PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

"LA TEORÍA DE LA IMPREVISIBILIDAD CONTRACTUAL EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS"

TERESA GRACE CHIRIBOGA ERAZO

DIRECTORA: AB. CARMEN SIMONE.

QUITO, SEPTIEMBRE DE 2014

Quito, 12 de junio de 2014

Señor Doctor
Santiago Guarderas
DECANO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Presente

De mi consideración:

Me refiero a su oficio en el cual me comunica la designación como informante de la Tesina "LA TEORIA DE LA IMPREVISIBILIDAD CONTRACTUAL EN LA COMPRA VENTA INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS" de la señorita TERESA GRACE CHIRIBOGA ERAZO.

La tesina realizada propone un tema importante como es la aplicación de la teoría de imprevisibilidad en el caso de contratos internacionales de hidrocarburos.

Pare ello, me parece adecuado el análisis que se realiza sobre la evolución histórica de la teoría de imprevisibilidad para luego establecer su no aplicación en la esfera nacional y la comparación con otros sistemas en que se acoge esta teoría.

También me parece adecuado el análisis realizado sobre la naturaleza jurídica del contrato de compra venta internacional de hidrocarburos y el esfuerzo por tratar de establecer la formula en la que se aplicaría la teoría a este tipo de contratos.

Me parecen apropiada las conclusiones y recomendaciones formuladas.

Considero, en definitiva que el tema ha sido apropiado, la bibliografía suficiente y las conclusiones constituyen un aporte para la ciencia jurídica, lo que califico el trabajo con la nota de diez sobre diez.

Atentamente,

Dr. René Bedón Garzón
PROFESOR

Quito, 26 de junio de 2014

Señor Doctor
Santiago Guarderas
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Ciudad.-

De mi consideración:

Asunto: Informe de tesis Teresa Grace Chiriboga Erazo

1) **Resumen del contenido de la tesis.-**

La tesis "Teoría de la Imprevisibilidad contractual en la compraventa internacional de hidrocarburos", constituye un análisis de la teoría de imprevisión, también conocida como "excesiva onerosidad sobrevenida" o hardship" que permite la adecuación o resolución de un contrato en caso de que durante la ejecución del contrato se modifiquen las circunstancias que motivaron la celebración del mismo. El análisis se concentra en la posibilidad de aplicación de la indicada teoría a los contratos de compraventa internacional de hidrocarburos.

2) **Aspectos relevantes y positivos.-**

Debo destacar como aspectos positivos de la tesis los siguientes:

2.1. El tema es interesante y actual en el contexto de las renegociaciones de contratos petroleros que ha efectuado el Estado ecuatoriano.

2.2. Se evidencia una excelente investigación bibliográfica.

3) Observaciones.-

Con relación a la Tesis objeto de este informe, tengo las siguientes observaciones:

3.1. No se ha hecho un planteamiento correcto del problema. La tesis es más bien un documento descriptivo y no de demostración de una hipótesis.

3.2. No se ha hecho un análisis de la legislación ecuatoriana y de la jurisprudencia nacional.

3.3. Habría sido más interesante analizar el caso de las renegociaciones de los contratos de explotación petrolera efectuados por el Estado ecuatoriano.

4) Calificación.-

Una vez analizada la Tesis presentada para informe y en base los aspectos relevantes y positivos y las observaciones que constan en este informe, otorgo la calificación de 8/10.

Atentamente,

Dr. Juan Francisco Palacios I.

Docente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
12-09-2014
SECRETARÍA
QUITO

A mi madre,
quien con esfuerzo y determinación
me ha impulsado a lo largo
de todo mi camino.

A mi abuelita,
quien con su ejemplo me demostró
que la vida es una batalla
en la cual es posible vencer.

AGRADECIMIENTOS

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en especial a la Facultad de Derecho, por sus invaluables enseñanzas, en el ámbito jurídico y personal.

A mi directora, Ab. Carmen Simone, por la guía en la ardua labor de elaboración de este trabajo.

ABSTRACT

La presente disertación plantea la Teoría de la Imprevisión contractual, generalmente conocida como hardship o excesiva onerosidad superviniente. Desde sus inicios, hasta las vigentes reglamentaciones tanto en el Derecho europeo, como en el Derecho Latinoamericano. Se plantea la posibilidad de enfocar dicha Teoría y sus efectos en el ámbito de compraventa internacional de hidrocarburos, teniendo en cuenta que dicho campo de actuación es considerado como un sector estratégico para el desarrollo nacional. Por último, se analizará si la Teoría de la Imprevisión puede plantearse como un tipo de novación a la luz de la legislación ecuatoriana vigente.

PALABRAS CLAVES

Teoría de la Imprevisión, hardship, obligación, excesiva onerosidad sobrevenida, Incoterms, pacta sunt servanda, rebus sic stantibus, Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, hidrocarburos, compraventa, novación, equilibrio económico contractual.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 8

CAPÍTULO I

TEORÍA DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

1.1 Generalidades 11

1.2 Desarrollo y evolución histórica. 11

1.3 Definición doctrinaria 21

1.4 Supuestos de aplicación

1.4.1 Conmutatividad y onerosidad 27

1.4.2 Contratos de obligación diferida o continuada 28

1.4.3 Ocurrencia de hechos posteriores, extraordinarios e imprevisibles 29

1.4.4 Prestación posterior excesivamente onerosa 31

1.4.5 Ausencia de mora, culpa o dolo 32

1.5 Cláusulas y teorías relacionadas

1.5.1 Teoría de la cláusula "Rebus Sic Stantibus" 33

1.5.2 Teoría de la Presuposición 34

1.5.3 Teoría de la Base del Negocio 37

1.5.4 La Frustración del Fin 39

1.5.5 Doctrina de la Imprevisión 41

CAPÍTULO II

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS

2.1 Compraventa internacional

2.1.1 Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías 44

2.1.1.1 Internacionalidad y uniformidad 45

2.1.1.2 Buena fe 51

2.1.1.3 Usos convencionales y costumbre mercantil 54

2.1.2 Definición de compraventa de acuerdo a la Convención de Viena 57

2.1.3 Características del contrato de compraventa internacional.

2.1.3.1 Consensual 59

2.1.3.2 Bilateral 60
2.1.3.3 Oneroso 60
2.1.3.4 Principal 61
2.1.3.5 Típico 61
2.1.3.6 Conmutativo 62
2.1.3.7 Ejecución instantánea 62
2.2 Generalidades sobre el mercado internacional de hidrocarburos 62
2.3 Características de la compraventa externa de hidrocarburos.
2.3.1 Naturaleza mercantil 64
2.3.2 Venta a entregar 65
2.3.3 Falta de individualización. 66
2.3.4 Internacionalidad 67
2.4 Fuentes de la compraventa internacional de hidrocarburos
2.4.1 Fuentes privadas 67
2.4.1.1 Contratos tipo y condiciones generales 67
2.4.1.2 Reglas de Varsovia y Oxford 68
2.4.1.3 Definiciones americanas del comercio extranjero 69
2.4.1.4 Incoterms 70
2.4.2 Fuentes de origen estatal 74
2.5 Clases de ventas internacionales de hidrocarburos
2.5.1 Ventas FAS y FOB 75
2.5.2 Ventas CIF 77

CAPÍTULO III

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIBILIDAD CONTRACTUAL EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS.

3.1 La Teoría de la Imprevisión y el principio Pacta Sunt Servanda.
3.1.1 Definición del principio Pacta Sunt Servanda. 79
3.1.2 Alcance jurídico. 79
3.1.2.1 Seguridad jurídica 80
3.1.3 El principio Pacta Sunt Servanda en la compraventa internacional 82
3.2 Equilibrio económico del contrato internacional.
3.2.1 Concepto 84

3.2.2 Quiebre del equilibrio económico contractual 86
3.3 La cláusula de hardship
3.3.1 Aplicación en el ámbito mercantil 94
3.3.2 Consecuencias de la aplicación de la cláusula de hardship en una relación contractual de compra venta internacional de hidrocarburos. 97
3.3.3 El hardship como un tipo de novación
3.3.3.1 Concepto de novación 102
3.3.3.2 Elementos esenciales para la novación 104
3.3.3.3 ¿Constituye el hardship un tipo de novación a la luz de la legislación ecuatoriana? 111

CONCLUSIONES 113

RECOMENDACIONES 116

ANEXOS 118

BIBLIOGRAFÍA 136

INTRODUCCIÓN

La contratación comercial ha mantenido como base los principios fundamentales de pacta sunt servanda y buena fe contractual como los pilares de los acuerdos entre las partes desde los tiempos de su concepción, en la Antigua Roma. Por casi dos mil años dichos principios, especialmente el pacta sunt servanda, han sido incontables en la doctrina jurídica, sufriendo estos muy pocos cambios a lo largo de los años en cuanto a su interpretación y efectos.

Debido a que nuestro sistema legal se encuentra fuertemente ligado a la tradición romanista como consecuencia de sus orígenes, es casi impensable que pueda aceptarse una doctrina en la cual el principio pacta sunt servanda se ve supeditado al principio de buena fe contractual, convirtiendo a este último en un principio superior.

Las exigencias del mundo actual requieren que el derecho evolucione en función de los requerimientos de una nueva generación de comerciantes, quienes incursionan en un mundo globalizado. Esto quiere decir que las fronteras, tanto físicas como económicas, cada vez son más escasas, favoreciendo el creciente intercambio de bienes y servicios.

Bajo esta óptica, los contratos internacionales se han vuelto más comunes, más flexibles, y han encontrado en organismos internacionales como la Comunidad Europea, la Cámara Internacional de Comercio (ICC por sus siglas en inglés) o la UNIDROIT, fuentes prolíficas de legislación y recopilación de normas y principios jurídicos fundamentales en las negociaciones mercantiles internacionales.

Sin embargo, no son solo los efectos benéficos de la globalización los que traspasan las fronteras. Ahora más que nunca, la economía global se encuentra interconectada, haciendo posible que circunstancias ajenas a la previsión de los contratantes, afecten el negocio pactado. Esto conlleva el efecto de terminar con el equilibrio económico del contrato, exteriorizándose en excesiva onerosidad para una de las partes.
La Teoría de la Excesiva Onerosidad, de la Imprevisión o hardship se ha encontrado en el ojo del huracán desde su surgimiento puesto que sus efectos permite a las partes

renegociar las cláusulas del contrato, readaptándolo a las nuevas circunstancias del medio económico. De esta manera se genera equidad en la contratación comercial, sin embargo, para ello se sacrifica la santidad del contrato original y la rigidez de la máxima "el contrato es ley para las partes".

Es ineludible que las transacciones comerciales actuales plantean una increíble velocidad. La velocidad con las que se perfeccionan las operaciones mercantiles establecen la diferencia entre un comerciante exitoso y el resto de sus colegas. Es indispensable determinar que los comerciantes siempre tendrán en la mira la satisfacción de las necesidades que los llevaron a contratar, para de esta manera surtir al mercado de bienes y servicios.

En este punto, se puede observar que en el mundo moderno globalizado uno de los mayores retos a los que se enfrentan los comerciantes son estas condiciones imprevisibles que pueden generarse a lo largo del cumplimiento del contrato, aquellas que aun teniendo la cautela debida, no pudieron ser anticipadas. Los efectos de una crisis económica mundial, de un conflicto bélico o simplemente la especulación, pueden terminar de manera rotunda con un negocio que en su inicio se concebía como prometedor.

En este ámbito de cambios es donde se desarrollan las actividades del mercado de hidrocarburos. Este mercado es uno de los de mayor importancia para nuestro país. El Ecuador, al ser un país en desarrollo, aún conserva ciertos modelos extractivistas, que pretenden obtener financiamiento para la economía estatal mediante la explotación de sus recursos naturales. Sin embargo, la naturaleza del mercado hidrocarburífero mundial es totalmente inestable, a pesar de los esfuerzos de organizaciones internacionales como la Oragnización de Países Exportadores de Petróleo para mitigar la especulación en materia de precios y políticas estatales en el trafico hidrocarburífero.

Hemos visto como en años anteriores las posibilidades de renegociar un contrato petrolero han sido consideradas como un gran fracaso, dejando como única solución para la administración la terminación unilateral del contrato. Esta salida ocasiona

graves daños para ambas partes contratantes, especialmente porque afecta la imagen global del estado ecuatoriano como contratante serio, un factor fundamental en el ámbito internacional.

Es por esto, que el Ecuador necesita generar mecanismos que permitan precautelar sus intereses nacionales, a la vez que le permitan mantener a sus socios comerciales. De esta manera la investigación de las nuevas corrientes en cuestiones jurídicas, entre ellas la materia de excesiva onerosidad, puede beneficiar a las transacciones tanto públicas como privadas.

Su aplicación dependerá de un estudio sistemático y de una posible adaptación de la legislación actual para que permita expresamente la aplicación de esta doctrina, especialmente a relaciones estatales. Por tanto, resulta necesario determinar el potencial que puede tener la aplicación de una cláusula de hardship en los contratos petroleros, y los efectos que la misma puede tener dentro de la contratación mercantil internacional de nuestro país.

CAPÍTULO I

TEORÍA DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

1.1 Generalidades

La excesiva onerosidad sobreviniente, comúnmente llamada "hardship" en el tráfico internacional, es una figura ampliamente discutida y polémica, especialmente debido al quiebre que esta teoría reporta en cuanto al estricto principio "pacta sunt servanda". Su desarrollo, esencialmente a partir del siglo XVIII, ha llevado que se torne usual en el tráfico internacional. Sin embargo, de acuerdo a varios autores, aún no ha alcanzado el status de principio del derecho internacional, por lo cual es esencial su mención en los contratos internacionales para su posterior aplicación en caso de conflicto entre las partes.

1.2 Desarrollo y evolución histórica.

Al igual que innumerables figuras dentro de nuestro sistema jurídico, el origen de la Teoría de la Excesiva Onerosidad Sobreviniente o hardship, puede deducirse de la evolución del antiguo Derecho Romano. La doctrina se encuentra de acuerdo que dentro de los sistemas romanísticos han persistido dos mecanismos para aplacar los efectos del incumplimiento del contrato. El primero hace referencia a circunstancias en las que el cumplimiento del contrato se haría imposible para cualquier persona en general, resultando en inexistencia de responsabilidad por parte del deudor. El segundo caso, se presenta cuando la ejecución del contrato se hace imposible solamente para el deudor, el cual queda eximido de responsabilidad siempre y cuando se compruebe que no ha existido negligencia o culpa de su parte[1].

Sin embargo, se planteó una tercera posibilidad, aún en tiempos de la Antigua Roma, de manos de los jurisconsultos Cicerón y Séneca, quienes propusieron la idea de adaptar los contratos y negocios jurídicos en caso de ocurrir una circunstancia imprevisible y extraordinaria[2]. Séneca determinó que "*Omma esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneases*", es decir, que las condiciones existentes al

[1] Horn, Norbert, "*Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law*", in: Horn (ed.), "*Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*", Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. 1985, p.18

[2] Ingeborg Schwenzer, "*Force majeure and hardship in international sales contracts*". Internet. http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf. Acceso. 04/06/2013

momentos del perfeccionamiento del contrato debían ser las mismas al momento del cumplimiento del mismo, para mantener así la promesa dada. Mientras que Cicerón planteó lo siguiente: "*Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insamens, reddere peccatum sit, officium non reddere*", en el cual, a modo de ejemplo, determina que no es contrario a la ley retener una espada que le ha sido entregada a un depositario, cuando el dueño ha perdido la razón[3]. Este es el punto en el cual se iniciará el incipiente desarrollo de lo que hoy en día se conoce como la cláusula "rebus ric stanctibus".

Los criterios de los grandes jurisconsultos romanos son tomados por los iusnaturalistas. La glosa que se incorporó al criterio de San Agustín en el Decretum Gratiani, será la primera formulación de la doctrina actual. En ella se establece "*semper subintellegitur haec conditio, si res in eodem statu manserit.*"[4] Ello nos lleva a determinar que se consideraba que dentro de todo contrato existía una cláusula tácita mediante la cual se entendía que determinadas circunstancias esenciales no cambiarán. Esto hacia posible que, en el caso que existiera un cambio fundamental en las circunstancias que rodean al contrato y el mismo resulte en excesiva onerosidad para una de las partes, dicha parte contractual podía solicitar la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus[5]. De igual manera los comentaristas Bartolo de Sassoferrato y su discípulo, Baldo de Ubaldis, nutrieron esta corriente con el desarrollo del siguiente texto: "*Contrctus qui habent tractorum succesivum et dependientiam de futurum, rebus sic standibus intelliguntur* (los contratos a término o de tracto sucesivo se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado)"[6]

Posteriormente, Santo Tomás de Aquino, en la Suma Teológica, será el responsable de afirmar que el incumplimiento de una obligación contractual no se considera pecado, si *sint mutatae conditiones personarum et negotiorum*[7]. Como corolario a estos hechos,

---

[3] Zimmermann, Reinhard. *"The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition".* Munich Cape Town 1990. Pág. 580

[4] Ibidem, pag. 581

[5] Fucci, Frederick. *"Hardship and Changes Circunstances Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. Practical Considertaions in Internationla Infraestructure Investment and Finance."* Internet. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html#i Acceso: 04/06/13

[6] Jaramillo, Carlos Ignacio, "*El renacimiento de la cultura Jurídica en Occidente*", citado por Oviedo Albán, Jorge, en "*Estudios de Derecho Mercantil Internacional*". Bogotá. Grupo Editorial Ibañez. 2010. pág. 252

[7] Simone, Carmen Amalia. "*El Hardship en la contratación comercial internacional*". FORO Revista de Derecho No. 5. Quito, 2006, pag. 79.

Zimmerman señala que durante el siglo XVII la Teoría de la Imprevisión sufrió un desarrollo notable, debido a los acontecimientos bélicos de la época.

Sin embargo, durante el siglo XVIII, la doctrina se ve afectada seriamente por el surgimiento de las estrictas corrientes contractualistas defensoras del principio de la autonomía de la voluntad. En virtud de este principio, se entiende que las partes pactan libremente y tienen conciencia de los diversos riesgos que supone el negocio, de esta manera aceptan las consecuencias que se generen en la ejecución del convenio. Como consecuencia de ello, se determina que el contrato se convierte en ley para las partes. Ya que las partes contratantes expresaron su consentimiento, es inadmisible que tiempo después una de ellas demande la revisión del contrato. La tesis de la Autonomía de la Voluntad alcanza su cumbre con la expedición del Código Civil francés de 1804 en su artículo 1134.[8] Oviedo Albán señala que:

> "El derecho francés pensó que dado que el contrato era ley para las partes y no podía terminarse sino por alguna de las causales señaladas y teniendo en cuenta que ambas partes habían consentido de manera libre y voluntaria en situación de igualdad, no podía excusarse alguna de ellas del incumplimiento de las prestaciones nacidas del contrato, alegando que la prestación era difícil de cumplir por haber sobrevenido un cambio de carácter económico que hiciere excesivamente onerosa dicha prestación"[9]

Aún dentro de nuestro Código Civil se puede observar una disposición similar al del Código Francés, emanada del artículo 1561[10]. Para Alterini, el fundamento principal de la rigidez original de la doctrina de la Autonomía de la Voluntad, radica en "(...) la necesidad de que el ordenamiento jurídico reconociera la fuerza jurídica de la voluntad, ya no en razón de considerarle como valor ético dimanante de la persona, sino con respuesta a requerimientos del ordenamiento jurídico (...)"[11]

---

[8] Las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley entre quienes las han hecho.

[9] Oviedo Albán Jorge. "*Estudios de Derecho Mercantil Internacional*". Bogotá. Grupo Editorial Ibañez. 2010. Pág. 213

[10] Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales

[11] Alterini, Atilio Anibal. "*Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*". Internet. https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/material_docente/bajar?id_material=150228. Acceso 06/06/2013.

Después de casi un siglo en el que se aplicó el rígido principio de la autonomía de la voluntad, los doctrinarios empezaron a cuestionarse su implacable aplicación. Sucesos globales tales como la Primera y Segunda Guerras Mundiales, la caída de la Bolsa de Valores en los años treinta, la inestabilidad económica en los años subsiguientes y el desarrollo tecnológico han tenido gran impacto en el cumplimiento de las obligaciones, haciendo que figuras tales como la fuerza mayor sencillamente no puedan ser aplicadas por la falta de configuración de sus elementos. Es importante mencionar que bajo estas circunstancias el contrato no se volvía imposible de cumplir, sino solamente se tornaba más oneroso para una de las partes, quebrando de esta manera el equilibrio económico del contrato.

Es paradójico, sin embargo, que el mismo país que impulsó en su momento la rígida Teoría de la Autonomía de la Voluntad haya emitido el fallo inicial para el desarrollo de la Teoría de la Imprevisión en el siglo XX. En 1904 el Municipio de la ciudad de Burdeos celebró un contrato con la compañía de gas para la provisión del servicio de alumbrado público a cambio de una contraprestación dineraria, tomando en cuenta que la materia prima para el cumplimiento de la obligación era el carbón y el precio del mismo al momento de celebrarse el contrato. Con el inicio de la Primera Guerra Mundial y la invasión alemana a la cuenca carbonífera del norte de Francia, el suministro de carbón se encareció notablemente puesto que ahora debía ser importado desde Gran Bretaña, por lo cual la compañía de gas demandó a la municipalidad la revisión de los términos contractuales y una indemnización por las pérdidas sufridas debido al alza del precio del carbón. Entre las cuestiones a analizarse se encontraba si "(...) la variación del precio de las materias primas en razón de circunstancias económicas constituye un riesgo del contrato, que, según el caso, puede ser favorable o desfavorable para el concesionario y continua siendo por su cuenta y resigo, por cuanto se reputa que cada parte tuvo en cuenta ese riesgo en los cálculos y previsiones que efectuó antes de comprometerse (...)"[12] En primera instancia, el consejo de la prefectura de Gironda falló a favor de la municipalidad.

Sin embargo, el fallo fue apelado ante el Consejo de Estado, el mismo que decidió a favor de la compañía de iluminación en sentencia de marzo de 1916. El Consejo ordenó al

[12] Loung, Marceau. "*Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*". Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2000. Pág. 117

municipio renegociar las condiciones contractuales y pagar la correspondiente indemnización a la compañía. Existen dos consideraciones esenciales que tomó en cuenta el Consejo dentro de su fallo:

- Deben acaecer una serie de sucesos excepcionales, que no dependen de la voluntad de las partes y que razonablemente no se podían prever al celebrarse el contrato[13]
- La alteración debe ser de carácter temporal, pues si fuere definitiva cabría la acción de resolución del contrato por fuerza mayor.[14]

Así mismo, es interesante mencionar que si bien en materia administrativa los fallos franceses suelen acoger la teoría de la imprevisión contractual, no ocurre lo propio en los fallos en materia civil, en los cuales se tienden a resolver el contrato por causas de fuerza mayor o se condena al pago de indemnizaciones por incumplimiento de la obligación.

Tras la Primera Guerra Mundial, se da un importante desarrollo jurisprudencial en Alemania como respuesta a los desequilibrios contractuales productos de la inflación, insospechada en el momento del perfeccionamiento del contrato. Este es el inicio de la "Wegfall der Geschäftsgrundlage" o Teoría de la Base del Negocio, "consistente en la posibilidad de determinar o renegociar el contrato, en la medida en que dichos eventos hagan desaparecer la base negocial que había sido acordada por las partes."[15] Sobre esta Teoría ahondaremos más adelante.

Por otra parte, en Italia se ha expedido una solución directa desde 1942, al contemplar en su Código Civil la excesiva onerosidad sobreviniente. Es así que en su artículo 1467 se establece que:

> "En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación a cargo de una de las partes se vuelve excesivamente onerosa por el advenimiento de hechos extraordinarios e imprevisibles, la parte deudora de dicha prestación puede demandar la resolución del contrato, dándose a la parte demandada la posibilidad de ofrecer la modificación de las condiciones alteradas." [16]

[13] Loung, Marceau, ob. cit., pag. 119.
[14] Loung, Marceau, ob. cit., pag. 120.
[15] Oviedo Albán, Jorge, ob. cit., pag. 255
[16] Oviedo Albán, Jorge, ob. cit., pág. 256

En Inglaterra se ha establecido una doctrina muy similar a la alemana, basada en la frustración del fin del contrato. Esta doctrina consiste en "considerar libres a las partes de las obligaciones del mismo, en la medida en que el propósito del contrato se hubiere frustrado". [17] Su origen se remonta a los denominados "Casos de la Coronación", los cuales serán estudiados a fondo en posteriores apartados.

En el caso de los Estados Unidos, los tratadistas reconocen que existe mayor flexibilidad en caso de ocurrir un cambio significativo de circunstancias, en comparación con las corrientes dominantes en Inglaterra. Dentro de su régimen jurídico se contempla la doctrina de "Comercial Impracticability", la misma que da lugar a la terminación del contrato cuando se presenta un impedimento objetivo para su cumplimiento, así como un concepto más liberal sobre el hardship y de los recursos para obtener una renegociación del contrato en caso de configurarse la figura.[18]

Oviedo resume los supuestos en los que se puede dar una circunstancia de un hecho sobreviniente que afecte el cumplimiento del contrato:

> "En aquellos casos en los que la ejecución se vuelve imposible o impracticable, otros cuando se vuelve más difícil y uno más cuando se frustra, o es inútil. En los casos de ejecución imposible como impracticable, tanto en el Restatement of contracts (the second) §261 como en el UCC §2 615, el deudor se libera de su obligación. Los casos de frustración, que en le derecho estadounidense son solucionados por los jueces, se refieren a aquellos en los cuales el cumplimiento de la prestación es posible, pero carente de valor o inútil"[19]

Al igual que en la jurisprudencia francesa, la estadounidense no ha admitido regularmente la aplicación de la Comercial Impracticability en el ámbito civil. Sin embargo, una de las excepciones ha sido el caso Mineral Park Land Co. Versus PA Howard de 1916. En el mismo, el demandado había convenido extraer del terreno del actor rocas, tierra y sedimento, con el propósito de la construcción futura de un puente. En un momento dado

---

[17] Oviedo Albán, Jorge, ob. cit., pág. 256

[18] Zaccaria Elelna Christine. *"The efects of changed circumstances in International Comercial Trade"*. International Trade & Bussines Law Review, No. 135. 2005. Pag. 142. Internet. http://worldlii.org/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.txt/cgi-bin/download.cgi/download/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.pdf. Acceso 09/06/2013

[19] Oviedo Albán, Jorge, ob. cit., pág. 258

del trabajo, tuvo que detenerse puesto que las rocas se encontraban debajo del agua aumentando diez veces el costo. En su decisión, la Corte le dio la razón al demandado alegando que una cosa es imposible jurídicamente cuando no es practicable, y no es practicable si se puede desarrollar pero a un costo irrazonable.[20]

Otro ejemplo notable es el del caso Aluminium Compañy of America (ALCOA) versus Essex Group, Inc., de 1973. Las partes habían suscrito un contrato con una duración de 16 años, sin embargo, debido a un embargo en el petróleo los costos de producción de ALCOA subieron drásticamente en la década de 1968 a 1978, esencialmente por la transformación de un determinado material en aluminio. El contrato contenía una cláusula de indexación de precios, misma que se había ejecutado; sin embargo, para 1978 el costo había subido en un 270%, dejando sin efectividad la cláusula de indexación. El actor demandó la terminación del contrato, y subsidiariamente la reforma y adaptación del precio a las circunstancias actuales del proceso de producción de aluminio. Las Cortes norteamericanas le concedieron la reforma del contrato. [21]

Sin embargo, la corriente de la Comercial Impracticability sufre un grave detrimento a partir del ingreso de los Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial, especialmente una vez ocurridos los bombardeos a Pearl Harbour. A raíz de estos hechos, las cortes norteamericanas decidieron no aceptar más casos en los que se pedía la resolución del contrato debido a circunstancias sobrevinientes, ya que se consideraba que cualquier circunstancia adversa en época de guerra podría ser previsible y, más importante aún, porque una anulación a gran escala de contratos privados hubiera sido devastador para la contratación y la economía en general[22]

La misma línea conductual se siguió con los denominados "Casos del Canal de Suez"[23] En los mismos, se habían contratado diferentes tipos de transportes marítimos, sin embargo, el

---

[20] Zaccaria Elelna Christine. Ob. Cit., pág. 142. Acceso. 09/06/2013.

[21] Gutierrez de Larrauri, Natalia. "*La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura de hardship en los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*". Revista de Derecho Privado. No. 4. Universidad de los Andes, 2010. Pag. 17

[22] Zaccaria Elelna Christine, ob. cit., pag 143

[23] Casos Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noblee Thorl GMBH (House of Lords, 1962), Palmco Shipping Co. v. Continental Ore Corp. (Q.B. 1970), American Trading & Prod. Corp. v. Shell Int. Marine (2º Circuit, 1972), Transatlantic Fin Corp. v. United States (2º Circuit, 1966), Glidden Co. v. Hellenic Lines (2º Circuit, 1960)).

cierre del paso artificial por el gobierno egipcio en la década de los cincuenta fue juzgado por las cortes como un hecho predecible en el desarrollo de la guerra. Salvo algún caso aislado, las cortes norteamericanas consideraron que no se consideraba como un hecho impredecible el alza de los costes de los fletes de los barcos ya que estos ahora debían tomar el camino más largo a través del Cabo de Nueva Esperanza, aun cuando en el contrato se encontraba establecido expresamente el paso por el canal de Suez.[24]

En cuanto a América Latina, la Teoría de la Imprevisión ha sido integrada a los ordenamientos jurídicos principalmente desde la jurisprudencia, para conseguir posteriormente una legislación expresa. Los principales exponentes son Argentina, Colombia y Brasil.

En el caso argentino se introdujo la Teoría de la Imprevisión a la legislación vigente a raíz de la recomendación del III Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961.

Tras la reforma, se introdujo al artículo 1198 del Código Civil argentino el siguiente texto:

> "(...) en los contratos bilaterales conmutativos y en los bilaterales 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 del propio contrato (...)" [25]

La legislatura argentina ha optado por actualizar el Código Civl y Comercial de la Nación, para lo cual en 2011 se emitió el Decreto 191/2011, el mismo que estableció una comisión especial presidida por Ricardo Lorenzetti, para la reforma de este cuerpo normativo[26]. De forma novedosa, el proyecto incorpora tanto la Teoría de la Frustración del Fin como la Teoría de la Imprevisión. Para el primer caso, la parte perjudicada tiene le derecho de reclamar la rescisión del contrato en caso que la frustración se hubiere originado debido a

---

[24] Sanchez Lorenzo, Sixto. "*Hardship en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado en Soberanía del Estado y Derecho internacional (Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*". Sevilla. Servicios de Publicaciones de las Universidades de Córdoba. 2005. Pág. 1278.

[25] Alterini, Atilio, ob. cit., pag. 10.

[26] Internet. http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Texto-del-Proyecto-de-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf. Acceso. 05 de mayo de 2014

una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada.[27] En el caso de la Teoría de la Imprevisión, el proyecto de reforma determina que procederá su aplicación en caso de darse una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido. La parte afectada puede solicitar la rescisión total o parcial del contrato, o su adecuación.[28] El proyecto de reforma fue aprobado en el Senado argentino el 28 de noviembre de 2013, y se planea que entre en vigencia el 01 de enero de 2016.

En el derecho colombiano, la Teoría de la Imprevisión fue introducida mediante la vía jurisprudencial, constituyendo sus pilares las sentencias de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de octubre 29 de 1936 y mayo 23 de 1938. En la primera, se plantea en la parte pertinente sobre si los Tribunales tienen la potestad para corregir o modificar un contrato, cuando han surgido circunstancias excepcionales después de su perfeccionamiento que alteran el equilibrio en la prestación de alguna de las partes. Señala además, que el Juez tiene la capacidad de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes, cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses.[30]

En cuanto a la legislación vigente, el Código de Comercio colombiano recoge la Teoría de la Excesiva Onerosidad en su artículo 868, en los siguientes términos:

> "Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la

---

[27] Artículo 1090.- **Frustración de la finalidad.** La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a rescisión sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

[28] ARTÍCULO 1091.- **Imprevisión.** Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la rescisión total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

[30] Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial, XLIV. No. 1918. Octubre 29 de 1936. pag. 457

prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulten excesivamente onerosas, podrá esta pedir su revisión.

El juez procederá a examinarlas circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea"[31]

El caso de Brasil se torna particular, ya que existe un proyecto de reforma de Código Civil, mismo que ha quedado congelado en el órgano legislativo desde hace un cuarto de siglo. El proyecto incluye una Sección "De la resolución por onerosidad excesiva", e incorpora tres artículos que dan lugar la Teoría de la Imprevisión.

Artículo 478: "En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor podrá pedir la resolución del contrato. Los efectos de la sentencia que decrete la resolución del contrato regirán desde la fecha de la citación".

Artículo 479: "La resolución podrá ser evitada si el demandado ofrece modificar equitativamente las condiciones del contrato".

Artículo 480: "Si en el contrato estuviera obligada sólo una de las partes, ella podrá demandar que su prestación sea reducida, o alterado el modo de ejecutarla, a fin de evitar la onerosidad excesiva".[32]

La legislación y jurisprudencia ecuatorianas aún se encuentran muy arraigadas con la tradición romanista y el sistema formalista de la aplicación del derecho. Es por esto que nuestra legislación aún no ha implementado una normativa adecuada para la aplicación de la Teoría de la Imprevisibilidad, ya que el pilar fundamental de la contratación es la autonomía de la voluntad de las partes y sus subsecuentes efectos. Similar situación ocurre en el ordenamiento jurídico chileno, en el cual la Teoría de la Imprevisión no ha sido

[31] Oviedo Albán, Jorge, ob. cit., pag 36
[32] Alterini, Atilio Aníbal, ob. cit., pag. 3

aceptada ni siquiera por tribunales arbitrales en derecho, sin embargo, ha podido ser aplicada en casos específicos por tribunales arbitrales de amigables componedores[33].

1.3 Definición doctrinaria

Como se puede apreciar en la evolución histórica, la Teoría de la Imprevisibilidad puede proveer soluciones factibles aplicables al desarrollo actual de los negocios, sin que ello conlleve a una crisis de seguridad jurídica por el incumplimiento a gran escala de contratos.

Desde la doctrina, se puede decir que el hardship es:

> "Cualquier evento, de naturaleza legal, técnica, económica, política o financiera que ocurra después de la celebración del contrato; no haya podido ser razonablemente previsto por la parte en desventaja al momento de la celebración del contrato; y, altere de forma fundamental el equilibrio de las obligaciones contractuales, haciendo excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes, siempre que dicha parte no haya asumido mediante una estipulación expresa el riesgo de dicho evento"[34].

Se debe tomar en cuenta que el interés primordial de las partes es la continuación de la relación contractual, por lo cual propenderán a la renegociación del contrato o su adaptación a las circunstancias actuales. Generalmente se considera que la resolución del acuerdo de voluntades es una solución de última instancia.

Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010, establecen la figura de la excesiva onerosidad o hardship en su Sección 2. Ya que el objetivo fundamental es salvaguardar la relación contractual, se estableció en primer plano un recordatorio del principio pacta sunt servanda y de la obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones contractuales. De esta manera, el artículo 6.2.1 establece lo siguiente en cuanto a la obligatoriedad del contrato:

---

[33] Simone, Carmen Amalia, ob. cit., pág. 83

[34] Definición tomada del "*Capitulo VIII: Hardship, de los Principios de Derecho Transnacional y Lex Mercatoria*", citado por Simone, Carmen Amalia, ob. cit., pág. 83

"Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (hardship)."

Por lo tanto, queda expresamente contemplado que el hardship es procedente únicamente en casos excepcionales, y que la regla general es el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La interpretación de esta norma va ligada con la idea general sobre la contratación comercial y el carácter vinculante de los contratos válidamente celebrados, tal como lo establece el artículo 1.3 de los Principios:

"Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios."

Igualmente, el artículo 6.2.1 se puede tomar como un recordatorio de los principios de buena fe y lealtad negocial, establecidos en el artículo 1.7, de la siguiente manera:

"(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber"

El artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT contempla la figura del hardship[35] en los siguientes términos:

"Hay "excesiva onerosidad" (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:
(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja."

[35] El término hardship pretende superar los conceptos, o más bien la terminología nacional. M.J. Bonel, "*I Principi Unidroit dei contratti onternazzionali: origini, natura et finalita* ». Citado por Sanchez Lorenzo, Sixto ob. cit., pag, 1279

Según Simone:

> "El hardship es la consecuencia de una circunstancia superviviente que altera el equilibrio económico o financiero de un contrato de forma fundamental, sustancial o dramática. Esta circunstancia puede consistir en diversos hechos o actos: guerras, desastres económicos, disturbios políticos, inflación, problemas monetarios, entre otros."[36]

Así, se considera que el conflicto surge cuando "aparecen circunstancias extraordinarias e imprevisibles (...) que hacen excesivamente onerosa la obligación a cargo del deudor, de tal suerte que si se cumple el contrato en los términos originalmente pactados quedaría rota la equivalencia de las prestaciones"[37]

Generalmente, se considera que los Principios UNIDROIT contemplan dos situaciones que pueden alterar el cumplimiento de los contratos, a saber: la excesiva onerosidad y la fuerza mayor. El artículo 7.1.7 en su primer numeral establece que:

> "El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias"

Sin embargo, este artículo se refiere específicamente a la fuerza mayor, en la cual un contrato se vuelve imposible de cumplir. En este punto, es donde la doctrina ha intentado esclarecer en qué supuestos se considera que existe fuerza mayor y en cuales se configura excesiva onerosidad. La diferencia entre la fuerza mayor y la excesiva onerosidad, en el contexto de los principios, radica en que el primer concepto hace referencia a la imposibilidad en el cumplimiento, mientras el segundo a la desventaja en la equivalencia de prestaciones.[38]

Para que el hardship opere, se debe tener en cuenta dos factores esenciales: que las circunstancias sobrevivientes hayan sido imprevisibles para las partes y ajenas a las

---

[36] Simone, Carmen Amalia. Ob. cit., pag. 84

[37] García – Pita y Lastres, José Luis. "*Derecho Mercantil de las Obligaciones: Parte General*". Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003. Citado por Gutiérrez de Larrauri, Natalia, ob. cit. pag. 20

[38] Oviedo Albán, Jorge. Ob.cit., pag 263.

misma; adicionalmente debe crear un desequilibrio económico y no propiamente una imposibilidad de cumplimiento de la obligación, pues de darse este último supuesto cabria la figura de fuerza mayor y no el hardship.
Igualmente, la excesiva onerosidad no debe ser confundida con la imposibilidad de ejecución de un contrato, hecho que se suscita, según Perillo, en dos supuestos, a saber: en el caso de la muerte de la persona obligada a cumplir la obligación, si el contrato tuviese naturaleza intuito personae; y en el caso en que una reforma legal posterior a la celebración del contrato torne ilícito el objeto o la causa del contrato[39].

De acuerdo a la formulación de la figura del hardship según los Principios UNIDROIT, hay dos vías en las cuales ésta puede operar: la primera es que el cambio de circunstancias torne más onerosa la obligación para una de las partes, y la segunda consiste en que el costo de la prestación disminuya para uno de los contratantes.

Ahora bien, especialmente en los países de tradición romano germánica, el termino hardship es asimilado a la expresión en castellano de excesiva onerosidad. En este sentido, la excesiva onerosidad es tomada como un concepto económico, para efectos de aplicación de los Principios en la resolución de un caso concreto. Así, Madrid Parra afirma que:

> "Cuando se utiliza el término onerosidad se está haciendo referencia a carga económica. Se trata, pues, de que tengan lugar eventos que impliquen un desmedido incremento en el costo de la prestación que se ha de realizar o bien que den lugar a recibir una prestación con un valor muy disminuido"[40]

Sin embargo no es suficiente que exista un mero aumento o decrecimiento del costo de la prestación, sino que estos cambios deben tener el carácter de "fundamental". Para que un cambio en las circunstancias se considere como fundamental, se debe tomar en cuenta las circunstancias que rodean al contrato. Al intentar determinar qué puede considerarse como excesiva onerosidad en una relación contractual, se debe establecer "cuando se produce el paso de lo normal a lo anormal, de lo soportable a lo insoportable, de lo permitido a lo

[39] Joseph Perillo. "*Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A comparative Analysis*". Pp. 2-3
[40] Madrid Parra, Agustín. "*Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*". David Morán Bovio (Director). Navarra. Thomson Aranzadi, Elcano Navarra. Segunda edición, 2003, p.313. Citado por Oviedo Albán, Jorge, ob.cit., pag 264

descomedido, lo cual depende las circunstancias del contrato y de la situación de cada contratante"[41]

En los comentarios a la edición de los Principios de la Unidroit de 1994 se establecía un umbral matemático para determinar si existía excesiva onerosidad, contemplando que si resultaba posible, en el caso concreto, cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación afectada por los eventos sobrevivientes, imprevistos y extraordinarios, resultaba viable considerar que una alteración del 50% o más en el costo de ésta, era de carácter fundamental.[42]

La doctrina ha considerado que establecer límites matemáticos para considerar que un cambio de circunstancias es fundamental, puede considerarse por demás contraproducente. Por ello, los comentarios oficiales a los Principios en su versión del 2004 corrigieron ese error y establecieron que la determinación de si un cambio de circunstancias puede considerarse como fundamental en la relación contractual, dependerá enteramente del escenario en el cual se desarrolló el contrato.

En los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, se contempla el cambio de circunstancias en su artículo 6:1111. Establece de primera mano, al igual que en los Principios UNIDROIT, la obligatoriedad como regla general del cumplimiento de los contratos y las correlativas obligaciones de las partes.

> "Artículo 6:111: Cambio de circunstancias: Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe".

Ya que los Principios han reconocido un posible cambio en las circunstancias, determinan de igual manera la obligatoriedad de las partes a renegociar el contrato en caso de excesiva onerosidad para una de las partes, o en su defecto, dar por terminada la relación contractual. Si no surge una solución entre las partes al momento de la renegociación, el juez o tribunal competente puede adaptarlo o darlo por terminado. En caso que una de las

[41] De la Puente y Lavalle, Manuel. "*El contrato en general, comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1999. Citado por Oviedo Albán, Jorge. Ob. cit., pag 264

[42] Gutiérrez de Larrauri, Natalia. Ob. cit., pag. 26.

partes se hubiese negado a iniciar el proceso de renegociación o hubiese terminado las negociaciones de forma contraria a la buena fe, la parte afectada tiene derecho a demandar daños y perjuicios por las acciones de su contraparte.

> (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:
>
> (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.
>
> (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.
>
> (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.
>
> (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:
>
> (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.
>
> (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.
>
> En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

Como se ha visto, el juez puede aún intervenir en el libre albedrío de las partes, para subsanar impases dentro del desarrollo de los contratos internacionales. De acuerdo a los comentarios de los Principios de Derecho Europeo, se adoptó dicha medida ya que "la mayoría de los países en la Comunidad Europea ha introducido en su derecho algún mecanismo tendiente a corregir cualquier injusticia que resulte de un desbalance en el contrato producido por circunstancias sobrevinientes que las partes no pudieron razonablemente prever cuando celebraron el contrato."[43]

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos únicamente contemplan los efectos del cambio de circunstancias producidos con posterioridad a la celebración del contrato, a diferencia de lo que establecen los Principios UNIDROIT. Otra diferencia fundamental con los Principios UNIDROIT es que no hacen referencia expresa a la exterioridad de las

[43] Comission of European Contract Law (Chairman: Professor Ole Landö). Principles of European Contract Law. Parts I and II. The Hague/London/Boston. 2000. Comentario al art. 6:111. Pág. 323.

circunstancias. En cuanto a los demás aspectos, los Principios de Derecho Europeo mantienen armonía con los Principios UNIDROIT, contemplando de igual manera los requisitos de previsibilidad razonable y riesgo no asumible de forma contractual.

1.4 Supuestos de aplicación

El artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT establece el concepto de hardship y al mismo tiempo establece ciertos requisitos para su aplicación a un contrato específico. Inicialmente, debido a la traducción al español de los Principios, cabía la duda sobre si todos los requisitos establecidos debían concurrir o era suficiente con que uno o varios de ellos se presenten dentro de la relación contractual. Actualmente, la versión oficial de los Principios y sus respectivos comentarios, así como la doctrina sobre el tema, han aclarado que es necesario que todos los requisitos establecidos en el artículo 6.2.2., converjan dentro de la relación contractual para que pueda darse paso a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión y sus respectivos efectos.

1.4.1 Conmutatividad y onerosidad

El primer supuesto de aplicación para la excesiva onerosidad es el carácter del contrato como oneroso, es decir, que ambas partes reciban un rédito en razón de las obligaciones correlativas contenidas en el contrato. De acuerdo a nuestro Código Civil, se entiende que un contrato es oneroso:

> "Art. 1456: (...) cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio de otro"

Igualmente, el contrato en cuestión debe tener la característica de conmutativo. Nuestro Código Civil determina que nos encontramos ante un contrato oneroso conmutativo:

> "Art. 1457: (...) cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (...)"

Para Alessandri, Somarriva y Vodanovic, "en el contrato conmutativo las partes conocen, desde el momento en que prestan su consentimiento, la extensión de sus prestaciones"[44]

La Teoría de la Imprevisión no aplica para los contratos aleatorios, en los cuales "no se sabe, al momento de su celebración, si una u otra de las partes obtendrá una ganancia o pérdida"[45]. Este hecho conlleva a que las partes asuman por su cuenta y riesgo los avatares del contrato suscrito, infiriendo de esta manera que ambas partes conocen los riesgos en la contratación, dejando de lado un hecho posterior, extraordinario e imprevisible.

1.4.2 Contratos de obligación diferida o continuada

Los contratos de obligación diferida u obligación a plazo son aquellos que crean una o más obligaciones destinadas a cumplirse dentro de determinado plazo.

Dentro de nuestra legislación, el plazo se contempla como:

> "Art. 1510: (...) la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito (...)[46]"

Aquellos contratos de obligación continuada o contratos de tracto sucesivo, se refieren a aquellos que crean y extinguen obligaciones correlativas a ambas partes durante un determinado periodo de tiempo relativamente largo.

Este tipo de contratos hacen viable la aplicación de la Teoría de la Imprevisibilidad, ya que el cumplimiento de las obligaciones de recepción del bien y del pago por el mismo se realizará en un tiempo prolongado, posterior a la contratación misma. Debido a esta consideración, los contratos de ejecución inmediata hacen imposible la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, pues no admiten un lapso de tiempo en el cual las

[44] Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic. *"Tratado de las obligaciones, Volumen I, De las obligaciones en general y sus diversas clases"*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2001. Pág. 50.
[45] Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic, Ob., cit. pág. 50
[46] Ecuador. Código Civil ecuatoriano. RO – S 46: 24 de junio de 2005

circunstancias del contrato pueden variar de manera fundamental, de tal modo que alteren el equilibrio contractual.

1.4.3 Ocurrencia de hechos posteriores, extraordinarios e imprevisibles

La Teoría de la Excesiva Onerosidad Sobreviniente solamente es aplicable a casos excepcionales, en los cuales han concurrido circunstancias que han afectado el equilibrio contractual de las obligaciones. Sin embargo, no es suficiente que las variaciones de circunstancias provoquen un posible cambio en el equilibrio, ya que ello conllevaría a la afectación de la seguridad jurídica en general.

Los hechos generadores del desequilibrio deben presentarse de manera posterior a la celebración del contrato, es decir, deben ser considerados como sobrevinientes a la relación contractual. De acuerdo a los comentarios de los Principios UNIDROIT, los eventos que ocasionen la excesiva onerosidad (hardship) deben presentarse o ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato. Esta aclaración marca una notable diferencia con los Principios de Derecho Europeo, en los cuales la única posibilidad para la aplicación del hardship recae en la presentación de nuevas circunstancias de manera posterior a la celebración del contrato. Esta restricción excluye el supuesto de circunstancias previas a la celebración del convenio, mismas que fueron conocidas por la parte en desventaja después del perfeccionamiento de la relación contractual. De estas consideraciones se deriva que:

> "Si la parte deudora de la prestación celebra el contrato, contrata a sabiendas de la ocurrencia actual o futura de la circunstancias que altere o pueda llegar a alterar el equilibrio contractual, está asumiendo dicho riesgo"[47]

En caso de que una de las partes asuma el riesgo de la operación mercantil, se llega a la conclusión que "las partes conocen y expresamente señalan la posible ocurrencia de un hecho que pueda llegar a afectar alguna de las prestaciones contractuales"[48]

[47] Oviedo Albán Jorge. Ob., cit., pág. 267
[48] Oviedo Albán Jorge. Ob., cit., pág. 268

De acuerdo a los comentarios de los Principios UNIDROIT, se debe entender el verbo "asumir" como una declaración expresa de tomar el riesgo de la operación por parte de uno de los contratantes; sin embargo, esta situación también puede extraerse de la naturaleza misma del contrato. Si se ha realizado un contrato para la ejecución de una actividad de especulación, las partes deben estar preparadas para correr ciertos riesgos, aun cuando en el momento de celebración del contrato no haya previsto dicha posibilidad.

En cualquiera de las antedichas circunstancias, la aplicación del hardship sería imposible, ya que quiebra el principio de buena fe consagrado en el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT.[49]

Las circunstancias deben tener carácter extraordinario o imprevisible, es decir que los eventos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja al momento de la celebración del contrato. Esta razonabilidad deberá ser determinada en cada caso, basándose en varios factores como las circunstancias de mercado, condiciones económicas, la naturaleza del contrato celebrado, capacidad de previsión de un comerciante promedio, etc. La razonabilidad además trae como consecuencia que si las partes pudieron haber previsto las circunstancias originadoras del hardship, debieron haber incluido en el contrato una cláusula de asunción de riesgo.[50]

De acuerdo a Oviedo Albán, "lo extraordinario del hecho que genera la excesiva onerosidad, significa que el mismo no ocurre en circunstancias normales, e imprevisible, que las partes no pudieron prever su ocurrencia"[51]

Es importante señalar que el hecho en cuestión deberá presentarse con posterioridad a la celebración del contrato y de forma anterior a la ejecución total del mismo, puesto que el hardship cabe solo en prestaciones pendiente de cumplimiento, como analizaré en el siguiente apartado.

En síntesis, para determinar si un hecho fututo pudo ser previsto por las partes o no, deberá tenerse en consideración las circunstancias reales al momento de la celebración

[49] Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
[50] Simone, Carmen. Ob., cit., pág. 87.
[51] Oviedo Albán Jorge. Ob., cit., pág. 267

del contrato, y sobre todo, deberá tenerse en cuenta que ninguna de ellas haya incurrido en negligencia en la relación contractual.

1.4.4 Prestación posterior excesivamente onerosa

El hardship recaerá únicamente sobre obligaciones pendientes de ejecución, las mismas que se han tornado excesivamente onerosas en el lapso entre la celebración del contrato y la ejecución del mismo.

De acuerdo a los comentarios de los Principios UNIDROIT, el hardship solamente tendrá relevancia en una prestación pendiente de pago o ejecución. Una vez que una parte ha cumplido, ya no tiene derecho a alegar un incremento fundamental del costo de su prestación, o una disminución sustancial del valor de la prestación, ocasionadas por un cambio de circunstancias posterior al cumplimiento.[52]

Para Madrid Parra "un pretendido efecto retroactivo podría dar lugar a un enriquecimiento injusto, ya que estarían aplicando los efectos de una excesiva onerosidad a unos momentos en que tal situación gravosa no se daba"[53]

La onerosidad excesiva puede concretarse de dos maneras: el aumento en el costo de la prestación o la disminución del valor de la prestación recibida por una de las partes. El primer supuesto, generalmente afecta a la parte que debe la obligación no dineraria en la relación contractual; mientras que el segundo supuesto de aplicación del hardship se caracteriza por la disminución o inclusive la pérdida total de valor de la prestación para la parte que la recibe.

En cualquiera de los dos supuestos antes planteados, una de las dos partes resultará afectada en sus intereses contractuales, por lo cual, y en razón de la equidad, no se pude continuar con la ejecución del contrato hasta que el equilibrio en las obligaciones se haya restablecido. De esta manera se asegura que ninguna de las partes sufra consecuencias desafortunadas debido a una situación sobrevenida.

[52] Comentarios a Principios UNIDROIT, pág. 192
[53] Madrid Parra. Ob., cit., pág. 316

En este punto se debe tomar en cuenta que excesiva onerosidad sobrevenida no es sinónimo de imposibilidad de cumplimiento de la obligación. De ser el caso, una obligación que se ha tornado imposible no puede ser exigida bajo ninguna circunstancia.

La aplicación del hardship tiene mayor sentido en contratos que deberán ser ejecutados o tendrán una duración de un periodo moderadamente largo, en el cual, cambios imprevistos en las circunstancias dan como resultado el cambio del equilibrio contractual.

En este contexto, tiene mayor relevancia los contratos de tracto sucesivo. En este tipo de contratos, el hardship podrá aplicarse únicamente sobre la porción de la prestación que aún no ha sido ejecutada, sin que los efectos de la figura alcancen la porción de la obligación cumplida con anterioridad.

1.4.5 Ausencia de mora, culpa o dolo

En los contratos bilaterales, es necesario que las partes no hayan incurrido en mora para poder exigir la prestación de su contraparte. Así lo determina nuestro Código Civil:

> Art. 1568: en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlos en la forma y tiempo debidos.

Al encontrarse en mora una de las partes, la parte acreedora de la prestación puede pedir la resolución del contrato, de tal manera que la obligación se vuelve exigible en su totalidad. En este caso, la parte en mora no puede alegar la aplicación de excesiva onerosidad, ya que no se ha creado una circunstancia sobreviniente ajena a su capacidad de previsión.

De acuerdo a la práctica comercial, la mora de una de las partes es considerada culposa, y corresponderá a la parte incumplida demostrar que la mora fue justificada.

En este último caso, el deudor no tendría responsabilidad por lo cual no cabría la resolución del contrato.

En cualquier caso, corresponderá al juzgador determinar la responsabilidad de las partes y la aplicación o no de la excesiva onerosidad, dependiendo de las circunstancias del caso concreto.

1.5 Cláusulas y teorías relacionadas

1.5.1 Teoría de la cláusula "Rebus Sic Stantibus"

La cláusula rebus sic stantibus, hace referencia a la abreviación del latinazgo: "*Contractus que habent tractum succesivum vel dependia de futuro rebus sic stantibus Intelliguntur*". Dicha expresión determina la inclusión de una cláusula tácita en todos los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento a plazo, indispensable para la validez de los mismos. Mediante dicha cláusula, se hace posible la resolución o revisión de los términos contractuales en caso que las circunstancias originales del contrato se vean afectadas por hechos supervinientes.

En la época moderna, la cláusula fue adaptada a las necesidades actuales por Kaufman. Se plantea que todo contrato tiene inmerso en su naturaleza una cláusula mediante la cual, la relación contractual subsiste siempre y cuando persistan determinadas circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato y cuya variación no haya podido ser anticipada por ninguna de las partes.[54] Para Kaufman, "la obligación, asumida en el negocio jurídico, de cada contratante debe encontrar sus límites en lo que pueda imputarse al contratante obligado en virtud de su voluntad eficaz, tendente a la finalidad esencial de un determinado tipo contractual"[55]

A partir de la I Guerra Mundial, las situaciones extraordinarias y sobrevinientes trajeron consecuencias jurídicas y económicas, en especial a lo que respecta a contratos de ejecución a plazo o de tracto sucesivo. Con la II Guerra Mundial la

[54] Diez - Picazo, Luis y Gullon Antonio. "*Sistema de Derecho Civil.*", Madird. Editorial TECNOS S.A. 9 ed. 2001. pág. 335.

[55] Kaufman, página 107. Citado por Larenz Karl. "*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*". Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1956. pág. 29.

situación llegó a un punto crítico, creando incumplimientos de contratos a niveles alarmantes y afectando la seguridad jurídica en el ámbito mercantil. Debido a esto, se hizo necesario encontrar un mecanismo para suplir la excesiva onerosidad de los contratos celebrados con anterioridad a la guerra, cuyos presupuestos habían sido tomados como certeros por las partes y por lo cual, estas no pudieron prever un cambio en los mismos.

Actualmente, la cláusula rebus sic stantibus se utiliza en el ámbito internacional al hacer hincapié en el equilibrio de las prestaciones contractuales y los efectos para la relación contractual en caso de que surjan situaciones imprevisibles. Por ello, en varios estudios especializados se utiliza a dicho principio como sinónimo de excesiva onerosidad superviniente. La cláusula rebus sic stantibus se encuentra incluida en tratados internacionales de Derecho Público, como una manera de mantener el equilibrio en las relaciones internacionales. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados incluyó este principio en su artículo 62[56], tornándolo de aplicación obligatoria para todos aquellos países que han adoptado la Convención. En su análisis, Benjamín Villacís determina que como consecuencia de la aplicación del principio Rebus Sic Stantibus, "si, posteriormente, hubiese un "*cambio en las circunstancias*" podría revisarse o darse por terminado un convenio".[57]

1.5.2 Teoría de la presuposición

[56] Art. **62. Cambio fundamental en las circunstancias.** 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:
a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.
2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:
a) si el tratado establece una frontera; o
b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

[57] Internet. Villacís, Benjamín. "La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados". http://www.afese.com/img/revistas/revista49/convencionviena.pdf. Acceso. 05 de mayo de 2014.

La Teoría de la Presuposición es planteada por el alemán Bernhard Windscheid en el siglo XIX. El autor inspira su teoría en la cláusula rebus sic stantibus e intenta darle un alcance contemporáneo a la misma.

Como preámbulo, se entiende que dentro de los contratos conmutativos las partes contratan para obtener un beneficio mutuo, sea este dinerario o en especie.

Se puede conceptualizar a esta teoría como aquella que:

> "estudia los casos en que una o ambas partes, tuvieron en cuenta una circunstancia de hecho como relevante -porque determina la voluntad contractual-, sin llegar a convertirla en condición del contrato, por considerarla erróneamente como acaecida, como subsistente, o que se produciría con seguridad en el futuro."[58]

Para Windscheid, la validez del contrato depende de las declaraciones de voluntad que las partes ofrecieron al momento de la celebración del contrato. En ellas, las partes plasmaron una realidad, que va a ser la originadora de la relación contractual, y por lo tanto, su sustento. De tal manera, si la circunstancia originaria cambia o desaparece, también desaparece la relación contractual ya que esta carece de objetivo para una o ambas partes.
Windscheid plantea su teoría con un enfoque subjetivista, otorgándole especial importancia a la necesidad que cada una de las partes pretendía subsanar con la relación contractual.

Al momento de celebrar el contrato, las partes pactan presuponiendo que las condiciones que dieron origen a la transacción permanecerán estables. En este caso, la Teoría de la Presuposición plantea que las partes acuerdan de manera tácita la inclusión en el contrato de una cláusula mediante la cual, dan por entendido que en caso de un cambio de circunstancias el acuerdo perderá todo valor. De esta manera, las partes quedan libres de responsabilidades posteriores y del cumplimiento de las prestaciones.

---

[58] Araujo, María Alejandra. "*Revisión de los contratos. Teoría de la excesiva onerosidad superviniente o teoría de la imprevisión*". Pág. 2. Internet. http://www.cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/65/94. Acceso 09 de octubre de 2013

Es necesario aclarar que no se está hablando de una condición dentro del contrato, tampoco de una cláusula o una estipulación expresa de las partes contenida en el mismo. Es una convicción que las partes mantienen a lo largo del desarrollo de la relación contractual, de tal forma que, dado un cambio de circunstancias, las partes puedan apelar a esta norma tácita, tomando en cuenta que su contraparte siempre tuvo conocimiento de una posible invocación de la cláusula.

Por lo tanto, se puede decir que la Teoría de la Presuposición se basa en la concepción y expectativas que tenían las partes al momento de suscribir el contrato. Los efectos de esta teoría son oponibles cuando los resultados de la relación contractual no se han llevado a cabo o en su defecto, no han surtido las consecuencias favorables esperadas por las partes.[59]

La Teoría de la Presuposición no estuvo exenta de detractores y su principal opositor fue Otto Lenel, quien basó su oposición en dos puntos fundamentales: el primero, con respecto a la inseguridad jurídica que podía desencadenar un postulado similar y el segundo al carácter subjetivista de la teoría planteada por Windscheid y la consecuente dificultad para el juzgador.

Lenel determinó que la presuposición que Windscheid estaba planteando era en realidad el motivo mismo del nacimiento de la relación contractual. El motivo principal de la relación contractual es el único que vicia el consentimiento, y por lo tanto, los demás son irrelevantes. Con este criterio, Lenel consideró que se abriría paso a la inseguridad jurídica al intentar hacer válidos motivos o estipulaciones no contenidos expresamente en el contrato, afectando seriamente el principio de fuerza obligatoria.

En cuanto a la segunda crítica sobre esta teoría, Lenel afirmó que Windscheid basó su Teoría en motivos, intentando que estos sean elevados a categoría de presupuestos en la relación contractual. Este aspecto haría que el juez, en caso de una disputa, emitiera una decisión inexacta ya que los motivos son de índole subjetiva, por lo cual

[59] Zurita Tapia, Roberto David. Tesis previa la obtención del título de Abogado *"La cláusula Rebus Sic Stantibus, definición, historia, alcance, desarrollo y aplicación en la legislación civil ecuatoriana"*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito. 2009. pág. 70.

solamente las partes podrían determinar cuál era el verdadero alcance de sus intenciones al momento de contratar.[60]

1.5.3 Teoría de la Base del Negocio

Esta Teoría nace en el marco de los acontecimientos provocados a raíz de la I Guerra Mundial. Como consecuencia de la guerra, la inflación hizo mella en la economía alemana. La jurisprudencia alemana dio paso a una formulación doctrinaria, planteada por Oertmann y Larenz en 1921, misma que será conocida como "Wegfall der Geschäftsgrundlage"

El Tribunal Supremo Alemán determinó que "el cambio de circunstancias altera sustancialmente las bases sobre las que se celebró el contrato, hecho que unido al principio de buena fe consagrado en el artículo 242 del Código Civil alemán, exige una reconstrucción del contrato o, si no resulta posible, su resolución."[61] De forma complementaria, el Tribunal estableció como requisito para la aplicación de la Wegfall der Geschäftsgrundlage, que la ejecución de la obligación exija esfuerzos excepcionales que superen los límites de la obligación misma.[62]

Oertmann define a la Base del Negocio de la siguiente manera:

> "Base del negocio es la representación de una de las partes, manifestada al concluir un negocio y reconocida y no rechazada en su significación por la otra, o la representación común de las diversas partes sobre la existencia o la realización de ciertas circunstancias sobre cuya base se construye la voluntad negocial"[63]

Se puede entender al concepto de representación de la siguiente manera:

> "Es la expectativa que se genera en la mente del contratante con respecto a los efectos que se producirán en la ejecución del contrato, por lo que dichos efectos se realizarán conforme a sus representaciones siempre que los presupuestos de hecho que sirvieron de base para

[60] Zurita Tapia, Roberto Davida. Ob., cit. Pág 70.
[61] Sixto Sánchez, Lorenzo, ob., cit., pág. 1275
[62] Zweigert K. y Kötz H. "*An introduction for Comparative Law*". Citado por Gutiérrez de Larrauri, Natalia, Ob., Cit., pág. 13.
[63] Definición recogida por Werner Flume, "*El negocio jurídico*". Madrid. Fundación Cultura del Notariado. 1998. pág. 584. Citado por Zurita Tapia, Roberto. Ob., cit. Pág. 71

dicha se mantengan o no aparezcan nuevas circunstancias inconciliables con los eventos que impulsaron a celebrar el contrato"[64]

Siguiendo a la profesora Amunátegui, la principal diferencia entre la Teoría de la Base del Negocio y su predecesora, radica en que en la primera requiere que las representaciones mentales sobre las cuales se originó el negocio sean aceptadas por ambas partes.[65] De esta manera se soluciona el criterio de teoría subjetivista que criticó Lenel a su antecesora.

El subsecuente desarrollo de la Teoría fue impulsado por Larenz, quien determinó que para la eficacia del contrato se requería un conjunto de ideas y hechos alrededor de los cuales, surgió la relación contractual. De esta manera, se entendió dos aspectos fundamentales dentro de esta doctrina: la base del negocio objetiva y la base del negocio subjetiva:

"En primer lugar, como la base subjetiva de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base objetiva del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes – ya que de no ser así no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría sentido, fin u objeto."[66]

La Teoría tuvo una aceptación magnífica en Alemania. Su aplicación se inició a partir de la expedición de una sentencia por el Tribunal Supremo de Potsdam de febrero de 1948. En su parte pertinente, la sentencia reza de la siguiente manera:

"...las circunstancias económicas actuales son tan distintas a las previstas por las partes al firmar el contrato, que sería contrario al principio de la buena fe que los demandados estuviesen vinculados por el acuerdo. Las partes evidentemente han partido del supuesto de

[64] Zurita Tapia, Roberto. Ob., cit. Pág. 72
[65] De Amunátegui Rodriguez, Cristina. *"La cláusula rebus sic stantibus"*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2003. Pág. 66 y 67. Citado por Zurita Tapia Roberto. Ob., cit. Pág. 72
[66] Larenz, Karl, ob., cit., pág. 37

que al revender el vehículo subsistirían, poco más o menos, las circunstancias económicas existentes al momento de su transmisión..."[67]

Con esta base doctrinaria, la legislación alemana consagró la Wegfall der Geschäftsgrundlage en el artículo 313 del Bürgerliches Gesetzbuch alemán de la siguiente manera:

"1) Si hubiesen cambiado de forma importante las circunstancias que servían de base el contrato una vez celebrado el mismo, y las partes no lo hubiesen pactado o lo hubieren hecho con otro contenido de haber previsto ese cambio, en tal caso se puede solicitar la adecuación del contrato (...)

3) Si no es posible una adecuación del contrato o éste no se le puede imponer a una de las partes, podrá pedir la parte perjudicada la resolución del contrato (...)".

1.5.4 La Teoría de la Frustración del Fin

La Teoría de la Frustración del Fin nace en la jurisprudencia del derecho inglés, mismo que acuñó el término "discharge by frustration". Dentro del derecho norteamericano también se maneja el término "comercial impracticability". La Teoría de la Frustración del Fin ha evolucionado en el Derecho inglés hacia supuestos de la frustración de la causa.

"Lo que comúnmente se conoce como frustración del objeto, fundamento o finalidad del contrato, hace referencia a circunstancias sobrevenidas que, realmente, no hacen imposible materialmente la ejecución del contrato, pero anulan de forma manifiesta su fin económico jurídico tal como fue concebido por ambas partes"[68]

La Teoría de la Frustración del Fin tiene aplicación cuando:

"(...) por circunstancias extraordinarias sobrevinientes y sin culpa de ninguna de las partes, se produce un cambio en la naturaleza de sus obligaciones, transformándose en algo fundamentalmente distinto a lo que se tuvo en miras a contratar, es decir, que se convierte al contrato en algo diferente a lo convenido"[69]

---

[67] Larenz, Karl. Op., cit., pág. 22

[68] Sánchez Lorenzo, Sixto. Ob., cit., pág. 1282 – 1283

[69] Ray, José Domingo. *"Frustración del contrato"*. Buenos Aires. Abeledo – Perrot. 1996. Pág. 23. Citado por Gutiérrez de Larrauri, Natalia. Ob., cit., pág. 14

El primer caso en el que se discutió esta Teoría fue en el asunto Paradine vs. Jane, en 1647. El caso es materia de derecho de inquilinato. En este juicio, el inquilino de un terreno es condenado a pagar el canon arrendaticio al arrendador, aun cuando el primero no pudo hacer efectivo los derechos de uso y goce sobre el bien, debido a que el inmueble había sido invadido por las tropas del príncipe germano Ruperto.

El caso Taylor vs. Cadwell es otro exponente en el desarrollo de la doctrina de la Frustración del Fin. En este caso, un actor había alquilado por cuatro noches un teatro en Londres para llevar allí una serie de conciertos. El local fue destruido por un incendio, y el arrendador procedió a demandar el pago del canon arrendaticio. El juez determinó que el cumplimiento del contrato dependía de la existencia del objeto del mismo, es decir, el teatro. Si el objeto se dañaba sin responsabilidad atribuible a una de las partes, como en este caso, el locador no tenía responsabilidad ante el arrendador en cuanto al incumplimiento del contrato. Sin embargo, el arrendatario tampoco tenía la obligación de entregar el pago correspondiente al arrendador ya que habiéndose destruido materialmente el objeto de la prestación se frustraba el contrato y el obligado no era responsable del incumplimiento.[70]

Esta doctrina alcanzó su máximo punto de desarrollo con los denominados Coronation Cases de 1903. El caso Krell vs. Henry (1903) ilustra a la perfección el caso. La coronación del Rey Eduardo VII iba a llevarse a cabo de forma pública, con un desfile por determinadas calles de Londres. Días antes de la coronación el Rey enfermó por lo cual fue imposible llevar a cabo los desfiles. Con anterioridad a este hecho, se habían celebrado contratos de arrendamiento de habitaciones y balcones en las calles por las cuales estaba prevista la realización del desfile. Al conocerse la suspensión del acto, los arrendadores demandaron el pago del alquiler acordado. En estos casos, las cortes decidieron que se debía suspender la ejecución de los contratos, debido a las imprevisibles circunstancias que terminaron en la cancelación de la coronación. Se debe tomar en cuenta que en ninguno de los casos sometidos a juicio, existió una

[70] Gutiérrez de Larrauri, Natalia. Ob., cit., pág.,15.

imposibilidad para el cumplimiento del contrato. Lo que ocurrió es que el contrato en sí mismo perdió toda utilidad y sentido para una de las partes.[71]

El Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos determina que una de las partes puede invocar la figura de "discharge by frustration" debido a un alza en los precios de la ejecución del contrato, siempre y cuando dicha parte demuestre que el alza correspondiente en los precios se debió a una circunstancia que ninguna de las partes consideró factible. En caso que la parte hubiera tomado medidas para protegerse del hecho que plantea como imprevisto, no es posible que pueda invocar la figura mencionada.[72]

La frustración de la causa del contrato hace referencia a la imposibilidad de conseguir el fin económico jurídico para el cual se creó la relación contractual. El hecho que la prestación perjudique a una de las partes, en beneficio de la otra, no es suficiente para alegar frustración del fin, ya que este hecho generaría excesiva onerosidad superviniente o hardship. La diferencia entre el hardship y la Teoría de la Frustración es que la segunda no hace más excesiva la prestación, sino que la torna "infinitamente onerosa" ya que la contraprestación desaparece puesto que la frustración convierte lo pactado y lo exigido en prestaciones radicalmente diferentes.[73]

1.5.5 Doctrina de la Imprevisión

El derecho francés es aquel que ha dado origen a la observación de la cláusula rebus sic stantibus en nuestros días, y ha concebido su evolución en la doctrina de la imprevisión. El caso insigne para el desarrollo de la doctrina de la Teoría de la Imprevisión se originó entre el Municipio de Burdeos y la compañía de alumbrado público, con sentencia de 1916. En dicho caso el Consejo de Estado resolvió a favor de la compañía de alumbrado público, en virtud del detrimento que sufrió por la excesiva alza en el precio del carbón a causa de la invasión alemana, tal como se ha explicado con mayor detalle en apartados anteriores.

---

[71] Gutiérrez de Larrauri, Natalia. Ob., cit., pág. 15.

[72] Código de Comercio Uniforme. Internet. http://www.michigan.gov/documents/entireuccbook_18831_7.pdf. Acceso 15 de octubre de 2013.

[73] Sánchez Lorenzo, Sixto. Ob., cit. Pág. 1283

Sin embargo, la aplicación de esta doctrina se ha dado casi en su totalidad en el ámbito de la contratación pública. Este fenómeno se produjo debido a que tanto la legislación como la jurisprudencia, han sido reacios a reconocer la cláusula en relaciones privadas, en aras de precautelar la seguridad jurídica. De igual manera, la intensa, y en algunos casos desproporcionada, protección al principio de la autonomía de la voluntad de las partes que caracteriza al derecho francés desde el Código Napoleónico, ha impedido que en las relaciones comerciales los jueces acepten un cambio en las cláusulas del contrato o una resolución sin lugar a derecho de cobro por daños y perjuicios.

Una de las pocas excepciones a la regla general se dio con la denominada Ley Failliot de 1918. En el contexto de la I Guerra Mundial y sus posteriores consecuencias económicas y jurídicas, este cuerpo legal tuvo como objetivo principal la resolución de situaciones insostenibles para los contratantes como producto de la guerra.

> "Adoptada acertadamente la noción de la imprevisión admitida ya por el Consejo de Estado, vino a dar una gran libertad de acción, permitiendo aún a la parte que se ve forzada a cumplir, en condiciones ruinosas, pedir la resolución y estableció, por un lado, las facultades de los tribunales en cuanto a dictar esta resolución sin abono de daños y perjuicios o reduciéndolos a su mínima expresión y por otra parte, las de disponer la suspensión del cumplimiento"[74]

La diferencia fundamental entre la Ley Failliot y los postulados esgrimidos hasta ese entones por el Consejo de Estado francés, radica en que este último no permitía que los tribunales puedan modificar las condiciones del contrato, permitiendo de esta manera su preservación. De esta manera, se escogió la alternativa de la resolución en los casos que cumplieran los supuestos introducidos por la Ley Failliot.[75]

[74] Planiol Marcelo y Ripert Jorge. *"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés"*. Traducido por Doctor Mario Díaz Cruz . Tomo XI. Primera Parte. Habana. Cultura S.A. 1946. Página 561.
[75] Zurita Tapia, Roberto. Ob., cit. Pág 63

Actualmente, la Teoría de la Imprevisión se la define como:

> "...la Teoría que sostiene que las voluntades individuales no engendran obligaciones sino a condición de moverse en el terreno ordinario de la previsión humana y que si un acontecimiento futuro rompe el equilibrio que debe suponer ínsito en toda convención, desaparece uno de los elementos que le da fuerza obligatoria. Es decir, el contrato obliga para lo previsible, no para lo imprevisible."[76]

En este contexto, se puede inferir que la Teoría de la Imprevisión no solo es una teoría que protege al deudor, sino que tiende al equilibrio de la prestación en la relación contractual. De esta manera, ninguno de los contratantes encontrará un beneficio en detrimento de los intereses económicos de su contraparte.

Aun cuando en muchas legislaciones la Teoría de la Imprevisión ha sido aceptada e incluida en códigos civiles y de comercio, es necesario anotar que no ha carecido de críticas en su contra. La principal de ellas radica en el subjetivismo al que puede tender, debido a que no está claramente definido cuando una obligación se torna excesivamente onerosa debido a circunstancias imprevistas y sobrevinientes. De igual manera, es necesario determinar la potestad que tendrá el juez sobre el contrato y la afectación que tendrá la sentencia sobre el mismo.

[76] Cazeaux, Pedro Néstor y Tejerina, Wenceslao. "*Reajuste de la obligaciones dinerarias*". Texas. Universidad de Texas. Abeledeo Perrot. Página 201.

CAPÍTULO II

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS

2.1 Compraventa internacional

2.1.1 Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías

En un mundo con tendencias globalizadoras como el actual, el contrato de compraventa internacional se ha tornado un instrumento fundamental para el comercio a nivel mundial, ya que las convenciones se convierten en ley para las partes al concretarse el acuerdo de voluntades.. Debido a esto, la comunidad internacional se vio en la necesidad de determinar normas para regir los contratos internacionales de compraventa, como una manera de agilizar las transacciones y brindar seguridad jurídica a los contratantes.

Los antecedentes de la Convención de Viena se remontan a tres sucesos primordiales:

> "Los trabajos de la comisión de la Asociación de Derecho Internacional radicada en Estocolmo en 1924; los trabajos de la Comisión del Instituto UNIDROIT, de 1930 que preparó un proyecto de Ley uniforme de la compraventa internacional, el proyecto de ley uniforme sobre venta internacional de objetos mobiliarios corporales de 1939; la Conferencia Internacional de la Haya de 1964, donde se aprobaron la L.U.V.I., o Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales, y la L.U.F., o Ley uniforme sobre la formación de los contratos de Venta internacional de objetos muebles corporales."[77]

A pesar de los intentos, la L.U.V.I. y la L.U.F., no tuvieron la aceptación que se esperaba, ni siquiera por parte de los países que intervinieron en su creación.

Como un esfuerzo adicional para la homogenización del Derecho Internacional en cuestiones mercantiles, en el seno de las Naciones Unidas se creó la Comisión de las

[77] Oviedo Albán, Jorge. "*Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías*". Internet. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alban.html#ii. Acceso 28 de octubre de 2013.

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNICITRAL. [78] La UNCITRAL diseñó el texto de la Convención entre los años 1964 a 1978. En el mismo, se incorporaba textos sobre la formación del contrato y la compraventa internacional de mercaderías. El resultado fue la adopción de la Convención en la Conferencia Internacional realizada en Viena, en el año de 1980.

El gran éxito que adquirió esta Convención se ha debido principalmente a que países de todas las tradiciones jurídicas alrededor del mundo se han adherido a ella. De esta manera encontramos representantes de países de tradición romanística, del common law y del derecho islámico. Actualmente la Convención de Viena cuenta con 51 países miembros. Ecuador ratificó la Convención el 27 de enero de 1992 y entró en vigor el 1 de febrero de 1992.

El gran desarrollo en cuanto a doctrina y jurisprudencia, han permitido que las figuras contenidas en la Convención alcancen su perfeccionamiento, permitiendo su aplicación de manera eficaz, tomando en cuanto a las condiciones cambiantes del mercado.

Se puede considerar que la Convención de Viena tiene dos objetivos fundamentales: el primero, en cuanto a la unificación de la legislación aplicable en materia comercial internacional, otorgando de esta manera seguridad jurídica a los contratantes; y el segundo, en cuanto a la creación de mecanismos para agilitar el tráfico de mercancías.[79]

2.1.1.1 Internacionalidad y uniformidad

La internacionalidad en la Convención de Viena puede ser analizada desde dos puntos de vista: como principio rector para la interpretación de la Convención y como punto de conexión para determinar la aplicación de la misma.

Al tratarse de principio rector para la interpretación, la Convención determina que:

[78] The United Nations Comisión on International Trade Law. Creada por las Naciones Unidas mediante resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1966.
[79] Oviedo Albán Jorge, Ob., cit. Internet. Acceso 28 de octubre de 2013.

"Art. 7. 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional."

Debido a que el espíritu de la Convención es facilitar el tráfico de mercancías en situaciones de compraventa internacional, se debe entender que al momento de ejecutar cualquier interpretación de la misma, se debe atender al hecho que las relaciones contractuales sobrepasan cualquier ámbito territorial. Para lograr el objetivo, se tendió a la creación de un sistema autónomo de normas, las mismas que serían aplicadas sin sujeción a un ordenamiento jurídico determinado. Es por ello que el texto de la Convención contiene una gran cantidad de normas de carácter sustantivo, en su intento de creación de un andamiaje jurídico para una interpretación autónoma. De acuerdo al comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978, se manifiesta que con esta disposición se intenta impedir que los tribunales interpreten la Convención de acuerdo a las normas, usos y costumbres de cada nación, ya que esto conduciría a interpretaciones de diversa naturaleza. De esta manera, las normas de la Convención pueden adaptarse a los ordenamientos de los países ratificantes o adherentes, sin que el derecho interno de cada uno de ellos pueda interponerse en la aplicación de la Convención.[80]

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que la Convención, a pesar de haber pasado a conformar parte del derecho interno de cada uno de los países miembros, será interpretada bajo las reglas que la misma Convención dictamine, y no bajo las normas de interpretación propias de cada uno de los países.

A decir de Martínez Cañelas,

"La interpretación autónoma internacional supone que la exégesis de la norma excluya conceptos propios de ordenamientos jurídicos internos. Supone que los conceptos contenidos en la Convención se interpreten en sí mismos y sin referencia alguna a los sistemas legales de los que pudieran haberse inspirado en su génesis, para conseguir conceptos puros, válidos en un ámbito internacional."[81]

[80] Martínez Cañelas, Anselmo. *"La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compra venta internacional de mercaderías de 11de abril de 1980"*, Granada. Editorial Comares. 2004. Pág. 119
[81] Martínez Cañelas, Anselmo. Ob., cit., pág. 120

En caso de falta de regulación expresa de la propia Convención sobre asuntos de su competencia, el juzgador debe atenerse a los principios generales rectores de la Convención. En caso de ausencia de dichos principios, se deberá resolver de acuerdo a la ley aplicable, siguiendo las normas de conflicto de leyes en el Derecho Internacional Privado.[82] Cabe mencionar que este último caso es una excepción a la regla general y no se encuentra recomendada por los entendidos en la materia, ya que propende a interpretaciones disparejas de las normas de la Convención al basarse en el ordenamiento local de los estados miembros.

En cuanto a la internacionalidad como punto de conexión, puede decirse que es el elemento fundamental para determinar si es procedente la aplicación de la Convención de Viena a una determinada relación contractual.

El artículo 1 de la convención determina:

> "Art. 1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes (...) "

Como se observa, la Convención estableció un criterio objetivo para determinar la internacionalidad de la relación contractual. Esto implica que para determinar si una compraventa tiene carácter internacional, no se tomará en cuenta la condición de los contratantes, es decir, si estos son o no son comerciantes. Siguiendo la misma línea de pensamiento, carece también de importancia para efectos de la aplicación de la Convención, si la transacción tiene carácter civil o mercantil. Basta con que los establecimientos de comercio de las partes involucradas se encuentren en Estados diferentes, para que se proceda a la aplicación de la Convención.

En este punto es necesario establecer qué se entiende por establecimiento de comercio. La Convención no establece un concepto sobre lo que puede entenderse por establecimiento de comercio. Debido a que tampoco existen principios rectores que ayuden en la tarea de dilucidar el concepto, se debe recurrir a las normas internas de

[82] Simone, Carmen Amalia. *"La Compra venta internacional de mercaderías II"*. Presentación. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 2011

cada Estado. En este punto, continuamos con el impase ya que en la legislación ecuatoriana vigente no existe un concepto claro sobre lo que se entiende por establecimiento de comercio. En este caso la jurisprudencia internacional y la legislación comparada contribuyen al esclarecimiento del concepto.

En la legislación colombiana, el establecimiento de comercio está definido en su Código de Comercio de la siguiente manera:

> "Art. 515.- Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales"

Cabanellas define al establecimiento en términos de Derecho Mercantil de la siguiente manera: "casa de comercio, tienda o lugar donde los comerciantes desenvuelven sus actividades características"[83]

La jurisprudencia brinda las siguientes ideas sobre el particular:

> "Se entiende por establecimiento de comercio un lugar desde donde una actividad comercial es llevada a cabo de facto, lo cual requiere cierta duración estabilidad y autonomía. Se debe comprender que una oficina de enlace no es establecimiento porque carece de autonomía"[84]

La característica de estabilidad debe ser entendida como la permanencia a mediano y largo plazo del establecimiento, sin que por ello deba entenderse que el mismo deberá encontrarse en el mismo lugar de manera indefinida. En efecto, el establecimiento puede cambiar de ubicación geográfica, sin embrago, para efectos de la aplicación de la internacionalidad, se tomará en cuenta la ubicación del establecimiento al momento del perfeccionamiento del contrato. La doctrina determina que un establecimiento temporal creado con el objetivo para negociar o entablar una única relación contractual

---

[83] Cabanellas de Torres, Guillermo. "*Diccionario jurídico elemental*". Editorial Heliasta, Décimo novena edición, Buenos Aires, Argentina, 2008. pág. 150

[84] Simone, Carmen Amalia. "*La Compra venta internacional de mercaderías I*", Presentación. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 2011

no puede ser entendido como establecimiento de comercio para los fines de aplicación de la Convención.

En cuanto a la característica de autonomía, la doctrina se refiere a la posibilidad del establecimiento para que este pueda desarrollar las actividades propias de su negocia de forma auto sustentable, contando para esto con los implementos necesarios, tales como mercadería, personal, capacidad de toma de decisiones, entre otros.

Es necesario que los sujetos contratantes se encuentren al tanto que se hallan frente a una compra venta de carácter internacional, basados en el hecho que ambos tienen sus establecimientos de comercio en estados diferentes. El problema que suele presentarse en este punto se origina cuando dentro de la negociación se encuentra un tercero interviniente. La doctrina presenta tres escenarios con esta posibilidad:

> "a) Si el mandatario tiene su establecimiento en el mismo Estado que la contraparte y no expresa que actúa como mandatario de otra persona física o jurídica establecida en el extranjero, se tomará en cuenta el establecimiento del compareciente. Si, en cambio lo menciona, se tomará en cuenta el establecimiento de la persona representada y no el del representante.
>
> b) En el caso de un comisionista estamos ante un mandato sin representación, el titular de los derechos y obligaciones ante terceros es el comisionado o comisionario. Será éste quien deberá ser considerado como parte en el contrato.
>
> c) Para el gestor de negocios por cuenta de otro se habrá de seguir una u otra solución según manifieste que actúa a nombre del que le encargó el negocio, o no."[85]

En la sociedad comercial actual, es usual que se mantenga más de un establecimiento de comercio, por lo cual se debe analizar la posibilidad que una o ambas partes mantengan más de un establecimiento de comercio. En este caso, la Convención presenta una solución en su artículo 10.

> "Art. 10. a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración (...)"

[85] Santos Beladro, Rubén. *"La compra venta internacional de mercaderías y la aplicación del Tratado de Viena en Ecuador y Uruguay"* Foro, Revista de Derecho. No. 5. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. 2006. Pág., 27

Al respecto, los Principios Unidroit determinan:

> "Art. 1.11 (...) Si una de las partes tiene más de un "establecimiento," su "establecimiento" será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración"

El comentario a este artículo de los Principios establece que en caso que el lugar de celebración del contrato y el de su cumplimiento sean diferentes, se debe dar prioridad al lugar de cumplimiento. De igual manera, para determinar el establecimiento con vínculos más estrechos, se debe tomar en cuenta las circunstancias que ambas partes conocían sobre la relación contractual. Para el efecto de la determinación, no se deberá tomar en cuenta circunstancias que hayan sido conocidas solamente por una de las partes contratantes o aquellas que hayan sido conocidas por las partes de manera posterior a la celebración del contrato.

La jurisprudencia ha determinado que no siempre el establecimiento principal de una de las partes es aquel que plantea la relación más estrecha con la relación contractual. Para determinar este punto, el juzgador deberá tomar en cuenta las circunstancias únicas que rodean al contrato.

Como corolario a este apartado, se debe contemplar la posibilidad que una de las partes carezca de establecimiento para efectos de la relación contractual. Como solución la convención ha establecido:

> "Art. 10. (...) b) Si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual."

Siguiendo a Santos Balandro:

> "Se trata de un domicilio "objetivo" que no requiere la presencia del ánimo de permanecer, elemento, éste último, propio del concepto de domicilio de la época clásica."[86]

[86] Santos Beladro, Rubén. Ob., cit. Pág. 28

Es importante aclarar que el uso de la residencia habitual se considera una excepción a la regla general. El espíritu de la Convección determina que en primer lugar se deberá tener en cuenta a los establecimientos de las partes contratantes, y solo en caso que estas carezcan del mismo, se recurrirá a su residencia habitual.

2.1.1.2 Buena fe

La buena fe como principio jurídico indica como objetivo primordial que ambas partes desempeñen de manera precisa y leal las obligaciones a las cuales se han comprometido. De esta forma, se entiende que ninguna de las partes intentará el uso de elementos confusos para conseguir fines ajenos a la negociación del contrato o a la relación contractual misma.

La doctrina ha determinado que dentro de las legislaciones y la jurisprudencia, se pueden encontrar tres formas importantes desde las cuales se puede abordar el tratamiento del principio de buena fe. En el primer grupo, la buena fe es vista como la convicción que tiene una persona de que su comportamiento es regular y permitido, aunque en realidad el mismo es irregular y antijurídico. En el segundo grupo, la buena fe se asocia con la confianza en la apariencia jurídica. Uno de los contratantes confía en que su contraparte es en realidad el dueño de un patrimonio determinado, sean estos derechos y obligaciones o bienes, los mismos que el primero desea incorporar a su acervo patrimonial. Sin embargo, esta apariencia carece de sustento en la realidad. En el tercer grupo, la buena fe se considera como un proceder honrado y leal en la relación contractual, de tal manera que las partes se atienen a un determinado proceder antes, durante y después del negocio jurídico.[87]

Se puede determinar que la buena fe contractual pertenece al tercer grupo de concepciones citado anteriormente. La doctrina determina que las reglas aplicables a la buena fe serán determinadas por aquello que un contratante con mediana diligencia

[87] Díez – Picazo y Ponce de León, "*La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*". Barcelona. Bosch Casa Editorial. 1963. Pág. 137. Citado por Solarte Rodríguez, Arturo, "*La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*" Pontificia Universidad Javeriana. Noviembre. 2004. Pág. 285 – 286.

se siente obligado a hacer, tomando en cuenta los sectores económicos y sociales en los cuales desarrolla sus actividades.[88]

El artículo 7.1 de la Convención de Viena determina lo siguiente:

> "Art. 7.1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional"

La buena fe dentro de la relación contractual debe observarse no solo en el contenido del contrato, sino también en las partes intervinientes en el negocio. De igual manera, este principio se hace extensivo a las etapas de negociación, ejecución e interpretación del contrato.

Los Principios Unidroit contemplan la siguiente disposición al respecto:

> "Art. 1.7 Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional."

De acuerdo a los Comentarios a los Principios Unidroit, se pueden determinar dos consecuencias esenciales de la formulación de este artículo. El primero radica en que los parámetros bajo los cuales se aplicará el concepto de buena fe y lealtad negocial difieren de aquellos utilizados en la legislación interna de cada país. De ser necesario, dichos parámetros serán aplicados única y exclusivamente cuando se determine que han sido generalmente aceptados por los diversos sistemas jurídicos. La segunda consecuencia determina que la buena fe y la lealtad negocial no pueden considerarse como un concepto rígido, por el contrario, son lo suficientemente variable como para poder adaptarse a las exigencias del comercio internacional. De esta manera, la buena fe y la lealtad negocial deben ser interpretadas a la luz de la realidad específica del comercio internacional al cual se están aplicando.

Uno de los ejemplos más comunes en contra del principio de buena fe radica en el abuso del derecho, como se lo conoce en varias legislaciones. Esta figura contempla un comportamiento malicioso por parte de uno de los contratantes, como por ejemplo,

[88] Solarte Rodríguez, Arturo. Ob., cit., pág. 289

cuando se ejerce el derecho para dañar a la contraparte o cuando el ejercicio del derecho es desproporcionado a la intención original del resultado esperado.[89]

Debido a la gran disparidad de criterios a nivel internacional sobre el contenido actual del principio de buena fe, la doctrina ha determinado que se pueden apreciar dos corrientes importantes: el concepto fuerte del principio de buena fe y el concepto débil del principio de buena fe.

El concepto fuerte del principio deriva de corrientes continentales y parte de corrientes anglosajonas. De acuerdo a esta doctrina, el principio de buena fe es un principio directamente aplicable, no solo al momento de la interpretación, sino también durante el momento de formación y ejecución del contrato. Se entiende entonces que el principio de buena fe es aplicable a los artículos correspondientes al Segundo y Tercer Capítulo de la Convención de Viena, por lo cual, las partes podrían estar contrayendo obligaciones que no están expresamente estipuladas en la Convención o en el contrato. El principal problema que se plantea es la vaguedad del contenido del principio y la inmensa posibilidad de fórum shopping debido a las diversas interpretaciones que se le puede otorgar. Las corrientes afines al concepto fuerte, determinan como solución el equiparar el contenido del principio al de las legislaciones internas, tomando como punto de referencia el artículo 212 del Bürgerliches Gesetzbuch alemán. Sin embargo, este criterio no ha sido acogido con éxito debido a tres factores fundamentales: primero, debido a que el contenido de buena fe es muy distinto en cada una de las legislaciones nacionales; segundo, porque el mandato de interpretación autónoma, internacional y uniforme de la Convención implica crear un concepto de buen fe internacional, el cual, por definición será distinto a aquellos sostenidos en los ordenamientos jurídicos nacionales; y en tercer lugar, debido a que este concepto fuerte supondría imponer a las partes obligaciones adicionales, no contenidas en el ámbito de la Convención.[90]

El concepto débil del principio de buena fe es el mayormente aceptado en el ámbito internacional. Esta corriente determina que la aplicación del principio de buena fe en

[89] Comentarios a los Principios Unidroit 2004. Pág. 48.

[90] Martínez Cañelas, Anselmo. Ob., cit. Pág. 145 y siguientes.

la interpretación supone que los jueces deben hacer uso de ella para evitar que la aplicación de una norma lleve a resultados contrarios a la finalidad de la Convención. Esta corriente determina que la intención del legislador era conferir un criterio moralizador a las decisiones del juzgador, por lo cual, este debe afectar sus decisiones. Si bien mediante el principio de buena fe el juzgador no puede imponer una sanción coercitiva a la parte que ha faltado al principio, sí puede interpretar los artículos de la Convención y del mismo contrato a favor de la parte afectada, de tal manera que se corrija el abuso y daño causado a una de los contrayentes. Cabe recalcar que la corriente del concepto débil establece que el criterio de aplicación de la buena fe debe ser entendido como un principio de alcance internacional, debido a lo cual, la aplicación de criterio nacionales deben permanecer excluidos de la práctica normal del juzgador. De manera similar, la interpretación de este principio dentro de la práctica comercial internacional, no respalda de manera excesiva a la parte más débil de la relación contractual, debido a que se presume el profesionalismo de las partes contrayentes, teniendo como resultado la inaplicabilidad de las normas nacionales de protección de los consumidores, ni las propias del derecho de defensa de la competencia, ni las de competencia desleal.[91]

Como última observación a este apartado, Martínez Cañelas determinar que la jurisprudencia internacional juega un papel fundamental en la apreciación variante de la buena fe en el ámbito comercial internacional. El autor determina que la jurisprudencia, estaría facultada a reconocer derechos y obligaciones derivadas de la buena, siempre y cuando estos han sido apreciados y concretados por la costumbre internacional. De esta manera, se excluye la posibilidad que el juzgador otorgue derechos o confiera obligaciones a una de las partes, con base únicamente en la interpretación o estudios de los derechos nacionales de uno o varios países.[92]

2.1.1.3 Usos convencionales y costumbre mercantil

En el ámbito del derecho comercial internacional, las costumbres que imperan en el mismo se nutren de los actos repetitivos que ejecutan con buena fe los actores comerciales. Sin embargo la repetición por sí misma no basta para que la costumbre

[91] Martínez Cañelas, Anselmo. Ob., cit., pág. 143 y siguientes.
[92] Martínez Cañelas, Anselmo. Ob., cit., pág. 149.

genere derechos y obligaciones en las partes. Es necesaria la aceptación y generalización de la práctica, para que sus efectos se tornen exigibles.

Es innegable la importancia fundamental que ha tenido la costumbre como fuente formal de Derecho Mercantil a través de los años. Es por ello que la misma Convención reconoce dicha importancia histórica tratando el tema en su articulado.

La Convención dedica su noveno artículo a la costumbre mercantil:

> "Art. 9. 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
> 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate."

Al respecto de este artículo, Oviedo Albán comenta lo siguiente:

> "Los supuestos son diferentes: en el primer caso se trata de la voluntad de las partes que incorpora un uso particular autónomamente convenido por las partes. En el segundo creemos que se refiere en concreto a las costumbres, o hechos públicos, uniformes y reiterados, que son obligatorios según el convencimiento u opinio juris que existe sobre su obligatoriedad"[93]

De acuerdo a la doctrina, se debe tomar en cuenta que se realiza una distinción entre el uso convencional y las prácticas negociales en el primer apartado del artículo 9 de la Convención. De igual manera, el segundo inciso habla solamente de costumbre internacional. Se puede entender que los primeros tiene una eficacia individual, supeditados a que las partes hayan acordado aplicarlos a la relación contractual. En cambio, el segundo inciso, es decir la costumbre internacional, tendría una aplicación y eficacia per se, debido a que es aplicable de manera general a las relaciones contractuales.[94]

---

[93] Oviedo Albán, Jorge. "*Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías*". Ob. cit. Acceso. 10 de noviembre de 2013

[94] Perales Viscasillas, María del Pilar. "*El contrato de compra venta internacional de mercancías (1980)*". Internet. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-09.html. Acceso. 10 de noviembre 2013.

Perales determina que se ha creado una jerarquía de normas dentro de la Convención, manteniendo en la cúspide la voluntad de las partes, en el medio los usos de comercio y en la base las normas dispositivas de la Convención. Al respecto, Perales brinda las siguientes definiciones:

> "a) Prácticas negociales: éstas se caracterizan por ser conductas establecidas entre los intervinientes del negocio para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones que, por la habitualidad con la que se han venido practicando en el transcurso de contratos anteriores, se consideran vinculantes para los mismos convirtiéndose en contenido del contrato.
>
> b) Uso convencional: éste consiste en un acuerdo particular y determinado (expreso o tácito) para el empleo de un uso específico en una transacción concreta. (...) También entrarían en el marco de la disposición los acuerdos de las partes (expresos o tácitos) por los que se adopte un determinado uso.
>
> c) Uso normativo: el párrafo 2º del artículo 9 CNUCCIM considera la eficacia, que dicho sea de paso queda anulada por la voluntad negocial, del uso normativo, es decir, de la costumbre mercantil entendida como prácticas comerciales que, siendo suficientemente conocidas y observadas en un cierto sector del comercio internacional, se convierten en cláusulas tácitamente aplicables al contrato o a su formación. Se trata en definitiva de la existencia de conductas que, generadas por las sociedad de comerciantes en un determinado sector del tráfico negocial, son ampliamente conocidas y regularmente observadas porque existe la convicción de que así debe ser o bien porque existe una práctica actual."[95]

Actualmente los usos de la práctica internacional son recopilados por agencias internacionales, las mismas que intentan que dichos usos se transformen en condiciones generales aplicables en el contrato. Las formulaciones de las agencias internacionales nacen como usos interpretativos, los mismos que son recogidos cuando han alcanzado un alto grado de complejidad y de difusión universal. Sin embrago, la labor de dichas agencias no se reduce solamente a la compilación, sino que se intenta corregirlos, generando un equilibrio para las partes que los apliquen, y sobre todo, se intenta mantener solamente los elementos comunes para evitar conflictos debido a la diferente legislación de los estados. El fin último para estas compilaciones es crear cláusulas de estilo que las partes incorporen a los contratos, con lo que se impondrían

[95] Perales Viscasillas, María del Pilar. Ob., cit. Acceso 10 de noviembre 2013.

sobre cualquier ley nacional dispositiva, al partir directamente de la voluntad de las partes.[96]

2.1.2 Definición de compraventa de acuerdo a la Convención de Viena

El texto de la Convención no contiene una definición expresa de lo que se puede entender por compraventa internacional de mercaderías. De acuerdo a la doctrina, este hecho se debe principalmente a la carencia de elementos disimiles en la figura dentro de las legislaciones de los estados miembros, por lo tanto, se considera que existe una noción universal de la institución de la compraventa que no requiere aclaración.

Tomando en cuenta la consideración anterior, se puede tener como punto de partida para este análisis el texto de nuestro propio Código Civil respecto de esta figura.

> "Art. 1732. Compra venta es un contrato en el que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, vendedor. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio."

En el ámbito doctrinario, existen varias definiciones de lo que se puede considerar como compraventa internacional. A modo de ejemplo se pueden considerar las siguientes:

- "el contrato de compraventa internacional de mercancías es el acuerdo de voluntades entre dos personas (aunque sabemos que en algunos casos pueden ser más), mediante el cual una de ellas llamada vendedora y establecida en un país determinado se obliga a entregar material y legalmente una cantidad o volumen de mercancías o productos a otra denominada compradora establecida en otro país, quien a su vez se obliga a pagar un precio por dichos bienes; en los términos y condiciones -tanto para una como para otra obligación- convenidos entre ambas partes."[97]

---

[96] Martínez Cañelas, Anselmo. Ob., cit., pág. 29 y siguientes.

[97] Promexico, Inversión y Comercio. *"Contratos Internacionales"* Pág. 7. Internet. http://www.promexico.gob.mx/work/models/promexico/Resource/96/1/images/ContratosDeCompraventa Internacional.pdf. Acceso 11 de noviembre de 2013.

- "Es el acuerdo de voluntades celebrado entre partes domiciliadas en países diferentes, a través del cual se transfiere la propiedad de mercancías que serán transportadas a otro territorio teniendo como contraprestación el pago de un precio"[98]

- "el contrato por el que una persona, vendedor, se obliga a entregar mercaderías, transmitir su propiedad y entregar todo tipo de documentos relacionados con aquellas, a cambio de un precio por parte de otra, comprador, obligada a la recepción de las mismas."[99]

Como se ha podido observar, las definiciones que la doctrina plantea son conclusiones del análisis de las obligaciones recíprocas que mantienen dentro de la relación contractual, tanto el vendedor como el comprador. Dichas obligaciones se encuentran establecidas en los artículos 30 y 53 de la Convención, respectivamente.

Es necesario establecer que la misma Convención determina algunas características esenciales para que una transacción pueda ser considerada como un contrato de compraventa internacional. En primer lugar tenemos la característica de internacionalidad, la cual puede determinarse por el lugar del establecimiento de comercio de las partes, los mismo que deben estar ubicados en estados diferentes. La segunda característica fundamental es su campo de aplicación únicamente sobre mercaderías, entendiéndose estas como bienes muebles corporales, lo cual excluye expresamente las compras de consumo, la prestación de servicios, la venta de bienes incorporales y la comercialización de bienes inmuebles.

Es irrelevante para efectos de la aplicación de la Convención el nombre que las partes hayan otorgado al contrato. En caso que el juzgador determine la existencia de los elementos constitutivos de la compraventa internacional, tendrá la obligación de aplicar la Convención para dirimir la causa, a pesar que haya consentimiento de ambas partes para denominar la transacción con un nombre distinto. De igual manera, es inaceptable que la voluntad de las partes califique como compraventa un contrato que no reúna las características para ser considerada como tal.

---

[98] Estudio Calderón y Asociados. *"Contrato de compra venta internacional"*. Internet. Disponible en http://www.siicex.gob.pe/siicex/resources/calidad/137f0d29-35d6-4ede-b74c-4e1e09b7f0e3.pdf. Acceso 11 de noviembre de 2013.

[99] Martínez Cañelas, Anselmo. Ob., cit., pág. 278

2.1.3 Características del contrato de compraventa internacional.

2.1.3.1 Consensual

Esta característica de la compraventa internacional tiene su fundamento en el principio de autonomía de voluntad de las partes, mediante el cual los contratantes establecen un acuerdo en los puntos principales del contrato, es decir, la cosa y el precio.

La expresión del acuerdo de las partes no requiere solemnidad alguna, basta con que ellas expresen su acuerdo a participar en la relación contractual, bajo determinadas circunstancias.

Al respecto, la Convención determina lo siguiente:

> "Art. 11: El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos."

Como se puede concluir, no es requisito para la validez del contrato de acuerdo al criterio de la Convención que el mismo se encuentre contenido en un medio escrito para que surta efectos. Así, el contrato puede ser de tipo oral, como puede celebrase por vía telefónica, por medios magnéticos, mediante correspondencia, entre otros.

Si bien la Convención no determina qué se entiende por medio escrito, los Principios Unidroit si lo determinan, al tenor del siguiente artículo:

> "Art. 1.11. Inciso 4. "escrito" incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible."

Los comentarios a los Principios determinan la característica de escrito debe comprender toda modalidad de comunicación idónea, sean estas las tradicionales como un telegrama o una carta, hasta las modalidades más actuales tales como correos electrónicos. Dichas expresiones deben proveer una forma segura de preservar el documento y ser reproducida en forma tangible.

El espíritu de la Convención determina que esta regirá para lo concerniente a la formación de la relación contractual y a los derechos de las partes de acuerdo a lo que se aprecia en el artículo 4 literal a) de la Convención[100], dejando de lado la normativa sobre validez y existencia del contrato. Sin embargo, la Convención en su artículo 96 determina que para la validez y existencia de un contrato internacional, las partes deberán atenerse al contenido de la legislación interna. Debido a lo anterior, si una legislación determina una solemnidad para un contrato dado, estás serán de obligatorio cumplimiento.

2.1.3.2 Bilateral

Se entiende que un contrato bilateral es aquel "en que ambas partes quedan obligadas a dar, hacer o no hacer alguna cosa, que compensa la prestación de la otra parte con mayor o menos igualdad"[101]

Este concepto queda plasmado en el texto de la Convención al establecer claramente las obligaciones principales de ambas partes, al tenor de los siguientes artículos.

> "Art. 53. El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención".
>
> "Art. 30 El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención".

El Código Civil ecuatoriano establece lo siguiente al respecto del particular:

> "Art. 1455. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y, bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente"

2.1.3.3 Oneroso

Es una de las características más importantes de la compraventa internacional. Se entiende que las partes acuerdan prestaciones mutuas, es decir, ambas partes obtendrán

[100] Artículo 4. La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso

[101] Cabanellas de Torres, Guillermo. Ob., cit., Pág. 50

un beneficio o utilidad. Así, el comprador aspira la obtención de la cosa y el vendedor espera recibir un pago en contraprestación.

Como norma general se determina que las prestaciones deben mantener su obligatoriedad, aun cuando se han tornado más onerosas de lo previsto para una de las partes, exceptuando los casos de excesiva onerosidad contemplados en el Art. 6.2.2 de los Principios Unidroit. En estos casos, la parte afectada podrá solicitar la renegociación de los términos contractuales, en los términos que he analizado anteriormente.

El Código Civil ecuatoriano determina que un contrato es oneroso cuando:

> "Art. 1456. (...) tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro"

2.1.3.4 Principal

Se entiende por contrato principal a aquel que puede subsistir jurídicamente, sin la necesidad de contar con la existencia de un contrato adicional.

El Código Civil ecuatoriano contempla lo siguiente al respecto:

> "Art. 1458: el contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (...)"

Se entiende pues, que el contrato de compraventa internacional tiene el carácter de principal debido a que genera derechos y obligaciones inter partes, sin la necesidad de la subsistencia de un contrato adicional.

2.1.3.5 Típico

La doctrina determina que un contrato típico es aquel que "tiene una regulación legal propia que lo identifica respecto a los demás. De esta manera, se individualiza un fenómeno jurídico, dotándole de elementos y datos peculiares.[102]

[102] Castillo Freyre, Mario. "*Estudios sobre el contrato de compraventa*". Lima. Ediciones Legales. 2003. Pág. 10 – 11.

En el caso ecuatoriano, la Convención de Viena de 1980 fue adoptada por el estado, sin ninguna reserva, el 27 de enero de 1992. Posteriormente, el instrumento internacional entro en vigencia el 01 de febrero de 1993[103], con lo cual pasa a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno vigente.

2.1.3.6 Conmutativo

El criterio de conmutativo hace alusión al riesgo que las partes asumen al entablar la relación contractual. La doctrina ha determinado que el contrato de compraventa se considera conmutativo "ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, en el sentido de conocerse de antemano"[104]

El Código Civil ecuatoriano inserta al contrato conmutativo como una subdivisión del contrato oneroso y determina:

> "Art. 1457. El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (...)"

2.1.3.7 Ejecución instantánea

Esta característica del contrato de compraventa internacional hace alusión al cumplimiento de las obligaciones de las partes. Las prestaciones son cumplidas en un solo acto, de manera instantánea. Sin embargo, en el ámbito comercial internacional es usual que la entrega de las mercancías se las realice mediante plazos. Este hecho constituye una facilidad para los contratantes, sin que ello signifique que existe una imposibilidad jurídica o material para ejecutar cada una de las prestaciones.

2.2 Generalidades sobre el mercado internacional de hidrocarburos

Actualmente, la importancia de los hidrocarburos en el entorno mundial radica en su naturaleza como principal fuente de energía. Junto con este factor, se debe mencionar que

[103] Fuente: UNCITRAL. Internet. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html. Acceso 13 de noviembre de 2013

[104] Castillo Freyre, Mario. Ob., cit., pág. 16

también intervienen en gran medida tres elementos adicionales dentro del mercado mundial de hidrocarburos, a saber: disponibilidad de reservas, precio e impacto ambiental.

El mercado de hidrocarburos es considerado como uno de los más volubles dentro del ámbito económico. Esto se debe esencialmente a que las mayores reservas de petróleo no se encuentran en los países desarrollados, sino en naciones con grave inestabilidad política y económica. Como consecuencia, existen grandes riesgos de paralizaciones en la producción, generando a su vez cambios drásticos en los precios del producto en el mercado internacional.

En el caso de América Latina y el Caribe, esta región no posee gran cantidad de reservas de petróleo. Su consumo generalmente debe ser importado casi en su totalidad, como es el caso de Uruguay, Paraguay, Chile, todos los países de América Central con excepción de Guatemala y la mayor parte del Caribe. Se considera que solamente Venezuela y México concentran el 80% de las reservas que posee la región. El restante 20% se encuentra repartido entre Brasil, Ecuador, Argentina y Colombia.[105]

Actualmente, se puede considerar que la estructura del mercado petrolero a nivel mundial puede dividirse en tres segmentos:

- *Upstream*: se refiere a las etapas de exploración y producción. Involucra la búsqueda de nuevos yacimientos, proyectos de desarrollo de los mismos para iniciar la producción. Se puede decir que la característica más importante de esta etapa es el riesgo, puesto que se deben invertir fuertes sumas de dinero en los respectivos procesos de exploración y explotación.
- *Midstream*: se utiliza este término para actividades relacionadas con el transporte del petróleo crudo, y normalmente abarca desde el sitio de extracción hasta las refinerías.
- *Downstream*: abarca esencialmente las actividades de refinación y comercialización.[106]

---

[105] Universidad Autónoma "Gabriel René Moreno". "*Tendencias Recientes del Mercado Internacional del Petróleo*". Camiri, marzo de 2013. Pág. 3

[106] "Panorama Internacional del Mercado Petrolero". Internet. http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fecaths1.s3.amazonaws.com%2Fhidrocarburos%2F470485730.UNIDAD%2520N%25C2%25BA%25204

2.3 Características de la compraventa externa de hidrocarburos.

2.3.1 Naturaleza mercantil

De acuerdo al criterio de la Corte Nacional de Justicia, se considera a los actos de comercio como:

> "operaciones con que se contribuye a facilitar el paso de poder de los productores al de los consumidores, siempre que sean caracterizados por el lucro y no sean debidos a una liberalidad; o tienen por objeto realizar beneficios por medio del cambio, del transporte o de la transformación de los productos de la naturaleza de la industria, sirviendo de intermediarios entre productores y consumidores; o, que comprende relaciones cuyo motivo es transferir cosas o derechos, que se manifiestan siempre por contrato derivado de la circulación de productos."[107]

La determinación de la naturaleza mercantil de un acto en particular puede atender a diversos criterios. En nuestra legislación, el artículo 3 del Código de Comercio establece los actos que son considerados como mercantiles, y por lo tanto, a los cuales se puede aplicar las disposiciones del Código de la materia. Al respecto, se ha debatido ampliamente sobre si dicha enumeración puede considerarse taxativa o es meramente ejemplificativa.

A partir del fallo de la Corte Nacional de Justicia de 13 de marzo de 1973 redactado por el doctor Luis Arzube, se deja de lado la tesis taxativa que se había manejado hasta el momento. En el mencionado fallo se determina que el artículo 3 del Código de Comercio se encuentra incompleto tomando en cuenta que en leyes secundarias vigentes a la fecha del fallo, como por ejemplo la Ley de Cámaras de Comercio y la Ley de Impuesto las ventas, se encontraban otros actos de comercio. Con esta aclaración, la jurisprudencia cambia hacia el criterio de la enumeración, el mismo que plantea la existencia de un catálogo de hipótesis que el legislador considera mercantiles.

%2520(Parte%25202)%2520Panorama%2520Internacional%2520del%2520Mercado%2520Petrolero.pdf&ei=26ekUumjKoWtkAfs74H4DA&usg=AFQjCNFegHvDmWCgx9aZHeKEjQPhtew0Hw&bvm=bv.57752919,d.eW0. Acceso 08 de diciembre de 2013.

[107] Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 15. Quito. 23 de junio de 1982. Pág. 3559.

Actualmente, para la interpretación del artículo 3 del Código de Comercio, la Corte Nacional de Justicia sigue el criterio de la enumeración expuesto por Macías Hurtado en los siguientes términos[108]:

> "(...) el artículo es taxativo, pero con una particularidad: cada fracción contiene criterios o géneros que permiten, por tanto, una interpretación lógica extensiva. (...) bajo este supuesto es aplicable la interpretación extensiva, absorbiendo casos similares o equiparables a los mencionados en la respectiva fracción".[109]

Es importante mencionar que la costumbre internacional determina la inclusión de una cláusula o un contrato accesorio al convenio de compraventa de hidrocarburos con el objeto de normar el transporte de las mercancías. Este tipo de transporte generalmente se refiere en la generalidad de los casos a transporte marítimo, y en menor medida, a transporte terrestre.

Una vez aclarados estos conceptos, se puede inferir que la actividad de comercialización hidrocarburífera cabe dentro de los supuestos establecidos por el legislador en los siguientes numerales del artículo 3 del Código de Comercio ecuatoriano:

> "Numeral 1: la compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta y la reventa o permuta de estas mismas cosas (...)
>
> Numeral 5: el transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico".[110]

2.3.2 Venta a entregar

Generalmente, la tradición de los bienes objeto de la compraventa se da en el momento mismo de la celebración del contrato, sea esta una tradición ficta o real. Sin embargo, el desarrollo del comercio internacional y la creciente interacción entre

---

[108] A manera de ejemplo sobre la aplicación de este criterio por parte de la Corte Nacional, se pueden tomar en cuenta dos fallos de 26 de marzo de 2001 de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, disponibles en Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1281 y en el Registro Oficial 383, 3 de Agosto del 2001; sobre actos de comercio y nulidad de contrato respectivamente.

[109] Macías Hurtado, Miguel. "*Instituciones de derecho mercantil ecuatoriano*". Quito. Ediciones del Banco Central del Ecuador. 1988. Pág. 125.

[110] Código de Comercio Ecuatoriano. Registro Oficial – Suplemento 1202. 20 de agosto de 1960.

naciones, ha desembocado en el establecimiento de nuevas modalidades de compraventa.

La ventas internacionales de hidrocarburos son consideradas en la doctrina como una venta a entregar, es decir, un tipo de compraventa a término. Al respecto la doctrina plantea lo siguiente:

> "En la compraventa término, la entrega de las mercancías, de su precio de ambas cosas se aplaza por un cierto tiempo. Cuando se pacta la entrega de las mercancías en un plazo determinado, recibe el contrato la denominación de compra venta a entregar; si es el precio el que se aplaza, compraventa al fiado; y si ambas cosas, compra venta a entregar y al fiado".[111]

Como se puede apreciar existe un tiempo de espera entre la celebración del contrato, generalmente establecido dentro del mismo, y la entrega de la cosa al comprador. Dicha circunstancia implica que la mercancía no estará efectivamente en manos del comprador hasta su llegada al lugar pactado para la entrega de la misma. Esto no debe ser entendido como la implementación de una condición suspensiva dentro del contrato, ya que la misma implica la entrega de la cosa al comprador sin que se realice el traslado del derecho de dominio, convirtiendo al comprados en mero tenedor del objeto, situación que no se configura en el caso de contratos internacionales de compra venta de hidrocarburos.

2.3.3 Falta de individualización.

La obligación contenida en el contrato internacional de venta de hidrocarburos es una obligación de género. El Código Civil las define como:

> "Art. 1524: Obligaciones de género son aquellas en las que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado".

Como consecuencia de una obligación de género, el vendedor está obligado a entregar cualquier individuo del género pactado. En este caso, basta que el vendedor entregue un cargamento del producto con calidad media al menos, para que se considere cumplida su obligación. En el caso del comercio hidrocarburífero, el vendedor no

[111] Avilés Cucurella, Gabriel y Pou de Avilés, José María. *"Derecho Mercantil"*. Tercera Edición. Barcelona. J. Ma. Bosch Editor. 1959. Pág. 546.

especifica el cargamento que se entregará al comprador, sino que se hace mención únicamente de la cantidad de mercadería vendida.

La falta de individualización tiene gran importancia esencialmente al momento de la transferencia del riesgo en la operación mercantil. De esta manera, aún si el vendedor pierde uno de los cargamentos de hidrocarburos, no podrá eximirse del cumplimiento de la obligación.

2.3.4 Internacionalidad

El criterio de internacionalidad en este tipo de contratos no debe confundirse con aquel expresado en la Convención de Viena, el mismo que se explicó anteriormente. Así, se califica de internacional una venta de hidrocarburos cuando el transporte internacional del cargamento de hidrocarburo, objeto del contrato, se efectuará entre dos diferentes países.[112]

2.4 Fuentes de la compra venta internacional de hidrocarburos

2.4.1 Fuentes privadas

2.4.1.1 Contratos tipo y condiciones generales

Se entiende como contrato tipo aquel "cuyo contenido se encuentra por normas o reglamentos estatales o por disposiciones de asociaciones u otras organizaciones. En ciertos casos, el someterse al contrato tipo tiene tan solo ventajas de celeridad y certeza, mientras que en otros supuestos el sometimiento a la estructura preestablecida puede ser condición para que la otra parte dé su consentimiento, y aun para la validez del contrato".[124]

Generalmente los contratos tipo son elaborados por agrupaciones y asociaciones de comerciantes, con la guía de un equipo de juristas. Muchos de los contratos son elaborados utilizando el sistema del Common Law, es decir, mediante el uso de supuestos de posibles situaciones prácticas y concretas respecto a mercaderías particulares[125].

---

[112] Cova Arria, Luis. Ob. Cit. Pág. 127

[124] Cabanellas de Torres, Guillermo. Ob. Cit., pág. 96.

[125] Graf Barrera, Jorge. *"La reglamnetación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías. (Hacia un Derecho Internacional del Comercio)"*. Pág. 21. Internet.

En el caso del campo hidrocarburífero, los contratos tipo están diseñados para su uso mediante el relleno de determinados espacios en blanco y la estampa de las firmas de las partes como signo de conocimiento y aceptación de los términos contractuales.

Las condiciones generales[126] también son un caso de contrato tipo, las mismas que están redactadas de manera que las partes puedan someterse a sus estipulaciones con el simple nombramiento de las mismas dentro del convenio. Los textos son elaborados por organizaciones, tanto de vendedores como de compradores. Cova Arria aclara que en el caso de compraventa internacional de hidrocarburos las condiciones generales varían de acuerdo al caso, según se trate de productos crudos o refinados, así como del lugar de embarque y desembarque de las mercancías.

Es importante mencionar que la generalidad de los contratos tipo y condiciones generales no contemplan reglas específicas direccionadas a la solución de problemas esenciales de la compraventa internacional de hidrocarburos. Sin embargo, este hecho no conlleva a mayor repercusión al momento de la solución de conflictos, ya que los problemas derivados de la relación contractual obtienen solución mayoritariamente de lo establecido en los Incoterms, mismos que son utilizados con gran acogida en el campo hidrocarburífero. Una vez contemplado este aspecto, se puede concluir que el uso de contratos tipo y términos generales, resultan extremadamente útiles en las cuestiones referentes a la conformidad de la entrega de las mercancías entregadas, misma que fueron descritas en el contrato de compraventa.

2.4.1.2 Reglas de Varsovia y Oxford

Estas reglas fueron elaboradas por iniciativa privada, mediante el auspicio de la Asociación de Derecho Internacional, ILA. El primer documento fue redactado en Varsovia en 1928, y posteriormente fue revisado en Oxford en 1932.

---

http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/1/art/art3.pdf. Acceso. 15 de enero de 2014

[126] Como ejemplo de este tipo de contratos, tenemos las *"General conditions of sale and standard clauses drawn up under the auspices of the United Nations Economic Commission for Europe"*, disponibles en http://www.unece.org/fileadmin/DAM/leginstr/Annex.pdf. De este tipo de condiciones generales, las más utilizadas son las conocidas con los números 188, 188 A, 574 y 574 A referentes al suministro (y erección) de plantas y maquinaria para la exportación.

El objetivo de las Reglas era definir el contenido del contrato CIF, estableciendo compromisos entre las partes referentes a las obligaciones de cada una de ellas en la relación contractual. Las reglas no constituyen una convención internacional y tienen naturaleza privada, por lo que su aplicación se daba solamente cuando las partes lo decidían expresamente.

Actualmente, las Reglas de Varsovia y Oxford han caído en desuso, ya que la mayoría de los temas tratados son ahora subsanados por los Incoterms.

2.4.1.3 Definiciones americanas del comercio extranjero

Estos términos fueron de extensa aplicación en los Estados Unidos, y junto con el Código Uniforme de Comercio, configuraron el marco legal en dicho país sobre materia mercantil internacional.

Son más conocidos como "American Foreign Trade Definitions (RAFTD)", debido a su origen estadounidense. Se crearon en 1919 con el objetivo de esclarecer y simplificar el comercio internacional. Su última revisión se dio en 1940, durante la Vigésimo Séptima Convención Nacional de Comercio Internacional. Posteriormente, fueron adoptadas el 30 de julio de 1941 por un Comité conjunto que representaba a la Cámara de Comercio de los Estados Unidos, al Consejo Nacional del Comercio Exterior y al Consejo Nacional de Importadores Americanos. A partir de 1980, se empezó a recomendar el uso de los Incoterms en el comercio internacional. Como consecuencia, las Definiciones fueron derogadas oficialmente en 1985.

Su aplicación no tuvo naturaleza global, sin embargo, llegaron a tener gran éxito entre importadores y exportadores antes de la creación de los Incoterms. Esencialmente se las utilizaba en relaciones comerciales internacionales en la que una de las partes estaba sujeta al ordenamiento jurídico de Estados Unidos. Actualmente, las Definiciones son usadas con menor frecuencia en los Estados Unidos. Sin embargo, debido a su naturaleza privada, si ambas partes así lo deciden serán las Definiciones Americanas las que regirán las obligaciones de las partes en la relación contractual.

Una de las características principales de las Definiciones Americanas son las variaciones del término F.O.B. De esta manera, se reserva la modalidad F.O.B. – Vessel[127] para las ventas internacionales exclusivamente.

Algunas variantes de los RAFTD con respecto a los Incoterms pueden observarse en la siguiente tabla:

INCOTERMS 2000	RAFTD
EXW Incluye envase y embalaje de exportacion.	EXW A negociar la inclusión del envase y embalaje de exportacion
FOB. Maritimo a bordo de la embarcación, en el pais de origen y en el puerto de salida.	FOB Multimodal: a bordo de transporte a punto convenido: FOB fabrica FOB aeropuerto FOB frontera exportador FOB frontera importador FOB punto final
CFR y CIF. Maritimo a bordo de la embarcación, con fletepre-pagado a pais destino.	C&F y CIF Multimodal, entrega de mercancia en punto destino sin embargo se aceptan tambien en el pais del exportador.
FAS Maritimo	FAS. Se emplea tambien para aereo.

Fuente: Internet. http://uvmsurlcippoce.blogspot.com/2008/05/terminos-de-comercio-internacional.html. Acceso: 17/01/2014

Debido a las diferencias que presenta las RAFTD y los Incoterms, y las correspondientes obligaciones de cada una de las partes, es importante determinar cuál es el catálogo de términos que está utilizando la parte proveniente de Estados Unidos. Para tal finalidad, en el tráfico internacional la costumbre dicta que se agregue la frase "Quotation Subject to the Revised American Foreign Trade Definitions 1941"[128] en caso que se haya decidido aplicar las Definiciones Americanas. En el caso del uso de los Incoterms, se recomienda mencionar los términos internacionales a los que se rige la relación contractual, después del nombre de la ciudad y país.[129]

[127] Bajo este término, el vendedor cotiza un precio que cubra todos los gastos hasta, e incluyendo, la entrega de la mercancia en el buque en el extranjero proporcionaa por, o para, el comprador en el puerto de embarque convenido. Internet. http://www.tradegoods.com/helper/03rules/rules_105.html. Acceso: 17de enero de 2014.

[128] Cotización sujeta a las Definiciones Revisadas de Comercio Exterior Norteamericano de 1941.

[129] Por ejemplo, FOB GUAYMAS SONORA, MÉXICO INCOTERMS 2000.

2.4.1.4 Incoterms

Los Incoterms, también conocidos como cláusulas de precio, son un "conjunto de reglas para la interpretación de términos utilizados en el comercio internacional"[130]. Las siglas corresponden a la expresión en inglés "International Comercial Terms". Su objetivo principal es "establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales."[131] Cada uno de los trece términos está designado con un conjunto de tres letras que evocan de manera generalizada las condiciones a las que se someten las partes.

Los Términos se originan como respuesta a la expedición de las Definiciones Americanas de Comercio, de 1919. En 1920, se empiezan a realizar los trabajos preparatorios en el marco del Primer Congreso de la Cámara de Comercio Internacional, celebrado en París. En 1928, la Cámara de Comercio Internacional publicó un catálogo de Términos, el mismo que constaba de seis tipos de Incoterm. En 1939, se publicó una segunda versión, revisada y ampliada, la misma que contenía once Términos de Comercio. Este último catálogo es el precursor de los Incoterm actuales, y tuvo gran acogida mundial desde sus inicio, excepto en Estados Unidos. A partir de este punto, es la CCI la que se encarga de la revisión y emisión periódica de los Incoterms, de acuerdo a la evolución del comercio internacional. De igual manera, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), avala las ediciones de los Incoterm. La última edición data del 2010, misma que entró en vigencia a partir del 01 de enero de 2011.

A pesar de su origen privado, los Incoterm son tomados como reglas internacionales y por lo tanto, aceptadas por gobiernos, autoridades y profesionales. Así también, son reconocidos como estándares internacionales por autoridades aduaneras y cortes en todos los 71 países que los han ratificado. Es necesario aclarar que, los Incoterm no son normas de aplicación obligatoria, siguiendo a Perales Viscasillas:

---

[130] Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Ob., cit. Pág. 195.
[131] Cova Arria, Luis. Ob., cit., pág. 135.

"A diferencia de la Convención de Viena que es derecho interno, los INCOTERMS 2000 son una serie de reglas de aplicación, en principio, voluntaria, por lo que es conveniente referirse a ellos en el contrato de forma expresa".[132]

Los términos definen y reparten los derechos, obligaciones, gastos y riesgos del trasporte internacional y del seguro, tanto del vendedor como del comprador. Por lo tanto, se entiende que no caben bajo la regulación de los Incoterm las cláusulas internas de un contrato de compraventa, la situación de la mercancía, el traspaso de propiedad, la garantía, la concreción de pago y el incumplimiento de compromisos del contrato de compra[133]. De igual manera, los Incoterm no son aplicables para transacciones comerciales cuyo objeto sea la prestación de servicios, ya que estos no requieren la implementación de logística debido a su naturaleza intangible.

Los Términos regulan cuatro aspectos importantes en la transacción comercial, a saber[134]:

- La entrega: es la primera obligación del vendedor. La entrega puede darse de forma directa, cuando el Incoterm define que la mercancía se entregue al comprador: o indirecta, cuando el Incoterm define que la mercancía se entregue a un intermediario del comprador. Es imperativo que se especifique el lugar de entrega de la mercadería, evitándose el uso de condiciones de difícil cumplimiento. La obligación de entrega estará extinguida cuando el vendedor haya cumplido con todos los actos que le incumben para poner la mercadería objeto del contrato a disposición del comprador. Los compromisos de entrega son casi absolutos y la causal de incumplimiento por fuerza mayor sistemáticamente es rechazada por los tribunales. La entrega de la mercadería y la de los documentos pertinentes están íntimamente relacionadas, pese a efectuarse en momentos distintos. Este último acto es el que extingue la obligación de la entrega.

---

[132] Perales Viscasillas, María del Pilar. Ob.cit. Internet. Acceso. 20/01/2014

[133] Internet. http://www.argentinatradenet.gov.ar/sitio/datos/Apoyo/incoterms.pdf. Acceso: 20 de enero de 2014.

[134] Internet. http://es.wikipedia.org/wiki/Incoterm, y, http://www.sicex.com/contenido/ES/304/63/. Acceso: 20 de enero de 2014.

- La transmisión de los riesgos: es un aspecto esencial de los Incoterm y no se debe confundir con la transmisión de la propiedad, que queda regulada por la ley que rige el contrato. Los riesgos que corre la mercadería pueden producirse desde que se perfecciona el contrato de compraventa hasta el momento de la entrega. Las distintas cláusulas que componen los Incoterms eliminan toda incertidumbre respecto al momento en que los riesgos se transmiten del vendedor al comprador. El concepto fundamental se basa en que los riesgos, y en la mayoría de los casos, también los gastos, se transmiten en el punto geográfico y en el momento cronológico que definen el contrato y el Incoterm establecido. La superposición de ambos requisitos produce automáticamente la transmisión de los riesgos y de los gastos.

- La distribución de los gastos: Es el vendedor quien debe soportar los gastos originados por la mercadería hasta el momento que, según el contrato, se verifique la entrega de la misma. En determinadas cláusulas el vendedor también puede tomar a su cargo los gastos de envío. Todos los demás gastos que el vendedor pueda asumir son accesorios a la operación de entrega.

- Los tramites de los documentos aduaneros: Los Incoterm establecen disposiciones específicas en lo concerniente a la obtención de la documentación necesaria para la exportación y para el posterior despacho en destino. El alcance de la obligación del vendedor varía según el término utilizado. Asimismo se establece que cuando el comprador lo solicite y a su cuenta y riesgo se le preste toda la ayuda necesaria para obtener los documentos requeridos en destino y/o el tráfico posterior de la mercadería. En general, la exportación es responsabilidad del vendedor; sólo existe un Incoterm sin despacho aduanero de exportación: EXW (Ex Works, En fábrica), donde el comprador es responsable de la exportación y suele contratar los servicios de un transitorio o un agente de aduanas en el país de expedición de la mercancía, que gestione la exportación. Los restantes Incoterm son «con despacho»; es decir, la exportación es responsabilidad del vendedor, que algunas veces se ocupa también de la importación en el país de destino.

Los Incoterm se dividen en cuatro grupos, cada uno con una característica propia y diferenciadora:

E **EXIT**	El vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor o en otro lugar convenido
F **FREE**	Exige al vendedor entregar la mercancía a un trasportista nombrado por el comprador.
C **COST**	El vendedor tiene un contrato de transporte sin asumir el riesgo de pérdida o danos de los bienes o costos adicionales después del embarque.
D **DELIVERED**	Exige al vendedor asumir todos los costos y riesgos necesarios para entregar la mercancía en el lugar de destino.

FUENTE: Gonzales, Lorena. *"INCOTERMS: International Comercial Terms"* Internet. Disponible en http://www.slideshare.net/PinkPower/incoterms-1892716. Acceso. 20/01/2014.

Como corolario, la CCI realiza una aclaración con respecto a la naturaleza de los Incoterms. Los Términos regulan aspectos básicos del contrato de compraventa, pero no constituyen la totalidad del contenido del contrato. El convenio deberá ser redactado por las partes, intentando incluir cláusulas adicionales que no alteren la estructura del Incoterm que se ha decidido utilizar.

2.4.2 Fuentes de origen estatal

Se refiere específicamente a todas aquellas normas de aplicación general y obligatoria que rigen dentro de una relación mercantil, y por lo tanto, dentro de la venta internacional de hidrocarburos.

En nuestro ordenamiento jurídico, las normas aplicables serán el Código de Comercio, y de forma supletoria, las normas contenidas en el Código Civil con respecto a la compra venta. De igual manera, se deberá tener en cuenta la normativa hidrocarburífera, la misma que está compuesta por la Constitución del Ecuador, la Ley de Hidrocarburos, el Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador y el Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos

De manera general, el propio contrato suele establecer mecanismos para dirimir el conflicto de leyes. Estas normas deberán tener prioridad en cuanto a su aplicación. Sin embargo, en caso que le mismo contrato carezca de un mecanismo para la

determinación de la ley aplicable, serán las normas de solución de conflictos de leyes dentro del ámbito internacional privado las que determinen la legislación que deberá ser aplicada al caso concreto. Es, sin embargo, imperativo determinar que nuestro ordenamiento jurídico establece claramente que un contrato internacional, cumplidero en el Ecuador, deberá atenerse a las normas ecuatorianas. Así lo dispone el Código de Comercio en el siguiente artículo:

> "Art. 154. Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero, y cumplideros en el Ecuador, se regirán por las leyes ecuatorianas (...)".[135]

Finalmente, en el ámbito internacional es aplicable la Convención de Viena de 1980, sobre los Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías, misma que ha sido ratificada por el Ecuador, y por lo tanto, se convierte en parte aplicable de nuestro ordenamiento jurídico interno.

2.5 Clases de ventas internacionales de hidrocarburos

El desarrollo del comercio internacional, esencialmente las operaciones de exportación, ha creado ciertas modalidades de contratación, las mismas que se diferencian unas de otras por las siglas de los contratos accesorios que acompañarán al contrato principal de compraventa dentro de la relación contractual.

2.5.1 Ventas FAS y FOB

Estos dos tipos de venta incluidos en la última edición de los Incoterms se originaron en Europa, dentro de un mercado generalmente regulado por los vendedores. De esta manera se puede apreciar que ambos términos de comercio presentan condiciones más favorables al vendedor. Tanto la venta FAS como la FOB son consideradas como venta a la salida o al embarque.

La venta FAS[136], "franco al costado del buque, puerto de carga convenido", es un término utilizado para transporte marítimo o por vías fluviales. La obligación del vendedor consiste esencialmente en el manejo y aprobación de los trámites necesarios

[135] Ecuador. Código de Comercio. R.O. – S 1202: 20 de agosto de 1960.
[136] Free Alongside Ship, de acuerdo a su acrónimo en inglés.

para la exportación de la mercancía y la entrega de la misma en el puerto que se haya convenido con el comprador. Todos los costos generados hasta la entrega de la mercancía en el muelle acordado corren por parte del vendedor, mientras que los gastos generados a partir de la entrega en el muelle, corre a cargo del comprador[137]. Generalmente dichos costos cubren la carga y estiba del buque, el flete, la descarga en el puerto de destino, los trámites de la aduana de importación, como parte de su precio de compra. De manera adicional, el comprador se encuentra habilitado para la contratación de un seguro que cubra a la mercadería durante el transporte de la misma al lugar de destino. Cabe mencionar que con la aplicación del término FAS, la transferencia del riesgo de la mercadería se realiza al momento de la entrega de la misma en el muelle designado.

Las ventas FAS son las más optimas al momento de realizar una transacción con mercancías a granel debido al enorme volumen de las mismas. Al respecto, Palmés Combalia explica lo siguiente:

> "Habitualmente cuando se opera con contenedores completos esto se entregan en una terminal. Esto se suele producir uno o dos días antes del embarque. Cuando se entrega el contenedor, el barco portacontenedores aun no ha llegado al puerto y por tanto imposible saber que muelle se le asignará para realizar las albores de desestiba y descarga y posteriormente las labores de carga y estiba. No es lógico pactar un punto de entrega –en el muelle- donde la mercancía no estará nunca físicamente, ya que del bloque de contenedores pasa directamente al buque sin posicionarse en el suelo del muelle (al costado del buque)".[138]

Con respecto a las ventas FOB[139], "franco a bordo", puede decirse que es uno de los términos más utilizados en el comercio internacional. Este término en específico es utilizado, al igual que el término FAS, para transporte marítimo o fluvial.

Mediante la implementación de una venta FOB "el vendedor corre con todos los gastos (riesgo, embalaje, transporte ferroviario, derechos de muelle, etc) hasta colocar la mercancía a bordo. Se sobrentiende que el lugar de entrega es el punto de

[137] Palmés Combalia, Remigi. *"Cómo usar bien los Incoterms? La respuesta a todos los interrogantes que surgen en el uso de las normas de comercio internacional"*. Barcelona. Marge Books. 2010. Pág. 102.
[138] Palmés Combalia, Remigi. Ob. cit., pág. 104.
[139] Free on board, de acuerdo a su anagrama en inglés.

embarque"[140]. Los costos generados desde la llegada de la mercadería al puerto hasta su posterior carga en el transporte designado son denominados "gastos FOB estrictos", y comprenden gastos de recepción, acarreo y carga. La transferencia del riesgo se realiza al momento que la mercadería ha sido embarcada a bordo del transporte marítimo. Palmés Combalia considera que el embarque se configura al dejar la mercancía colgada de la grúa en la operación de carga en el puerto de origen[141].

Al igual que el término FAS, el término FOB es utilizado en transacciones con mercancías a granel, siempre y cuando estas no se encuentren contenidas en contenedores.

Ambos términos se suelen utilizar con frecuencia en el tráfico internacional, incluyendo el mercado de hidrocarburos, a pesar de las complicaciones que suelen traer para el comprador. Sin embargo, se prefiere especialmente la utilización de estos términos en compras dentro del mercado spot,[142] puesto que los compradores prefieren contratar armadores, mediante contratos de fletamento por tiempo o por viajes, enviando los productos a los puertos de embarque para recibir el hidrocarburo comprado.[143]

2.5.2 Ventas CIF

Las ventas CIF[144], "coste, seguro y flete", son relativamente recientes y su origen oficial puede remontarse a Inglaterra y Francia alrededor del año 1870. Debido esencialmente al equilibrio en las prestaciones de ambas partes, este tipo de venta ha tenido gran apreciación en el comercio internacional, por lo cual se convirtió en la venta marítima más utilizada en el comercio a partir de la Primera Guerra Mundial.

En este tipo de venta, "el vendedor toma a su cargo los gastos de transporte y de seguro marítimo de la mercancía comprendiéndolos en el precio; pero la entrega de la mercancía se

[140] Cucurella Avilés, Gabriel y Pou de Avilés José María. Ob. Cit., pág. 547.
[141] Palmés Combalia, Remigi. Ob. Cit., pág. 108.
[142] El mercado spot es un mercado de valores y materias primas que se comercializan al contado. En este mercado se compra o vende con entrega inmediata (o en corto período de tiempo) y al precio actual de mercado. Contrasta con el mercado de futuros o mercado forward, en el que la entrega se realiza en una fecha futura.
[143] Cova Arria, Luis. Ob. Cit., pág. 131.
[144] Cost, insurance, freight, por su acrónimo en inglés.

efectúa cuando el vendedor la carga en el buque y es el comprador quien soporta los riesgos del transporte, pudiendo disponer inmediatamente de la mercancía, salvo pacto en contrario".[145]

En los casos de ventas CIF, el riesgo se transfiere al comprador en el momento que la mercancía se encuentra cargada en el buque, en el país de origen. A pesar que el seguro lo ha contratado el vendedor, el beneficiario del seguro es el comprador.

Con la implementación de un precio CIF en la relación contractual, las condiciones del mismo son las que marcan el valor en aduana de un producto que se importa. Esto quiere decir que el precio de venta incluye el coste de la mercancía, el del transporte así como el seguro marítimo; de esta manera, el precio CIF coincide con el valor en la aduana de importación de la mercancía.[146]

El término CIF es utilizado para ventas con transporte marítimo o fluvial, únicamente. Se lo debe utilizar para carga general o convencional.

[145] Cucurella Avilés, Gabriel y Pou de Avilés José María. Ob. Cit., pág. 547.
[146] Internet. http://es.wikipedia.org/wiki/Cost,_insurance_and_freight. Acceso: 09 de enero de 2014.

CAPÍTULO III

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIBILIDAD CONTRACTUAL EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS.

3.1 La Teoría de la Imprevisión y el principio Pacta Sunt Servanda.

3.1.1 Definición del principio Pacta Sunt Servanda.

El aforismo latino pacta sunt servanda quiere expresar "que lo estipulado por las partes, cualquiera sea la forma de la estipulación, debe ser fielmente cumplido, o sea que se ha de estar a lo pactado".[147]

El ordenamiento jurídico ecuatoriano acoge esta tesis y positiviza el principio antes mencionado en la norma 1561[148] del Código Civil. En la misma, se determina la validez absoluta de todos los pactos y contratos válidamente celebrados, tornando de obligatorio cumplimiento las obligaciones en ellos contenidos. De igual manera, siguiendo la directriz del principio de voluntad de las partes, determina que solamente existen dos posibilidades para invalidar un acuerdo: por mutua voluntad de las partes manifestada expresamente y debido a causas legales.

3.1.2 Alcance jurídico.

Es preciso conocer que en un inicio, el principio pacta sunt servanda era aplicable únicamente a una cantidad determinada de contratos, y eran solamente estos los que podían generar el derecho de acción en una de las partes en caso que la otra incumpliera sus obligaciones contractuales. De esta manera, las obligaciones emanadas de convenios que no gozaban de la aplicación y protección del principio, eran consideradas como naturales, y por lo tanto, no cabía la ejecución del derecho de acción en caso de incumplimiento.

---

[147] Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Pág. 237.

[148] 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.

Actualmente el principio pacta sunt servanda es de observancia general y obligatoria al momento del cumplimiento de obligaciones contractuales, consagrando "sin distingos la eficacia de todo lo convenido verbalmente o por escrito, una vez probado el concierto de voluntades".[149]

Sin embargo, cabe una sola restricción para la aplicación del precepto latino. Dicha reserva lo explica Cabanellas en los siguientes términos:

> "Con respecto a la moral y el mismo orden jurídico superior se restringe su ámbito al excluir de la existencia posible las cláusulas o contratos opuestos a las leyes de orden público, a la decencia y las buenas costumbres."[150]

Este criterio es observado por la doctrina y la legislación ecuatoriana vigente. Así, se plantea que los contratos deben mantener determinados elementos para su plena validez, siendo uno de ellos la causa lícita. El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1483[151] determina que la causa lícita es el motivo por el cual se induce al acto o contrato, sin que sea necesario el incorporarla expresamente en el convenio. Por lo tanto, todos aquellos convenios que se originen por causa ilícita, es decir aquellos contrarios a las leyes, a las buenas costumbres o el orden público, carecerán de total validez. La consecuencia jurídica radica en que las obligaciones contenidas en dichos convenios, a pesar que haya mediado el acuerdo de voluntad de las partes, son tomadas como inexistentes, y como resultado, se restringe la aplicación del principio pacta sunt servanda.

3.1.2.1 Seguridad jurídica

De acuerdo a Cabanellas, se considera que la seguridad jurídica es:

> "La estabilidad de las instituciones y la vigencia autentica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la

[149] Cabanellas de Torres, Guillermo. "*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*" Tomo VI. Trigésima edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Pág. 6

[150] Cabanellas de Torres, Guillermo. Ob., cit. Pág 6

[151] Art. 1483.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho".[152]

La seguridad jurídica se encuentra contemplada en el Ecuador como un derecho de rango constitucional, así lo expresa nuestra Carta Magna en su artículo 82:

"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".

La Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, en su fallo de 11 de julio de 2002, determina con claridad lo que debe entenderse como seguridad, determinando que esta "alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y la de terceros; que propuesto como principio constitucional significa que el orden jurídico proscribe cualquier practica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta".[153]

El ámbito comercial internacional se encuentra regido sustancialmente por normas de soft law, es decir, un conjunto de normas de origen privado, generalmente emanadas de la costumbre mercantil, las mismas que serán aplicadas a la relación contractual por voluntad expresa de las partes. Dichas normas al no haber sido originadas por un ente estatal o supranacional, carecen de carácter generalmente obligatorio, por lo que se podría entender que vulneran el derecho de seguridad jurídica de los contrayentes en una relación contractual.

Es en estas circunstancias cuando el principio pacta sunt servanda adquiere relevancia, ya que suple la falta de carácter generalmente obligatorio de las normas de soft law, y las torna de obligatorio cumplimiento y aplicación a la relación inter partes, siempre que los involucrados hayan expresado su voluntad de regirse por las antedichas normas.

---

[152] Cabanellas de Torres, Guillermo. *"Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"* Tomo VII. Trigésima Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Pág. 365

[153] Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito 11 de julio de 2002. Gaceta judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3428

De esta manera, dentro de una relación mercantil internacional el principio pacta sunt servanda crea un clima de confianza y certeza entre las partes. Serán las normas previas y claras, adoptadas expresamente en el convenio, las que regirán a la relación contractual. De esta manera, los contrayentes conocerán sobre seguro los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, así como su probable evolución en un futuro cercano.

Como consecuencia, las partes conocen que los derechos nacidos del contrato suscrito se encuentran efectivamente tutelados, a pesar de la no sujeción de los mismos a un ordenamiento jurídico nacional. Por lo tanto, en caso de incumplimiento o vulneración de las normas del contrato, el contrayente agraviado podrá solicitar a la autoridad designada en el convenio, la reparación de su derecho. En el tráfico internacional de mercancías, la certeza de que las normas designadas para la regencia del convenio han de ser respetadas aun mediante la coacción, permite un mejor desarrollo de las actividades de los contrayentes, lo cual se traduce en un mayor desarrollo del mercado mundial y de las relaciones comerciales.

3.1.3 El principio Pacta Sunt Servanda en la compraventa internacional

Como se ha visto, el principio pacta sunt servanda constituye uno de los pilares del sistema mercantil internacional. Dicho principio mantiene el carácter general dentro de las transacciones internacionales, en contraposición a la máxima rebus sic stantibus, la cual es de carácter excepcional, debiendo ser aplicada únicamente en los casos previstos en instrumentos internacionales o en el propio contrato.

La consecuencia de la correcta aplicación del principio pacta sunt servanda en el tráfico internacional es la seguridad jurídica, y el correlativo desarrollo de la industria y comercio internacional. Económicamente, asegura inversión, tanto extranjera como nacional, con lo cual se pueden fomentar bases para industrias sustentables.

Los instrumentos internacionales más relacionados, contemplan al principio pacta sunt servanda como uno de los principios rectores para su interpretación y aplicación.

Los Principios Unidroit determinan expresamente en su articulo 1.3[154] el carácter vinculante de los contratos. En los comentarios de este instrumento internacional, se establece claramente que para la plena vigencia del principio, es necesario que el convenio haya sido celebrado válidamente, es decir, que no se encuentre afectado por ninguno de los supuestos de invalidez[155].

A diferencia de los Principios, la Convención de Viena no establece expresamente el principio pacta sunt servanda. Sin embargo, la doctrina especializada lo ha considerado como un principio rector de carácter dogmático, es decir que el mismo ha sido introducido como consecuencia de una opción de política legislativa de los países participantes en la Convención, con el objetivo principal de brindar seguridad jurídica en las transacciones internacionales.[156].

Si bien el principio no se encuentra establecido expresamente, la doctrina determina que su presencia se puede determinar a raíz de las disposiciones contenidas en la propia convención. Así, el principio se deriva de las normas contenidas en los artículos 30, sobre obligaciones del vendedor, básicamente la entrega de la mercancía en la manera determinada en el contrato; artículo 53, obligaciones del comprador, esencialmente el pago del precio convenido; 71 y siguientes, referentes al incumplimiento e indemnización, tanto para el comprador como para el vendedor. El mencionado marco normativo, hace hincapié en la obligatoriedad de las normas contractuales, por lo cual, estas no pierden eficacia en el caso de un mero cambio de circunstancias, sino solamente cuando ellas pueden subsumirse a las circunstancias listadas en las disposiciones de la Convención.

[154] Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

[155] Los presupuestos para determinar la validez de un contrato internacional se hallan contemplados en el Capítulo 2 Sección 1 de los Principios, mientras que los fundamentos para la invalidez se tratan en el Capítulo 3. De igual manera, se deben tener en cuenta los requisitos dispuestos en el derecho nacional aplicable a la relación contractual y, de ser aplicables, las normas previstas en instrumentos internacionales especializados.

[156] Martínez Cañelas, Anselmo. Ob. Cit. Pág. 323

3.2 Equilibrio económico del contrato internacional.

3.2.1 Concepto

Al celebrase un contrato, los contratantes esperan poder satisfacer necesidades mutuas, siempre teniendo que en cuenta que deberán entregar una contraprestación equivalente a su contraparte.

En el caso de esta disertación, el contrato a tratar tiene generalmente como parte al Estado, el cual, a través de una de sus empresas de carácter público, trata de obtener ganancias de la explotación de su recurso natural más importante. Esta característica es fundamental en esta parte del análisis, ya que se debe tomar en cuenta que la misión de la empresa estatal no consiste en obtener lucro de la actividad económica, a diferencia de la empresa privada, sino que pretende la satisfacción de necesidades de la población en general. Sin embargo, al ser el petróleo y sus derivados de propiedad exclusivamente estatal, el estado actúa como comerciante en el ámbito internacional, intercambiando su producto por una determinada cantidad dineraria, y estableciendo como premisa el lucro y la obtención de ganancias, para su posterior inversión en la satisfacción de necesidades colectivas. Como se explicó anteriormente, el mercado hidrocarburífero y petrolero a nivel mundial mantiene como característica principal su inestabilidad, de tal manera que el cambio de los costos de producción y distribución son extremadamente probables, ocasionando muchas veces un quiebre en las prestaciones correlativas de las partes.

En este punto, el equilibrio económico del contrato internacional establece la equivalencia de las prestaciones contractuales, de tal manera que exista una correspondencia de unas con otras.

Libardo Rodríguez determina que "el principio de equilibrio contractual se refiere a la necesidad de que dicha correspondencia entre prestaciones – esto es entre derechos y obligaciones- se mantenga hasta la finalización del contrato".[157]

[157] Rodríguez Rodríguez Libardo. ".El equilibrio economico en los contratos administrativos". Drercho PUCP, Revista de la facultad de Derecho. No. 66, 2011, pág. 57.

Siguiendo a Miguel Marienhoff, se puede entender al equilibrio económico como "una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de éste consideradas equivalentes: de ahí el nombre de "ecuación" (equivalencia – igualdad); esta última no puede ser alterada".[158]

El objetivo primordial de esta institución radica en "garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento".[159]

Como se puede apreciar, la ecuación de equilibrio económico contractual se establece con la suscripción del contrato, y en el caso de contratos internacionales, también forma parte de dicha ecuación lo expresado por las partes en las negociaciones previas.

Debido a que la base de la relación contractual radica en el equilibrio de las prestaciones de ambas partes, es requisito sine qua non que dicho equilibrio se mantenga hasta la terminación del contrato, con el cumplimiento de las obligaciones correlativas. Este criterio lo comparte también Libardo Rodríguez quien expresa que las obligaciones de las partes deben permanecer en equilibrio durante toda la vigencia del contrato, de tal manera que a la terminación de este, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.[160]

Así, la institución de equilibrio económico establece la base misma de la relación contractual, debiendo ésta mantenerse a lo largo de toda la transacción. En caso de no suscitarse este supuesto, pueden verse afectados derechos legítimamente adquiridos,

---

[158] Marienhoff, Miguel. "*Tratado de derecho administrativo*". Tomo III, (Contratos Administrativos). Tercera Edición actualizada. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1985. Pág. 470. Citado por Rengel Maldonado, Paúl Alejandro. Tesis previo a la obtencion del título de Doctor en Jurrispruencia. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. "*La ruptura del equilibrio financiero en los contratos celebrados por las entidades estatales*"Quito. noviembre de 2001.

[159] Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Bogotá D.C. 28 de junio de 2012. Pág 1.

[160] Rodríguez, Limbardo. Ob. Cit. Pág 58.

ante lo cual, será necesario invocar las acciones legales respectivas para la corrección del desequilibrio y el pago de indemnizaciones a la parte afectada, de ser necesario.

3.2.2 Quiebre del equilibrio económico contractual

En el contrato motivo de esta disertación, una de las partes la constituye el Estado, a través de una de sus empresas públicas. La consecución de los fines de la contratación en este caso, está dada por parámetros objetivos, en los cuales, se pretende que tanto las obligaciones del comprador como del vendedor mantengan un mismo valor económico.

Se ha determinado que "esta ecuación económica o financiera solo se predica de los contratos conmutativos o sinalagmáticos, es decir en aquellos en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte a su vez debe dar o hacer, no siendo admisible por esto en los contratos aleatorios, donde el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida".[161]

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no establece de manera expresa el principio de equilibrio económico, ni en relaciones contractuales públicas, ni en aquellas que se mantienen entre privados. La Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública no contiene en su articulado referencia alguna a dicho principio en las operaciones contractuales que mantiene como una de las partes al estado o una de sus empresas. Sin embargo, podemos determinar que la aplicación de dicho principio de derecho no es contrario a la legislación vigente ecuatoriana, por el contrario, encontramos diferentes principios que pueden avalar la aplicación del principio de equilibrio económico en caso que una relación contractual sea sometido a los tribunales de la República. El Código Civil, norma de carácter supletorio en el caso concreto, establece dichos principios, como por ejemplo, el principio de buena fe (Art. 1589), el principio de mora purga la mora (Art. 1595), indemnización por mora (Art. 1596), condición resolutoria con indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de

[161] Memorando de instrucción jurídica interna. Alcaldía Mayor de Bogotá. 13 de junio de 2007. Internet. http://app.idu.gov.co/fileresol/DTL-6000-35917.pdf. Acceso: 07 de febrero de 2014.

una de las partes (Art. 1532, 1598 – 1600), regla de interpretación de los contratos (Art. 1603 – 1609).[162]

Debido a este vacío en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es menester recurrir a la legislación comparada. La doctrina y elementos normativos colombianos esencialmente, pueden colaborar para la determinación de los elementos claves que deben configurarse al momento de determinar el quiebre del equilibrio económico de un contrato.

Se debe tomar en cuenta que no toda alteración en las condiciones del contrato desembocarán en un quiebre del equilibrio económico del mismo. En su análisis, Libardo Rodríguez determina cuatro supuestos para que se pueda aplicar el principio de equilibrio económico, a saber: que la alteración de las circunstancias se haya dado por acontecimientos inimputables a la parte que reclama el restablecimiento del equilibrio contractual, que dicha alteración tenga carácter posterior a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato, la alteración debe superar el álea o riesgo normal del negocio y que la alteración afecte de forma grave y anormal la economía del contrato.

El primer requisito determina que la parte afectada no ha ser el responsable del cambio de las circunstancias, de tal manera que se pueda probar que dentro de su conducta no ha existido ánimo de distorsión de las circunstancias que rodean al contrato o dolo al momento de la ejecución de las obligaciones contractuales. Siguiendo a Libardo Rodríguez se puede considerar que una circunstancia afecta el equilibrio del contrato cuando "dicha circunstancia no puede ser imputable a la parte perjudicada, ya sea porque se trata de un hecho ajeno al contrato y a la voluntad de los contratantes – como es un caso de cambio en las variables macroeconómicas -, o porque se trate de un hecho de su co-contratante – como es el caso de incumplimiento de obligaciones contractuales o de una modificación unilateral dispuesta por la administración".[163] Este primer requisito es consecución de la máxima del derecho, según la cual nadie

[162] Rengel Maldonado, Raúl Alejandro. Ob. Cti. Pág 32 – 33.
[163] Rodríguez, Limbardo. Ob. Cit. Pág. 72

puede beneficiarse de su propio dolo, manteniendo así la protección al contratante de buena fe.

El segundo requisito al que hace referencia el tratadista colombiano hace referencia al tiempo de acaecimiento de la alteración. Tal como lo explica, la alteración debe mantener un carácter posterior a la celebración del convenio. Se puede notar que este factor tiene similitud con los requisitos necesarios para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, explicados anteriormente. La razón primordial para establecer que los hechos sean posteriores, es esencialmente que de otra manera las partes debieron haberla tomado en cuenta al momento de la presentación de la oferta o la celebración del contrato, pudiendo entonces tomar las medidas necesarias para precautelar los intereses económicos de los contrayentes.

Como en toda transacción comercial, existe un riesgo considerado normal que las partes asumen. De esta manera, ellas mismas son las que determinan las precauciones que se mantendrán a lo largo de la vigencia del contrato para precautelar los derechos de los contrayentes y de terceros, en caso que el alcance del contrato afecte o pueda afectar derechos de otras personas o entidades. Sin embargo, las partes no están obligadas a asumir los riesgos anormales dentro de la transacción, es decir, aquellos riesgos que aún con la previsión debida dentro de la propuesta de contrato o de la celebración del mismo no pudieron haber sido previstos por ninguno de los contratantes. A este aspecto se refiere el tercer requisito que plantea Rodríguez. La álea o riesgo anormal dentro de la transacción comercial ha sido definida por el Consejo de Estado colombiano en los siguientes términos: "es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer al momento de formalizar el contrato".[164] Por lo tanto, en caso de riesgo anormal dentro del desarrollo del contrato, la parte afectada no deberá será responsable por el pago de los costos extraordinarios que dicha circunstancia genere, y en caso de pérdida, dicho detrimento en su patrimonio deberá ser resarcido. El Código Civil ecuatoriano concuerda con este criterio al disponer que el deudor sin dolo solamente será responsable de los perjuicios que pudieron haberse previsto al momento de la contratación, no así el deudor

[164] Dávila Vinueza, Luis Guillermo. "*Régimen jurídico de la contratación estatal*". Segunda edición. Bogotá. Legis editores. 2003. Pág. 492 y 493. Citado por Rodriguez Limbardo. Ob. Cit. Pág 74.

doloso.[165] En caso de álea anormal dentro del contrato, será la parte afectada la que tiene la obligación jurídica de aportar pruebas que confirmen las circunstancias de riesgo anormales, con el propósito que se proceda al resarcimiento de sus derechos patrimoniales.

El cuarto y último requisito que Rodríguez plantea para al aplicación del principio de equilibrio contractual versa sobre la afectación grave y anormal en la economía del contrato. Se considera que es indispensable que la álea anormal que ha tenido que enfrentar una de las partes sea conlleve a que dentro del contrato las prestaciones hayan resultado excesivamente más onerosa para una de los contratantes. Es decir, debe existir una relación causa efecto entre el alea anormal y el quiebre de la economía del contrato. En palabras del tratadista colombiano, "no basta una álea anormal o extraordinaria para afirmar que existe una ruptura en el equilibrio económico del contrato sino que esa álea debe haber generado una alteración notable en la situación económica del contrato, cosa que, como se dijo, hace su ejecución más gravosa".[166]

Una vez que se ha demostrado que se ha el quiebre del equilibrio económico del contrato, existen mecanismos útiles para restablecer la igualdad en las prestaciones. Los más utilizados son los mecanismos contractuales y las medidas judiciales.

En cuanto a las medidas contractuales, la doctrina plantea dos posibilidades: la primera es el establecimiento de una cláusula de ajuste automático de precios. Iván Rengel define al reajuste de precios como "un mecanismo mediante el cual se persigue mantener el equilibrio económico – contractual que podría verse afectado por el fenómeno inflacionario". [167] La naturaleza de la cláusula dentro del contrato es

[165] Art. 1574 Código Civil de Ecuador: Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

[166] Rodriguez, Limbardo. Ob. Cit. Página 76

[167] Rengel Espinoza, Iván. "*Manual de Contratación pública municipal*". Tomos I,. Quito. Biblioteca de Derecho Municipal y Editorial Trama. 1995. Página 195 – 196. Citado por Rengel Maldonado Paul. Ob. Cit. Página. 97.

accesoria y meramente instrumental, puesto que busca precautelar el equilibrio establecido originalmente en el contrato.

Esencialmente, la cláusula constituye una fórmula matemática elaborada específicamente para el contrato, de tal manera que permita mantener el equilibrio económico del mismo. Esta cláusula tiene como objetivo atenuar las variaciones monetarias dentro del mercado debido a procesos inflacionarios, los mismo que ocasionan pérdida del valor adquisitivo de la moneda. De igual manera, la cláusula pretende actualizar los precios de las mercancía, antes que ocurra el pago debido por ellas. La cláusula fija variables que se consideran relevantes para el desarrollo del contrato. Las variables utilizadas se basan en índices generales de precio fijados por organismos estatales.

Al aplicar la fórmula al contrato, el pago debido por las mercancías deberá ser establecido de acuerdo al valor real que las mismas tengan dentro del mercado. De esta manera, las prestaciones de ambas partes serán equivalentes.

Cabe indicar que la cláusula de reajuste de precios no modifica las prestaciones convenidas, en el caso de estudio, el pago del precio y la entrega de la mercancía en la forma convenida. Lo único que busca esta modalidad es mantener la equivalencia de las prestaciones a lo largo de la vigencia del contrato, por medio de la actualización de los precios. Debido a ello, la cláusula de reajuste de precio mantiene el equilibrio económico del contrato "recomponiendo el deterioro monetario, para de esta forma, asegurar que los valores pagados continúen teniendo el mismo poder adquisitivo".[168] De igual manera, dicha cláusula resulta un mecanismo eficiente en casos inflacionarios de carácter moderado, sin embargo, carecen de gran eficacia ante cambios drásticos e inesperados dentro del mercado, para lo cual existen otro tipo de soluciones.

El segundo mecanismo contractual para restablecer el equilibrio de las prestaciones radica en una cláusula de renegociación o hardship. En este caso, las partes se comprometen específicamente a la revisión del contrato cuando acaezcan

[168] Rengel Maldonado, Paul Alejandro. Ob. Cit. Página 98.

circunstancias sobrevenidas que lleven a una excesiva onerosidad para uno de los contrayentes. Como consecuencia, se realizarán cambios en las prestaciones de cada una de las partes, no solamente un ajuste del precio debido.

Por otro lado, las medidas judiciales que pueden asistir a las partes en conflicto tiene su base en el derecho constitucional del acceso a la protección judicial efectiva[169] de los derechos legalmente adquiridos, el mismo que se concretará en la decisión fundamentada de la autoridad competente.

De esta manera, si una de las partes sufre un grave detrimento económico debido al cumplimiento del contrato, y no se ha podido llegar a un acuerdo satisfactorio entre las partes, el contratante afectado tiene el derecho de asistir ante la autoridad competente para que esta obligue a la contraparte a tomar las medidas necesarias para corregir el desequilibrio en la relación contractual.

En la práctica mercantil internacional, se acostumbra que las partes se sometan a un convenio arbitral. En caso que ambas partes se constituyan con privados, el convenio arbitral dependerá únicamente de la voluntad de los contratantes, pudiendo este ser establecido inclusive en equidad. Las partes deberán determinar el centro de arbitraje y comprometerse al cumplimiento de las disposiciones del mismo, así como al cumplimiento de la resolución del tribunal arbitral.

En caso que una de las partes la constituya el Estado a través de una de sus empresas públicas, como parte en una operación mercantil de compra, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece la posibilidad de un arbitraje. Así lo menciona el artículo 104 de dicho cuerpo normativo:

> "Art. 104. De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que

[169] Art. 75. Constitución del Ecuador.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva".[170]

De igual manera, el Reglamento a la LOSNCP, establece lo siguiente:

"Art. 161. En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. (...)"[171]

En el caso del establecimiento de un arbitraje dentro de un contrato de compra, es necesario que el Estado, representado por su empresa pública, cuente con la autorización del Procurador General del Estado. Nuestra Carta Magna establece lo siguiente al respecto:

"Art. 190. (...)En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley."[172]

Al respecto, siguiendo a Ponce Martínez:

"Si una de las partes en el convenio arbitral es el Estado o una institución pública, el acuerdo debe necesariamente suscribirse con aprobación previa del Procurador General del Estado y solo puede referirse a controversias derivadas de contratos. El acuerdo arbitral debe estar suscrito, con renuncia a la jurisdicción legal u ordinaria, por la persona de la entidad pública autorizada para celebrará contratos a nombre de ella. Sin estos requisitos el acuerdo arbitral es nulo."[173]

Ahora bien, la cláusula compromisoria no necesariamente debe haberse planteado antes del surgimiento de la controversia. En caso que en el contrato original no se haya planteado un cláusula arbitral, el Reglamento a la LOSNCP señala que cualquiera de

---

[170] Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 104. RO – S 395: 04 de agosto de 2008.

[171] Ecuador. Reglamento Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 161. RO – S 588. 12 de mayo de 2009.

[172] Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Art. 190. RO 449. 20 de octubre de 2008.

[173] Ponce Martínez, Alejandro. *"Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana"*. Editorial Universidad del Rosario. Primera edición anotada del 2011 de la primera edición colombiana. *"La clausula arbitral, evolución histórica y comparada"*. Página 440. Citado por Albuja Guarderas Fausto, *"Arbitraje en Contratación Pública. ¿Es necesaria la aprobación previa de la PGE?"*. Pág. 8

las partes puede solicitar la suscripción de un convenio arbitral para la resolución del conflicto por parte de un Tribunal. Dicho convenio deberá constar con la aprobación de la Procuraduría General del Estado y en el mismo se deberá detallar la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo.[174]

Como conclusión tenemos que para que proceda el arbitraje en casos de contratación pública es necesario que la Procuraduría emita su dictamen favorable respecto a la suscripción del convenio arbitral. Esta aprobación se constituye en requisito sine qua non para la validez del convenio, sin la cual el tribunal arbitral no podrá declararse competente para conocer y resolver la causa.

Como último punto, en caso que la empresa pública se encuentre inmersa en un contrato de venta o no haya decidido suscribir un convenio arbitral, la parte afectada deberá acudir al Tribunal Contencioso Administrativo para reclamar los derechos de los que se crea asistido. Así lo plantea el Código Orgánico de la Función Judicial:

> "Art. 217.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:
>
> 4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios público y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado."[175]

---

[174] Art. 162 Reglamento LOSNCP. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado. En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo.

[175] Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 217 #4. RO – S 544. 09 de marzo de 2009.

3.3 La cláusula de hardship

3.3.1 Aplicación en el ámbito mercantil

El hardship como institución jurídica se encuentra fomentada, como muchas otras, en abstracciones de las necesidades sociales. En este caso, las veloces transacciones internacionales requerían de mecanismos jurídicos eficientes para conseguir equilibrar la balanza de obligaciones dentro del contrato, sin que por ello se termine la relación contractual.

Las convenciones legales, y en concreto los contratos comerciales, suelen estar sujetas durante su cumplimiento a fluctuaciones dentro del mercado y a cambios en el marco jurídico que los rigen. Como se ha explicado anteriormente, en el ámbito hidrocarburífero dichas fluctuaciones suelen ser más apremiantes que en otros mercados, debido principalmente a la inestabilidad de los estados productores.
La generalidad de los ordenamientos jurídicos no contemplan la excesiva onerosidad dentro de sus normas positivas, debido a lo cual las cortes a las que son sometidas las diferencias no suelen aceptar la aplicación de hardship a la relación contractual. En el caso ecuatoriano, el ordenamiento jurídico sigue manteniendo una firme protección al principio pacta sunt servanda, por lo que se considera que los contratantes deben cumplir las obligaciones a las que se comprometieron sin ninguna excepción, salvo el caso fortuito o la fuerza mayor. Es por esta circunstancias que se considera indispensable que las partes contratantes expresen dentro del contrato una cláusula de hardship, para otorgar mayor protección al equilibrio de las prestaciones.

Generalmente la estructura de una cláusula de hardship dentro del contrato consta de dos partes fundamentales: en la primera se establecerá los supuestos para la ejecución de la cláusula, mientras que en la segunda parte se tratarán los efectos que tendrá en el negocio la aplicación de la figura. De igual manera, suelen establecerse mecanismos de solución en caso que una o ambas partes no logren llegar a un acuerdo sobre la aplicación del hardship. En estos casos, las consecuencias generalmente son la terminación del contrato o la adaptación del contrato por parte de un tercero después de un proceso de arbitraje o el sometimiento de la causa ante un juez competente. Ahora bien, la doctrina ha establecido dos posibilidades para la aplicación de la

cláusula de hardship en contratos internacionales, entre ellos los contratos hidrocarburíferos, a saber: puede optarse por una cláusula general o por una cláusula con determinación de eventos específicos[176].

En el caso de una cláusula general, las partes establecen un amplio margen de aplicación para la cláusula de hardship. En este caso, hacen una mención genérica a circunstancias económicas, políticas o técnicas, que puedan llegar a afectar el equilibrio de las prestaciones dentro del contrato. Como ejemplo de las mismas, tenemos el siguiente:

> "Si durante la ejecución de este contrato sobrevienen circunstancias económicas, políticas o técnicas, que fueron imprevisibles por las partes, mas allá de su control, haciendo que el cumplimiento del contrato sea oneroso (aunque no imposible) para una de ellas y adicionalmente la carga exceda cualquiera de las previsiones anticipadas hechas por las partes al momento de la firma del contrato, aquella parte afectada tiene el derecho de pedir una solución equitativa mediante la revisión del contrato. Las partes discutirán el tema y si no llegan a un acuerdo, la parte afectada podrá pedir la conformación de un tribunal de arbitramento dependiendo de la cláusula compromisoria de este contrato"[177]

En el caso de las cláusulas de eventos específicos estas pueden ser a su vez cláusulas con lista abierta o cláusulas con lista cerrada. En el caso de las cláusulas de hardship con lista cerrada, son las mismas partes las que establecen acontecimientos preestablecidos y taxativos para la aplicación de la excesiva onerosidad. Siguiendo a Castro y Zapata, en este tipo de cláusulas van de la mano con otros mecanismos que pueden llagara a cambiar de cierta manera las condiciones contractuales, como por ejemplo la introducción de una cláusula de indexación de precios o una cláusula del cliente más favorable. Las cláusulas de eventos específicos con lista cerrada tienden a determinar de manera expresa los efectos de la aplicación del hardship en caso de

[176] Al respecto de la clasificación de las cláusulas de hardship, Alterini plantea lo siguiente: "La variedad de cláusulas de hardship es muy amplia: a) pueden enunciar una fórmula general (por ejemplo, tomar en cuenta una situación grave, de carácter financiero, económico o político); b) acudir a un enunciado puntual (por ejemplo, dar relevancia a nuevos costos fiscales, restricciones derivadas de políticas ambientales, variaciones en la tasa de cambio, etcétera); c) establecer que, dadas las circunstancias previstas, las partes deberán renegociar el contrato en cierto plazo, o someterse a arbitraje; d) permitir, en fin, que la parte perjudicada se desligue del contrato; etcétera." Alterini, Atilio Aníbal. Ob. Cit. Pág. 5.

[177] Ugo Draetta, Ralph Lake, Nanda Ved. "*Breach and adaptation on international contracts: An introduction to Lex Mercatoria*". New Hampshire. Butterworth Legal Publishers. 1992. Pág. 194. Citado por Castro Ana María y Zapata, Ana Cecilia. "*El hardship en los contratos internacinales*". Revista e – Mercatoria. Volumen 4. Número 2. 2005. Pág. 21.

cumplirse uno o más de los supuestos acordados. Esta es la principal diferencia con el concepto habitual de la excesiva onerosidad, ya que tradicionalmente los efectos se determinan de manera posterior al momento de la renegociación de los términos contractuales. [178]

Las cláusulas con lista abierta son presentadas como aquellas que mantienen "una lista especifica de eventos de hardship o una lista que excluya ciertos eventos que las partes no quieren tratar como tal, porque alguna asume un determinado riesgo."[179]

Con el objetivo de brindar mayor seguridad y facilitar la práctica mercantil, se han establecido modelos de cláusulas de hardship para incorporar a los contratos internacionales. Una de las más utilizadas es la expedida por la Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés). La cláusula tipo de la ICC puede ser incorporado al contrato por mera referencia y sigue un modelo de reglamentación similar al contenido en el Convenio de Viena, los Principios Unidroit o los Principios de Derecho

Europeo de Contratos[180]. Siguiendo a Simone, en dicha cláusula

> "se establece que si bien las partes están vinculadas por sus deberes contractuales, cuando se verifican acontecimientos que hacen su ejecución más onerosa de lo que razonablemente pudieron anticipar al momento de la celebración del contrato, éstas tienen derecho a negociar términos contractuales alternativos. La cláusula señala que en caso de que no lleguen a un acuerdo para la modificación de su texto, existe la posibilidad de recurrir a la ICC para que nombre a un tercero que proponga una revisión equitativa del contrato, o de recurrir directamente a un juez o un árbitro para que sean éstos los que resuelvan el problema."[181]

De acuerdo a las necesidades de cada contracto, es necesario plantear la modalidad de cláusula de hardship más conveniente; siempre tomando en cuenta que los contratos

---

[178] Castro Ana María y Zapata Ana Cecilia. Ob. Cit. pág. 22

[179] Castro Ana María y Zapata Ana Cecilia. Ob. Cit. pág. 23

[180] Sixto Sánchez, Lorenzo. *"Cláusulas en los contratos internacionales: Redacción y Análisis"*. Pág. 431. Internet. http://books.google.com.ec/books?id=207EmecEmHYC&pg=PA429&lpg=PA429&dq=efectos+del+hardship&source=bl&ots=RHXx_V1rE8&sig=JysB_pWUNdPrGpJ8wTCKL45mLsQ&hl=es&sa=X&ei=BrAYU8boFab90wHapID4Dw&redir_esc=y#v=onepage&q=efectos%20del%20hardship&f=false. Acceso 06 de marzo de 2014

[181] Simone, Carmen Amalia. Ob. Cit., pág. 92 - 93

mercantiles internacionales tiene naturaleza reglamentaria, por lo cual serán estos los principales instrumentos para la interpretación y determinación de los derechos y obligaciones de cada una de los contrayentes. Al ser los hidrocarburos uno de los sectores estratégicos dentro de nuestro país, en caso de la aplicación de una cláusula de hardship, la mejor modalidad sería una cláusula de eventos específicos con lista cerrada. De esta manera, la administración definiría los supuestos en los cuales las partes pueden invocar la excesiva onerosidad, y más importante aún, sería en la misma relación contractual en la que se determinen los efectos y posibles soluciones al encontrarse ante un caso de hardship. Como consecuencia de ello, la administración tendría la oportunidad de salvaguardar de mejor manera los intereses nacionales ante un cambio extremo en las circunstancias que rodean al contrato.

3.3.2 Consecuencias de la aplicación de la cláusula de hardship en una relación contractual de compraventa internacional de hidrocarburos.

De acuerdo al tratadista Van Houtte[182], se pueden observar cuatro consecuencias principales derivadas de la aplicación de la cláusula de hardship en un contrato determinado, incluyendo los contratos internacionales de compraventa de hidrocarburos: a) terminación o suspensión, b) renegociación, c) adaptación del contrato y d) compensación.

En el caso de la terminación del contrato, cabe aclarar que esta es la última opción que se debería elegir, puesto que desvirtúa la naturaleza misma de la figura del hardship, cuyo objetivo primordial constituye en la continuación de la relación contractual, adaptada a las nuevas circunstancias que rodean el negocio. Este último recurso deberá ser implementado solamente cuando la resolución del contrato no resulte más onerosa para la parte en desventaja. Siguiendo a Simone, "la terminación ocurre cuando las circunstancias supervinientes son de tal magnitud o naturaleza que aplicando el principio rebus sic stantibus, el contrato solo puede ser resuelto o suspendido."[183]

[182] Van Houtte. Ob. Cit. Pág. 10 – 11. Citado por Simone, Carmen Amalia. Ob. Cit. Pág 94
[183] Simone, Carmen Amalia. Ob. Cit. Pág 94

La terminación del contrato puede expresarse de dos maneras: mediante la resolución del convenio o mediante la suspensión del mismo. Generalmente se plantea que la resolución de un contrato se configura debido al incumplimiento de una de las partes, por lo que la terminación del convenio es visto como una penalización. Sin embargo, se debe anotar que no todos los incumplimientos derivan en resolución del contrato. El incumplimiento puede ser consecuencia de un impedimento para concretar la observancia de las obligaciones contraídas. En caso de un transacción internacional, la Convención no define el carácter de impedimento, sin embargo hace énfasis en que el mismo debe haber sido ajeno al control del deudor.[184] La doctrina plantea que adicionalmente a la falta de control sobre el hecho por parte del contratante , el impedimento debe mantener el carácter de imprevisible, inevitable e insuperable. Dichas cualidades deberán estar dentro del límite de lo razonable, parámetro que deberá ser establecido de acuerdo a las circunstancias del momento de la celebración del contrato, sin que pueda exigirse al deudor que contemple diferentes hipótesis fuera de este momento.[185]

De acuerdo a un interpretación extensiva de la norma, un evento sobreviniente que altere el equilibrio económico del contrato, también puede ser considerado como un impedimento a la luz de la normativa planteada por la Convención de Viena. Esto debido a que las nuevas circunstancias jamás pudieron haber sido previstas o aseguradas al momento de la contratación, y por lo tanto, se considera irrazonable exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Al respecto, el tratadista Pérez Vargas anota lo siguiente:

> "El principio que se encuentra en la base de diversas formas de resolución es el de relevancia de un hecho sobreviniente que afecta el equilibrio contractual, la composición misma de intereses de la que el contrato es expresión."[186]

---

[184] Art. 79 Convención de Viena. Artículo 79: 1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

[185] Vallebela, Joaquin. "*La excesiva onerosidad en la Convención de Viena a propósito de la novedosa jurisprudencia sentada en el caso "Scafom International"*". Pág. 3- 4. Internet. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vallebella.pdf. Acceso. 10 de marzo de 2014

[186] Pérez Vargas, Víctor. "*Derecho Privado*". Tercera edición. Costa Rica Editorial LIL. S.A. 1994. Pág. 215.

De presentarse un caso de resolución de contrato, los Principios Unidroit determinan que el tribunal o la jurisdicción a las que las partes hayan acordado someterse, podrá "resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas"[187]

De igual manera que la resolución del contrato, la suspensión de las obligaciones de los contratantes tiene carácter excepcional. Los Principios determinan que la parte en desventaja no podrá suspender el cumplimento del contrato, aún cuando se encuentren en etapa de renegociación de los términos contractuales.[188] Esto para proteger los derechos legítimamente adquiridos y evitar abusos injustificados de este recurso.

La solución más aceptada en caso de un cambio extremo de circunstancias es la renegociación de los términos contractuales. Los Principios Unidroit establecen que la parte afectada podrá requerir la renegociación del contrato, de tal manera que el mismo pueda ser adaptado a la nuevas circunstancias[189]. La petición de renegociación no cabe cuando dentro del mismo contrato se han establecido mecanismos para suplir los desajustes en el equilibrio contractual, tales como la incorporación de una cláusula de indexación de precios. Sin embargo, en caso que dichas cláusulas de adaptación contemplen casos para su aplicación, en los cuales no consten las circunstancias generadoras del desequilibrio, podrá plantearse la renegociación sin ningún inconveniente.

La renegociación debe ser solicitada por la parte afectada con la mayor brevedad posible cuando se generen las circunstancias originadoras del desequilibrio, sin demora injustificada. El término para la solicitud de renegociación dependerá de las circunstancias particulares de cada contrato, como por ejemplo de la ubicación de las partes; sin embargo, si las circunstancias se han presentado progresivamente el plazo puede extenderse significativamente. En caso que la solicitud de renegociación no haya sido implementada con celebridad, la parte afectada no pierde el derecho de solicitar la renegociación del contrato, sin embargo, la demora puede afectar la prueba

[187] Principios Unidroit. Art. 6.2.3 #4a.

[188] Principios Unidroit. Art. 6.2.3 #2. El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

[189] Principios Unidroit. Art. 6.2.3 (1) En caso de "excesiva onerosidad" (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

de la existencia de circunstancias generadoras de excesiva onerosidad, y por ende, puede generar dudas sobre la verdadera existencia de hardship en la relación contractual.

De manera adicional, la petición de renegociar el contrato debe encontrarse fundamentada, de tal manera que la contraparte pueda determinar si efectivamente dichas circunstancias generan excesiva onerosidad. En caso que las nuevas circunstancias sean de conocimiento general e indudablemente obvias, no se requerirá que se las incorporen a la petición de renegociación. Los comentarios a los Principios Unidroit explican que de no manejar una fundamentación para la renegociación, se tendrá como consecuencia la presunción de que las circunstancias no degeneraron efectivamente en excesiva onerosidad, por lo que la petición de renegociación puede ser desestimada.

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos establecen la renegociación como una obligación de las partes cuando se han generado condiciones nuevas e imprevistas al momento de la celebración del contrato, por lo que el cumplimiento del mismo se considera excesivamente gravoso para una de los contratantes. A diferencia de los Principios Unidroit, los Principios de Derecho Europeo de Contratos establecen expresamente que de no poder llegar a un acuerdo dentro de la renegociación, las partes podrán dirimir la diferencia ante un juez o tribunal competente, teniendo estos últimos dos opciones en su actuar: resolver el contrato en los términos y fecha que se considere conveniente o adaptar las obligaciones contraídas en el contrato para que sean proporcionales para ambas partes.[190]

En cualquier caso, la renegociación del contrato deberá realizarse en base al principio de buena fe contractual, lealtad negocial y deber de cooperación. Este hecho implica que la parte que solicita la renegociación debe estar convencida que en realidad se encuentra inmerso en una circunstancia de excesiva onerosidad. En base a los

[190] Principios de Derecho Europeo de Contratos. Artículo 6:111: Cambio de circunstancias. (...)(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. (...)

principios antes mencionados, las partes deben entregar toda la información necesaria en las conversaciones y abstenerse de comportamientos que tiendan a la obstrucción de la renegociación. Si bien los Principios Unidroit no establecen una sanción para el contratante que actúe de mala fe o se niegue a participar en el proceso de renegociación, dicho vació puede ser aclarado por los Principios de Derecho Europeo de Contratos , los mismo que determinan en su Art. 6: 111 numeral 3 que "el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura."

La adaptación del contrato tiene como objetivo fundamental la restauración del equilibrio contractual, por lo cual, se buscará que las prestaciones de los contratantes se tornen equivalentes nuevamente. De esta manera, los fundamentos que originaron el contrato se mantienen intactos. En este caso es necesario aclarar que no necesariamente las prestaciones alcanzarán una completa igualdad, ya que lo que se tendrá presente en la adaptación es el beneficio mutuo que las partes encontrarán al llevar a término el contrato, sin que exista detrimento en el marco justo de la transacción.

En la mayoría de contratos, la adaptación de la deja en primera instancia a las partes; sin embargo ocurre el caso que también pueda ser realizada por un juez o árbitro[191] cuando así se los haya convenido, en caso que los contratantes no hayan podido llegar a un acuerdo satisfactorio. Para la adaptación del contrato se tendrán en cuenta criterios tanto objetivos tales como el precio justo de las contraprestaciones; así como criterios subjetivos como por ejemplo la intención de las partes de llevar a buen término el contrato o la equidad en la relación contractual. El valor que se le confiera a la adaptación provista por el juez o tribunal dependerá de igual manera de lo que hayan establecido las partes. De esta manera, la adaptación podrá tener carácter vinculante para las partes o constituirse en un instrumento ejemplificador para un proceso judicial posterior.

[191] Los Principios Unidroit establecen que la potestad de adaptación del contrato es exclusiva del juez o tribunal competente, siempre teniendo como objetivo principal el restablecimiento del equilibrio contractual. Así lo dispone en su artículo 6.2.3 numeral 4b).

La conformación del tribunal que dispensará la causa dependerá lo que las partes hayan acordado. Sin embargo, se han expedido reglas de soft law que ayudan en el proceso de adaptación del contrato por un tercero, como por ejemplo las nacidas de la Cámara de Comercio de París. Ellas determinan, por ejemplo, la forma en que las partes pueden conformar el tribunal o el valor que se le dará a la decisión de los árbitros dentro de la relación contractual.[192]

Como última posibilidad tenemos la compensación. Esta puede verse como un efecto del fracaso de las negociaciones o una medida adicional en la etapa de adaptación del contrato. La compensación tiene por objetivo sanear los costos adicionales en los que incurrió una de las partes al cumplir sus obligaciones contractuales, aun cuando estas se tornaron excesivamente onerosas. La parte afectada podrá solicitar el pago de compensación o instaurar una acción por enriquecimiento sin causa.

3.3.3 El hardship como un tipo de novación

3.3.3.1 Concepto de novación

La figura de novación, proveniente del latín novatio "cosa nueva" o "nueva obligación", "es un modo de extinguir las obligaciones que supone como condición previa la existencia de una obligación que pueda extinguirse"[193] Se entiende, por lo tanto, que la novación puede ser considerada como un modo directo pero imperfecto de extinguir las obligaciones, debido a que, si bien la obligación primitiva se extingue, su supresión genera la causa para la creación de la nueva obligación en la cual se introducirá la variación que se busca.[194]

Ulpiano definía a la novación como *transfusio ataque trasnlatio prioris debiti in aliam obligationem* (novación es la transfusión conversión de una deuda anterior en otra obligación). De acuerdo al jurisconsulto romano, eran susceptibles de ser novadas todo

[192] Simone, Carmen Amalia. Ob.cit. Pág. 96

[193] Morales Álvarez, Jorge. "*Teoría de las Obligaciones*". Cuenca. Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia. Editores Pudeleco. Primera Edición. Cuenca. Octubre 1995. Pág. 271.

[194] Castro de Cifuentes, Marcela y Romero Cruz, Diego Orlando. "*La novación*". En Castro de Cifuentes, Marcela. (coordinadora). "*Derecho de las Obligaciones*". Tomo II Volumen 2. Bogotá. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes y Editorial Temis. 2010. Pág. 280.

tipo de obligaciones, incluidas en estas la obligaciones civiles, naturales e incluso las originadas por cuasi contratos o cuasi delitos.[195]

Josserand determina que la novación consiste en "la sustitución convencional de una obligación por otra: la relación jurídica antigua queda extinguida por el nacimiento de otra nueva que ocupa su lugar; una obligación desplaza a la otra"[196]

Ruggeiro afirma que la novación "se trata simplemente de un acto que, sustituyendo una obligación existente por otra nueva, crea un nuevo vínculo obligatorio y extingue otro cuyo contenido absorbe aquél total o parcialmente, siendo ambos vínculos distintos, aun siendo idénticos sus contenidos"[197]

En nuestro Código Civil, la institución de la novación se encuentra definida en el artículo 1644, en los siguientes términos:

> "Art. 1644. Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida"[198]

La novación mantiene similitud con el pago, ya que ambas figuras constituyen mecanismos de extinción de la obligaciones. Así lo establece el artículo 1583 del Código Civil, el cual contempla en sus numerales 2 y 3 al pago efectivo y a la novación, respectivamente. Sin embargo, ambas figuras se diferencian sustancialmente en el efecto que presentan, pues el pago extingue definitivamente la obligación, mientras que la novación trae consigo la creación de una nueva obligación al mismo tiempo que reemplaza y extingue la obligación primitiva.

---

[195] Ibid., pág. 281

[196] Joserrand, Louis. *"Teoría General de las Obligaciones"*. Santiago de Chile. Editorial Parlamento Ltda. Noviembre, 2008. Pág. 553.

[197] Ruggiero, Roberto. "*Instituciones de Derecho Civil*", Tomo II, Volumen I. Cuarta Edición. Madrid. Instituto Editorial Reus. Pág. 184. Citado por Louge, Esteban Luciano y Otamendi, Jorge. *"Los títulos de crédito y la novación"*. Página 1. Internet. http://www.gbreuer.com.ar/admin/files/boletin_archivos/titulos%20de%20credito.pdf. Acceso 18 de marzo 2014.

[198] Ecuador. Código Civil. RO – S 46: 24 de junio de 2005. Art. 1644

Al respecto, Pothier comenta: "Se estima que la deuda novada es pagada por medio de la creación de otra deuda en su lugar, que la sustituye. Por esto la novación es contada entre las maneras como se extinguen las obligaciones"[199]

La doctrina mantiene dos posiciones acerca de la novación. La primera consiste en que dicha figura constituye un verdadero acto jurídico, capaz de crear un vínculo inter partes, generando una obligación nueva y extinguiendo la obligación primitiva. La segunda posición sostiene que la novación es un mero efecto de la voluntad de los contratantes, sin que ella se llegue a constituir en un verdadero acto jurídico. De acuerdo a esta última concepción, cualquier acto jurídico que tenga la capacidad de extinguir un vínculo jurídico y sustituirlo por otro, puede ser considerado como novación, siempre y cuando se encuentre presente el animus novandi. [200]

Como se puede apreciar, la novación requiere la transformación de la obligación primitiva en una obligación nueva que la sustituirá. Aun cuando toda novación representa una sustitución, no toda sustitución constituye novación. Siguiendo al tratadista Salvat: "la sustitución constituye el mecanismo legal de la transformación, pues no se llega a la conversión de una obligación en otra, sino reemplazando la obligación que existía por la obligación que se crea"[201]

La novación, es por lo tanto, un modo extintivo de obligaciones que se caracteriza por su doble carácter de sustitución y creación. Dicha sustitución puede darse de manera objetiva mediante el cambio de la prestación o en el título de la obligación; o de forma subjetiva, mediante el cambio de una de las partes intervinientes en la obligación. En el perfeccionamiento de la novación debe estar presente de manera indispensable el ánimus novandi, es decir, la intención efectiva expresada por la partes para sustituir la obligación primitiva por una nueva.

---

[199] Pothier, Robert Joseph. *"Tratado de las Obligaciones"*. Segunda Parte. Barcelona. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria. Página 241.

[200] Castro de Cifuentes, Marcela y Romero Cruz Orlando Diego. Ob. Cit., Pág. 279.

[201] Salvat, Raymundo. *"Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General"*. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Tomo III. Página 1. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina. 1952. Citado por Parodi Osterling Felipe y Castillo Freyre Mario. *"Algunas consideraciones acerca de la novación"* Pág. 3. Internet. http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/algunas_consideraciones_acerca_de_la_novacion.pdf. Acceso. 20 de marzo de 2014

3.3.3.2 Elementos esenciales para la novación

La doctrina ha establecido cinco requisitos fundamentales para el perfeccionamiento de las novación, a saber:

- *Debe existir una obligación destinada a ser extinguida;*

La procedencia de la novación depende de la existencia previa de una obligación que pueda extinguirse. A dicho vinculo previo, el Código Civil denomina obligación primitiva.

La obligación primitiva necesariamente debió haber nacido a la vida jurídica y haber producido efectos jurídicos. Al respecto el Código Civil determina lo siguiente:

> "Art. 1646: para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente."

Se requiere entonces que la obligación primitiva conste de todos los requisitos exigidos para la validez de los actos jurídicos, es decir, capacidad, consentimiento libre de vicio, objeto lícito y causa lícita.

En cuanto a la capacidad, las obligaciones contraídas por las personas absolutamente incapaces [202] adolecerán de nulidad absoluta, por lo cual, su novación sería impracticable. Por otra parte, si la obligación primitiva es anulable, puede ser novada siempre y cuando medie la convalidación de la misma.

Al respecto Morales Álvarez expresa:

> "Las obligaciones contraídas por estos incapaces relativos sí pueden ser novadas, pues la persona a favor de la cual se ha establecido la nulidad relativa puede renunciar a ella y confirmar o ratificar el acto anulable."[203]

Francisco Sancho, concuerda con el criterio de la convalidación y plantea:

---

[202] Art. 1463 Código Civil. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan dares a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. (...)

[203] Morales Álvarez, Jorge. Ob., cit., pág. 272.

"Si la novación fuese aceptada por aquella de las partes que puede ejercitar la acción de nulidad en una época en que ya conocía el vicio de la primera obligación, y en que este había cesado, debiera entenderse tal actitud, como expresión de la voluntad de confirmar la obligación anulable, haciéndose definitivamente regular la obligación existente".[204]

Las obligaciones que carecen de consentimiento no son susceptibles de novación, pues al faltar uno de los requisitos de validez, la obligación no ha nacido a la vida jurídica. Sin embargo, si es el caso que el consentimiento está inmerso en uno de los vicios (error, fuerza o dolo), la obligación puede ser novada. En este último caso, es aconsejable subsanar el vicio del consentimiento antes de perfeccionar el contrato de novación, pues de lo contrario la obligación novada mantendrá el vicio que afectó a la obligación primitiva.

En cuanto al objeto y la causa, las obligaciones que adolezcan de ilicitud en uno o ambos de estos requisitos de validez, no podrán ser novados bajo ningún concepto.

- *Debe nacer una obligación nueva;*

Es necesario que se cree un vínculo jurídico nuevo entre las partes, una nova obligatio, de allí el nombre de novación.

Como toda obligación, el nuevo vínculo debe cumplir todos los requisitos de existencia, validez y eficacia establecidos en el Código Civil, para que pueda producir los efectos jurídicos deseados.

En caso que la obligación novada resultare nula absolutamente o inexistente, la novación no podrá perfeccionarse, manteniéndose por lo tanto la obligación primitiva vigentes. Al respecto, Planiol y Ripert determinan que:

"la intención del acreedor no ha entendido renunciar a su derecho gratuitamente. La extinción de su crédito está subordinada a la creación de una deuda nueva. Luego, si ésta no nace, la novación no tiene lugar y subsiste el crédito que se pretendía extinguir."[205]

---

[204] Sancho Rebullida, Francisco. "*La novación de las obligaciones*". Barcelona. Ediciones Nauta. 1964. Pág. 335. Citado por Castro de Cifuentes, Marcela y Romero Cruz, Diego Orlando. Ob., cit., pág. 284.

[205] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. "*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Las Obligaciones*". Tomo IV. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de la Habana. Habana. Cultural S.A. 1927. Pág. 346.

Por otra parte, si la obligación novada presenta vicios de consentimiento o incapacidad relativa, adolecerá de dichos vicios, sin embargo podrá nacer a la vida jurídica y producir efectos legales. En este último caso, la obligación novada correrá el riesgo de ser anuladas, si antes no media la subsanación de sus vicios o la prescripción de la acción de nulidad de la misma.

El negocio jurídico novatorio también puede generar una obligación natural, aún cuando la obligación primitiva haya sido una perfecta obligación civil. En estos casos, todo dependerá del libre albedrio de las partes dentro de la contratación.

- *La nueva obligación debe ser sustancialmente distinta de la obligación primitiva;*

Para que se perfeccione el contrato de novación es necesario que la nova obligatio sea substancialmente distinta de la primera.

Osterling Parodi y Castillo Freyre determinan que "sólo un cambio sustancial en la primera obligación produce novación. Todo cambio que genere una modificación en la esencia de una relación obligatoria supone siempre su extinción y la consecuente creación de una nueva."[206]

Planiol y Ripert determinan que "la segunda obligación debe diferir de la primera por un elemento nuevo, suficiente para que se distinga una de otra. Si faltase esta diferencia, la antigua obligación continuaría existiendo sin cambiar, y la pretendida novación no sería sino su reconocimiento."[207]

La distinción entre obligaciones debe radicar en los elementos esenciales de cada uno de los vínculos contraídos. Así, se tiene por elementos esenciales comunes a todos los contratos al consentimiento, capacidad, causa y objeto lícitos. De igual manera, se plantean elementos esenciales específicos para cada uno de los contratos, como por ejemplo, el pago debido por la cosa en el contrato de compra venta, sin el cual, el título del negocio devendría en donación, mas no en compraventa. En cuanto a los elementos accidentales de una obligación, Morales Álvarez determina que aun cuando

[206] Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre Mario. Ob. Cit., pág 12.
[207] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 343.

se altere la condición, el plazo o el modo de la misma, no podrá tener dichos cambios como constitutivos de novación, pues estas características son accesorias a la obligación primitiva y no tienen cumplen ninguna función modificatoria de la misma.[208] Cuando se dan cambios en estos elementos o en el título mismo de la obligación, se produce una novación de carácter objetivo.

Castro de Cifuentes y Romero Cruz comentan que "para que se produzca el fenómeno de la novación se requiere que la segunda obligación difiera en parte activa o pasiva o en la causa jurídica que le dio vida. De la misma forma, la novación también puede darse mediante la modificación del objeto de la obligación primitiva."[209]

Las partes dentro del negocio jurídico también pueden cambiar provocando una novación de carácter subjetivo. En caso que le cambio se dé en la parte acreedora, estaremos ante una novación subjetiva de tipo activo. En este caso "el deudor contrae una nueva obligación respecto de otro distinto del primitivo y declarándole el primer acreedor libre de la obligación primitiva".[210] Ahora bien, también puede darse el caso en el que sea el deudor quien cambio dentro de la relación jurídica. A este caso se le denomina novación subjetiva de tipo pasivo y se configura por la "sustitución de un deudor al antiguo, que, en consecuencia, queda libre; de modo que permanece invariable la persona del acreedor y la cosa debida y solamente cambia la persona del deudor."[211]

- *Debe existir la suficiente capacidad de las partes para novar; y,*

Ambos contratantes intervinientes en el negocio novatorio deben tener capacidad para celebrar el acto jurídico que produce la novación, es decir, extinguir la novación primitiva y crear una obligación novada que sustituya a la primera. El acreedor, por su parte, debe ser capaz de disponer de su crédito ya que renuncia a su primitivo derecho; y el deudor por otro lado, debe estar en capacidad de obligarse[212]. Es por esto que se

[208] Morales Álvarez, Jorge. Ob. Cit. pág. 274.
[209] Castro de Cifuentes, Marcela y Romero Cruz, Orlando. Ob. Cit., pág. 285.
[210] Morales Álvarez, Jorge. Ob. Cit. pág. 275.
[211] Ibidem. Ob. Cit. Pág. 276.
[212] Castro de Cifuentes Marcela y Romero Cruz, Diego Orlando. Ob. Cit. Pág. 287.

entiende que solo pueden realizar una novación las personas que son capaces de contratar.

El Código Civil define la capacidad en los siguientes términos:

"Art. 1461 (...) La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra."

Al respecto de este punto, Morales Álvarez determina que:

"basta para la validez de la novación que el contrato de novación sea valido naturalmente, o sea, que dé nacimiento por lo menos a una obligación natural; por consiguiente, pueden efectuar una novación valida las personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento son, sin embrago, incapaces de obligarse según las leyes como en el caso de los menores púberes pues las obligaciones contraídas por estos son obligaciones naturales."[213]

En conclusión, para efectos de la eficacia de la novación basta que el deudor mantenga capacidad una capacidad relativa y suficiente para contraer una obligación natural.

- *Debe existir la voluntad o intención de efectuar la novación.*

El objetivo de la novación es la creación de una nueva obligación, con la que le acreedor satisfaga su derecho de crédito y con la que el deudor pueda obtener la liberación de la obligación. Es por esta razón que la novación requiere del acuerdo de las partes y el consentimiento debe racer en tanto en la extinción del obligación primitiva como en la creación de la nueva obligación.

Se puede entender entonces a la intención de novar o animus novandi como la esencia de la novación, siendo esta "la voluntad, el propósito de introducir modificaciones en la relación jurídica existente, capaces de alterar la situación de las partes, extinguiendo la obligación anterior para crear una nueva."[214]

[213] Morales Álvarez, Jorge. Ob., cit. pág. 278.

[214] Lafaille, Héctor. "*Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*". Buenos Aires. Compañía Argentina de Editores S.R.L. 1943 Pág. 330. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre Mario. Ob. Cit., pág 13.

Planiol y Ripert determinan que "la intención de novar es indispensable, ya que si el acreedor no ha consentido en perder su primera acción, las dos obligaciones subsistirán juntas; habrá creación de una deuda, pero sin la correlativa extinción de la otra."[215]

Josserand explica que "solo hay novación cuando la voluntad de producirla resulta claramente del acto, es decir, de la operación, del negotium juris, y no del acto instrumental"[216]. Por lo tanto, no es necesario únicamente la creación de una obligación nueva, es indispensable que dicha obligación novada sea creada con la intención de extinguir la obligación primitiva.

El Código Civil establece:

> "Art. 1650. Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua (...)"

Ahora bien, el Código Civil establece que el animus novandi puede ser expreso o puede colegirse del estudio del contrato, es decir, puede ser tácito. Al respecto Castro de Cifuentes y Romero Cruz plantean que "el animus novandi puede manifestarse de dos formas, sea que las partes manifiesten expresamente en la convención su deseo de novar la antigua obligación o que la obligación que se genera implique inevitablemente la extinción de la antigua por el carácter excluyente de ellas."[217]

Como se puede apreciar, si el animus novandi es tácito, la intención de novar debe tener el carácter de inequívoca. Osterling y Freyre establecen que el carácter inequívoco se da "cuando los sujetos de una relación obligatoria convienen en efectuar un cambio en la esencia de la obligación, que demuestre per se la intención de novar."[218] En todo caso, la intención de novar no se tendrá como una presunción.

---

[215] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Op. cit., Tomo IV, pág. 349.
[216] Josserand, Luis. Ob. Cit., pág. 556.
[217] Castro de Cifuentes Marcela y Romero Cruz, Diego Orlando. Ob. Cit. pág. 286.
[218] Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre Mario. Ob. Cit., pág. 14.

Si la intención de novar no se puede desprender del acto, se tendrá que la obligación primitiva y la nueva obligación podrán coexistir independientemente, sin que haya nacido un pacto novatorio. En este punto, el deudor deberá enfrentar el cumplimiento de dos vínculos obligatorios. A decir de Morales Álvarez, "la novación no se presume ya que de parte del acreedor la novación implica una renuncia y las renuncias no se presumen"[219]

Al respecto, el Código Civil establece lo siguiente:

> "Art. 1650. (...) Si no parece la intención de novar, se miraran las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera"

3.3.3.3 ¿Constituye el hardship un tipo de novación a la luz de la legislación ecuatoriana?

Como se planteó en capítulos anteriores, el hardship es un mecanismo para reacondicionar el equilibrio contractual mediante la modificación de las prestaciones contraídas para adaptarlas a la nueva situación o, en casos extremos, mediante la resolución del contrato.

El hardship resulta un instrumento de soft law muy efectivo para garantizar la continuidad de las relaciones comerciales, sin embargo, por su carácter de soft law y por las características reglamentarias de los contratos en los que usualmente suele encontrarse figura, es difícil determinar su extensión.

Dado el caso que las partes deseen únicamente equilibra las prestaciones mediante la regularización del precio del contrato o redefinir la cantidad de la mercancía entregada, no se estaría generando un verdadera novación a la luz de la legislación ecuatoriana, por cuanto las prestaciones no han sufrido un cambio sustancial. El mero cambio en la cantidad de las mercancías o del precio debido a la aplicación del hardship no genera novación, pues las obligaciones de las partes se han mantenido

[219] Morales Álvarez, Jorge. Ob., cit., pág. 280.

intactas en su naturaleza primaria. Inclusive el cambio en la forma de entrega de las mercancías, no daría lugar a novación.

La naturaleza reglamentaria de los contratos internacionales permite una gran cantidad de opciones para equilibrar la relación contractual. Es necesario un examen detenido de cada uno de los contratos originales y de la forma en la que las partes decidieron equilibrar el convenio con referencia a las nuevas circunstancias supervinientes.

En todo caso, se debe mantener siempre en cuenta que para que un acuerdo al que se ha aplicado hardship pueda ser considerado como novación, debe modificar sustancialmente la esencia del convenio primitivo.

CONCLUSIONES

A través de la investigación realizada en el marco de esta disertación, se han podido evidenciar las características, fundamentos de aplicación y efectos de la Teoría de la Imprevisibilidad Contractual. De igual manera, se ha establecido un panorama amplio sobre el mercador mundial hidrocarburífero y las ventajas que la mencionada Teoría puede tener al momento de la contratación en este ámbito de mercado. Dicho esto, se pueden enunciar las siguientes conclusiones sobre este trabajo:

1. El derecho es una herramienta social y un producto de la misma, que tiene como objetivo primordial armonizar la interacción de individuos en la sociedad. En este orden de ideas, será el ordenamiento legal vigente de cada sociedad el que determine los derechos y obligaciones de cada una de las partes cunado estas entablan una relación contractual.

2. El contrato es el instrumento jurídico más asequible para los individuos pues permite plantear su libre albedrío al momento de realizar transacciones que satisfagan sus necesidades. En el contrato basa su obligatoriedad en la voluntad de las partes para obligar y en la capacidad de las mismas para obligarse.

3. En el cumplimiento de los contratos, tanto nacionales como internacionales, se debe observar el principio de buena fe contractual, el mismo que permite que el contrato llegue a término sin que ninguna de las partes intervinientes sufra menoscabo en su patrimonio. De esta manera, se protege el cumplimiento del objetivo del contrato.

4. La celeridad de las transacciones mercantiles internacionales requiere que los miembros de la comunidad internacional generen mecanismo para precautelar los intereses de las partes contratantes en los diversos negocios jurídicos, así como también para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

5. La Teoría de la Imprevisión Contractual es una corriente ampliamente aceptada en el tráfico internacional, cuya aplicación se ha visto acrecentada gracias a su

inclusión en instrumentos internacionales de gran alcance como la Convención de Viena y al desarrollo jurisprudencial de tribunales arbitrales internacionales.

6. La Teoría de la Imprevisión Contractual tiene como objetivo principal mantener la vigencia de la relación contractual, adaptando los términos del negocio jurídico a las nuevas condiciones existentes.

7. La aplicación de la Teoría de la Imprevisión Contractual se da en contratos conmutativos y onerosos que contiene una obligación diferida o continuada. Dicho contrato deberá ser alcanzado por un hecho sobreviniente e imprevisible, el mismo que ha generado un desequilibrio en la relación contractual, tornando de este modo excesivamente onerosa la obligación para una de las partes y provocando de esta manera, un detrimento en el patrimonio de uno de los contratantes.

8. La aplicación del Teoría de la Imprevisión se da en caos en que la causa generadora de la relación contractual se ve afectada por hechos sobrevinientes, los mismo que no permiten que se cumpla con el fin del contrato.

9. En virtud del principio de buena fe y lealtad negocial, el contratante afectado por el desequilibrio en la economía contractual tiene la potestad para solicitar la revisión de los términos contractuales para adaptarlos a la nueva situación del negocio. Solamente en casos extremos se optará por la terminación del contrato.

10. La Teoría de la Imprevisión Contractual puede ser aplicada a varias ramas del Derecho, tales como Derecho Mercantil, Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público, Derecho Civil, Derecho Administrativo.

11. La Teoría de la Imprevisión es complementaria a la doctrina pacta sunt servanda, puesto que garantiza la culminación exitosa de la relación contractual, generando seguridad jurídica y garantizando los derechos legítimamente obtenidos por las partes.

12. Figuras como la fuerza mayor o el caso fortuito son en esencia distintas a la Teoría de la Imprevisión, puesto que las primeras tiene como objetivo final la terminación de la relación contractual sin el pago de daños y perjuicios. Sin embargo estas doctrinas no son excluyentes entre sí por lo que es posible considerarlas en un mismo ordenamiento jurídico.

13. Existe legislación comparada que puede ser utilizada para determinar las características, supuesto de aplicación y efectos de la Teoría de la Imprevisión. En el caso latinoamericano, los mejores ejemplos son el caso colombiano, en el cual se introdujo la teoría de la imprevisión por medio del desarrollo jurisprudencial; y el caso argentino, en el que introdujo dicha doctrina por medio de reformas legales.

14. La compraventa internacional de mercaderías constituye uno de los principales contratos en el tráfico mercantil internacional. Dicha importancia desembocó en la creación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, la misma que ha sido adoptada por países de todas las tradiciones jurídicas.

15. En concreto, el mercado hidrocarburífero a nivel mundial puede ser considerado como uno de los más inestables, en esencia debido a que las grandes reservas petroleras se encuentran en países de gran inestabilidad política. Es por ello, que este campo puede ser privilegiado para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

16. Los mecanismos utilizados anteriormente para mitigar un posible desequilibrio en las prestaciones en contratos hidrocarburífero, como cláusulas de indexación de precios, tiene un efecto limitado debido a que dichos mecanismo están concebidos para estabilizar situaciones con efectos inflacionarios normales o predecibles.

17. Las transacciones estatales con productos hidrocarburíferos, especialmente aquellas transacciones de venta, tiene naturaleza mercantil por cuanto persiguen la obtención de un lucro para el Estado, sin que por ello dejen de estar tuteladas por el Derecho Público vigente.

18. En el caso de contratos hidrocarburífero, la solución de la suspensión o terminación anticipada del contrato es contraproducente para ambas partes. Por un lado, debido a que ninguna de las partes puede satisfacer las necesidades que los llevaron a contratar y por otra parte, porque cuesta credibilidad y socios comerciales para el Estado.

19. La aplicación de la Teoría de la Imprevisión puede generar un caso de novación solamente cuando en las negociaciones se cambie fundamentalmente el título, las prestaciones o las partes en el contrato.

20. La disminución o aumento del precio o de la cantidad de la mercadería a entregar no configura un tipo de novación.

21. A pesar que la Teoría de la Imprevisión se encuentra regulada en la Convención de Viena, la misma que es parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, la Corte Nacional de Justicia no ha implementado un desarrollo jurisprudencial que ayude a aclarar el alcance y los efectos de esta doctrina en el ámbito jurídico ecuatoriano.

22. La aplicación de la Teoría de la Imprevisión a los contratos de compraventa internacional de hidrocarburos ecuatorianos, precautelaría los intereses nacionales y dotaría de seguridad jurídica a la contraparte.

RECOMENDACIONES

Es necesario que el país se torne más competitivo, con una legislación aplicable a las transacciones internacionales que permita soluciones satisfactorias para ambas partes. Es recomendable que el Ecuador acoja y desarrolle de acuerdo a las circunstancias específicas de nuestro país, disposiciones concernientes a la excesiva onerosidad sobrevenida, esencialmente en el ámbito de la contratación pública, incluyendo las actividades de comercialización hidrocarburífera. Dicho desarrollo puede ser posible mediante al jurisprudencia, como se introdujo la Teoría de la Imprevisión en el vecino país Colombia, o por medio de un proceso legislativo del cual emane una norma generalmente obligatoria.

La Asamblea de la República, en su afán de acercar las normas a la realdad nacional, ha planteado una revisión y reforma al Código Civil, así como también una revisión del Código de Comercio. Esta es la oportunidad más acertada para iniciar un debate sobre la introducción de la Teoría de la Imprevisión a nuestro sistema jurídico, de manera más contundente. La presentación de un proyecto de reforma al Código Civil o al Código de Comercio con los estándares básicos para la implementación de la Teoría de la Imprevisión ayudaría al Ecuador, entre otros, a precautelar los intereses de la administración pública, y sobre todo, generaría una mayor confianza al momento de las transacciones internaciones. Todo esto debido a que la confianza en la tutela efectiva de los derechos legalmente adquiridos genera un clima apropiado para mayores niveles de contratación y desarrollo industrial de una nación.

De manera posterior, la jurisprudencia nacional jugaría un papel decisivo al momento de la aplicación de la nueva normativa, extendiendo parámetros de interpretación en los cuales puedan basarse futuras expectativas en casos relacionados.

El derecho, como se ha visto, es una mera expresión de la realidad de una sociedad. La adaptación del mismo a la realidad nacional asegura el desarrollo de los derechos de los nacionales y extranjeros, así como el fomento al desarrollo de las industrias y la productividad. El Ecuador no puede ser ajeno a las nuevas formas de resolución de conflictos entre las partes contratantes, de la misma manera que no puede ser ajeno a

la estrepitosa velocidad de las transacciones mercantiles hoy en día. La mejor manera de asegurar las debidas prestaciones en contratación internacional, tanto para entidades públicas como para particulares, es determinar expresamente con atención a la realidad nacional cuales son los supuestos en los que puede generarse una excesiva onerosidad y cuáles serán sus efectos en las relaciones jurídicas.

ANEXO I

Código Civil Italiano

SEZIONE III
Dell'eccessiva onerosità
□□□□□□□□□□□□□□□□

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 (1448, 1472).

ANEXO II

Código Civil argentino

Art.1197.- Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

Art.1198.- Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente 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 estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

ANEXO III

Código Civil peruano
TITULO VIII
Excesiva Onerosidad de la Prestación

Definición
Artículo 1440.- 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.

Extensión de la excesiva onerosidad de la prestación
Artículo 1441.- Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:
1.- A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.
2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Excesiva onerosidad en contratos con prestación de una parte
Artículo 1442.- 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.

Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.

Improcedencia de la acción por excesiva onerosidad
Artículo 1443.- No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

Nulidad de la renuncia a la acción
Artículo 1444.- Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.

Caducidad de la acción
Artículo 1445.- La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.

Plazo de caducidad
Artículo 1446.- El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

ANEXO IV

Ley 80 de 1993
Colombia

Articulo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

ANEXO V

Código de Defensa del Consumidor
Brasil

CAPÍTULO III
DE LOS DERECHOS BÁSICOS DEL CONSUMIDOR

Artículo 6. - Son derechos básicos del consumidor:
V. - modificación de cláusulas contratuales que establezcan cuotas desproporcionadas , o su revisión en razón de hechos supervenientes que las hagan exageradamente gravosas;

ANEXO VI

Proyecto de reforma al Código Civil
Brasil

DE LA RESOLUCIÓN POR ONEROSIDAD EXCESIVA

Artículo 478: En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor podrá pedir la resolución del contrato. Los efectos de la sentencia que decrete la resolución del contrato regirán desde la fecha de la citación.

Artículo 479: La resolución podrá ser evitada si el demandado ofrece modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Artículo 480: Si en el contrato estuviera obligada sólo una de las partes, ella podrá demandar que su prestación sea reducida, o alterado el modo de ejecutarla, a fin de evitar la onerosidad excesiva.

ANEXO VII

Modelo de cláusula de Hardship, elaborado por la Internatinal Chamber of Comerce.

[1]
A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

[2]
Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:
[a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that
[b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

[3]
Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.

ANEXO VIII

Contrato de compra venta internacional de hidrocarburos de la empresa estatal venezolana PDVSA

MODELO DE CONTRATO*

CONDICIONES PARTICULARES DE VENTA
CONTRATO SA_____

PDVSA PETROLEO, S.A., **EL VENDEDOR**, SE COMPROMETE A PROVEER DE PRODUCTOS A_____, **EL COMPRADOR,** VENTA QUE SE REGIRA POR LAS CONDICIONES GENERALES DE VENTA DE PDVSA PETROLEO S.A, Y POR TÉRMINOS Y CONDICIONES PARTICULARES DE ESTE CONTRATO:

1. COMPRADOR: REPUBLICA DE

2. VENDEDOR: PDVSA PETROLEO, S.A.
URB. LA CAMPIÑA, AVD. LIBERTADOR, CALLE EL EMPALME, EDIF. PETROLEOS DE VENEZUELA TORRE OESTE, CARACAS 1060A, VENEZUELA

3. TERMINOS:

3.1 TIPO DE VENTA: (C+F)

3.2 PRODUCTO:

3.3 TIEMPO DE ENTREGA:

3.4 CANTIDAD

TOLERANCIA: PARA EL VOLUMEN NOMINADO EN CADA CARGAMENTO LA TOLERANCIA SERA +/- 10% OPCION VENDEDO

EL VOLUMEN MAXIMO A ENTREGAR ESTARA SUJETO A LO PREVISTO EN LA CLAUSULA 3 DEL CONTRATO MARCO.

M3.5 CALIDAD:

3.6 PUERTO DE CARGA: SERÁN AQUELLOS QUE PERTENECEN AL SISTEMA DE TERMINALES DE PETROLEOS DE VENEZUELA, S.A., Y SUS FILIALES (INCLUYENDO REFINERÍA ISLA, CURAZAO, ANTILLAS HOLANDESAS) O CUALQUIER OTRO PUERTO DESIGNADO POR EL VENDEDOR Y ACEPTADO POR EL COMPRADOR.

---

* Modelo de contrato tipo empleado por la empresa estatal venezolana PDVSA en la compra venta internacional de hidrocarburos.

4. DESTINO: REPÚBLICA DE

EL VENDEDOR CONVIENE CELEBRAR EL PRESENTE CONTRATO, EN VIRTUD DEL COMPROMISO QUE EL COMPRADOR EXPRESAMENTE AQUI ASUME, DE DESTINAR LOS PRODUCTOS AL CONSUMO FINAL EN LA REPUBLICA DE_____, EL COMPRADOR NO PODRA MODIFICAR EL DESTINO FINAL DEL CARGAMENTO.

EL INCUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN ESTA CLAUSULA OTORGARA DERECHO AL VENDEDOR DE DAR POR TERMINADO EL PRESENTE CONTRATO.

5. PRECIO (C+F):

FLETE

EL COSTO DEL FLETE SERA DETERMINADO POR PDVSA Y SE INDICARA DE FORMA EXPLICITA EN LA FACTURA DE VENTA A LOS TREINTA (30) DIAS SIGUIENTES A LAQ FECHA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE.

6. PERIODO DE PRECIACIÓN:

7. TÉRMINOS Y CONDICIONES DE PAGO

SERÁ UTILIZADO COMO MEDIO DE PAGO CARTA DE CRÉDITO STAND BY PARA EL 100 % DE CADA EMBARQUE, EMITIDA POR EL BANCO NACIONAL DE _____ ACEPTADA POR EL VENDEDOR CUMPLIENDO LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN IA FORMA QUE SE ADJUNTA AL PRESENTE CONTRATO COMO ANEXO A. LA CARTA DE CRÉDITO DEBERÁ *SER* RECIBIDA POR EL VENDEDOR POR IO MENOS TRES (3) DÍAS ANTES DEL PRIMER DÍA DEL RANGO DE CARGA *ACORDADO (AGREED LOADING RANGE)* PARA CADA CARGAMENTO. EN CASO DE NO ENTREGAR DICHA CARTA DE CRÉDITO DENTRO DEL PLAZO ANTES MENCIONADO, TODOS LOS GASTOS RELACIONADOS CON DESPLAZAMIENTO O DEGRADAMIENTO (ENTRE OTROS) DEL CRUDO O PRODUCTO DEBIDAMENTE DEMOSTRADO POR EL VENDEDOR, CORRERÁN POR CUENTA DEL COMPRADOR.

LA FORMA DE PAGO DE CADA CARGAMENTO SERÁ DE IA SIGUIENTE MANERA:

7.1 EL COSTO CORRESPONDIENTE AL FLETE SERÁ CANCELADO A LOS 30 DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE SIN QUE ESTE SEA SUJETO A FINANCIAMIENTO ALGUNO.

7.2 EL MONTO QUE SERÁ CALCULADO DEDUCIENDO DEL PRECIO FOB DE CADA CARGAMENTO EL PORCENTAJE DE AJUSTE APLICABLE DE ACUERDO CON IO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO IV DEL ACUERDO DE PETROCARIBE, SERÁ PAGADO POR EL COMPRADOR MEDIANTE TRANSFERENCIA CABLEGRÁFICA DE ACUERDO CON LAS INSTRUCCIONES DE PAGO QUE EL VENDEDOR ESTABLEZCA EN IA FACTURA COMERCIAL CORRESPONDIENTE A CADA CARGAMENTO, A LOS NOVENTA (90) DÍAS SIGUIENTES A IA FECHA DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE CORRESPONDIENTE. NO SE APLICARÁ INTERÉS ALGUNO A LOS PRIMEROS TREINTA (30) DÍAS. UNA TASA DE INTERÉS DEL 2% ANUAL SE APLICARÁ A LOS SESENTA (60) DÍAS RESTANTES.

DICHO MONTO NO PODRÁ SER EN NINGÚN CASO MENOR A LO QUE ESTABLECE EL FACTOR DE DETERMINACIÓN DE LOS RECURSOS FINANCIEROS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO IV DEL ACUERDO DE PETROCARIBE DEL VALOR DEL EMBARQUE. A DICHO MONTO SE LE SUMARÁ IO CORRESPONDIENTE A TASAS O CONTRIBUCIONES (POR EJ. *BAR TOLL)* QUE DEBAN SER PAGADAS EN RELACIÓN CON IA ENTREGA DE CADA CARGAMENTO DE CRUDO Y/O PRODUCTOS. A LAS PORCIONES DE CORTO PLAZO NO PAGADAS EN EL TÉRMINO DE NOVENTA (90) DÍAS, SE LE APLICARÁ UN INTERÉS DE MORA DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN LAS CONDICIONES GENERALES DE VENTA DE PDVSA.

7.3 EL MONTO REMANENTE DEL PRECIO FOB, QUE SERÁ DE ACUERDO A LO QUE ESTABLECE EL FACTOR DE DETERMINACIÓN DE LOS RECURSOS FINANCIEROS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO IV DEL ACUERDO DE PETROCARIBE DEL PRECIO DEL CARGAMENTO SERÁ PAGADERO DE CONFORMIDAD A LO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO IV DEL ACUERDO DE PETROCARIBE Y CUANDO EL PRECIO DEL BARRIL EXCEDA LOS CUARENTA DÓLARES AMERICANOS (USD 40) EL PERÍODO SE EXTENDERÁ A VEINTITRÉS (23) AÑOS, CONTADOS A PARTIR DEL SEGUNDO ANIVERSARIO DE IA FECHA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE CORRESPONDIENTE, EN VIRTUD DE DOS (2) AÑOS DE GRACIA APLICABLE, CON VENCIMIENTOS ANUALES A PARTIR DEL TERCER AÑO CONSECUTIVO ESTABLECIÉNDOSE UN TOTAL DE VEINTICINCO (25) AÑOS MÁS LOS INTERESES DEL UNO POR CIENTO (1%) ANUAL CORRESPONDIENTES AL PERIODO DE GRACIA ANTES MENCIONADO, CAPITALIZADOS Y PRORRATEADOS EN LOS VEINTITRÉS (23) PAGARES DE LOS VENCIMIENTOS DEL CAPITAL, MÁS EL INTERÉS DEL UNO (1) % ANUAL APLICABLES POR LOS VEINTICINCO (25) AÑOS DE FINANCIAMIENTO.

LA DEUDA MENCIONADA EN ESTA SUBCLÁUSULA SERÁ EVIDENCIADA MEDIANTE LA ENTREGA AL VENDEDOR POR PARTE DE LA REPÚBLICA DE_____, DE VEINTITRÉS (23) PAGARÉS CONSECUTIVOS CON VENCI-

MIENTOS ANUALES SIENDO EL PRIMERO DE ELLOS AL TERCER ANIVERSARIO DE IA FECHA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE DE CADA CARGAMENTO. LA ENTREGA DE LOS PAGARÉS DEBERÁ REALIZARSE DENTRO DE LOS NOVENTA (90) DÍAS CONTADOS A PARTIR DE IA FECHA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. DICHOS PAGARÉS SERÁN EMITIDOS DE ACUERDO CON IA FORMA ADJUNTA AL PRESENTE CONTRATO COMO ANEXO B.

LOS PAGOS QUE EL COMPRADOR Y EL REPÚBLICA DE _____ DEBEN REALIZAR EN VIRTUD DEL PRESENTE CONTRATO, DEBERÁN SER EFECTUADOS EN DÓLARES DE LAS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, SIN DESCUENTOS, COMPENSACIÓN, RETENCIÓN O DEDUCCIÓN (INCLUYENDO CUALQUIER DESCUENTO POR GASTOS BANCARIOS O TRANSFERENCIAS CABLEGRÁFICAS) EN FONDOS DE INMEDIATA DISPONIBILIDAD, EN IA CUENTA BANCARIA QUE EL VENDEDOR DESIGNE.

SI IA FECHA EN QUE DEBA REALIZARSE EL PAGO DEL MONTO ESPECIFICADO EN IA SECCIÓN 7.2 DE ESTE CLÁUSULA, O LA ENTREGA DE LOS PAGARÉS INDICADOS EN IA SECCIÓN 7.2 DE ESTA CLÁUSULA, ES EFECTIVA, UN SÁBADO, DOMINGO A DÍA FERIADO EN LA CIUDAD DE NUEVA YORK, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, EL PAGO O IA ENTREGA DE LOS PAGARÉS SE EFECTUARÁ EL ULTIMO DÍA HÁBIL PRECEDENTE.

8. NOMINACIÓN

LAS PARTES DECLARAN QUE LOS CARGAMENTOS DE CRUDO O PRODUCTOS SERÁN ENTREGADOS EN LAS FECHAS Y POR LOS VOLUMENES NOMINADOS POR EL COMPRADOR Y ACEPTADOS POR EL VENDEDOR, DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL PRESENTE CONTRATO.

MINIMO QUINCE (15) DÍAS, EN CONCORDANCIA CON EL CONTRATO MARCO, DE ANTELACIÓN AL PRIMER DÍA DEL RANGO DE CARGA ACORDADO, EL VENDEDOR NOTIFICARÁ AL COMPRADOR LO SIGUIENTE:

- (A) EL NOMBRE Y CARACTERÍSTICAS DEL BUQUE NOMINADO PARA TRANSPORTAR EL CARGAMENTO DE PRODUCTO A SER SOMETIDO A LA APROBACIÓN DEL COMPRADOR

(B) LA FECHA DE ARRIBO DEL BUQUE DENTRO DEL RANGO DE DESCARGA ACORDADO. EL NOMBRE DEL INSPECTOR INDEPENDIENTE PROPUESTO.

(C) LA CANTIDAD Y CALIDAD APROXIMADA DEL CRUDO O PRODUCTO A SER CARGADO, LAS CUALES SE HARÁN DE CONFOR-

MIDAD CON LA CANTIDAD Y CALIDAD NOMINADA Y ACEPTADA POR LAS PARTES DE ACUERDO CON CLÁUSULA 2 DEL PRESENTE CONTRATO Y LA CLÁUSULAS ESTABLECIDAS EN LAS CONDICIONES GENERALES DE VENTA REFERENTES A ESE PUNTO Y DEL CONTRATO RESPECTIVAMENTE; Y

(D) EL NOMBRE DEL INSPECTOR INDEPENDIENTE PROPUESTO

09. TIEMPO DE DESCARGA

EL COMPRADOR TENDRA UN TIEMPO MAXIMO PERMITIDO DE TREINTA Y SEIS (36) HORAS PARA CADA PRODUCTO Y TREINTA Y SEIS (36) HORAS PARA CADA PRODUCTO EN UN SOLO PUERTO DE DESCARGA, DENTRO DEL CUAL PODRA COMPLETAR LA DESCARGA, DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN LAS CONDICIONES GENERALES DE VENTA C+F DE PDVSA.

10. INSPECCION EN LA CARGA

LA INSPECCION DE CANTIDAD Y CALIDAD SE REALIZARA EN EL PUERTO DE CARGA POR UN INSPECTOR INDEPENDIENTE ACORDADO ENTRE LAS PARTES Y SU COSTO SERA PAGADO EN PARTES IGUALES POR EL COMPRADOR Y EL VENDEDOR. (VER LAS CONDICIONES GENERALES DE VENTAS CIF). LA CALIDAD SERÁ GARANTIZADA EN LOS TANQUES DE TIERRA DE CARGA.

11. DETERMINACION DE LA FECHA DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE (BILL OF LADING)

SERA LA FECHA EN QUE SE DESCONECTE LA ULTIMA MANGUERA DE CARGA DEL BUQUE, DESPUES DE HABERSE COMPLETADO LA CARGA, DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN LAS CONDICIONES GENERALES DE VENTA C+F PDVSA.

12. DEMORA

SEGÚN LAS CONDICIONES GENERALES DE VENTA DEL VENDEDOR Y DE ACUERDO A LA TASA DE DEMORA ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE FLETAMENTO

13. PRESENTACION DE RECLAMOS POR DEMORA, CANTIDAD Y/O CALIDAD

NINGUN RECLAMO CONTRA EL VENDEDOR POR CONCEPTO DE SOBRE-ESTADIA (DEMURRAGE) Y/O CANTIDAD Y/O CALIDAD SERA PROCEDENTE SI EL MISMO NO ES PRESENTADO AL VENDEDOR POR

ESCRITO JUNTO CON UNA EXPOSICION DEBIDAMENTE SUBSTANCIADA RAZONABLEMENTE DETALLADA DE LOS MOTIVOS ESPECIFICOS DEL RECLAMO, DENTRO DEL PLAZO NO MAYOR DE NOVENTA (90) DIAS CALENDARIO A PARTIR DE LA FECHA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE (BILL OF LADING). EL COMPRADOR Y EL VENDEDOR CONVIENEN NO PRESENTAR RECLAMO ALGUNO POR MONTOS INFERIORES A US DOLLARS 1500,00.

14. TITULO Y RIESGO

LA PROPIEDAD Y EL RIESGO SOBRE ÉL PRODUCTO, SERÁ TRANSFERIDA DEL VENDEDOR AL COMPRADOR AL PASAR ESTE POR LA BRIDA DEL TERMINAL EN CONEXIÓN PERMANENTE CON LA MAGUERA DEL BUQUE EN EL PUERTO DE CARGA, CONFORME A LO ESTABLECIDO A LAS CONDICIONES GENERALES DE VENTA (C+F) DE PDVSA PETROLEO S.A.

15. REGULACIONES DE PROTECCIÓN MARÍTIMA:

1.- EL VENDEDOR DEBE PROCURAR QUE EL BUQUE CUMPLA CON LOS REQUERIMIENTOS DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN DE BUQUES E INSTALACIONES PORTUARIAS, LAS ENMIENDAS RELEVANTES DEL CAPÍTULO XI DEL CONVENIO SOLAS (COLECTIVAMENTE DENOMINADOS CÓDIGO PBIP) Y OTRAS LEYES Y REGULACIONES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN MARÍTIMA.

2.- A PESAR DE QUE EL COMPRADOR REALICE UNA ACEPTACIÓN PREVIA DEL BUQUE, SI EN CUALQUIER MOMENTO ANTES DE QUE OCURRA LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO Y TÍTULO, EL BARCO DEJA DE CUMPLIR CON LOS REQUERIMIENTOS DEL CÓDIGO PBIP:

a) EL COMPRADOR TIENE EL DERECHO DE NO ATRACAR TAL BUQUE Y CUALQUIER DEMORA RESULTANTE NO DEBE SER POR CUENTA DEL COMPRADOR;
b) EL VENDEDOR ESTA OBLIGADO A SUBSTITUIR TAL BUQUE CUMPLIENDO CON LOS REQUERIMIENTOS DEL CÓDIGO PBIP.
c) CUALESQUIERA DEMORA, RETENCION, RETRASO OBLIGACIÓN EXIGIDA SOBRE EL BUQUE EN EL PUERTO DE DESCARGA COMO RESULTADO DIRECTO DE LA FALTA DEL BUQUE EN EL CUMPLIMIENTO DEL CODIGO PBIP Y OTRAS REGULACIONES DE PROTECCION MARITIMA, DEBE SER POR CUENTA DEL VENDEDOR, COMO RESULTADO DIRECTO DEL REQUERIMIENTO AL BUQUE POR LAS AUTORIDADES DE LA INSTALACION PORTUARIA DE REALIZAR CUALQUIER ACCION O ME-

DIDA DE PROTECCION ADICIONAL O ESPECIAL, O SER SUJETO A INSPECCIONES ADICIONALES EN VIRTUD DE LOS 10 PUERTOS ANTERIORES EN LOS CUALES EL BUQUE HIZO ESCALA, COMO SE ESTABLECE EN EL CODIGO PBIP

3.- EL VENDEDOR DEBE PROCURAR QUE EL PUERTO/ TERMINAL/ INSTALACIÓN DE EMBARQUE CUMPLA CON LOS REQUERIMIENTOS DEL CÓDIGO PBIP Y OTRAS REGULACIONES DE PROTECCIÓN MARÍTIMA. CUALESQUIERA COSTOS O GASTOS CON RESPECTO AL BUQUE, INCLUYENDO DEMORA, RETENCIÓN, RETRASO O CUALQUIER CARGO ADICIONAL, HONORARIO, IMPUESTO U OBLIGACIÓN EXIGIDA SOBRE EL BUQUE EN EL PUERTO DE EMBARQUE EN QUE HAYA INCURRIDO EL COMPRADOR COMO RESULTADO DIRECTO DE LA FALTA DEL PUERTO/ TERMINAL/ INSTALACIÓN DE EMBARQUE EN EL CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO PBIP Y OTRAS REGULACIONES DE PROTECCIÓN MARÍTIMA, DEBE SER POR CUENTA DEL VENDEDOR.

4.- LOS AGENTES NAVIEROS DEBEN CUMPLIR CON EL CÓDIGO PBIP Y OTRAS REGULACIONES DE PROTECCIÓN MARÍTIMA, EN CONSECUENCIA, CUALQUIER DEMORA POR FALTA DE CUMPLIMENTO EN EL PUERTO DE DESEMBARQUE SERÁ POR CUENTA DEL COMPRADOR.

6.- ANTES DEL DESEMBARQUE, LA AUTORIDAD PORTUARIA _____PROVEERÁ AL CAPITAN DEL BARCO CON UNA COPIA DEL CERTIFICADO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN MARÍTIMA DEL PUERTO DE DESEMBARQUE, DE ACUERDO AL CÓDIGO PBIP.

7.- EL COMPRADOR DEBE PROCURAR QUE EL PUERTO/ TERMINAL/ INSTALACIÓN PORTUARIA DE DESEMBARQUE CUMPLA CON LOS REQUERIMIENTOS DEL CÓDIGO PBIP Y OTRAS REGULACIONES DE PROTECCIÓN MARÍTIMA. CUALESQUIERA COSTOS O GASTOS CON RESPECTO AL BUQUE, INCLUYENDO DEMORA, RETENCIÓN, RETRASO O CUALQUIER CARGO ADICIONAL, HONORARIO, IMPUESTO U OBLIGACIÓN EXIGIDA SOBRE EL BUQUE EN EL PUERTO DE DESEMBARQUE EN QUE HAYA INCURRIDO EL VENDEDOR COMO RESULTADO DIRECTO DE LA FALTA DEL PUERTO/ TERMINAL/ INSTALACIÓN DE DESEMBARQUE EN EL CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO PBIP, DEBERÁ SER POR CUENTA DEL COMPRADOR.

8.- SI LA PROTECCIÓN MARÍTIMA SE VE AFECTADA POR CUALQUIER EVENTO O CIRCUNSTANCIA, COMO SE DEFINE EN EL

CÓDIGO PBIP, NO IMPUTABLE A LAS PARTES Y ES MENESTER TOMAR CIERTAS MEDIDAS DE SEGURIDAD O ACCIONES POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL PUERTO O EL BUQUE; CUALQUIER COSTO O GASTO POR DEMORA, RETENCIÓN O RETRASO, PUEDE SER COMPARTIDO ENTRE EL COMPRADOR Y EL VENDEDOR EN 50%.

16. ARBITRAJE

CUALQUIER CONTROVERSIA, RECLAMO O INCUMPLIMIENTO RELACIONADO A ESTE CONTRATO, SERA RESUELTO A TRAVES DE ARBITRAJE LLEVADO A CABO EN IDIOMA ESPAÑOL E INGLES EN LA CIUDAD DE MIAMI, EE.UU., O CUALQUIER OTRA CIUDAD ACORDADA POR AMBAS PARTES, ESTARA INTEGRADA POR TRES ARBITROS DESIGNADOS DE ACUERDO CON LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO (CIC). CADA PARTE DESIGNARA UN ARBITRO Y EL TERCER ARBITRO, QUIEN ACTUARA COMO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL, SERA DESIGNADO POR LOS DOS ARBITROS YA DESIGNADOS, DENTRO DE LOS TREINTA (30) DIAS CONTADOS A PARTIR DEL DIA EN QUE EL ULTIMO ARBITRO NOMBRADO POR LAS PARTES SEA DESIGNADO. SI LOS DOS ARBITROS NO PUEDEN PONERSE DE ACUERDO SOBRE EL TERCER ARBITRO, ÉSTE SERA DESIGNADO POR LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CIC.

NADA EN ESTE CONTRATO SERA INTERPRETADO PARA EVITAR QUE CUALQUIER TRIBUNAL COMPETENTE EMITA DECRETOS, MEDIDAS U ORDENES CON CUALQUIER OTRA FINALIDAD SIMILAR EN AYUDA DE CUALQUIER ARBITRAJE INICIADO (O A SER INICIADO) Y EL CUAL PERSIGA EL PAGO DE CANTIDADES DE DINERO DEBIDAS AL VENDEDOR. EL LAUDO ARBITRAL DICTADO POR LOS ARBITROS PODRA SER PRESENTADO POR ANTE CUALQUIER TRIBUNAL COMPETENTE PARA SU RECONOCIMIENTO Y EJECUCION.

17. MODIFICACIONES DEL CONTRATO

LOS TERMINOS Y CONDICIONES DE ESTE CONTRATO NO PODRAN SER MODIFICADOS O ENMENDADOS DE NINGUNA MANERA A MENOS QUE SE HAGA POR ACUERDO MUTUO POR ESCRITO ENTRE AMBAS PARTES

18.- LEY APLICABLE

TODOS LOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA VALIDEZ, INTERPRETACION Y/O DESARROLLO DE ESTE CONTRATO, SÉ REGIRAN

POR LAS LEYES DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (VER CLAUSULA 12 DE LAS CONDICIONES GENERALES DE VENTA DE PDVSA PETROLEO, S.A.)

19. FUERZA MAYOR

VER CONDICIONES GENERALES DE VENTAS PDVSA (C+F)

20. CONDICIONES ESPECIALES Y CONDICIONES GENERALES

EL PRESENTE CONTRATO, JUNTO CON LAS CONDICIONES ESPECIALES APLICABLES A CADA CARGAMENTO ENTREGADO, CONSTITUYEN LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES POR LOS CUALES SE REGIRAN TODOS LOS SUMINISTROS DE PRODUCTOS REALIZADOS ENTRE LAS PARTES EN CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO DE COOPERACION ENERGETICA DE PETROCARIBE. LO NO CONTEMPLADO EN EL PRESENTE CONTRATO SE REGIRÁ POR EL CONTRATO DE VENTA/ COMPRA DE PDVSA PETROLEO Y GAS, S.A. PARA PETRÓLEO Y PRODUCTOS DERIVADOS, CONDICIONES GENERALES (C+F) DENOMINADAS A LO LARGO DEL PRESENTE CONTRATO COMO CONDICIONES GENERALES DE VENTA, LAS CUALES EL COMPRADOR DECLARA CONOCER Y ACEPTAR, POR EL ACUERDO DE COOPERACION ENERGETICA DE PETROCARIBE Y POR EL CONTRATO MARCO DE COMPRA-VENTA DE CRUDO Y/O PRODUCTOS SUSCRITO ENTRE LAS PARTES.

21. NOTIFICACIONES:

A) PDVSA PETROLEO S.A.

B) REPUBLICA DE_____

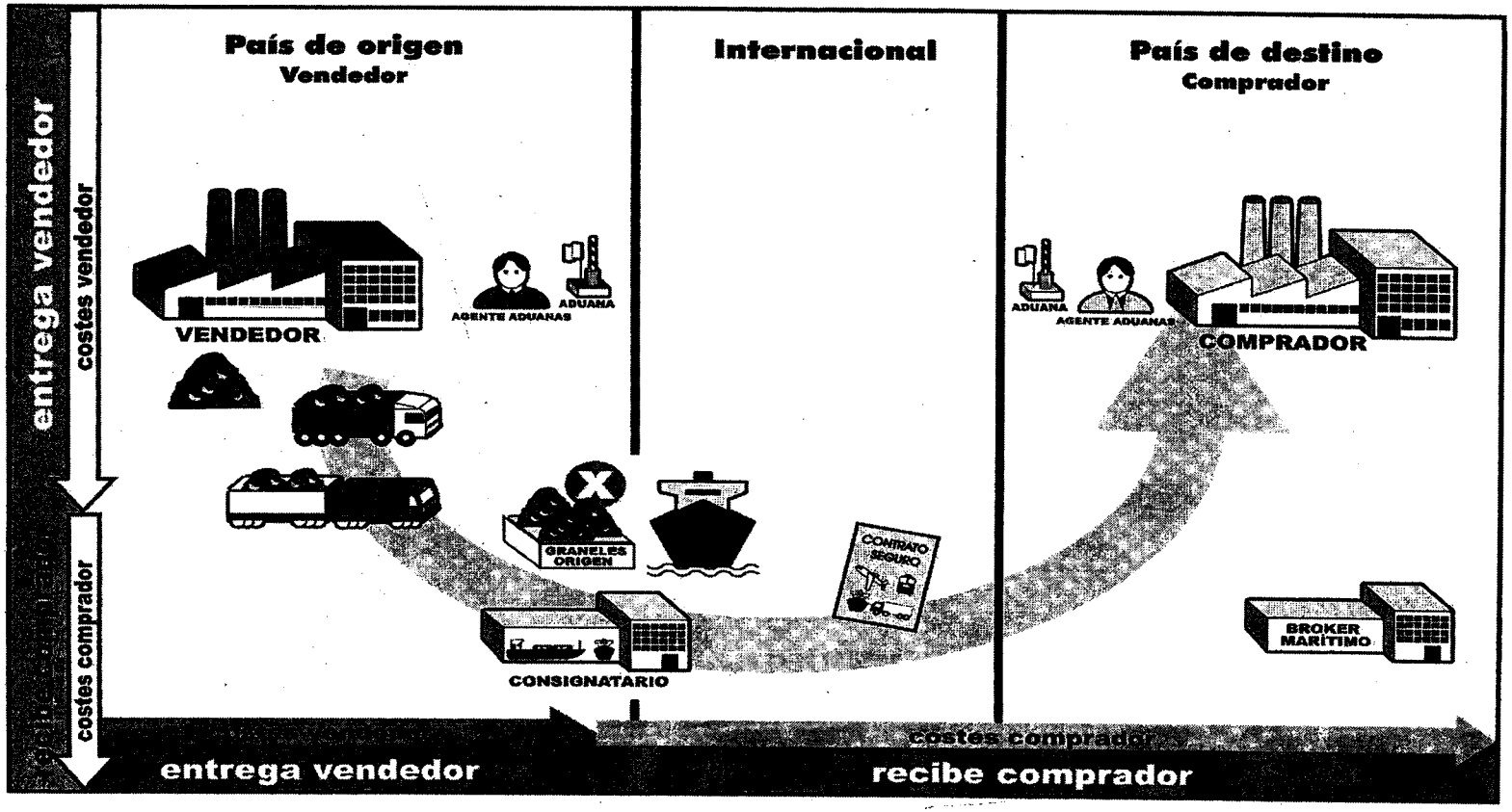
LES AGRADECEMOS ENVIAR CONFIRMACION POR ESCRITO SEÑALANDO QUE LO ARRIBA DISPUESTO EFECTIVAMENTE ESTABLECE LOS TERMINOS Y CONDICIONES DE NUESTRO CONTRATO. SI LA CONFIRMACION NO ES RECIBIDA ANTES DE LOS CINCO (5) DIAS HABILES A PARTIR DE LA FECHA DE ENVIO, ES ENTENDIDO QUE EL CONTRATO DE VENTA ES ACEPTADO SEGÚN LOS TERMINOS Y CONDICIONES ARRIBA MENCIONADOS.
ATENTAMENTE,

DIRECTOR EJECUTIVO DE COMERCIO Y SUMINISTRO
PDVSA PETROLEO, S.A.

ANEXO IX

Esquema Precio FAS

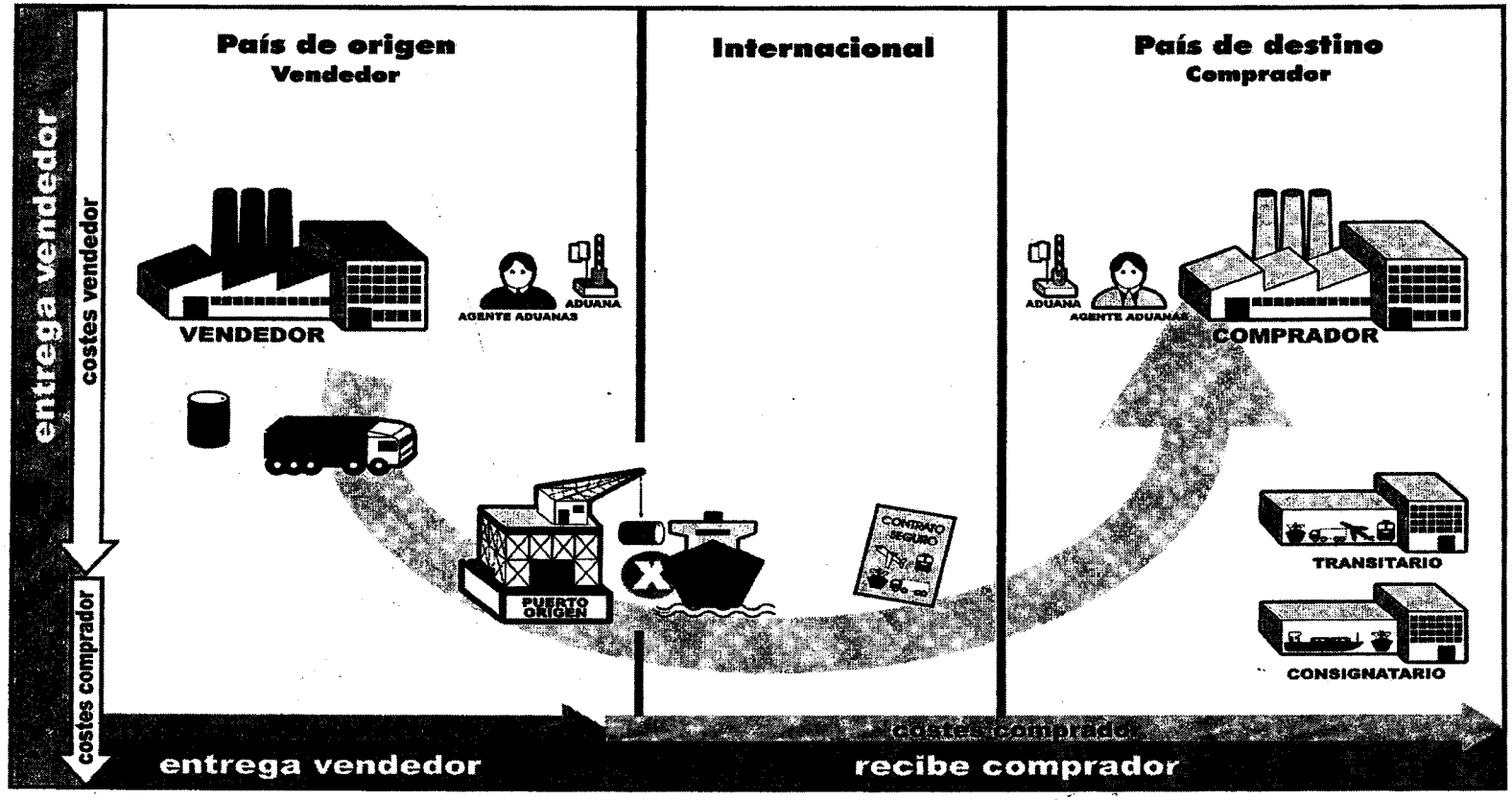
Incoterm FAS (Franco al costado del buque - *Free Alongside Ship)* - Marítimo.



ANEXO X

Esquema Precio FOB

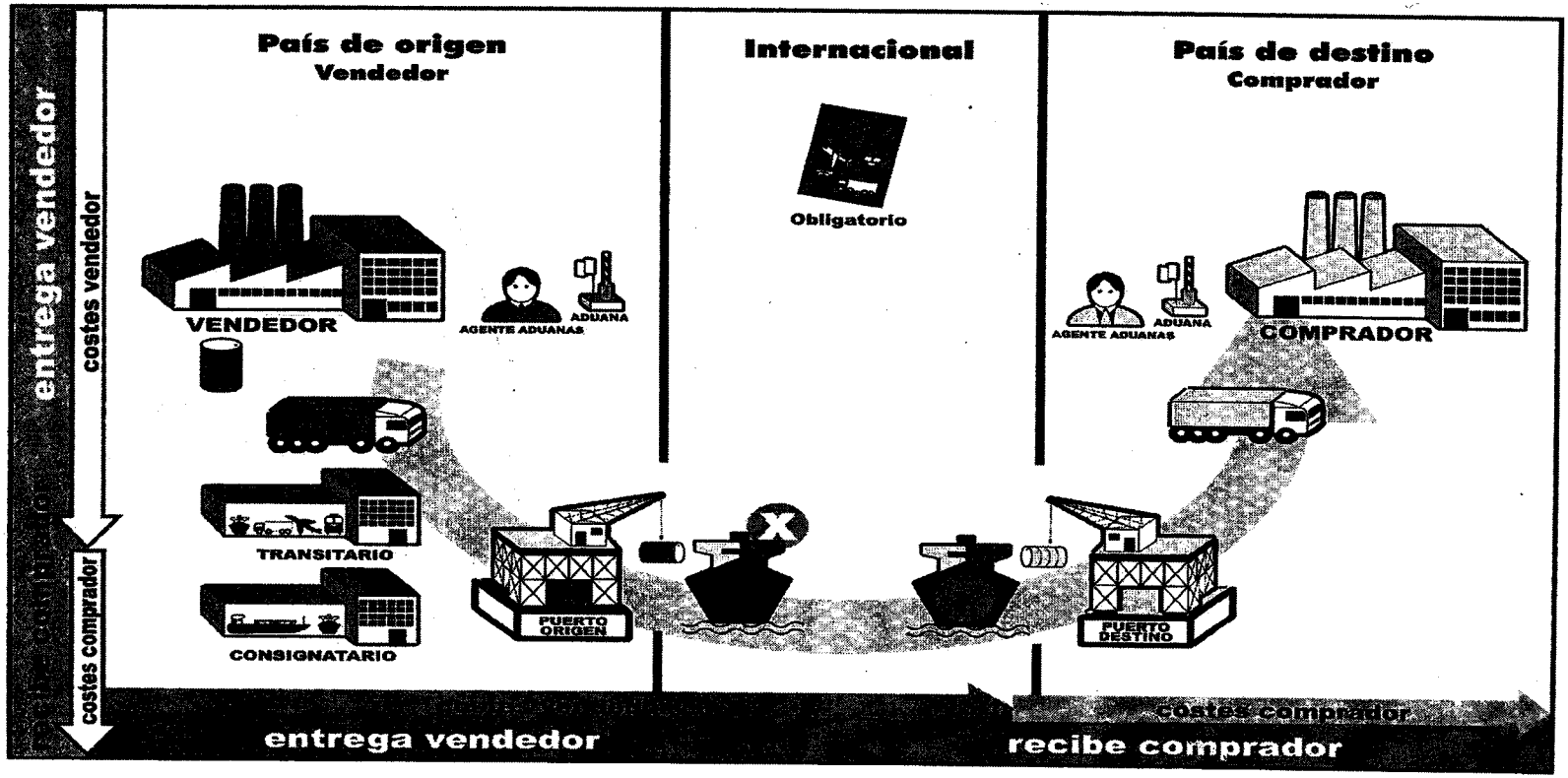
Incoterm FOB (Franco a bordo - *Free On Board)* - Marítimo.



ANEXO XI

Esquema Precio CIF

Incoterm CIF (Coste, seguro y flete - *Cost, Insurance and Freight)* - Marítimo.



BIBLIOGRAFIA

- Albuja Guarderas, Fausto. "*Arbitraje en Contratación Pública. ¿Es necesaria la aprobación previa de la PGE?*". Ponencia. 2011.

- Alessandri Rodríguez, Arturo. "*De los contratos*". Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2001.

- Alessandri Rodríguez, Arturo. "*Tratado de las obligaciones: modificación y extinción de las obligaciones*." Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2001.

- Alterini, Atilio Anibal. "*Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*". Internet. https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/material_docente/bajar?id_material=150228. Acceso 06 de junio de 2013.

- Araujo, María Alejandra. "*Revisión de los contratos. Teoría de la excesiva onerosidad superviniente o teoría de la imprevisión*". Internet. http://www.cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/65/94. Acceso 09 de octubre de 2013

- Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic. "*Tratado de las obligaciones, Volumen I, De las obligaciones en general y sus diversas clases*". Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

- Avilés Cucurella, Gabriel y Pou de Avilés, José María. *"Derecho Mercantil"*. Tercera Edición. Barcelona. J. Ma. Bosch Editor. 1959.

- Bonivento Jiménez, Javier José. "*Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano*". Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis. 2010.

- Cabanellas de Torres, Guillermo. "*Diccionario jurídico elemental*". Buenos Aires. Editorial Heliasta. Décimo novena edición. 2008.

- Cardilli, Riccardo. "*Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico*". Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2001.

- Castillo Freyre, Mario. "*Estudios sobre el contrato de compraventa*". Lima. Ediciones Legales. 2003.

- Castro Ana María y Zapata, Ana Cecilia. "*El hardship en los contratos internacinales*". Revista e – Mercatoria. Volumen 4. Número 2. 2005.

- Castro de Cifuentes, Marcela. (coordinadora). "*Derecho de las Obligaciones*". Tomo II Volumen 2. Bogotá. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes y Editorial Temis. 2010.

- Cazeaux, Pedro Néstor y Tejerina, Wenceslao. "*Reajuste de la obligaciones dinerarias*". Texas. Universidad de Texas. Abeledo Perrot.

- Chasares, Marcela. "*Limitaciones a la fuerza obligatoria: lesión, imprevisión, abuso de derecho*". Buenos Aires. Editorial La Ley. 2010.

- Código de Comercio Uniforme. Internet. http://www.michigan.gov/documents/entireuccbook_18831_7.pdf. Acceso 15 de octubre de 2013.

- Comentarios a los Principios Unidroit 2004.

- Comission of European Contract Law (Chairman: Professor Ole Landö). Principles of European Contract Law. Parts I and II. The Hague/London/Boston. 2000.

- Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980

- Dávila Vinueza, Luis Guillermo. "*Régimen jurídico de la contratación estatal*". Segunda edición. Bogotá. Legis editores. 2003.

- De Amunátegui Rodriguez, Cristina. "*La cláusula rebus sic stantibus*". Valencia. Tirant lo Blanch. 2003.

- De la Puente y Lavalle, Manuel. "*El contrato en general, comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1999.

- Diez - Picazo, Luis y Gullon Antonio. "*Sistema de Derecho Civil.*", Madrid. Editorial Tecnos S.A. Novena edición. 2001.

- Díez – Picazo y Ponce de León, "*La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*". Barcelona. Bosch Casa Editorial. 1963.

- Ecuador. Código Civil. Registro Oficial – Suplemento 46: 24 de junio de 2005.

- Ecuador. Código de Comercio . Registro Oficial – Suplemento 1202. 20 de agosto de 1960.

- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.

- Ecuador. Ley de Hidrocarburos. Decreto Supremo 2967 publicado en el Registro Oficial 711 de 15 de noviembre de 1978.

- Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial – Suplemento 395: 04 de agosto de 2008.

- Ecuador. Reglamento Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 161. Registro Oficial – Suplemento 588. 12 de mayo de 2009.

- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires.

- Esplugues Mota Carlos – Hargain Daniel – Palao Moreno Guillermo, Directores. "*Derecho de los contratos internacionales en Latinoamerica, Portugal y España*". Montevideo. Editorial B de F. 2008.

- Estudio Calderón y Asociados. "*Contrato de compra venta internacional*". Internet. http://www.siicex.gob.pe/siicex/resources/calidad/137f0d29-35d6-4ede-b74c-4e1e09b7f0e3.pdf. Acceso 11 de noviembre de 2013

- Fucci, Frederick. *"Hardship and Changes Circunstances Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. Practical Considertaions in Internationla Infraestructure Investment and Finance."* Internet. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html#i Acceso: 04 de junio de 2013

- García – Pita y Lastres, José Luis. "*Derecho Mercantil de las Obligaciones: Parte General*". Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003.

- Gonzales, Lorena. *"INCOTERMS: International Comercial Terms"* Internet. Disponible en http://www.slideshare.net/PinkPower/incoterms-1892716. Acceso. 20 de enero de 2014.

- Graf Barrera, Jorge. *"La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías. (Hacia un Derecho Internacional del Comercio)"*. Pág. 21. Internet. http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/1/art/art3.pdf. Acceso. 15 de enero de 2014.

- Graham, Carol. "*Hardship and hapiness: social mobility and public perpections during market reforms*". Washington. Brookings Institution. 2003

- Gutierrez de Larrauri, Natalia. "*La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura de hardship en los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*". Revista de Derecho Privado. No. 4. Universidad de los Andes, 2010.

- Horn, Norbert, "*Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law*", in: Horn (ed.), "*Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*". Antwerp. Boston, London, Frankfurt. 1985.

- Ingeborg Schwenzer, "*Force majeure and hardship in international sales contracts*". Internet. http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf. Acceso. 04 de junio de 2013

- Jaramillo, Carlos Ignacio, "*El renacimiento de la cultura Jurídica en Occidente*". Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2009.

- Joseph Perillo. "*Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A comparative Analysis*". Internet. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo4.html. Acceso: 10 de julio de 2013.

- Joserrand, Louis. "*Teoría General de las Obligaciones*". Santiago de Chile. Editorial Parlamento Ltda. 2008.

- Lafaille, Héctor. "*Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*". Buenos Aires. Compañía Argentina de Editores S.R.L. 1943

- Larenz Karl. "*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*". Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1956

- Louge, Esteban Luciano y Otamendi, Jorge. "*Los títulos de crédito y la novación*". Página 1. Internet. http://www.gbreuer.com.ar/admin/files/boletin_archivos/titulos%20de%20credito.pdf. Acceso 18 de marzo 2014.

- Loung, Marceau. "*Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*". Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2000.

- Macías Hurtado, Miguel. "*Instituciones de derecho mercantil ecuatoriano*". Quito. Ediciones del Banco Central del Ecuador. 1988

- Madrid Parra, Agustín. "*Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*". David Morán Bovio (Director). Navarra. Thomson Aranzadi, Elcano Navarra. Segunda edición. 2003.

- Marienhoff, Miguel. "*Tratado de derecho administrativo*". Tomo III, (Contratos Administrativos). Buenos Aires. Tercera Edición actualizada. Abeledo – Perrot. 1985

- Martínez Cañelas, Anselmo. *"La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compra venta internacional de mercaderías de 11de abril de 1980"*, Granada. Editorial Comares. 2004.

- Morales Álvarez, Jorge. "*Teoría de las Obligaciones*". Cuenca. Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia. Editores Pudeleco. 1995.

- Oviedo Albán Jorge. "*Estudios de Derecho Mercantil Internacional*". Bogotá. Grupo Editorial Ibañez. 2010.

- Oviedo Albán, Jorge. "*Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías*". Internet. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alban.html#ii. Acceso 28 de octubre de 2013.

- Oviedo Albán, Jorge. "*La excesiva onerosidad sobreviviente [hardship] en los Principios Undroit para los contratos comerciales internacionales.*" Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2005.

- Palmés Combalia, Remigi. *"Cómo usar bien los Incoterms? La respuesta a todos los interrogantes que surgen en el uso de las normas de comercio internacional"*. Barcelona. Marge Books. 2010

- Panorama Internacional del Mercado Petrolero. Internet. http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fecaths1.s3.amazonaws.com%2Fhidrocarburos%2F470485730.UNIDAD%2520N%25C2%25BA%25204%2520(Parte%25202)%2520Panorama%2520Internacional%2520del%2520Mercado%2520Petrolero.pdf&ei=26ekUumjKoWtkAfs74H4DA&usg=AFQjCNFegHvDmWCgx9aZHeKEjQPhtew0Hw&bvm=bv.57752919,d.eW0. Acceso 08 de diciembre de 2013.

- Parodi Osterling Felipe y Castillo Freyre Mario. *"Algunas consideraciones acerca de la novación"* Internet. http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/algunas_consideraciones_acerca_de_la_novacion.pdf. Acceso. 20 de marzo de 2014.

- Perales Viscasillas, María del Pilar. *"El contrato de compra venta internacional de mercancías (1980)"*. Internet. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-09.html. Acceso. 10 de noviembre 2013.

- Pérez Vargas, Víctor. *"Derecho Privado"*. Tercera edición. Costa Rica. Editorial LIL. S.A. 1994.

- Planiol Marcelo y Ripert Jorge. *"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés"*. Traducido por Doctor Mario Díaz Cruz . Tomo XI. Primera Parte. Habana. Cultura S.A. 1946.

- Pothier, R.J. *"Tratado de las obligaciones"*. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1978.

- Principios de Derecho Europeo de Contratos.

- Promexico, Inversión y Comercio. *"Contratos Internacionales"* Internet. http://www.promexico.gob.mx/work/models/promexico/Resource/96/1/images/ContratosDeCompraventaInternacional.pdf. Acceso 11 de noviembre de 2013.

- Ray, José Domingo. *"Frustración del contrato"*. Buenos Aires. Abeledo – Perrot. 1996.

- Rengel Maldonado, Paúl Alejandro. Tesis previo a la obtencion del título de Doctor en Jurrispruencia. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. *"La ruptura del equilibrio financiero en los contratos celebrados por las entidades estatales"* Quito. Noviembre de 2001.

- Rivera, Julio César. *La teoría de la imprevisión: Estudio comparativo entre algunas legislaciones latinoamericanas*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina. 2010.

- Rodríguez Rodríguez Libardo. ".El equilibrio economico en los contratos administrativos". Drercho PUCP, Revista de la facultad de Derecho. No. 66, 2011.

- Sanchez Lorenzo, Sixto. "*Hardship en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado en Soberanía del Estado y Derecho internacional (Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*". Sevilla. Servicios de Publicaciones de las Universidades de Córdoba. 2005.

- Santos Beladro, Rubén. "*La compra venta internacional de mercaderías y la aplicación del Tratado de Viena en Ecuador y Uruguay*" Foro, Revista de Derecho. No. 5. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. 2006.

- Simone, Carmen Amalia. "*El Hardship en la contratación comercial internacional*". FORO Revista de Derecho No. 5. Quito. 2006.

- Simone, Carmen Amalia. "*La Compra venta internacional de mercaderías II*". Presentación. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 2011.

- Simone, Carmen Amalia. "*La Compra venta internacional de mercaderías I*", Presentación. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 2011

- Sixto Sánchez, Lorenzo. "*Cláusulas en los contratos internacionales: Redacción y Análisis*". Pág. 431. Internet. http://books.google.com.ec/books?id=207EmecEmHYC&pg=PA429&lpg=PA429&dq=efectos+del+hardship&source=bl&ots=RHXx_V1rE8&sig=JysB_pWUNdPrGpJ8wTCKL45mLsQ&hl=es&sa=X&ei=BrAYU8boFab90wHapID4Dw&redir_esc=y#v=onepage&q=efectos%20del%20hardship&f=false. Acceso 06 de marzo de 2014.

- Solarte Rodríguez, Arturo, "*La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*" Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2004.

- Universidad Autónoma "Gabriel René Moreno". "*Tendencias Recientes del Mercado Internacional del Petróleo*". Camiri. Marzo de 2013.

- Vallebela, Joaquin. "*La excesiva onerosidad en la Convención de Viena a propósito de la novedosa jurisprudencia sentada en el caso "Scafom International*". Internet. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vallebella.pdf. Acceso. 10 de marzo de 2014

- Zaccaria Elena Christine. "*The efects of changed circumstances in International Comercial Trade*". International Trade & Bussines Law Review, No. 135. 2005. Internet. http://worldlii.org/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.txt/cgi-bin/download.cgi/download/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.pdf. Acceso 09 de junio de 2013

- Zapata de Arbeláez, Adriana, compiladora. *"Derecho Internacional de los Negocios. Alcances."* Tomo II. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003.

- Zimmermann, Reinhard. *"The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition".* Munich. Cape Town. 1990.

- Zurita Tapia, Roberto David. Tesis previa la obtención del título de Abogado *"La cláusula Rebus Sic Stantibus, definición, historia, alcance, desarrollo y aplicación en la legislación civil ecuatoriana*". Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito. 2009.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, TERESA GRACE CHIRIBOGA ERAZO, C.I. 1717769937 autor del trabajo de graduación intitulado "LA TEORÍA DE LA IMPREVISIBILIDAD CONTRACTUAL EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS", previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 15 de septiembre de 2014

T. Grace Chiriboga E.
C.I. 1717769937.
FIRMA Y CÉDULA



REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANIA No. 171776993-7
APELLIDOS Y NOMBRES
CHIRIBOGA ERAZO
TERESA GRACE
LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA
FECHA DE NACIMIENTO 1990-08-06
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO F
ESTADO CIVIL SOLTERA



INSTRUCCIÓN
SUPERIOR
PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE
E333I2222
APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
XXXXXXXXX
APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
CHIRIBOGA ERAZO EUGENIA
LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2013-05-15
FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-05-15
001180923
DIRECTOR GENERAL
FIRMA DEL CEDULADO



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
CNE

011
CERTIFICADO DE VOTACIÓN
ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

011 - 0096
NÚMERO DE CERTIFICADO
1717769937
CÉDULA
CHIRIBOGA ERAZO TERESA GRACE

PICHINCHA
PROVINCIA
QUITO
CANTÓN
CIRCUNSCRIPCIÓN 2
SAN JUAN
PARROQUIA
4
ZONA

f.) PRESIDENTA/E DE LA JUNTA