrato en particular. Todo este contexto deberá ser analizado por árbitros posiblemente internacionales, en sede chilena con la ley ecuatoriana, por lo que resulta un trabajo casi imposible poder encontrar el punto medio donde todas estas partes confluyan en lo que hubiese sido imprevisible al momento de contratar. Sobretudo resulta difícil saber si el hecho imprevisto pudo haber influido de forma decisiva en la contratación, por lo mismo, considero inaplicable para los contratos de Prestación de Servicios petroleros, esta tesis sobre la imprevisibilidad.

3.4.2. Tesis Objetiva

Existe una tesis contraria a la subjetiva, la tesis objetiva. El problema para esta tesis surge con la pregunta ¿Qué hechos imprevisibles pueden tornarse objetivos para toda una generalidad de contratos? La respuesta está en la positivación del concepto. Un nuevo problema surge cuando estudiamos el sistema jurídico nacional y nos damos cuenta que no existe norma alguna que defina la imprevisión. Es ahí cuando la interpretación legal toma un rol determinante. Esta tesis explica que el mismo criterio sobre responsabilidad civil del deudor estipulado en el artículo 1563⁵⁹ del Código Civil, pueda ser aplicado a la responsabilidad que se genera en virtud del derecho que otorga la

⁵⁹ Art. 1536.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio reciproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

cláusula *rebus sic stantibus* par recobrar el equilibrio económico contractual. El autor Lorenzo de la Maza Ribadeneira, realiza una interpretación de este artículo en el sentido que a cada contrato nombrado sería imprevisible el evento para estos tipos de personas.

El deudor no estará obligado a emplear más que la diligencia que aún las personas negligentes y de poca prudencia, suelen emplear en sus negocios propios, en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; será, obligado a emplear aquella diligencia y cuidado que, los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.⁶⁰ Por lo tanto, los contratos de Prestación de Servicios que contienen beneficios recíprocos, son responsables por la culpa leve al falsear la buena fe contractual y el propio contrato cuando existieron hechos sobrevinientes e imprevistos. Esta interpretación se la hace a la luz del artículo 29 del Código Civil donde se definen los tipos de culpa de esa manera. Es decir que serán imprevistos para estos contratos, los hechos que no hayan sido previstos por las partes considerando que han actuado con cuidado y diligencia de sus propios negocios. La crítica a esta teoría esta dada en el mismo sentido del riesgo sobre la arbitrariedad. Sin embargo, el espectro de arbitrariedad que se da es menor que el de la tesis anterior, puesto que existe un control legal que permitirá únicamente revisar cuando las partes han podido prever una situación en base a sus conocimientos diligentes como si fuera el de sus propios negocios. Es necesario recalcar que siempre existirán riesgos en la aplicación de la teoría de la imprevisión, ya sea con la interpretación de un juez o sea primero con la interpretación de los legisladores al crear la norma. De acuerdo a esta tesis, ya no es necesario todo el estudio de la situación cultural, social económica de las partes. “En resumen, es imprevisible el acontecimiento que no puede ser, tomado en cuenta anticipadamente por el tipo medio del contratante, si sigue una conducta social

⁶⁰ De La Maza Ribadeneira, Lorenzo. "La Teoría De La Imprevisión (I) (II)." Comp. Raúl Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 671.

mediana.⁶¹ La conducta necesaria para que los hechos sean considerados imprevisibles están dados en base a esta tesis y con base al artículo mencionado del Código Civil sobre los tipos de culpa. De acuerdo al comercio internacional y al derecho anglosajón se la ha llamado la teoría del hombre razonable.

*The reasonable man can be described as a fictional person possessing and exercising those qualities of attention, knowledge, intelligence, and judgment that society requires of its members for the protection of its own interests and the interests of others.*⁶²

Si bien con diferentes adjetivos, pero básicamente la misma idea desde una diferente perspectiva. Las partes son responsables de sus obligaciones de forma diligente y cuidadosa como si fueran sus negocios propios, es concordante con que sean inteligentes conocedores de los negocios e inquisitivos sobre sus obligaciones.

Los contratos petroleros con el Estado ecuatoriano son negociados y redactados por personas diligentes y cuidadosas. Por parte del Estado esta afirmación resulta casi incuestionable por la conformación de la voluntad de la administración que esta hecha para que se respeten y se proteja el interés público y los derechos sobre el recurso natural no renovable. Además que este último proceso de renegociación, que terminó en el contrato modificatorio ahora analizado, tomó los 120 días establecidos en la transitoria primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos en donde se negoció cada punto conforme consta en el acta resumida de negociación adjunta al contrato como documento anexo J. Cualquier consideración de orden fáctico sobre la negociación de estos contratos o sobre la conformación de voluntad del Estado no es pertinente para este caso puesto que la hipótesis de la que se parte es en base al marco de legalidad, de lo

⁶¹ Ibidem. p. 672.

⁶² Willi, Joachim. "The "Reasonable Man" in United States and German Commercial Law." *Trans-Lex.org Law Research*. Web. 19 June 2011. <<http://trans-lex.org/124800>>.

contrario la teoría no funciona. Por lo tanto cualquier interpretación sobre la imprevisibilidad de un hecho deberá ser vista como que fue hecha por un hombre razonable (*reasonable man*).

3.4.3. Tesis Common Law

Existe también la tesis que mantienen los doctrinarios, abogados y jueces de tradición anglosajona, la cual difiere del concepto que manejan los sistemas romanistas.

*In keeping with the general philosophical differences stated at the outset between common law and civil law mindsets on contract risk, lawyers trained in the common law tradition that a contract allocates risk tend to take the observation to heart that everything is in a sense foreseeable [...]*⁶³

Esta tesis implica que la mayoría de acontecimientos pueden ser vistos como previsibles, puesto que los elementos clásicos que han sido utilizados por la teoría de la imprevisión en diferentes casos, no son calificados de esta manera por esta tesis. El propio autor antes citado, Fucci, lista una serie de eventos que la jurisprudencia, sobretodo de comercio internacional, no ha considerado como *hardship*. “Cambios dramáticos en los precios de los productos; circunstancias económicas desfavorables; fallas en el sistema del banco central para el pago; y, guerras entre países históricamente confrontados.”⁶⁴ El *hardship* anglosajón, y utilizado en la actualidad en el comercio internacional, es la tesis bajo la cual los contratos deben intentar prever la mayor cantidad de circunstancias posibles. Puesto que de lo contrario todo lo no establecido en los efectos del *hardship* pactado, se entenderán previstos y no se podría aplicar la teoría de la imprevisión. La cláusula *rebus*

⁶³ Fucci, Frederick R. "Hardship and Changed Circumstances as." *Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*. 30 Nov. 1999. Web. 1 June 2011. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>>.

⁶⁴ *Ibidem*

sic stantibus se vuelve expresa solamente para ciertos elementos acordados por las partes, con efectos específicos. Propiamente no existe teoría de la imprevisión.

Considero que esta tesis es inaplicable al contrato de Prestación de Servicios analizados en este trabajo. La primera razón es porque no estamos sujetos a un sistema anglosajón. Si bien la cláusula arbitral pone como sede a Chile, el arbitraje será bajo las leyes ecuatorianas, un país de tradición romanista. Segunda razón, es porque se trata de un contrato administrativo, que como ya analizamos, difiere de un contrato civil al igual que en la aplicación de la teoría de la imprevisión. Finalmente la tercera razón es porque no todos los eventos están ni pueden ser previstos en el contrato. Incluso los eventos listados por Fucci han sido imprevistos en otros casos (ALCOA v. Essex 1980 y caso Hipurna Indonesia 1997), a pesar que los lista como previstos. Sobretudo al analizar la fluctuación en los costos de producción existen una gran cantidad de eventos que pueden variar los costos y ser considerado imprevistos. El único evento previsto en cuanto a la variación de costos de producción es el factor de ajuste por inflación. A continuación se podrá observar la fórmula que contiene el contrato para poder analizar que, en cuanto a los costos de producción, únicamente es el factor de inflación el previsible.

$$PC_t = [TAR \times Q_t] \times FA_t$$

PC_t = Pago a la contratista en el periodo t.

TAR = \$35,00 Dólares/Barril (Tarifa para campos en Producción)

Q_t = Producción en los campos en el período t, medido en barriles.

FA_t = Factor de ajuste por inflación de los costos operativos.

$$FA_t = FA_{t-1} \times [\Delta PPI_t \times X + \Delta CPI_t \times Y + Z]$$

ΔPPI_t = Variación del indicador de costos PPI_t / PPI_{t-1}

(Código PCU213112213112 "support activities for oil and gas operations")

$X = 0.175$. Factor de costos operativos variable sobre la tarifa para campos en producción.

(No incluye depreciación ni amortización)

ΔCPI_t = Variación del indicador de costos CPI_t / CPI_{t-1} (Consumer Price Index)

$Y = 0.325$. Factor de costos operativos fijos sobre la tarifa para campos en producción.

(No se incluye depreciación ni amortización)

$$Z = 1 - X - Y$$

65

Incluso este factor por ajustes de inflación podría generar un nuevo evento imprevisible que es lo que sucedió en el caso Transportadora de Gas Norte en Argentina. Básicamente el ajuste de precios es en base al factor PPI, índice de los Estados Unidos de Norteamérica, pero este no se ajustaba a la realidad argentina, por lo que las circunstancias variaron y se debió realizar un reajuste de precios. De acuerdo a esto, para nuestro contrato de Prestación de Servicios, inclusive la inflación nacional, podría ser un hecho imprevisto puesto que el factor de ajuste esta hecho en base a un índice internacional. “[...] si bien la inflación -ejemplo clásico- es algo normal e incluso determinable, no cabe ninguna duda que cae dentro de lo imprevisible si escapa a los cálculos mas pesimistas.”⁶⁶ Además de la previsibilidad que podemos extraer del ajuste de costos por inflación, existen otros hechos previsible que los analizaré más adelante a

⁶⁵ Cláusula 15.5.1 del Contrato de Prestación de entre la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltd. y el Estado ecuatoriano por el bloque Tarapoa.

⁶⁶ López, Díaz Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009. p. 20.

fin de demostrar que existen hechos previstos e imprevistos por las partes, significando esto que la teoría de la imprevisión es aplicable a aquellos hechos imprevistos.

3.4.4. Tesis Civilista

A diferencia de los anglosajones, los abogados con tradición civilista romana tienen otra visión acerca de lo que es imprevisible.

Conversely, lawyers educated in the civil law tradition are trained to rely more on the provisions of law in codes, which address fortuitous events and their consequences in a general sense. There is no need in their minds, to spell out eventualities.⁶⁷

El artículo 30 del Código Civil da la definición de caso fortuito y de fuerza mayor, e incluso da ejemplos de los hechos que son considerados irresistiblemente imprevistos como los desastres naturales o los actos de autoridad pública. Con dicha norma las mentes de los abogados civilistas hemos adaptado la idea de imprevisión hacia aquella definición. Tanto es así que los contratos, como el analizado en esta tesis, no ha calificado más que algunos hechos previstos. Nuestra visión es la de hacer constar lo que se encuentra escrito, ya que todo lo demás es imprevisto.

Para esta tesis, únicamente lo que está previsto en el contrato será lo que se tome en cuenta al analizar si un hecho cumple con los requisitos de ser impredecible. Para esto, la cláusula décima octava del contrato, los factores de corrección, enumera hechos que

⁶⁷ Fucci, Frederick R. "Hardship and Changed Circumstances as." *Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*. 30 Nov. 1999. Web. 1 June 2011. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>>.

por estar contemplados en el contrato, se han tornado previstos, y si cambiaren la ecuación económica del contrato, darían derecho para el restablecimiento del sinalagma mediante factores de ajuste. Esta cláusula del contrato modificadorio, ha sido la manera de poder controlar hechos imprevistos. En derecho internacional comercial la llamarían cláusula *hardship*, para nuestro caso, la cláusula 18 se trata de la cláusula *rebus sic stantibus* escrita en el contrato para ciertos hechos. Sin embargo, eso no evita que la cláusula *rebus sic stantibus* original se mantenga como un elemento natural del contrato, por lo que hechos imprevistos la puedan activar, y si bien no van a tener el mismo resultado un factor de reajuste de precios que la teoría de la imprevisión, sí tendrán el mismo objetivo, la restitución del equilibrio contractual. Cualquiera de los hechos que se han tornado previsibles por la cláusula décimo octava de contrato, puede afectar a los costos, sobretodo porque se tratan de actos de gobierno que tienen efecto directo a la economía de la contratista privada. Sin embargo, otros hechos como guerras o desastres naturaleza que cambien los costos de producción del sector de hidrocarburos siguen siendo imprevistos para el contrato y por consiguiente pueden lograr que las prestaciones se tornen más onerosas. Como consecuencia, se podrá acudir ante la autoridad competente para pedir el reestablecimiento del equilibrio contractual originalmente pactado.

3.4.5. Conclusiones sobre la Imprevisibilidad

Considero que la tesis aplicable para el caso de imprevisibilidad en los contratos de Prestación de Servicios debe formarse del entendimiento integral a las teorías planteadas aplicadas a la realidad ecuatoriana.

La teoría objetiva, la más aceptada por la doctrina, es necesario tomarla en cuenta siempre que revisamos que el riesgo del negocio se carga a las partes. Además que estamos frente a contratos administrativos, que tienen un régimen distinto para la formación de la voluntad. Si ciertos hechos no fueron previstos, están sujetos a la teoría de la imprevisión. Al contrario, cuando deciden prever otros hechos, como los mencionados en los factores de corrección, no es aplicable la teoría de la imprevisión sino el efecto convenido. También tenemos que aceptar la tesis civilista sobre la imprevisibilidad. Es inaplicable el pensar que estamos frente a un contrato donde las partes pensaron que todo estuvo previsto, sino que debemos atenernos a las reglas del Código Civil. Principios básicos como la inclusión de todas las normas del sistema jurídico, nos darán la razón al poder sustentar con el artículo 30 de dicho cuerpo legal, que los elementos imprevistos ejemplificativos que allí constan, son aplicables a estos contratos.

Resulta necesario mencionar que el riesgo es también predecible para las partes. Si lo impredecible es lo que un hombre de negocios, inteligente y conocedor del giro realiza, entonces debe saber que existen ciertos negocios (partiendo de la teoría objetiva), conocidos en el derecho anglosajón como *commodities* que tienen un riesgo implícito más alto que otros.

También conocidos como *commodities* (en inglés), es cualquier producto destinado a uso comercial. Es decir, genéricos, básicos y sin mayor diferenciación entre sus variedades. [...] Pueden ser energéticos: este grupo incluye petróleo [...] Los *commodities* son los activos de mayor volatilidad en el mercado. Se recomienda no poner todo el dinero en ello, sino una parte que se pueda ganar, pero también perder"[...]"⁶⁸

Planteo que el riesgo que se encuentra inmerso en todos los contratos, más aún en los contratos como los petroleros que son claramente riesgosos; este riesgo debió ser previsto por las partes. ¿Pero hasta qué punto se puede prever los riesgos que pueden venir de un negocio? Considero que el punto es cuando ha existido una excesiva onerosidad, que permite el cumplimiento de la obligación y las hace difícil de realizar, rompiendo así la ecuación económica del contrato. Este punto será analizado en los siguientes requisitos. Aquí estamos tratando hechos imprevisibles, fuera del espectro del riesgo que las partes imaginaron que ha cambiado la estructura del contrato.

[...] una línea en ocasiones sutil divide aquellos hechos que constituyen un aumento normal del riesgo, que, aunque no fuera realmente representado por las partes, puede estar dentro de lo previsto, de aquellos que constituyen un trastorno grave.⁶⁹

Aquella línea sutil es la que se muestra una vez que se rompe el equilibrio contractual por un hecho que no representó jamás un riesgo para las partes puesto que no pudo ser previsto. Tal como se resolvió en la sentencia de la Compañía General de Iluminación de Burdeos contra el Municipio de dicha ciudad, el riesgo de no haber previsto esos acontecimientos antes de comprometerse en el contrato, lo hace responsable y no puede ser imputable al riesgo normal de cada contrato.

⁶⁸ Muñoz Marrugo, Lorena. "Commodities: Riesgo Y Rentabilidad | Vanguardia.com." *Noticias De Bucaramanga, Santander Y Colombia - Vanguardia.com*. Web. 19 June 2011. <<http://www.vanguardia.com/historico/5542-commodities-riesgo-y-rentabilidad>>.

⁶⁹ López, Díaz Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009. p. 20.

En conclusión, son imprevisibles todos aquellos actos que de formas extraordinarias y no estipuladas en el contrato, afecten a la ecuación económica del contrato, haciendo más onerosas las obligaciones pactadas.

3.5. Ruptura de la ecuación económica del contrato

3.5.1. Definición

El análisis de la teoría de la imprevisión, como el tipo de contrato y los hechos imprevistos, no tienen mayor relevancia en el contrato si no afectan considerablemente la ecuación económica financiera del contrato. Es el desequilibrio económico producido por hechos imprevistos y ajenos a las partes que generan el derecho para reclamar el restablecimiento de las obligaciones pactadas en el contrato en base al principio de buena fe contractual. Para entender cuando se da el quiebre de la ecuación económica financiera de un contrato, que es el requisito para la aplicación de la teoría de la imprevisión, es necesario primero definir este concepto.

6.7. Consideración de la ecuación económica. Cuando el contratista estima su precio, lo hace teniendo en cuenta la situación económica existente en el momento de celebrar el contrato. Se trata de la ecuación que toma en cuenta el beneficio que va a obtener deducidos los costos. pero puede ocurrir que tal situación se vea alterada por causas imputables a la Administración o por causas ajenas a ella, causas, que vienen a modificar el equilibrio económico originario por el cual el contratista tendrá derecho a que dicho equilibrio sea restablecido, manteniendo de esta manera, la ecuación económica del contrato.⁷⁰

Este concepto señala las características esenciales de la ecuación económica de todo contrato, pero en especial de los contratos administrativos. Se enfoca en las ganancias de

⁷⁰ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11th ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006. p. 558.

todo negocio donde la lógica indica que los beneficios deben ser mayores a los gastos para que dicho negocio sea rentable. Sin embargo a esta definición es necesario concordarla con la siguiente.

Se sostiene que en el momento en que un contrato administrativo se perfecciona, existe, o debiera existir, una adecuada (aunque no aritmética) equivalencia económica entre las prestaciones que el contratante particular se ha comprometido a satisfacer y el precio que, por la ejecución del contrato, la Administración Pública se ha constreñido a abonarle.⁷¹ Lo importante que nos trae este concepto es la equivalencia que debe existir entre las prestaciones debidas. Es decir que deben ser equivalentes y proporcionales, para nuestro caso de estudio, entre el servicio prestado (exploración y explotación de petróleo crudo) y el pago de la tarifa fija mensual por barril extraído. No aritméticamente equivalentes, sino la equivalencia que cada parte decide otórgale a su prestación y por el cual han decidido firmar el contrato.

El equilibrio económico de los contratos está compuesto entonces por dos elementos fundamentales. El primero es la utilidad implícita en todo negocio oneroso obtenido del resultado de ambas partes entre costos y ganancias; y el segundo es la equivalencia entre las obligaciones bilaterales existentes. En el Contrato de Prestación de Servicios, de acuerdo a los cálculos financieros realizadas por las compañías privadas, y también por parte de la Administración en base a un mandato legal sobre contratación a privados solo por carácter excepcional (aprobaciones e informes para la formación de la voluntad del Estado se encuentran anexos al contrato) se llega a la conclusión que es beneficioso para las partes el suscribir este contrato con los riesgos que esto significa para cada uno de ellos. La ecuación económica del contrato está enmarcada en la utilidad

⁷¹ Bustelo, Ernesto. *Contratos Administrativos*. Director Ismael Farrando. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002. p. 601.

pensada por las partes y por las prestaciones mutuas que pueden ser variables de acuerdo a lo estipulado en el contrato. Variabilidad por causa de los factores de corrección y que también forman parte de la ecuación económica. Es por esta razón que si estos factores también son desequilibrados por un hecho imprevisto, la teoría de la imprevisión es aplicable.

Como resultado de la ruptura de la ecuación económica del contrato, una o más de las obligaciones contractuales se tornan más onerosas para una de las partes. La excesiva onerosidad en una de las prestaciones es el efecto palpable del quiebre de la ecuación, puesto que un contrato bilateral está pensado en base a un sinalagma contractual donde las partes están en equilibrio. La prueba del desequilibrio de la ecuación económica contractual está en la excesiva onerosidad de una de las obligaciones contractuales, pero no hasta el punto del incumplimiento, puesto que estaríamos frente a las hipótesis de fuerza mayor y caso fortuito.

3.5.2. Alea y Desequilibrio Económico

Una vez definido lo que es la ecuación económica del contrato, la pregunta que surge es: ¿cuándo esta ecuación se quiebra y es aplicable la teoría de la imprevisión en base a los requisitos antes analizados? Es decir, cuando es un riesgo, parte de todo *commodity* y cuándo es un derecho para las partes de reestablecer la ecuación económica. Como ya lo había analizado en un capítulo anterior, existen varias posturas jurisprudenciales y doctrinarias al respecto. La tesis que acojo es la que el riesgo normal

del contrato esta previsto por las partes, sin embargo existen circunstancias que salen del riesgo normal y donde opera la teoría de la imprevisión. Esta teoría es un punto medio, es una zona gris, entre el riesgo contractual y la imposibilidad de ejecución de las obligaciones en la fuerza mayor.

El concesionario, empresario, asumiría, como en todo negocio, cierto riesgo normal dentro de unas condiciones previstas de explotación las cuales, en caso de verse afectadas y que marcaran unas pérdidas exageradas o superiores a las asumidas al celebrar el contrato, deberían ser resarcidas [...]⁷²

En mi opinión, las tesis concernientes a la objetivización de cuando se quiebra el equilibrio contractual son insuficientes, puesto que el riesgo asumido en cada contrato varía dependiendo de los contratantes y de las circunstancias de la firma. Comentarios como los del UNIDROIT acerca de la alteración fundamental en el equilibrio contractual para que opere esta teoría, de más de 50%, y los montos que afirman algunas jurisprudencias (alza de 10 veces el precio, devaluación monetaria de más del 80% y la desaparición de la totalidad del mercado para ese producto)⁷³, no responden a la realidad y al enfoque que se le debe dar a la teoría de la imprevisión, menos aún en contratos administrativos. La naturaleza jurídica de los contratos administrativos tiene por objetivo principal prestar un servicio, ejecutar una obra o construir, reconociendo el derecho del privado que pone en riesgo su capital. El salvaguardar el interés público por sobre el privado es también un objetivo subsidiario que cumplen los contratos administrativos, en la medida que cualquiera que sea el desequilibrio contractual, por mínimo que sea, afectará a los administrados, cosa que el Estado no puede permitirlo por las sanciones

⁷² Silva García, Fernando. "Una Aproximación a La Visión De La Corrección Del Desequilibrio Contractual Desde La Perspectiva De a Jurisprudencia Arbitral." *Revista E-Mercatoria*. 2007. 25 Junio 2011. <<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/emerca/article/view/2062>>.

⁷³ Fucci, Frederick R. "Hardship and Changed Circumstances as." *Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*. 30 Nov. 1999. 1 Junio 2011. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>>.

penales y administrativas que se enfrentan sus funcionarios. La excesiva onerosidad en una de las prestaciones genera un rompimiento en la ecuación, y el sistema jurídico ecuatoriano no impone normas sobre a qué porcentaje se quiebra el equilibrio de un contrato. Por esta razón, el principio que se debe aplicar es el *pacta sunt servanda* y la buena fe con lo que llegaremos a la conclusión que cualquier desequilibrio contractual generado por un hecho imprevisto, sin importar su tamaño pero que no forme parte del riesgo normal del contrato, genera un derecho, el derecho vertiente de la teoría de la imprevisión.

Ahora bien, siendo la excesiva onerosidad el quebrantamiento de la ecuación económica, y sabiendo que este desequilibrio no puede medirse con parámetros puramente objetivos aritméticos, resulta necesario diferenciar con el alea normal del contrato. El alea normal es la situación expresa en el contrato y prevista por las partes. El alea normal es también a lo que las partes se comprometen en el contrato, a la división de los riesgos contractuales que generan un sinalagma singular para cada caso, y por el cual están legalmente vinculados.

[...] es un reparto entre el concedente y el concesionario de los perjuicios (y beneficios) imprevisibles y extraordinario, cuyos términos habrán de determinarse caso por caso por ellos mismos, mediante el correspondiente acuerdo o, en defecto de este, por el juez en base a las circunstancias del momento y al contrato mismo.⁷⁴

El alea normal del contrato es donde se estipulan todos los hechos imprevistos que puedan generar cambio a la ecuación contractual y que resultan en la aplicación de la teoría de la imprevisión. La conjugación entre los hechos y el contrato configuran la repartición de riesgos que todos los contratos tienen, y más aún los de los productos

⁷⁴ García De Enterría, Eduardo, Tomas Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo Tomo I*. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p. 736.

commodities, que debido a su volatilidad en el mercado mundial, generan otro tipo de alea.

Así, en periodos de economía normal y estable, las variaciones aún ligeras entre las entidades o valores económicos de las prestaciones pueden estimarse como excedentes del alea normal del contrato; puesto que las partes, al momento de celebrar un contrato, no tenían modo alguno de prever el resultado.⁷⁵ Lo que resultará de difícil apreciación para el juez es a lo que considera una situación económicamente estable y normal. El criterio del juez o árbitro será crucial para determinar el verdadero alea del contrato. Es esta una razón que la aplicación de la teoría de la imprevisión debe ser excepcional, puesto que de lo contrario el juez podría incurrir en error. En el caso de estudio, tanto la Administración como el contratista privado asumen riesgos frente a la operación, sobre todo en los contratos de prestación de servicios, que por definición son para otorgar un servicio el cuál es el único riesgo, el prestarlo correctamente. También es cierto que los errores de cálculo en la creación del consentimiento y por ende de la ecuación económica no pueden ser imputables a ninguna de las partes. El riesgo de la falta de previsión no forma parte del alea normal del contrato, sino que se encuentra en la zona donde ante hechos imprevistos es aplicable la teoría de la imprevisión. Lo que si es responsabilidad e imputable a las partes, son los riesgos de los cuales las propias partes se han hecho responsables y que es también el sustento del sinalagma contractual, el balance entre prestaciones y contraprestaciones. El espectro del alea contractual conjuga los riesgos propios del negocio, además de los estipulados por las partes que pueden ser contrarios a la propia naturaleza del contrato. En siguientes capítulos se analizan los riesgos que en este nuevo contrato el Estado traspassa al privado creando así un nuevo alea normal y un nuevo sinalagma, reconocido

⁷⁵ Fueyo Laneri, Fernando. "Algo Sobre La Teoría De La Imprevisión." Comp. Raul Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 17.

por nuestra legislación y bajo el cual debemos partir para reconocer la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en estos contratos petroleros.

En conclusión, el desequilibrio económico causado por un hecho imprevisto, requisito para la aplicación de la teoría de la imprevisión, es aplicable cuando la prestación se torna excesivamente onerosa pero no hasta el punto de imposibilitar el cumplimiento de las prestaciones; y, cuando sale del espectro del alea normal del contrato estipulado en el propio contrato.

3.5.3. Ruptura de la ecuación en la Variación de Costos de Producción

Ahora que tenemos los elementos acerca de lo que es la ecuación del contrato, se puede realizar el análisis de cuando la variación de los costos de producción genera un desequilibrio y la teoría de la imprevisión resulta aplicable. Siendo coherentes con lo expuesto, esto quiere decir que, lo que debemos encontrar es la zona gris donde se genera una variación en los costos de producción causada por un hecho imprevisto y que es aplicable el principio *rebus sic stantibus*. Esto es, cuando se rompe el equilibrio contractual en base a una excesiva onerosidad para prestar el servicio petrolero que es la principal obligación del privado, y que esta no corresponda al alea normal del contrato sin sobrepasar los límites en los cuales la obligación se torna de imposible cumplimiento.

La doctrina y la jurisprudencia han aceptado algunos hechos como imprevistos casi de forma unánime, también ha aceptado a la variación de los costos como un factor que desequilibra la ecuación del contrato. Así para el autor argentino Ernesto Bustelo:

[...] una de las causales que pueden afectar la intangibilidad de la remuneración del cocontratante y que por ello obligan a efectuar correcciones respecto del precio originalmente convenido está dada por las variaciones de costos.⁷⁶

Los costos de producción de hidrocarburos son diversos, pero todos se concentran en una fórmula que es calculada mensualmente para la determinación de la tarifa que será pagada en función de los servicios prestados.

Las variaciones de costos, que se traducen, en definitiva, en un reconocimiento o abaratamiento de las prestaciones, y que excluyen el error de cálculo de la oferta inicial por cuanto el error en la preparación de la oferta no puede ser imputable sino al propio cocontratante, no podría ser ignorada ante situaciones de hecho que pudieran significar un desequilibrio de la ecuación económica del contrato.⁷⁷

Los costos efectivamente fluctúan, tanto es así que se torna en un hecho previsto y cuyo factor de corrección y de indexación de precios se encuentra inserto en la fórmula del precio de la tarifa. Sin embargo, podrían existir acontecimientos no previstos que pueden lograr que incluso los factores de corrección no sean suficientes para retomar el equilibrio y otros hechos que al no estar previstos, el riesgo no sea imputable a ninguna de las partes. Es así que el autor Fernando Silva García, cita la jurisprudencia del expediente 10151 de 196 del Consejo de Estado colombiano donde se dice que:

La única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que el contratante no sólo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros o ganancias, desde luego razonables, y ceñidos a las condiciones iniciales de la contratación.⁷⁸

⁷⁶ Bustelo, Ernesto. *Contratos Administrativos*. Director Ismael Farrando. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002. p. 609.

⁷⁷ Ibidem

⁷⁸ Silva García, Fernando. "Una Aproximación a La Visión De La Corrección Del Desequilibrio Contractual Desde La Perspectiva De a Jurisprudencia Arbitral." *Revista E-Mercatoria*. 2007. 25 Junio 2011. <<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/emerca/article/view/2062>>.

Los contratos administrativos tienen además que resguardar el interés público y salvaguardar la continuidad de un servicio también de orden público.

Analicemos a profundidad la fórmula que se utiliza para corregir la volatilidad de los costos de producción, y los hechos previstos de los factores de corrección, para llegar a probar que con un hecho imprevisto y una fluctuación excesivamente onerosa, en detrimento al privado, la teoría de la imprevisión sí es aplicable.

El factor de ajuste por inflación de costos operativos es la variable por la cual se debe multiplicar la cantidad de barriles extraídos por la tarifa mensual por barril, para así obtener el valor que mensualmente el Estado ecuatoriano, a través de la Secretaría de Hidrocarburos, debe cancelar al inversionista privado. Este factor de ajuste por inflación está elaborado en base a dos índices económicos, Consumer Price Index (CPI) y el Producer Price Index (PPI). Estos índices son manejados por el Buró de Estadísticas Laborales que a su vez es parte del Departamento Laboral del Gobierno de los Estados Unidos de América. El CPI mide los cambios de precio en el tiempo, de productos consumibles y servicios de productos de Estados Unidos. Por otro lado, el PPI mide el cambio de los precios en el tiempo, pero desde el lado de los productores, es decir la venta de productos y servicios tanto dentro como fuera de los Estados Unidos. Este es el primer elemento que es necesario tomar en cuenta para poder recomponer el equilibrio económico contractual y también para observar cual es el alea normal de contrato. Sin embargo, el ajuste por inflación de los costos operativos generan un equilibrio contractual que no responde a la realidad nacional y al verdadero propósito del los contratantes que

era el blindarse de la fluctuación de los costos, y así evitar problema por la volatilidad de precios de ciertos productos.

El adelanto que ha experimentado últimamente la Ciencia de la Estadística ha hecho posible la creación de una nueva cláusula, de aparición “reciente”, que se denomina cláusula índice general o particular variable, conocida más genéricamente por el nombre de cláusula de índice económico. [...] En ella los precios establecidos en el contrato varían en función de los índices de precios obtenidos por el método de la estadística, tomándose por base el índice general, o un índice particular referido a algún ramo especial de actividad económica.⁷⁹

Los costos de producción petroleros son diversos. Los más importantes son los referentes a la explotación y exploración del petróleo crudo como lo es la sísmica y posteriormente la perforación de pozos. La tecnología ha permitido tener mejor información sobre este mineral bajo tierra, sin embargo también significa un mayor costo por las nuevas técnicas de tercera dimensión para la visualización del crudo a través de ondas sísmicas producidas por detonaciones en un área específica. Así también, para la fase exploratoria la perforación y extracción del mineral se ha hecho más eficiente, pero también más costoso. Otros costos que también influyen en la economía de la contratista privada son los costos administrativos. Desde el recurso humano hasta las primas necesarias para la transportación del petróleo por los grandes oleoductos que posee el país como lo es el SOTE y el OCP. Si bien algunos de estos costos están sujetos a parámetros internacionales (como sería el caso de la tecnología en las fases exploratoria y explotatoria), no siempre responden a un mercado como el de los Estados Unidos. A pesar de contar el contrato con un ajuste del precio que se debe cancelar y calcular mensualmente a la compañía privada, pueden existir hechos imprevistos que causen inflación a costos generados en el Ecuador, y que no estén incorporados por la fórmula

⁷⁹ Fueyo Laneri, Fernando. "Algo Sobre La Teoría De La Imprevisión." Comp. Raul Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 772.

utilizada en el contrato de Prestación de Servicios. Es aquí donde planteo que cabe la teoría de la imprevisión. La ecuación contractual estipulada, no prevé ciertos casos que puedan generar un desequilibrio.

Frente a la cláusula de estabilización habría que considerar, con todo, su posible nulidad según la opinión de algunos autores que así lo sostienen, y por otra parte dos objeciones, una que se refiere al verdadero mérito estabilizador de estas cláusulas y la otra en cuanto al interrogante de si son causas de ahondamiento del proceso de inflación que con ellas se intenta contrarrestar [...] Si bien está claro que con estas cláusulas accidentales se persigue mantener en lo posible el equilibrio de las prestaciones, anulando las diferencias enormes, nadie podría asegurar que el módulo que se emplea ha de lograr en la práctica el objetivo; puesto que sostener la obtención del resultado querido, siempre y en todo caso, equivaldría a convertir en previsible lo que por naturaleza del instituto es imprevisible y extraordinario, o bien, sería parecido a presumir de adivino al tiempo de establecer esas cláusulas accesorias.⁸⁰

Por ejemplo, si por un hecho imprevisto (como una guerra interna, o un desastre natural en el Ecuador), la empresa privada, proveedora del servicio de transporte de crudo hasta el punto de Fiscalización en Nueva Loja, provincia de Sucumbíos, tiene que subir sus precios considerablemente, no va a ser registrado por el PPI ni por el CPI. Por lo que, esta variación se encontraría fuera del alea normal de los riesgos que debe asumir la contratista en caso existiera un desequilibrio económico. A pesar de que una parte de la doctrina sostiene que habría que analizar la capacidad de la compañía a quien le sucede esto (si es nacional o multinacional), por la capacidad de respuesta que puede tener, estamos frente a un hecho de verificación, ahora sí, matemática, donde se puede demostrar la excesiva onerosidad que el incremento de ese costo le ha causado. Evidentemente, nos encontramos frente a un error de cálculo de las partes al no prever otras circunstancias que también podían generar cambios en los costos de producción. Error que no puede ser imputable a ninguna de las partes, pero que sí debe ser resuelto para mantener el equilibrio contractual originalmente pactado. El factor de ajuste no puede actuar, como dice el autor citado Fernando Fueyo Laneri, de “adivino”, puesto que

⁸⁰ Ibidem. p. 772.

el mercado tiene muchas variantes y hechos imprevistos que pueden trastocar el originalmente pactado por las partes. Además de no contar con los elementos necesarios para estadísticamente, reconocer las fluctuaciones de costos locales para la prestación de este servicio petrolero.

Como ya lo había explicado antes, la cláusula décima octava del contrato entre el Estado ecuatoriano y la empresa de nacionalidad china Andes Petroleum Ecuador Ltd. para la operación del Bloque Tarapoa, contiene los factores de corrección en caso de desequilibrio económico⁸¹. Si bien estos son hechos previstos por las partes, y además que todos son hechos que nacen de la voluntad del Estado, prevén un factor de corrección. Muchos de los hechos previstos, como, imposiciones tributarias, reformas laborales o incluso cambios de la moneda en curso, son factores que generarían un cambio en el equilibrio contractual. Tanto es así que el propio texto de la cláusula lo dice, está planteada una fórmula para corregir esos desequilibrios. Por lo cual también forman parte del equilibrio económico contractual. Entonces, ¿si estos hechos provocados por el *ius variandi* de la Administración Pública generan el derecho para el reestablecimiento del sinalagma contractual, cuál sería el impedimento para argumentar que los cambios en los costos de producción también puedan generar derecho al reestablecimiento del equilibrio contractual? A mi criterio, absolutamente nada lo impide. Es más, considero un derecho a favor del contratista, en el caso del contrato de Prestación de Servicios, puesto que la excesiva onerosidad de los costos de producción va a afectar tanto al privado como

⁸¹ 18.1 En caso de que se presentare cualquiera de los eventos que se describen a continuación, con posterioridad a la fecha de suscripción de este Contrato Modificatorio, a pedido motivado de las Partes se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga económica si como efecto directo de dicho evento se hubiese producido un desequilibrio económico para la parte solicitante.

al Estado puesto que el servicio será más difícil de ejecutar. En estos casos, no existe un ajuste de precios en base a parámetros económicos, sino que existe la enumeración de hechos que puedan cambiar el sinalagma contractual y una obligación para generar un factor de corrección. Factor de corrección que será de mutuo acuerdo por las partes y que tomará en cuenta el mercado al día de este nuevo acuerdo.

Tanto los factores de corrección, como la fórmula para el ajuste de los costos forman parte de la ecuación económica del contrato. También forman parte del alea normal que todo contratista debe soportar como parte del giro del negocio. Cualquier hecho imprevisto que genere que los costos de producción salgan del espectro de estos elementos es susceptible de la aplicación de la teoría de la imprevisión. Ningún contrato puede prever todos los posibles acontecimientos, o impedir que ciertos hechos trastoken la ecuación originalmente pactada, puesto que ese también es un riesgo que las partes deben compartir, a falta de disposición. En cuestión de los costos de producción, la estipulación para la corrección por inflación de los costos abarca un espectro limitado de todas las posibilidades que se puedan generar y que también generarían un desequilibrio económico en el contrato. Esta cláusula no cumple a cabalidad su objetivo que es el de estabilizar el contrato y que este factor se convierte en parte del alea normal cuyo riesgo es asumido por las partes. Varios ejemplos sobre costos generados en territorio ecuatoriano, y que no están previstos ni en los factores de corrección ni en la fórmula de ajuste de precios, podrían generar un derecho a favor de la contratista, de resarcir esos costos, y generar también la obligación al Estado de evitar la suspensión o desmejora del servicio que está contratando. La seguridad que proporciona el contrato para que no se

genere una excesiva onerosidad en una de las prestaciones por medio de los factores de corrección y ajustes de costos generan el marco del equilibrio económico contractual. No está asegurado de todos los factores que puedan generar desequilibrio, además de ser imposible, el ajuste de precios *per se* tiene sus inconvenientes y está formulado bajo estadísticas norteamericanas que no responden a la realidad de nuestro país. Mientras que el factor de corrección genera una obligación para negociar un ajuste por causa de una lista taxativa de actos de la administración que puedan cambiar unilateralmente la ecuación económica. En tal sentido, un hecho imprevisto que cambie los costos de producción de una manera excesiva, y que no se encuentren bajo el manto de los factores de corrección o de la fórmula de ajuste de precios, genera el desequilibrio contractual, que es requisito para la aplicación de la teoría de la imprevisión. Es decir que puede existir excesiva onerosidad inclusive con ajustes de precios o factores de corrección, puesto que estos no pueden prever todas las posibilidades de restablecimiento del equilibrio contractual.

Si en la práctica, las cláusulas de reajuste de precios redujeron la importancia social y económica de la jurisprudencia de la imprevisión, su alcance es aun mas importante, puesto que todavía se aplica, no solamente en ausencia de tal cláusula sino también, por ejemplo, en los casos no previstos por las estipulaciones contractuales. Si, por ejemplo, el contrato previo que la remuneración del contratista variaría en función de algunos elementos y que sean riesgos no previstos por las partes los que vengán a trastornarlo, el contratista puede pretender a indemnización de imprevisión.⁸²

3.6. De carácter Excepcional

⁸² Long, Marceau, Prosper Weil, Guy Braibant, P. Delvolve, B. Genevois. *Los Grados Fallos De La Jurisprudencia Administrativa Francesa*. Trans. Leonardo Augusto Torres Calderón y Humberto Mora Osejo. Bogota: Ediciones Librería Del Profesional, 2000. p. 122.

El hecho imprevisto debe tener el carácter de excepcional. Es decir que correlativamente a la imprevisión, y el hecho no esté ejecutado por las partes, tiene que tener una característica de excepcionalidad. No es la regla general, ni es algo común que pueda ocurrir siempre; sino que crea un estado excepcional de las situaciones que cambien lo pactado contractualmente. El autor Frederick R. Fucci, citando al profesor Pierre Lalive en el caso número 1512 del Internacional Chamber of Comerse, dice:

The principle of *rebus sic stantibus* is universally considered as being of strict and narrow interpretation, as a dangerous exception to the principle of sanctity of contracts. Whatever opinion or interpretation lawyers of different countries may have about the "concept" of changed circumstances as an excuse for non-performance, they will doubtless agree on the necessity to limit the application of the so-called "doctrine *rebus sic stantibus*"[...]to cases where compelling reasons justify it[...]⁸³

Esto implica la excepción a la aplicación de la teoría de la imprevisión está fundamentada en la santidad de los contratos. En el propio principio del contrato como ley para las partes, se fundamenta que el contrato también debe ser respetado si no se cumplen con los requisitos exactos de esta teoría. De lo contrario perderíamos la seguridad jurídica en el sistema al abusar de esta institución jurídica que es sumamente técnica para su aplicación. Sobre todo en el Derecho Administrativo, el uso que se le debe dar a la teoría de la imprevisión debe ser aun más limitado puesto que el interés público se encuentra en juego, al igual que los dineros del Estado que deben ser cuidados minuciosamente. Es por este motivo que los requisitos planteados para la aplicación de la teoría de la imprevisión deben ser cumplidos a cabalidad, y el efecto que le de al juez, como ya observaremos más adelante, también debe ser restrictiva únicamente para reestablecer el equilibrio económico. Equilibrio que el juez deberá analizar en cada caso concreto, lo cual resulta difícil en la prueba de aquello en un litigio.

⁸³ Fucci, Frederick R. "Hardship and Changed Circumstances as." *Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*. 30 Nov. 1999. 1 Junio 2011. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>>.

El juez debe aplicar la teoría de la imprevisión de manera excepcional para evitar arbitrariedades a fin de equilibrar nuevamente un contrato pero que no se puede conocer con certeza cual fue el equilibrio originalmente querido por las partes.⁸⁴ El principio superior es la santidad de los contratos, y por lo mismo se deberá agotar hasta el último recurso necesario para salvaguardar el concepto original estipulado en el contrato. El efecto práctico de la excepcionalidad para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es la prueba del quebrantamiento del equilibrio por causa del hecho imprevisto. Es lo que el autor Aníbal Guzmán Avalos los cataloga como el nexo causal que debe existir entre el hecho imprevisto y el rompimiento del equilibrio contractual.

Para que pueda aplicarse la imprevisión, debe existir un nexo causal entre el acontecimiento extraordinario e imprevisible y el desequilibrio en las prestaciones, ya que no se podría alegar la revisión del contrato, cuando la desproporción entre las partes no provenga de un acontecimiento extraordinario e imprevisible.⁸⁵

La excepcionalidad es un requisito para la aplicación de la teoría de la imprevisión puesto que tanto su aplicación, como sus efectos tienen que respetar un principio superior que es el de la santidad de los contratos y la buena fe de las partes, para así evitar violaciones a la seguridad jurídica y dar fuerza al fiel cumplimiento y ejecución de lo estipulado consolidando así la institucionalidad y confianza de los contratos administrativos.

⁸⁴ Mekki, Mustapha, and Kloefer Pelese. "Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract". 25 Junio 2011. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511>.

⁸⁵ Guzmán Avalos, Aníbal. "La Imprevisión De Los Contratos." *El Derecho De Contratos En Los Umbrales Del Siglo XXI-Memorias De La Jornadas Internacionales De Derecho De Los Contratos Celebrados En La Habana, Cuba, En El Periodo 2001-2007*. Comp. Leonardo B. Pérez Gallardo. Sao Paulo: MP Editora, 2007. p. 374.

4. La teoría de la imprevisión en la fluctuación del precio del barril de petróleo crudo

De acuerdo al análisis realizado en el capítulo anterior, se pudo concluir que la fluctuación de los costos de producción, fuera del alea normal del contrato y provocados por un hecho imprevisto y ajeno a las partes, generan el derecho para accionar la teoría de la imprevisión. En este capítulo analizaré si es que la teoría de la imprevisión, es igual de aplicable cuando se den fluctuaciones del precio del petróleo, y cuándo esta circunstancia daría derecho al ejercicio de la acción ante los jueces. Resulta necesario el estudiar la fluctuación del precio del barril por dos razones. Primero porque el precio del petróleo ha sido de los bienes que mayor fluctuación tiene el mercado mundial, y los más propensos a ser altamente volátiles por su demanda. Y segundo, porque históricamente, estas fluctuaciones han generado mayores problemas en la industria. Un ejemplo palpable fue la ley 48-2006, que aplicando erróneamente la teoría de la imprevisión (puesto que se trata únicamente de una acción judicial, de un derecho de las partes), el Estado tomó la decisión de modificar unilateralmente los porcentajes contractuales a los contratistas sobre la participación de los hidrocarburos por motivo de la abrupta subida del precio. Finalmente, la consecuencia más reciente a causa de la fluctuación del precio del barril de crudo, ha sido la expedición de la ley reformativa de hidrocarburos, y la obligación de cambiar los contratos de participación por contratos de prestación de servicio, sujetos de este estudio. La pregunta que en este capítulo quiero contestar es si efectivamente los nuevos contratos de prestación de servicios blindan al Estado de la teoría de la imprevisión, que fue una de sus principales motivaciones para modificar los contratos.

Para realizar ese análisis, es necesario, al igual que en el capítulo anterior, verificar el cumplimiento de los requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión. Recordemos que a falta de un solo requisito, la cláusula *rebus sic stantibus* no podría ser invocada. Los requisitos como el tipo contractual, el ser ajeno a las partes el hecho imprevisto, el ser sobreviniente y de carácter excepcional, no hace falta ahondar en ese análisis puesto que resulta aplicable tanto para la fluctuación de los costos como para la fluctuación del precio del crudo. Por tal razón, aquellos requisitos están plenamente cumplidos y entonces parto de aquella hipótesis. Sin embargo, existen dos elementos que sí son propios para cada hecho y que difieren del estudio realizado en el capítulo anterior. Estos dos requisitos son la imprevisibilidad y el quiebre de la ecuación económica del contrato, los cuales van a ser analizados para descubrir si la fluctuación de los precios del petróleo puede generar la aplicación de la teoría de la imprevisión.

4.1. Imprevisibilidad

Siguiendo nuestra tradición jurídica civil-romanista, y siendo el contrato de prestación de servicios objeto de estudio uno de naturaleza administrativa y también que las diferencias contractuales van a ser resueltas por la ley ecuatoriana en sede chilena, se debe clarificar el significado de la teoría de acuerdo a esta tradición jurídica. Como ya lo analicé en el capítulo anterior, existen varias tesis para considerar qué es imprevisible y qué no lo es. La tesis que considero correcta es ecléctica, donde no todo está previsto y que la apreciación del juez será necesaria para considerar aquellos eventos que las partes

no asumieron el riesgo porque no incluyeron en el contrato. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia sí han encontrado hechos, que a menos que estén estipulados en el contrato, tienen carácter imprevisible.

Que la alteración se haya producido como consecuencia de acontecimientos graves e imprevisibles, tal como puede ser una guerra, una revolución, una grave crisis económica. La inflación puede o no dar lugar a la aplicación de la teoría, según las circunstancias. Si un contrato se celebra durante un periodo de inflación y ésta sigue su curso normal, con una curva más o menos constante, los contratantes no pueden luego quejarse de que se ha producido un desequilibrio en sus prestaciones, porque esa inflación no era previsible. Pero si luego de celebrado el contrato, el proceso inflacionario se agrava en forma extraordinaria e imprevisible, la teoría es aplicable.⁸⁶

Lo importante aquí es entender que el hecho debe tener una característica de excepcionalidad, ajena a la voluntad de las partes y que las partes no lo hayan podido prever.

La imprevisibilidad del hecho no tiene tanta importancia como los efectos que cause. Esto debido a que el hecho imprevisto tiene que generar un cambio en la ecuación económica del contrato para que tenga algún efecto, y sobretodo, para que la cláusula *rebus sic stantibus* sea aplicable.

According to the different systems studied, the nature of changed circumstances is generally not defined. It can either be a political event, a economic or financial crisis, a legislative change or natural disaster. The nature of the change of circumstances actually doesn't really matter. The only thing that matters in the impact of the change of circumstances on the contractual equilibrium devised by the parties.⁸⁷

Si existen hechos previstos en el contrato, que a su vez generan un riesgo en una de las partes, forman parte del alea normal del contrato y de la ecuación económica contractual.

Por ende, un hecho previsto no rompería el equilibrio contractual puesto que forma parte del riesgo y de la propia ecuación. El análisis es inverso, es decir, primero se verán las

⁸⁶ Borda, Guillermo A. *Manual De Contratos*. 18th ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998. p. 145.

⁸⁷ Mekki, Mustapha, and Kloefer Pelese. "Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract". 25 Junio 2011.

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511>.

consecuencias que un hecho ha generado en el equilibrio económico para concluir que se trata de un hecho imprevisible.

En tal medida, más que analizar si existen hechos imprevistos, es necesario analizar cuando estos hechos podrían generar un desequilibrio en la ecuación económica del contrato. Esto debido a que los hechos imprevistos pondrían existir en el contrato de prestación de servicios. En el contrato de prestación de servicios no se ha estipulado nada sobre crisis económicas, crisis políticas o sobre crisis naturales (solamente se ha previsto el caso de la fuerza mayor). Estos tipos de hechos imprevistos que menciono son los más aceptados por la jurisprudencia y la doctrina. Por otro lado, los factores de corrección no son previsiones de hechos más allá del hecho del príncipe y que funcionan como una separación del riesgo para que las partes los asuman por igual. Existen hechos imprevistos en todo contrato, y tal riesgo no puede ser asumido únicamente por una de las partes, sino que debe ser repartido a fin de equilibrar nuevamente el contrato y así la Administración cumplir con el interés público y la contratista con sus obligaciones.

La fluctuación del precio del petróleo puede variar por cualquier hecho económico o mercantil, lo que nos interesa ahora es saber si esa variación se ha tornado en un hecho previsto para las partes en el contrato de Prestación de Servicios. ¿La fluctuación del precio del petróleo se convirtió en un hecho previsto para las partes, por cualquier condición que produjera esto? Considero que sí.

La volatilidad del precio del petróleo se produce a diario y es un hecho fácilmente comprobable tal como lo demuestran los gráficos del anexo 1 que reproduce los precios del periodo en tres períodos: desde enero de 2009 hasta a actualidad, el último cuatrimestre y el último mes (Anexo 1). Las razones para que esta fluctuación ocurra son diversas: situaciones de mercado, situaciones políticas, imposición de precios de la OPEP, condiciones naturales, etc. Muchas de ellas pueden tener el carácter de imprevisibles. Sin embargo la naturaleza del nuevo contrato de Prestación de Servicios, la ley reformativa a la ley de hidrocarburos y el propio contrato nos llevan a la conclusión que este hecho sea previsto, y por lo tanto que no generen un desequilibrio económico en el contrato.

La naturaleza del contrato Prestación de Servicios es clara, puesto que, teóricamente, la obligación de brindar un servicio no está sujeta al rendimiento que la contraparte obtenga o no sobre su rentabilidad final. A pesar que si bajan los precios del petróleo, quien asume el riesgo es la contratista puesto que no puede reclamar su pago mensual hasta que suban los precios nuevamente, esa es una circunstancia excepcional y única de este tipo de contratos. Es por eso que he afirmado que no estamos frente a un contrato de prestación de servicios sino a un contrato innominado donde el riesgo de la baja de los precios la asume el contratista, mientras que no recibe ninguna retribución si los precios suben. Esto está estipulado en la exposición de motivos de los legisladores que redactaron la Ley reformativa a la ley de hidrocarburos. La Ley prevé la fluctuación del precio del petróleo, bajo cualquier circunstancia imprevista o no, en la motivación que realiza el Legislativo donde dice que:

[...] dentro de un esquema contractual de prestación de servicios, que devuelva la titularidad de la totalidad de la producción nacional a favor del Estado, estableciendo únicamente el reconocimiento de una tarifa por barril producido a favor de las Contratistas, que no fluctúe en función del precio de petróleo, del cual se han beneficiado desproporcionalmente las compañías operadoras.⁸⁸

También el contrato hace alusión a las fluctuaciones del precio del petróleo en la cláusula quince punto seis del contrato de Prestación de Servicios de concesión del bloque Tarapoa⁸⁹. Esta cláusula prevé que la fluctuación de precios de petróleo afectará a la contratista únicamente cuando desciende del valor del ingreso disponible. El propio contrato en la cláusula cuatro punto tres punto cuarenta y nueve define lo que es ingreso disponible de la siguiente manera:

Es el valor en dólares resultante de la diferencia entre el Ingreso Bruto del Contrato y la suma de los siguientes conceptos: (i) margen de soberanía; (ii) Costos de Transporte del Estado; (iii) Costos de Comercialización; y (iv) los tributos establecidos en la codificación de la Ley de Fondos para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y la Ley de Creación de Rentas Sustitutivas para las Provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos, si los mismos resultasen aplicables.

En definitiva, la única razón que el ingreso disponible sea menor a la tarifa del contrato es que los precios del barril de petróleo bajen, puesto que los otros montos son decisiones administrativas que se encuentran previstas en los factores de corrección en caso de que afecte a la economía del contrato. Por otro lado, si los precios del petróleo suben, la contratista no se beneficia puesto que con una tarifa fija, solamente está siendo beneficiada por su trabajo. En este caso, el riesgo está siendo asumido por la contratista

⁸⁸ Suplemento Registro Oficial No. 244, 27 de Julio de 2010. Exposición de motivos de Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno.

⁸⁹ QUINCE PUNTO SEIS. Acumulación.- En caso que el ingreso Disponible no sea suficiente para cubrir el pago de la Tarifa para Campos en Producción y Tarifa para campos nuevos o por Producción Incremental fruto de Recuperación mejorada, pertinente, el saldo falente mensual se acumulará durante el mes o Año Fiscal pertinente. La diferencia entre los montos pagados por concepto de las tarifas y el Ingreso Disponible del mismo mes o Año Fiscal se trasladará al siguiente mes o Año Fiscal, sin intereses y en caso no hubiese podido ser cubierto durante el respectivo o subsiguiente mes o Año Fiscal se acumulará sucesivamente durante el plazo de vigencia de este Contrato modificatorio. Cualquier diferencia trasladada, originada por insuficiencia del Ingreso Disponible, que no haya sido pagada por la Secretaría a la terminación de este Contrato Modificatorio, se extinguirá y no será pagada a la contratista, quedando la Secretaría automáticamente liberada de esta obligación de pago en ese momento.

en caso que el precio del crudo caiga, con lo que se configura una ecuación económica propia de este contrato al advertir que se acumularán los montos no pagados y en caso de que se termine el contrato estas obligaciones se extinguirán. Está contemplado lo que sucederá si por un hecho imprevisto o cualquier otra circunstancia, los precios del petróleo fluctúen, inclusive en exceso, puesto que ese fue el riesgo pactado por los contratantes en las cláusulas antes citadas. Sin embargo, resulta necesario todavía ver si cualquiera de esos acontecimientos quiebra la ecuación económica y por lo tanto se podría aplicar la teoría de la imprevisión.

4.2. Ruptura de la Ecuación Económica del Contrato

La ruptura de la ecuación económica se da cuando una de las prestaciones se torna excesivamente más onerosa para una de las partes, sin embargo no lo hace imposible de realizar. La fluctuación, por muy extraordinaria que fuera, no cambia el equilibrio económico del contrato. El precio del petróleo no forma parte del alea normal del contrato, a menos que se trate de una abrupta disminución del precio, caso en el cuál la contratista privada ha asumido el riesgo sobre la imposibilidad de pago de la Administración, cláusula 15.6 del Contrato de Prestación de Servicios por el Bloque Tarapoa. Dicha situación sale del ámbito de la teoría de la imprevisión puesto que para el caso concreto, ningún hecho imprevisto que hiciera fluctuar los precios del crudo, podría desbalancear la ecuación económica del contrato.

La ecuación está definida como el ecuador de las obligaciones mutuas y reciprocas que las partes deben satisfacer para obtener beneficios comunes.

El equilibrio de las cargas y obligaciones que debe afrontar el concesionario, las que pueden consistir, además de la realización de inversiones, la prestación de servicios universales básicos, el pago de un canon, etc., en su vertebración con las recíprocas obligaciones y garantías publicas.⁹⁰ El equilibrio se encuentra pactado, y nace de la voluntad de las partes. En el caso de los contratos petroleros, la tarifa es la concepción de las partes de precio justo en base a las cargas obligacionales y los beneficios de rentabilidad que se puedan obtener. *Res tantum valet quantum vendi potest* (las cosas valen tanto cuanto se las pueda vender), es una frase contenida en el Digesto que argumenta a favor de la idea que el precio puesto al servicio está hecho en valores de mercado. A pesar que en el Ecuador los segmentos más importantes del mercado petrolero están altamente regulados y controlados por el Estado y que por tratarse de casos excepcionales la contratación privada por parte de la Administración haciendo contratos que parecen de adhesión; si no hubiese rentabilidad en la industria, ninguna empresa privada hubiese querido negociar. Justamente la negociación fue para encontrar la maximización de beneficios, por ser una política de Estado, y un precio justo que no ahuyente la inversión extranjera y que realiza su trabajo de la manera más optima posible. El equilibrio contractual lo encontramos en la rentabilidad versus las obligaciones que tiene el contratista. Obligaciones como las de asumir el riesgo sobre la fluctuación negativa del precio del petróleo, y no asumir ninguna retribución por los incrementos del precio.

Los contratos públicos importan así una “distribución de los riesgos” concretada sobre la base de un “equivalente económico” que asegura la continuidad y el cumplimiento regular del contrato, con apoyo económico y financiero obligado del Estado para la conservación de esa equivalencia original [...] El concesionario, el que presta el servicio

⁹⁰ Dromi, Roberto. *Las Ecuaciones De Los Contratos Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial De Ciencia Y Cultura, 2001. p. 234.

público como continuador y sucesor del Estado, tiene “cargas, deberes, obligaciones públicas exclusivas”, por una parte, y como contrapartida “garantías, derechos y prerrogativas públicas exclusivas”. Es un equilibrio de derechos y deberes.⁹¹ La petrolera privada en el Ecuador, bajo esta nueva modalidad contractual lo que tiene es un derecho condicionado a que el ingreso disponible supere el valor de la tarifa mensualmente, que como ya lo analicé, fluctúa en base a los precios del crudo. Es mediante este condicionamiento que el Estado ha logrado distribuir el riesgo sobre la alta volatilidad que tiene el mercado del comercio de crudo, y que por hechos imprevistos, incluso fluctúa más.

Por la fluctuación de precio del petróleo ninguna obligación se tornará más onerosa. Ni siquiera si el precio del barril de petróleo se torna excesivamente más o menos caro, puesto que está previsto lo que va a suceder. Esta estipulado la ecuación en ese sentido y no se la podría alterar. La excesiva onerosidad afecta directamente al cumplimiento de una prestación, sin embargo si por efectos del bajo precio del petróleo la contratista no recibe su pago mensual, forma parte de su propio alea económico, tal como lo propone el Código Civil italiano, no se produce imprevisión porque sigue siendo parte del riesgo pactado en el contrato.

[...] cuando este desequilibrio llega a ser exagerado, excesivo, al punto de “provocar una pérdida grave, más allá de riesgo normal del contrato, o como dice el código italiano, que no cabe en el alea normal del contrato”, ciertamente se justifica, junto con los demás requisitos señalados, la procedencia de la revisión del contrato.⁹² Cuando hablamos del riesgo pactado, o de la creación de un propio equilibrio contractual, nuevamente tenemos que acercarnos a las concepciones básicas de la contratación como lo es la fuerza de la voluntad de las partes. El respeto que frente a lo que decidan las

⁹¹ Ibidem. p. 243.

⁹² López, Díaz Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009. p. 22.

partes debe tener la justicia es relevante para entender como pueden crearse contratos y ecuaciones tan diferentes en cada caso particular.

Problema aquí no existe, pues, de producirse el evento, entrará en juego la propia voluntad de las partes, expresadas de antemano, recibiendo aplicación simultáneamente, el tradicional principio *pacta sunt servanda*. La importancia no es otra, sin embargo, que el significado de la actitud de los contratantes, que de este modo reconocen la necesidad de una cláusula que contenga el principio en examen.⁹³ En la industria del petróleo, siendo un contrato administrativo, no existe reglamentación legal que impida al Estado firmar un contrato de estas características. Lo que se impone son las voluntades de las partes al asumir riesgos y crear su propia ecuación económica que satisfaga los intereses tanto del Estado como de las contratistas.

El alea normal del contrato contempla el riesgo de los precios del barril de crudo y lo traslada hacia la contratista, que podría ser comparable con las cláusulas de estabilidad de precio que habíamos observado en el capítulo anterior. Esto porque su objetivo es básicamente el mismo, blindar al contrato de ciertos hechos que puedan causar una inestabilidad económica, y si suceden, lograr reequilibrarlo. La diferencia en el acontecimiento de la fluctuación de los precios del petróleo se encuentra en que no importa lo excepcional o grave que pueda ser la fluctuación de los precios, está prevista la solución del posible desequilibrio contractual. Mientras que con los costos y la cláusula de estabilización solamente abarcaban dos hipótesis que eran los hechos del príncipe y un factor de estabilización con índices norteamericanos, donde si cabe la posibilidad de que un hecho imprevisto cambie los costos de producción excesivamente al punto de romper con el equilibrio económico y que salga del alea normal del contrato. Los factores de

⁹³ Fueyo Laneri, Fernando. "Algo Sobre La Teoría De La Imprevisión." Comp. Raul Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 760.

estabilización y la lista taxativa de la cláusula 18 del Contrato del Bloque Tarapoa no prevén todas las hipótesis.

La naturaleza de un contrato de servicios es otra razón por la cual la fluctuación de los precios del crudo no puede desequilibrar la ecuación económica del contrato pese a que por la cláusula de acumulación (15.6) del contrato entre la Secretaría de Hidrocarburos y la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltd., el riesgo de un precio inferior es trasladado al contratista, y que he mencionado en varias ocasiones que se trata de un contrato totalmente nuevo e innovador por estas variantes, sí tiene algunas características de un típico contrato de servicios. Las prestaciones principales, que son la prestación del servicio de exploración y explotación de hidrocarburos, para la privada, y del pago de la tarifa, para el Estado, constituyen la principal naturaleza de los contratos de servicios. Existen dos prestaciones conmutativas y bilaterales, una de hacer y otra de dar. A una posible conjetura que se puede llegar es que en estos contratos la prestación de dar esta sujeta a una condición, que es el tener suficiente ingreso disponible proveniente de la venta del petróleo, para que esta se pueda ejecutar.

Sólo puede verse una noción amplia de servicios, si se repara en que la misma subyace en la clasificación de las obligaciones por su objeto (más precisamente, por su prestación), cuando el Código las distingue en: obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. [...] Dicho de otro modo, son servicios en sentido amplio todos los contratos que consistan esencialmente en hechos, sean positivos o negativos.⁹⁴

Bajo el supuesto que los contratos petroleros modificatorios en el Ecuador no sean, de servicios porque su naturaleza no implica que una sola parte asuma el riesgo, o simplemente nos dejemos llevar por su nombre en la Ley, la doctrina ha dicho que el

⁹⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Código Civil Comentado Contratos Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007. p.676.

contrato de servicios es un contrato residual “en el que se incluyen todos aquellos servicios –en el sentido amplio de *facere*- cuya prestación no sea objeto de una tipificación especial.”⁹⁵ Es decir, que existen varias razones para catalogar como un contrato de servicios, sin duda *sui generis* propia de nuestra cultura jurídica ecuatoriana y además sujeta a una modalidad, pero al fin de servicios. En tal virtud, la contraprestación del pago se da en base a un hecho que es la prestación de un servicio. La ruptura de la ecuación económica contractual está sujeta al servicio prestado, más no al producto que nace como consecuencia de ese servicio. La naturaleza jurídica de los servicios impone que la base en la cual está fundamentado el contrato no esté hecha conforme al producto, en este caso petróleo crudo, puesto que de lo contrario variaría la esencia del contrato que es la de prestar un servicio. Sobre todo en el Ecuador, que tenemos experiencia en contratos como el de Participación, donde la rentabilidad estaba relacionada con la cantidad de producción y el mercado puesto que el petróleo era propio de quien extraía. En los contratos de servicios, lo que se está remunerando es justamente el servicio, es el trabajo de tipo civil, más no el producto que se obtiene. Estamos frente a un contrato de servicios donde el riesgo es para la contratista por la fluctuación del precio del petróleo, pero que por la naturaleza propia del contrato de servicios esa es solamente una cláusula pactada o una condición que no cambia la esencia de que el producto no está relacionado con el pago en base a la prestación de hacer.

4.3. Conclusión

⁹⁵ Ibidem. p.677.

En definitiva, existen varias razones, legales y contractuales que me permiten afirmar que la intención del legislador es crear un contrato petrolero donde se pague en razón de la fluctuación del precio del barril de petróleo. Esto porque no se cumple con el requisito de la previsibilidad ni de la ruptura de la ecuación económica contractual. En consecuencia, ni siquiera un hecho imprevisto que torne al barril de petróleo excesivamente más caro o más barato, podrá desequilibrar la ecuación económica del contrato y por lo tanto es inaplicable en este caso la teoría de la imprevisión.

5. Efectos y Aplicación de la Teoría de la Imprevisión

Después de haber visto dos supuestos frecuentes para la aplicación de la teoría de la imprevisión en la industria petrolera, que son la fluctuación de los costos de producción y de los precios del petróleo, resulta necesario saber como sería la aplicación de esta tesis. Sobretudo en el sistema jurídico ecuatoriano en que se ha demostrado preocupación frente a la cláusula de estabilidad, *rebus sic stantibus*, puesto que su aplicación ya ha sido probada, y también porque no existe regulación al respecto. Por lo que el apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia se vuelve necesario para llegar a una conclusión acertada sobre cómo se debe plantear judicialmente la teoría de la imprevisión. En el caso que nos ocupa, los nuevos contratos de Prestación de Servicios en el Ecuador, prevén que las controversias, entre las que se incluirían diferencias por reequilibrio de la ecuación económica causada por un evento imprevisto, se ventilen ante un tribunal arbitral en Chile con aplicación del derecho ecuatoriano. La negociación para reequilibrar el contrato por causas sobrevivientes es una posibilidad, incluso está pactado contractualmente aquella como la primera posibilidad ante un desequilibrio económico, sin embargo, el objetivo de este capítulo es analizar la aplicación de la teoría de la imprevisión en un litigio. Es por esa razón que para la aplicación de la teoría de la imprevisión no interesa que sea arbitral o jurisdiccional el método para resolver el conflicto puesto que el planteamiento sería el mismo ante un juzgador que resolverá en derecho.

Es necesario aclarar que se parte de un supuesto. Se parte de las conclusiones ya obtenidas en capítulos anteriores. Esto es que la teoría de la imprevisión es aplicable en la fluctuación de los costos de producción más no en la fluctuación de los precios del barril de crudo por las razones expuestas. Por tanto, las conclusiones a las que se llegue en base a este capítulo serán aplicables para los contratos de prestación de servicios petroleros, si se cumplen los requisitos de la teoría de la imprevisión mencionados, es decir, será aplicable para la ruptura de la ecuación económica contractual suscitado por un hecho imprevisto que ha generado en una excepcional fluctuación de los costos de producción, haciendo más onerosa la prestación.

5.1. Efectos

Para analizar los efectos de la teoría de la imprevisión, expondremos las diferentes tesis que existen sobre las consecuencias provocadas por la teoría de la imprevisión. Esto permitirá arribar a la conclusión de cuál es la más adecuada para los nuevos contratos petroleros. Los efectos se refiere a la pretensión que se podría plantear para invocar la cláusula *rebus sic stantibus*. Sin duda desconocer las diferentes posturas sobre los efectos de la teoría de la imprevisión nos llevaría a tomar decisiones erróneas al plantear la pretensión, lo que conduce inevitablemente al fracaso por un mal argumento esgrimido en una potencial controversia.

5.1.1. Resolución del Contrato

Cuando se suscita un hecho imprevisto que genere un cambio en el equilibrio contractual del contrato, de acuerdo a esta tesis, la parte afectada con el desequilibrio económico tiene derecho a pedir ante la autoridad competente que resuelva el contrato. Con esto se obtiene una liquidación del contrato además de las indemnizaciones necesarias para equilibrar el contrato, ya no para el futuro porque ya no existe, sino al día de la resolución. Las indemnizaciones están dadas por quien resuelve el contrato ante el contingente de los años que restarían de contrato.

La tesis de la resolución contractual en base a la teoría de la imprevisión implica que los efectos de la imprevisión serían aplicados. Los efectos clásicos a los que me refiero son la terminación contractual, la eliminación de toda obligación contractual y el retrotraer los efectos al punto donde se encontraban en un principio.

En una palabra el efecto que puede atribuirse a la imprevisión, según algunos, es el de hacer desaparecer la obligación, en forma de retrotraer las cosas al estado que tenían al tiempo de nacer el vínculo jurídico extinguido.⁹⁶ Con la resolución de los contratos se logra el objetivo que es el reestablecer el equilibrio contractual puesto que al perfeccionamiento del contrato existió sinalagma. Es necesario recordar que la hipótesis de la teoría de la imprevisión es en base al cumplimiento de que el hecho sea imprevisible y sobreviniente. Lo que se logrará con la resolución es que el contrato se termine y no exista vínculo obligacional entre las partes retrotrayendo las condiciones a las que se pactaron en un inicio.

⁹⁶ De La Maza Ribadeneira, Lorenzo. "La Teoría De La Imprevisión (I) (II)." Comp. Raúl Tavorari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 715.

Para poder lograr que las cosas regresen al estado que tenían al nacer es necesario pagar indemnizaciones.

La corrección del desequilibrio económico no es una indemnización del perjuicio causado a la parte que lo experimentó, puesto que el perjuicio se indemniza, en el plano de las relaciones contractuales [...]⁹⁷

En el caso de la resolución a causa de la teoría de la imprevisión, sí se pagan indemnizaciones por el daño ocasionado. Al no querer reestablecer el equilibrio económico, que es un derecho de quien es afectado, y se decide resolver el contrato se está causando un daño a la contraparte quien ha invertido y tiene una previsión de las ganancias que pueda tener en un determinado contrato. Por lo mismo, para poder retrotraer los efectos del contrato al punto del inicio del vínculo, es necesario pagar las indemnizaciones debidas. Indemnizaciones que no nacen de una responsabilidad por el hecho imprevisto, puesto que la hipótesis es que el Estado no ha generado dicho imprevisto, sino que son la manera de retrotraer los efectos a como estaban antes de la firma del contrato.

Esta tesis ha sido acogida por varios sistemas jurídicos, con lo que se limita los efectos de la teoría de la imprevisión únicamente a la resolución del contrato.⁹⁸ Tal es el caso de la legislación italiana quienes conciben a la resolución como el derecho de la parte afectada por el desequilibrio económico por un hecho imprevisible y sobreveniente.

⁹⁷ Silva García, Fernando. "Una Aproximación a La Visión De La Corrección Del Desequilibrio Contractual Desde La Perspectiva De a Jurisprudencia Arbitral." *Revista E-Mercatoria*. 2007. 25 Junio 2011. <<http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/emerca/article/view/2062>>.

⁹⁸ **Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive**

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'**art. 1458 (att. 168)**.

Nuevamente la idea es el equilibrio de las prestaciones en base a la terminación del contrato con el pago de lo adeudado.

La legislación peruana por otro lado, en el artículo 1440⁹⁹ del Código Civil, plantea la resolución como una amenaza en caso de no llegar a un acuerdo. Lo interesante es que los efectos de la resolución no se extienden a las prestaciones ejecutadas. Es decir que únicamente se deberá reestablecer el equilibrio, y se deberá pagar las indemnizaciones debidas por ese rubro para las prestaciones futuras. Esto implica que la naturaleza jurídica clásica de la resolución para retrotraer los efectos del contrato al momento del perfeccionamiento del acuerdo, no es aplicable en los casos de imprevisión en este país.

En base a la tesis de la resolución de los contratos, la doctrina ha planteado un sistema ecléctico entre el reajuste de precios y la resolución. La idea es que la resolución sea un medio coercitivo que tendrán las partes en caso que no se pudiera o no se quisiera equilibrar el contrato. Esto se da como respuesta al argumento que el equilibrio del contrato nace de la voluntad de las partes, y que solamente ellas pueden modificarlo, mientras que la facultad del juez está para poder resolverlo.

Es decir que la resolución puede solicitarla solo el perjudicado, en tanto que la revisión puede invocarla el perjudicado (por vía de acción o pretensión procesal directa y

⁹⁹ **Artículo 1440.- Definición**

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

principal) y también el no perjudicado (por vía de defensa, excepción o reconvencción) ante la resolución pretendida por el demandado.¹⁰⁰ Lo que se intenta es que el juez tenga una facultad para “obligar indirectamente a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución.”¹⁰¹ Así no sería el juez quien asuma la responsabilidad de reestablecer el equilibrio, pero sí tendría una fuerza coercitiva para poderlo lograr. Y en caso de no ser efectivo, el análisis que ya hemos realizado sobre la resolución y su particular reestablecimiento del equilibrio es plenamente aplicable. En este sentido la legislación peruana ha adoptado esta tesis para tener los beneficios tanto de la negociación como de la fuerza coercitiva judicial que genera seguridad y continuidad para los contratos.

Considero que la tesis de la resolución de los contratos como efecto de la teoría de la imprevisión en el caso de los contratos petroleros de Prestación de Servicios en el Ecuador, es inaplicable. La primera razón es porque la Ley no lo prevé en este sentido a la teoría de la imprevisión. Otra razón es porque se tratan de contratos administrativos. Como tales, tienen diferentes objetivos y el Estado tiene que velar por la continuidad del servicio público o por la ejecución de la obra pública, y la resolución de los contratos provoca el efecto inmediato de que ese servicio se extinga. La continuidad, sobre todo en derecho público es un principio trascendente que va ligado a la seguridad jurídica y a la institucionalidad de la Administración Pública, que repercute en el bienestar de la ciudadanía y en los niveles de inversión privada que pueda tener el país. Resulta inconveniente y simplista que ante el primer hecho sobreviniente imprevisible se pudiera

¹⁰⁰ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11th ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006. p 564.

¹⁰¹ De La Maza Ribadeneira, Lorenzo. "La Teoría De La Imprevisión (I) (II)." Comp. Raúl Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 719.

declarar la resolución de los contratos. Otro argumento para la inaplicación de esta tesis en los contratos petroleros es que la teoría de la imprevisión torna las prestaciones en difíciles de cumplir mas no de imposible cumplimiento. Es entendible que ante casos de fuerza mayor se pueda tener en cuenta la opción de la resolución contractual puesto que la imposibilidad no permitiría el cumplimiento. Para nuestro caso, la obligación se tornaría mayormente onerosa en amenaza de provocar ruina en el contratista en el mediano plazo. A pesar de este detrimento sufrido, la ejecución puede continuar, por lo que al amparo del principio de continuidad consagrado en el artículo 249¹⁰² de la Constitución el Estado está en la obligación de equilibrar el contrato asegurando así su continuidad. Una posible sentencia en este sentido afectaría la regularidad del servicio con lo que estaría violentando un principio constitucional.

Por las razones expuestas considero inaplicable la tesis sobre resolución de los contratos en casos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para los nuevos contratos de Prestación de Servicios de petróleo en el Ecuador.

5.1.2. Reajuste Judicial o Arbitral

¹⁰² **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.

El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.

El reajuste de precios judicial es otro enfoque que se le puede dar a los efectos de la teoría de la imprevisión. En base al reajuste de precios, las partes, ya sea de mutuo acuerdo o por intervención de un juez, deben reequilibrar el contrato para evitar los efectos dañinos producidos por el hecho imprevisto y también para que rija el principio de continuidad constitucional, sobretodo para nuestro caso que tratamos un contrato administrativo.

Una segunda alternativa pasa por considerar que el cambio de circunstancias no lleva aparejada la extinción o resolución del contrato [...] ambas partes podrían tener un derecho a solicitar la modificación o adaptación del contrato [...] ya sea *ipso iure*, a través de las negociaciones de las partes, o mediante una intervención judicial que admite a su vez un amplio margen de posibilidades.¹⁰³

Esta opción parece ser la más cercana con la naturaleza jurídica histórica que ha tenido la teoría de la imprevisión puesto que su objetivo principal es únicamente el reestablecimiento del equilibrio del contrato. En este punto se analizará cómo funciona el reajuste de las obligaciones desde la perspectiva judicial, mientras que en el próximo acápite se abordará desde la perspectiva de las negociaciones directas.

La intervención judicial para restablecer el equilibrio contractual nace de la competencia que tiene la función judicial, o los árbitros en base al convenio arbitral, de dirimir conflictos entre las partes. Se parte del supuesto de una acción por parte de quien ha sido perjudicado por el desequilibrio, para que un tercero imparcial, en base a la prueba, pueda reconocer el desequilibrio y encontrar la manera de volver las cosas a su estado sinalagmático. Si bien el argumento contrario defiende a la autonomía de la voluntad y que las partes son las únicas que podrían modificar el contrato, a falta de

¹⁰³ Sánchez Lorenzo, Sixto. "Hardship En La Contratación Internacional: Principios Comunes Para Una Unificación Desde El Derecho Comparado." *Google Books*. 25 Junio 2011. <<http://books.google.com/books?id=VTCSrehMOboC>>.

acuerdo se produce un conflicto que debe ser resuelto por el juez o árbitro. Por esta razón, la característica más importante es su carácter de excepcional. “Siempre que sea posible, habrá que defender el mantenimiento del acto negocial, en salvaguarda aunque sea parcialmente, del principio de la autonomía de la voluntad.”¹⁰⁴ Siempre se deberá defender la voluntad de las partes, y por eso corresponde a quien alega desequilibrio contractual el poderlo demostrar, salvaguardando así el contrato y por sobretodo evitando la discrecionalidad de quien vaya a dirimir en un conflicto y encuentre una ecuación económica no querida por las partes. “It is indeed difficult for the courts to evaluate the equilibrium which the parties really wanted to achieve.”¹⁰⁵ Este mismo principio ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, desde 1916 cuando dijo que “a falta de acuerdo entre las partes, la indemnización será fijada por el juez.”¹⁰⁶ Esto implica que el reajuste negocial tiene dos características, la excepcionalidad y la subsidiariedad ante la falta de acuerdo, siendo así coherentes con el principio de autonomía de la voluntad. En el Contrato de Prestación de Servicios, ante la eventualidad de una acción aplicando la cláusula *rebus sic stantibus* el contrato prevé primero una negociación directa, posteriormente una negociación asistida y finalmente el arbitraje, con lo que se concluye que el contrato de Prestación de Servicios cumple con los principios de excepcionalidad y subsidiariedad para que la revisión judicial o arbitral sea aplicable a la reconstrucción de la ecuación económica del contrato.

¹⁰⁴ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11th ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006. p. 564.

¹⁰⁵ Mekki, Mustapha, and Kloefer Pelese. "Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract". 25 Junio 2011. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511>.

¹⁰⁶ Long, Marceau, Prosper Weil, Guy Braibant, P. Delvolve, B. Genevois. *Los Grados Fallos De La Jurisprudencia Administrativa Francesa*. Trans. Leonardo Augusto Torres Calderón y Humberto Mora Osejo. Bogota: Ediciones Librería Del Profesional, 2000. p.119.

En la naturaleza de la teoría de la imprevisión no está eliminar la totalidad de las obligaciones de las partes. Como se analizó, la resolución del contrato no es aplicable para esta teoría. La verdadera finalidad consiste única y exclusivamente en retomar el equilibrio de las prestaciones para que aquella obligación que se ha tornado excesivamente onerosa, deje de serlo con el riesgo de convertirse en una obligación incumplida o de imposible cumplimiento.

Además, debe tenerse presente que la finalidad de esta teoría es realizar el primitivo equilibrio contractual, reponer la situación de las partes en el estado que tenían al nacer el vínculo jurídico, remediar una situación injusta, deshonesta e inconveniente, sin perjuicio de contemplar los legítimos derechos de la parte lesionada y los beneficios normales que estos le deben reportar. No debe llegarse, pues, a la exoneración completa del deudor.¹⁰⁷ Los pasos establecidos en el contrato hasta llegar al arbitraje para dirimir conflictos responden, y son aplicables, a un caso de desequilibrio económico. Existe un derecho que intenta hacerse efectivo a través de la negociación directa, y que al no haber acuerdo, existen incompatibilidades de aspiraciones (conflicto) y puede ser dirimido ante un juez. La ejecución de las obligaciones nunca está en conflicto porque si bien las prestaciones se tornan más onerosas, no son imposibles de cumplir ni hay incumplimiento. El contrato sigue ejecutándose de conformidad a lo establecido, la única pretensión es el reestablecimiento del equilibrio y el monto, o los cambios contractuales que deben darse para retomar el sinalagma. En vía judicial o arbitral únicamente será aceptable el conflicto a trámite si existe falta de acuerdo por las partes en las etapas previas, previstas en el contrato. Primero porque la cláusula arbitral de los Contratos de Servicios Petroleros así lo estipula, y segundo porque la naturaleza de la institución señala que la

¹⁰⁷ De La Maza Ribadeneira, Lorenzo. "La Teoría De La Imprevisión (I) (II)." Comp. Raúl Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 714.

falta de acuerdo degenera en conflicto, de lo contrario, no existe conflicto que un árbitro pueda dirimir.

*If, in spite of good faith negotiations and the disadvantage party's efforts to overcome the effects of the situation, the parties cannot reach the agreement on adjustments, in some jurisdictions with statutory hardship provisions, the disadvantage party can apply to a court for a determination on the appropriate adjustments, rather than seek termination of the agreement.*¹⁰⁸

En teoría procesal, no es necesario que exista una acción para cada pretensión o conflicto en concreto. La ley procesal no prevé ni exige un tipo de acción particular para cada caso en concreto. Por esta razón la pretensión para la aplicación de la teoría de la imprevisión deberá ser el reajuste de la ecuación económica contractual, sin que sea exigible especificar que tipo de acción se va a proponer. El juez deberá determinar en base a lo pedido otorgar o no la pretensión. Desde la perspectiva de la validez procesal, si el juez llegase a declarar la nulidad o la resolución del contrato estaría actuando *extra petito* y dicha sentencia adolecería de nulidad. La determinación específica de la pretensión es de suma importancia para obtener los resultados deseados ante la aplicación de la teoría de la imprevisión.

En el mismo sentido la Ley de Modernización en el artículo 38 establece que los tribunales de lo Contencioso Administrativo “conocerán y resolverán todas las demandas y recursos” derivados de contratos firmados entre el Estado y administrados. Esto implica que sin necesidad de una acción prevista en el ordenamiento jurídico, ante cualquier conflicto, los jueces competentes están en la obligación de resolver las demandas planteadas. En concordancia con el artículo de la Ley de Modernización, la Ley de la

¹⁰⁸ Fucci, Frederick R. "Hardship and Changed Circumstances as." *Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*. 30 Nov. 1999. 1 Junio 2011. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>>.

Jurisdicción Contencioso Administrativo en el artículo 65¹⁰⁹ establece que se podrá demandar hasta en un plazo de 5 años casos que sean de materia contractual por ser parte de las competencias que tienen los jueces. Al amparo de la legislación ecuatoriana, los conflictos entre los contratistas del Estado y la Administración Pública, tienen la obligación de resolverse. Llegando a ser un conflicto la ruptura de la ecuación económica causada por un hecho imprevisto, el juez o árbitro competente tiene la obligación de resolverlo mediante la reconstrucción del equilibrio perdido.

Esta es la tesis que adopta el contrato, y por el análisis expuesto, es la tesis que considero de mejor implementación para casos de imprevisión en los contratos públicos de exploración y explotación de petróleo entre las empresas privadas y el Estado ecuatoriano.

5.1.3. Reajuste Negocial

El reajuste negocial, para el equilibrio de las prestaciones a causa de un hecho imprevisto, parte de la premisa de que las partes son las únicas quienes podrían modificar lo acordado, en base a la autonomía de la voluntad. Esto implica que el juez no sería

¹⁰⁹ Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

competente para interpretar ni cambiar la voluntad de las partes, solamente estas podrían modificar un aspecto tan trascendental en el contrato como la ecuación económica del mismo. Si bien el juez, dependiendo de la tesis, podría conocer post negociaciones o previo a las negociaciones del conflicto, lo que es importante destacar es que la voluntad de las partes es la fuente principal e indiscutible para la modificación de un elemento del contrato tan esencial como lo es la ecuación del contrato y su equilibrio.

Si bien los principios del UNIDROIT no son vinculantes para el derecho ecuatoriano, y constituyen más bien un tipo de derecho blando (*soft law*), resulta indicativo el artículo 6.2.3¹¹⁰ que describe los efectos de la imprevisión en el derecho mercantil, y que refuerza el uso de esta tesis. Este principio prevé que las negociaciones directas son la primera opción ante la aplicación de la teoría de la imprevisión, y si no se llega a un acuerdo, la parte afectada tendrá el derecho de acudir ante el juez o árbitro competente. Nuevamente el Contrato de Prestación de Servicios Petroleros en el Ecuador es plenamente concordante con los principios internacionales de comercio puesto que siempre la primera opción es la negociación directa. Esto también tiene otra razón que es el evitar la arbitrariedad de los jueces. “To avoid any arbitrariness and to make sure that

¹¹⁰ Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles ARTICLE 6.2.3

(*Effects of hardship*)

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

the foreseeable nature of the contract wanted by the parties is respected [...]”¹¹¹ Esto implica que siempre será mejor para las partes tomar su decisión frente a la ecuación del contrato, puesto que la apreciación del juez o del árbitro no siempre va a ser interpretada de acuerdo a todos los elementos o a las intenciones de las partes. Siempre la decisión tomada por un tercero es un riesgo para las partes a pesar de los niveles de seguridad jurídica que ciertos sistemas puedan ofrecer, puesto que nunca se puede asegurar el resultado de su sentencia o laudo.

La renegociación privada es la mejor opción para equilibrar los Contratos de Prestación de Servicios, puesto que es la más rápida, la más eficaz y plenamente consecuente con la autonomía de la voluntad y apegado al contrato mismo. Si bien la decisión a través de un tribunal arbitral es una opción, es necesario primero agotar las instancias de negociación directas y asistidas previstas en el propio contrato como una manera de mejorar cualquier conflicto o desequilibrio económico que un contrato de tracto sucesivo pueda suscitar. Considero que la revisión judicial o arbitral es un derecho suspenso que tiene la contratista, condicionada a las negociaciones previstas en el contrato. Además de que teóricamente la negociación y la futura revisión son plenamente concordantes con la naturaleza jurídica de la teoría de la imprevisión, y son también una obligación contractual que no puede ser eludida por las partes.

5.1.4. Nulidad

¹¹¹ Mekki, Mustapha, and Kloepfer Pelese. "Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract". 25 Junio 2011. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511>.

Si las partes en un Contrato de Prestación de Servicios Petroleros no hubieran llegado a una solución negociada, por lo que se generó un conflicto y se cumplió con el contrato, y hubieran accionado la vía judicial o arbitral; según un sector de la doctrina se podría declarar la nulidad del contrato.

¿Qué busca la teoría de la imprevisión? A nuestro parecer, no es la revisión del contrato por parte del tribunal en orden a reestablecer el equilibrio de las prestaciones, sino que simplemente constatar que se han verificado los requisitos que configuran la nulidad del contrato.¹¹²

La nulidad contractual es una sanción que se produce por faltar a algún requisito para su validez o para su existencia (en virtud que no opera la nulidad de pleno derecho en nuestro sistema jurídico). Entonces llegaríamos a la conclusión que la teoría de la imprevisión causa que algún requisito esencial del contrato falte, no al momento del perfeccionamiento del acto, sino durante la relación contractual de tracto sucesivo. Esto implica que el mantenimiento de las condiciones y requisitos necesarios para la existencia y validez de los contratos de tracto sucesivos deben mantenerse vigentes a lo largo del tiempo. Es como si el día de hoy contrato un servicio por un período determinado, sin embargo al siguiente día se expide una ley donde convierte a ese servicio en objeto ilícito. Dicho contrato será sujeto de nulidad por no cumplir el requisito de validez de objeto lícito. Para la teoría sobre la nulidad, el requisito que se pierde al aplicarse la teoría de la imprevisión es la falta de causa lícita por un hecho sobreviniente e imprevisto.

En el caso de la pérdida de la causa, ésta se manifiesta justamente por la pérdida de la voluntad. [...] La pérdida de la causa, en circunstancias similares a las anteriores, hace perder la vigencia de los requisitos que la ley prescribe para el valor del contrato. Siendo así, y a falta de sanción específica, procede a declarar la nulidad.¹¹³

¹¹² López, Díaz Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009. p. 57.

¹¹³ *Ibidem*. p. 116.

De acuerdo a esta teoría, la pérdida de la causa se produce cuando se pierde la conmutatividad contractual y la voluntad de las partes ha sido mermada. La causa del contrato es la voluntad de las partes y el sinalagma que han pactado de buena fe, mas no un contrato que se ha convertido en otro y que por tal ha perdido su causa original.

Ante los Contratos de Prestación de Servicios Petroleros en el Ecuador, al no existir una norma clara sobre los efectos de la teoría de la imprevisión considero que la nulidad es una opción. La nulidad se la puede mirar como una sanción residual ante cualquier imperfección jurídica contractual que no tiene consecuencias propias ni en la legislación ni en el propio contrato. En este caso, existe un efecto propio de los actos de gobierno en la cláusula sobre factores de corrección, al igual que la previsibilidad de efectos existente en la fluctuación del precio del petróleo. Pero como ya he demostrado, existen otros elementos, como la fluctuación de los costos que sí podrían generar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es decir que, en base a argumentos puramente normativos no habría manera de rebatir esta tesis por lo que sería aplicable a los contratos analizados. Sin embargo, existen otras fuentes del derecho que constituyen elementos referenciales que permiten analizar cuestiones jurídicas con un contexto más amplio que el expresado en la norma. En este sentido se pueden descubrir la naturaleza jurídica de la teoría de la imprevisión y los efectos esta institución. Es así que una gran cantidad de autores, al igual que la jurisprudencia arbitral y jurisdiccional, sobretudo en temas administrativos del Consejo de Estado Francés, no han planteado a la nulidad como opción, sino el reestablecimiento del sinalagma contractual por cuanto procuran la continuidad del servicio. Sobre todo en contratos administrativos, como lo es el de

Prestación de Servicios, el principio de continuidad de la prestación de servicio es un tema necesario para tomar en cuenta al momento de declarar la nulidad. La nulidad generaría un inmenso daño al Estado al tener que parar las operaciones de un campo petrolero específico o tener que asumirlas bajo su cuenta y riesgo a partir de un momento específico que se la declare. Sobretudo para el Estado no es un efecto deseado ante contratos petroleros. Sin duda los efectos ha futuro sobre el contrato será que se retome el sinalagma contractual, sin embargo el costo sería sumamente alto. Es por esta razón que si bien jurídicamente es factible la posibilidad de declarar nulo el contrato, al igual que en la resolución del contrato, las consecuencias para el Estado serian costoso y posiblemente atentatorio contra el principio de continuidad.

5.1.5. Rescisión

Otro sector de la doctrina considera que ante la teoría de la imprevisión podría ser aplicable por los jueces o árbitros, la rescisión por lesión de los contratos. Parecido a la institución que la legislación ecuatoriana contempla como lesión enorme, válida únicamente para bienes inmuebles, la tesis propuesta por el doctrinario Fernando Fueyo Laneri plantea la rescisión desde la naturaleza del artículo 1448 del Código Civil italiano¹¹⁴.

¹¹⁴ **Art. 1448 Azione generale di rescissione per lesione**

Se vi è sproporzione tra la prestazione (att.166) di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori (1934, 1970). Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione (761 e seguenti).

Para fijar un criterio de orientación algunos han acudido a lo que estatuye el artículo 1448 del Código Civil italiano, que se refiere a la rescisión del contrato por lesión. Disposición que adopta un criterio en cierto modo matemático por establecer una medida de la desproporción resultante entre las prestaciones, en forma de que no ocurriendo tal medida no puede darse lugar a la rescisión. El citado artículo exige que la lesión exceda en más de la mitad del valor de la prestación a cargo de la parte que resulta perjudicada, tomándose como base el valor que aquella tenía en el momento de otorgarse el contrato.¹¹⁵

Este artículo plantea la rescisión como una solución a la inequivalencia de prestaciones dentro de un contrato. Sin embargo, en Italia la teoría de la imprevisión tiene sus efectos particulares que le ha dado el propio Código Civil. De igual manera en el Ecuador para los Contratos de Prestación es inaplicable porque no existe dicha institución en nuestro ordenamiento que sea aplicable para los contratos administrativos. La lesión enorme es únicamente aplicable a los contratos sobre bienes inmuebles. Como ya habíamos mencionado, si existe una falta de efectos para la teoría de la imprevisión la acción residual sería a nulidad a pesar que el ordenamiento jurídico no requiere la existencia de una acción particular para pretensiones no dispuestas en la norma. Sin embargo esta institución en específico es inexistente en el Ecuador y su interpretación extensiva hacia la institución de la teoría de la imprevisión solo podría ser de carácter referencial, a pesar que resulta una fórmula exacta para calcular la inequivalencia de prestaciones, lo que resulta de mucha complicación para otras tesis.

5.2. Aplicación

¹¹⁵ Fueyo Laneri, Fernando. "Algo Sobre La Teoría De La Imprevisión." Comp. Raul Tavorari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. p. 18.

La aplicación, por otro lado, se refiere a un tema procesal que trata sobre quien puede ejercer la acción naciente de la teoría de la imprevisión. La legitimación activa de la acción es importante analizarla desde dos perspectivas, desde la privada y desde la administración pública, para así, conjuntamente con la pretensión correctamente formulada, se pueda ejercer el derecho que otorga la teoría de la imprevisión a la parte contractual.

5.2.1. Contratista

La legitimación activa, de acuerdo a esta doctrina, la tiene la contratista privada del Estado. Vale aclarar que cuando se trata de un contrato civil mercantil, privado esta discusión no tiene sentido puesto que el legitimado activo puede ser cualquiera de las dos partes (legitimadas o beneficiadas), el que quiera reestablecer la ecuación económica del contrato. Sin embargo, por tratarse de la administración pública como parte de esta relación jurídica, los conceptos cambian. Siendo pues los contratos petroleros en el Ecuador, contratos públicos, esta discusión se torna plenamente válida.

El principal argumento que esta tesis maneja es que por tratarse de un contrato público habrá inequivalencia entre las partes. Esto sucede por las prerrogativas con las que cuenta el Estado y que nacen del poder que tiene la Administración frente a los administrados, siendo esta una relación de subordinación. Por ende la igualdad de poderes es inexistente. Parecería justo pensar que dicha prerrogativa sea exclusiva del contratista quien pueda blindarse de esta manera de hechos imprevistos. Como ya había

analizado sobre los contratos petroleros en el Ecuador, mucho del riesgo se ha trasladado al contratista privado, por lo que con mayor razón este podría ser un derecho especial con el que únicamente cuenta la contratista. Además que si las circunstancias llegasen a cambiar siendo mayormente onerosas para el Estado, este siempre cuenta con un arma que los privados no tienen, esto es la declaratoria unilateral de terminación anticipada de contrato previsto en nuestro ordenamiento, que es una prerrogativa del Estado. El Estado ya se encuentra blindado de los hechos sobrevinientes que desestabilicen la economía contractual por lo establecido tanto en la ley como en los contratos.

[...] parece obvio que cualquiera de las partes contratantes pueda invocar la teoría de la imprevisión. En tal sentido, parece que también podría invocarla el Estado. No obstante, la doctrina en materia de Derecho público entiende que solo puede hacerlo el contratista del Estado [...] dado que la *ratio iuris* de la imprevisión no coincide con las cláusulas exorbitantes del Derecho privado, que suele titularizar la Administración, ni tampoco con la lesión general o indeterminada de un patrimonio del Estado, que es el de la representación figurada del interés público.¹¹⁶

Por lo tanto, al estar en una clara desventaja frente al poder del Estado, parecería obvio que este pueda ceder este derecho para la contratista para que así, únicamente cuando sea totalmente necesario y excepcional, una causa sobreviniente que genere inequivalencias contractuales, la Administración pueda declarar unilateralmente la terminación. Se intenta buscar una utilización de mayor criterio y racional de esta institución en vista que la acción de la cláusula *rebus sic stantibus* no genera efectos inmediatos.

5.2.2. Administración Pública

¹¹⁶ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11th ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006. p. 563.

A pesar de los derechos de carácter exorbitantes que tiene el Estado, el ser legitimario activo de la teoría de la imprevisión también puede traer consecuencias positivas al inversionista privado. La principal consecuencia es que no se verá obligado, ante un desequilibrio de las prestaciones, a declarar unilateralmente la terminación del contrato. Como ya se había estudiado antes, la terminación unilateral puede ser usada con mayor discrecionalidad o con mayor prudencia, siempre tomando en cuenta el grado de acción y de respuesta que el Estado pueda tener frente a un tipo de acción como las analizadas. Sin embargo, ninguna norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano autoriza a la administración pública ser legitimarios activos de una acción sobre la teoría de la imprevisión. En tal motivo y bajo el principio de legalidad, considero que jurídicamente no habría manera de que el Estado sea el legitimado activo en los posibles arbitrajes por los contratos petroleros nuevos, a pesar que es sumamente injusto e inequivalente para la contratista privada.

Resulta más entendible que el derecho a la legitimación activo lo tenga cualquiera de las dos partes, o quien se haya visto afectado por las prestaciones de mayor onerosidad para reestablecer el balance. Hasta el momento y jurídicamente esa parece ser la opción más objetiva puesto que ni siquiera el contrato menciona o limita este derecho.

Lo que si resulta altamente necesario es la regulación para el Estado sobre como accionar la cláusula *rebus sic stantibus*, de lo contrario, y en base al principio de legalidad, jamás podría ser legitimario activo. El último ejemplo que tuvimos fue en el año 2006 con la ley 48-2006 donde las participaciones petroleras (en base al Contrato de

Participación), se reducían a un 1%. El argumento estatal era la imprevisión sobre la fluctuación de los precios del petróleo, que indudablemente lo fueron en base a la manera excepcional que subieron los precios y en base al contrato cuyo alea no preveía dicha elevación. Sin embargo, la teoría de la imprevisión fue mal utilizada. Además de las razones políticas y económicas, jurídicamente no podía ejercer la acción el Estado frente a las petroleras porque no existe norma que sustente aquello. El reestablecimiento del sinalagma tenía que haberlo hecho el juez o árbitro competente, a petición de la contratista, o por mutuo acuerdo, pero la decisión unilateral de alterar los porcentajes resulta inexplicable para esta teoría que lo que busca es la mejor ejecución del contrato y armonía para las partes. Para que el Estado sea legitimario activo de una acción de este tipo, debe existir una norma expresa en la ley que permita hacerlo, en aplicación del principio de legalidad.

6. Conclusiones y Recomendaciones

La teoría de la imprevisión es una doctrina que si bien ha existido desde épocas romanas, su aplicación práctica ha sido en el Ecuador muy poco precisa, y su entendimiento limitado. Sobre todo en el campo del Derecho Administrativo donde han surgido tesis contrarias a la naturaleza de la teoría y sin considerar ni siquiera los fallos del Consejo de Estado Francés que desarrollan la teoría de la imprevisión. En el ámbito mercantil la cláusula *rebus sic stantibus* ha tenido una mayor aplicación, sobretodo desde el análisis anglosajón del *hardship* que transcribe la cláusula a los contratos. Por estas razones, considero necesario estudiar y aplicar la teoría de la imprevisión.

Esta doctrina puede ser de beneficio para quien conoce del tema, perjudicial para quienes lo desconocen y peligroso para quienes intenten utilizar como argumento ante cualquier tipo de incumplimiento contractual. Para el Ecuador, la teoría de la imprevisión toma un carácter especial en el ámbito del Derecho Administrativo, y en específico, con el Derecho de Hidrocarburos, puesto que son estos contratos públicos, los de mayor incidencia económica para el país. El petróleo ha sido desde la década del setenta, uno de los principales ingresos para el Estado (los ingresos fiscales siguen siendo el mayor ingreso), ya sea por medio de extracción directa o por delegación hacia un privado. También históricamente son las concesiones petroleras a empresas privadas las inversiones y capitales de mayor significación, y como consecuencia de aquello, también se han generado los conflictos de mayor trascendencia para el país.

El mejor ejemplo ha sido la ley 42-2006 reformando la Ley de Hidrocarburos, donde varían los porcentajes de la participación petrolera para que sea mayor hacia el Estado y menor hacia las privadas bajo la afirmación que la fluctuación del precio del petróleo fue imprevisible. Sin embargo, aquí se demuestra la mala utilización de la teoría de la imprevisión, puesto que como consta en el capítulo 5, cualquiera de las tesis de aplicación requiere de una declaración judicial o de un Tribunal Arbitral como el caso del compromiso arbitral suscrito en el Contrato analizado.

Los contratos se modificaron en el 2010 por obligación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, y migraron hacia un nuevo modelo contractual, la Prestación de Servicios. Supuestamente la naturaleza jurídica de esta institución blindaba al Estado de cualquier hecho imprevisto que beneficie a las petroleras privadas. Sin embargo, como está analizado y demostrado en esta tesina, existe posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión en los nuevos contratos.

La primera parte de este trabajo hace una aproximación jurídica sobre la teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano donde no existe norma positiva al respecto. Esta aproximación permite argumentar como una teoría que data cientos de años de aplicación en el derecho administrativo, es posible aplicarla sin norma expresa dentro del ordenamiento. Los principios generales del derecho, la doctrina, la jurisprudencia y en general, la lógica jurídica permiten concluir que la teoría de la imprevisión tiene plena vigencia y validez en el Ecuador, y sobre todo, en los contratos de Prestación de Servicios petroleros. Sin duda, una de las recomendaciones que me

permitiré detallar más adelante es la inclusión normativa de esta teoría para evitar entrar en debates e interpretaciones jurídicas.

Una vez analizada la naturaleza de esta institución y su aplicación en los Contratos de Prestación de Servicios, resulta pertinente analizar bajo qué circunstancias se puede aplicar la teoría de la imprevisión. Ante esto, las dos circunstancias analizadas, son las que posiblemente mayor relieve económico tienen dentro del contrato de Prestación de Servicios: la fluctuación de los costos y la fluctuación de precios del barril de petróleo crudo.

En cuanto a la fluctuación de los costos, se llega a la conclusión que a causa de un hecho imprevisto por las partes y que genere desequilibrio en las prestaciones contractuales, el contratista privado puede accionar la cláusula *rebus sic stantibus*. Los precios de los costos pueden fluctuar por diferentes circunstancias, y si estas circunstancias son imprevistas y sobrepasan el alea normal contractual fuera del riesgo establecido por las partes, es posible pedir que se reestablezca el sinalagma originalmente convenido en los contratos materia de esta investigación. No existe estipulación alguna que impida a la teoría de la imprevisión actuar sobre un posible desequilibrio contractual causado por la fluctuación de los costos. Por ser un contrato cuya naturaleza son los servicios, el incremento de costos solamente podrá desequilibrar la balanza desfavorablemente hacia la contratista privada, por lo que será esta quien tenga el derecho de pedir el reestablecimiento de la ecuación económica contractual.

Una segunda circunstancia analizada en esta tesina es la teoría de la imprevisión frente a la fluctuación de los precios del petróleo crudo. La conclusión obtenida después de la investigación y el análisis jurídico realizado, es que la teoría de la imprevisión no es factible en estos casos. La principal razón es la falta del elemento previsibilidad y las normas tanto legales como contractuales que trasladan el riesgo sobre la fluctuación del precio del petróleo a la contratista privada. A diferencia de la primera circunstancia, la fluctuación de los precios del petróleo no cumple con todos los elementos constitutivos para la aplicación de esta teoría, por lo cual es inaplicable a mí parecer en este caso particular.

Lo que se ha realizado es una comparación entre dos eventos de similares características, como lo es la fluctuación de los costos y del baril de petróleo, para así tener un panorama más claro de esta doctrina y de su aplicación. Se ha logrado demostrar que ante condiciones específicas, y con la voluntad de las partes, la imprevisión, a pesar que nunca dejará de ser un factor, si puede ser disminuido y muchos de sus riesgos trasladarlos a la otra parte. Aquello es exactamente lo que el Estado ecuatoriano realizó en estos nuevos contratos con respecto a la fluctuación del precio del petróleo y como en caso de reducirse el precio menos de la tarifa fija, la empresa privada no podrá cobrar su factura mensual. Esta tesina ha podido demostrar también que la teoría de la imprevisión no es una acción subsidiaria ni es la regla general sino que es la excepción a la regla del principio *pacta sunt servanda* en aplicación del principio de buena fe. Tanto es así que en la circunstancia de notoria imprevisibilidad, como lo es el mercado petrolero, mediante una cláusula en el contrato, el riesgo puede asumirla cualquiera de las partes. Mediante

esta comparación se demuestra no sólo como los requisitos de imprevisión tienen que ser cumplidos en su totalidad, sino que también la teoría de la imprevisión no es aplicable en todos los casos y sólo lo es excepcionalmente como en la fluctuación de los costos.

Esta investigación jurídica no podía estar completa sin un análisis práctico y procesal sobre los efectos y aplicación de la teoría de la imprevisión. En vista que no en muchos países está instituida esta doctrina, y menos en el Ecuador, resulta conveniente para los abogados el analizar las diferentes teorías sobre las pretensiones que se pueden obtener mediante la aplicación de la teoría de la imprevisión. El análisis lleva a la conclusión que el reestablecimiento judicial de carácter subsidiario es la tesis preferente ante estos casos. Obviamente dependerá del caso y del foro al que se acceda para tomar una decisión correcta sobre este tema. Sin embargo, en el análisis de los contratos de Prestación de Servicios petroleros en el Ecuador este tema tiene una solución contractual. En la cláusula sobre resolución de controversias (bajo la hipótesis que ante la falta de acuerdo la teoría de la imprevisión trae consigo un conflicto), se estipula un procedimiento claro. La solución directa y la mediación son medios de auto composición, pero en la heterocomposición, será la arbitral. En tal caso, y ante los fracasos de auto composición, serán los árbitros designados por este contrato, con sede en Chile y en aplicación de la ley ecuatoriana quienes decidan sobre el reestablecimiento de sinalagma contractual original. Ante la falta de arreglo en las negociaciones, se genera un conflicto por intereses incompatibles entre las partes, lo cual en base al principio de tutela judicial efectiva y al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, el Estado está en la obligación de resolver. En tal medida, frente a una demanda en base a la teoría de la

imprevisión, ni el juez ni el árbitro se podrán declarar incompetentes en razón de la materia.

La pertinencia de esta tesina solamente el tiempo lo decidirá. Ya sea con los eventos aquí analizados (que son los de mayor ingerencia económica y probabilidad fáctica), o por otros cuyo análisis serán de similares cortes. La verdadera intención de este trabajo es intentar borrar la inocencia jurídica frente a los contratos petroleros anteriores, y comenzar con el análisis de estos nuevos contratos, que como he mencionado anteriormente, son totalmente nuevos. Diferentes a cualquier otro contrato, y si bien se llaman de prestación de servicios, la naturaleza de la prestación estipulada en el Código Civil, no está reflejada en estos contratos. Es pertinente prever los problemas que estos contratos nuevos van a traer. Resulta imposible tener un contrato que se ajuste plenamente a las necesidades de los gobiernos, y menos aún de gobiernos dogmáticos y extremistas. He logrado demostrar que a pesar que pudieron alejar el riesgo de la fluctuación de los precios del petróleo hacia la contratista privada, existen otros elementos de gran relevancia económica para el contrato como lo es la fluctuación de los costos, que también pueden generar imprevisión. Es necesario que se plantee la teoría de la imprevisión, puesto que lo que se tiene que salvaguardar es el interés público, pero un interés público bien entendido. Se tiene que salvaguardar el interés de todos en tener buena fe contractual y en saber que los contratos se tienen que cumplir de buena fe o de lo contrario son ejecutables ante una autoridad judicial. Se tiene que salvaguardar también el derecho de todos los privados a tener una seguridad sobre sus inversiones y sobre la ecuación económica que se habían planteado, pues, de lo contrario, la

inseguridad es lo que reinaría y la desconfianza sería el elemento principal de todo contrato. Se tiene que salvaguardar también el principio de derecho sobre la continuidad en los contratos administrativos. Tanto el Estado como los privados tenemos derecho a tener condiciones contractuales equánimes, justas y tener la seguridad que ante eventos imprevistos que cambien lo pactado, exista una autoridad que pueda retomar el camino del equilibrio.

Por las razones antes expuestas resulta necesario, sobretodo en el ámbito del Derecho Público, pero también para el Derecho Privado, tener una norma clara y consistente que viabilice la teoría de la imprevisión. Legislaciones como la del Perú y la de Italia ya estipulan la aplicación y los efectos específicos que la teoría va a tener en cada caso. De esa manera el Estado y las contratistas privadas, en el caso estudiado de las concesiones petroleras, se evitarían la interpretación de las diferentes tesis existentes sobre esta doctrina. Recomiendo que por seguridad jurídica, tanto el Código Civil, la Ley de Contratación Pública, y la Ley de Hidrocarburos se reformen en el sentido de introducir un artículo correspondiente a la teoría de la imprevisión. Después del análisis realizado considero que en el Ecuador la reforma debería ser en el sentido de obtener una decisión judicial para reestablecer el sinalagma contractual, solo si fallasen las negociaciones directas. Creo que de esta manera se protegen los derechos de las partes, no se vulnera el principio *pacta sunt servanda* y es consecuente con la naturaleza jurídica e histórica de esta institución, sobre todo el principio de aplicación excepcional. A continuación propongo el posible texto del artículo legal correspondiente a la teoría de la imprevisión:

Art. (...).- Si por un hecho imprevisto y sobreviniente al contrato, y que subyace el riesgo normal pactado originalmente, el equilibrio económico contractual se ve quebrantado, la parte afectada con la excesiva onerosidad de las prestaciones, tendrá derecho a acudir ante la instancia judicial pertinente para reclamar el reestablecimiento de la ecuación económica contractual.

Para acceder a este derecho la parte accionante deberá demostrar que ha agotado la negociación directa con la otra parte a fin de reestablecer el equilibrio económico.

Ha sido mi intención, ahondar en el análisis jurídico del derecho público petrolero en el país. En un país que vive y depende del petróleo y por ende de la exploración y explotación que las compañías privadas hacen a nombre del Estados ecuatoriano. El análisis jurídico se ha realizado en un tema de fina ingeniería jurídica, como lo es la teoría de la imprevisión en el Derecho Administrativo, pero con grandes repercusiones económicas y políticas. Es entonces, importante recalcar, que la teoría de la imprevisión es aplicable en el Ecuador a los Contratos de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación de Petróleo Crudo bajo ciertas circunstancias. Circunstancias como la fluctuación de los costos de producción, que a pesar de contar con factores de corrección, estos no impiden la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; y que esta aplicación tiene sus diferentes tesis de aplicación, en el caso de este contrato, está previsto que sea la solución de la controversia ante un tribunal arbitral.

La teoría de la imprevisión en los contratos petroleros es tan previsible como la muerte. Se sabe que llegará, pero no se sabe cuando, pues la historia así lo ha planteado y

no toda circunstancia puede estar prevista en el contrato. Y cuando ese momento suceda, es necesario estar preparado para defender los contratos petroleros que simbolizan la seguridad jurídica, el estado de derecho y el respeto a los derechos de los administrados.

BIBLIOGRAFIA

- Abbati, Enrique L., e Ival Rocca. *Teoría De La Imprevisión*. Editorial Astrea. 28 Nov. 2010. <http://www.lexisnea.com.ar/base_de_datos/Doctrina/0001.pdf>.
- Aguera, Sergio. "La Clausula "rebus sic stantibus", ¿Una Posible Solución Para Aquellos Que No Pueden Cumplir Con Sus Obligaciones Contractuales?" *Diario Jurídico*. Diario Jurídico. Web. 16 Mar. 2011. <www.diariojuridico.com/opinion>.
- Aldana, Daniel. "Manual De Derecho Minero E Hidrocarburos." *Calaméo – Publish and Share Documents*. 28 Nov. 2010. <http://en.calameo.com/read/000047349dd0e019edde5>
- Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos: Civiles, Comerciales, De Consumo: Teoría General*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1998.
- Borda, Guillermo A. *Manual De Contratos*. 18th ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998.
- Bustelo, Ernesto. *Contratos Administrativos*. Director Ismael Farrando. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- Consejo de Estado Francés. *Empresa Nacional de Tranvías vs. Empresa de Obras Públicas*. 1910.
- "Consumer Price Index (CPI)." *U.S. Bureau of Labor Statistics*. 26 Junio 2011. <<http://www.bls.gov/cpi/>>.
- De La Maza Ribadeneira, Lorenzo. "La Teoría De La Imprevisión (I) (II)." Comp. Raúl Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009. 652-755.
- De La Puente Y Lavalle, Manuel, Ziches Jorge. Muñiz. *Temas De Derecho Contractual*. Lima, Perú: Cultural Cuzco, 1987.

- Dromi, Roberto. *Las Ecuaciones De Los Contratos Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial De Ciencia Y Cultura, 2001.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11th ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006.
- Emili, Eduardo O. *Contratos Administrativos*. Director Ismael Farrando. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002.
- Fucci, Frederick R. "Hardship and Changed Circumstances as." *Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*. 30 Nov. 1999. 1 Junio 2011. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>>.
- Fueyo Laneri, Fernando. "Algo Sobre La Teoría De La Imprevisión." Comp. Raul Tavolari Oliveros. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales Derecho Civil Obligaciones*. Vol. 1. Santiago De Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009.
- García De Enterría, Eduardo, Tomas Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo Tomo I*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- Guzmán Avalos, Aníbal. "La Imprevisión De Los Contratos." *El Derecho De Contratos En Los Umbrales Del Siglo XXI-Memorias De La Jornadas Internacionales De Derecho De Los Contratos Celebrados En La Habana, Cuba, En El Periodo 2001-2007*. Comp. Leonardo B. Pérez Gallardo. Sao Paulo: MP Editora, 2007. 367-91.
- Huerga Lora, Alejandro. "Jurisprudencia Sobre Contratos." *Revista General De Derecho Administrativo No. 6*. IUSTEL, Sept. 2004. Web. 14 Mar. 2011. <www.iustel.com>.
- Huerga Lora, Alejandro. "Contratación Administrativa." *Revista General De Derecho Administrativo No. 21*. IUSTEL, 2009. 14 Mar. 2011. <www.iustel.com>.
- López Díaz, Carlos. *Revisión De Los Contratos Por Circunstancias Sobrevinientes*. Santiago: Librotecnia, 2009.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Código Civil Comentado Contratos Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

- Long, Marceau, Prosper Weil, Guy Braibant, P. Delvolve, B. Genevois. *Los Grados Fallos De La Jurisprudencia Administrativa Francesa*. Trans. Leonardo Augusto Torres Calderón y Humberto Mora Osejo. Bogota: Ediciones Librería Del Profesional, 2000.
- Margadant, Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura Jurídica Contemporánea*. Naucalpan: Editorial Esfinge, 2005.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado De Derecho Administrativo*. Vol. III-A. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1994.
- Mekki, Mustapha, and Kloepfer Pelese. "Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract". 25 Junio 2011. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511>.
- Muñoz Marrugo, Lorena. "Commodities: Riesgo Y Rentabilidad | Vanguardia.com." *Noticias De Bucaramanga, Santander Y Colombia - Vanguardia.com*. Web. 19 June 2011. <<http://www.vanguardia.com/historico/5542-commodities-riesgo-y-rentabilidad>>.
- Parraguéz, Luis. *Apuntes Sobre Negocio Jurídico*. No publicado.
- Parraguéz, Luis. *Manual De Derecho Civil Ecuatoriano Libro Cuarto: Teoría General De Las Obligaciones*. 1st ed. Vol. 1. Loja: Universidad Técnica Particular De Loja, 2006.
- "Producer Price Index (PPI)." *U.S. Bureau of Labor Statistics*. 26 Juio 2011. <<http://www.bls.gov/ppi/>>.
- Pulinckx, A. H. "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall Der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances." *Trans-Lex.org Law Research*. 25 Junio 2011. <<http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=128100>>.
- Sánchez Lorenzo, Sixto. "Hardship En La Contratación Internacional: Principios Comunes Para Una Unificación Desde El Derecho Comparado." *Google Books*. 25 Junio 2011. <<http://books.google.com/books?id=VTCSrehMOboC>>.
- Silva García, Fernando. "Una Aproximación a La Visión De La Corrección Del Desequilibrio Contractual Desde La Perspectiva De a Jurisprudencia Arbitral." *Revista E-Mercatoria*.

2007. 25 Junio 2011.
<<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/emerca/article/view/2062>>.

Tavolari, Oliveros Raúl. *Doctrinas Esenciales: Derecho Civil*. Santiago, Chile: PUNTOLEX, 2010.

Tribunal Supremo (España), Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Recurso de Casación No. 6957/2005, ponente: José Manuel Banderas Sánchez-Cruzat.

Van Houtte, Hans. "Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda." *Trans-Lex.org Law Research*. 18 Junio 2011. <<http://www.trans-lex.org/117300>>.

Willi, Joachim. "The "Reasonable Man" in United States and German Commercial Law." *Trans-Lex.org Law Research*. 19 Junio 2011. <<http://trans-lex.org/124800>>.

PLEXO NORMATIVO

Constitución del Ecuador. Registro Oficial # 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial Suplemento 244 de 27 de Julio del 2010.

Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial # 711 de 15 de noviembre de 1978.

Código Civil Registro Oficial Suplemento # 46 de 4 de junio de 2005.

Reglamento sustitutivo al reglamento de aplicación de la ley número 42-2006 reformatoria a la ley de hidrocarburos. Registro Oficial Suplemento # 312 de 13 de Julio de 2006.

Ley de Modernización. Registro Oficial #349. 31 de Diciembre de 1993. Reformado 27 de febrero de 2009.

Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Registro Oficial #338. 18 de marzo de 1968. Reformado 28 de diciembre de 2001.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento #395. 4 de agosto de 2008. Reformado 16 de octubre de 2009.

Código Civil Español

Código Civil Peruano

Código Civil Italiano

UNIDROIT Principles