

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

MENCION EN DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO

TESIS DE MAESTRIA

EL CONTRATO DE SERVICIOS PETROLEROS EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO

SANTIAGO VITERI LEROUX

2006

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

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

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

Santiago Viteri Leroux

27 de junio de 2006

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

MENCION EN DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO

TESIS DE MAESTRIA

EL CONTRATO DE SERVICIOS PETROLEROS EN EL ORDENAMIENTO
JURIDICO ECUATORIANO

SANTIAGO VITERI LEROUX

TUTOR: DR. JOSE VICENTE TROYA

CIUDAD DE MEXICO, 2006

PREFACIO

Más que una investigación, el presente trabajo intenta ser una guía didáctica del contenido básico del contrato de servicios petroleros en pozo. En este documento, se describe los elementos particulares del contrato, incluyendo sus razones técnicas y como la ley ecuatoriana contribuye al proceso de formación del mismo. En ciertos casos, se hace referencia al tratamiento que otras legislaciones latinoamericanas otorgan al elemento en cuestión del contrato.

Este trabajo no incluye – no era su intención – un extenso análisis jurídico o doctrinario sobre el Derecho de Contratos en general, ni tampoco una propuesta para reformas legislativas que viabilicen un marco jurídico más adecuado para la industria hidrocarburífera en el Ecuador. Su única intención es ser una herramienta útil para aquellas personas que desean conocer en la práctica como un contrato de este tipo debe ser redactado. Se incluye también ciertas consideraciones prácticas que pueden llegar a ser útiles en la etapa de negociación del contrato.

Ciudad de México, 27 de junio de 2006

A mi amada esposa Daniela
Gracias por caminar siempre a mi lado

INDICE GENERAL

INTRODUCCION	7
1. CAPITULO PRIMERO	
GENERALIDADES	10
1.1. Los Servicios Petroleros en Pozo	10
1.2. La Formación del Contrato de Servicios Petroleros	14
2. CAPITULO SEGUNDO	
ELEMENTOS PARTICULARES DEL CONTRATO DE SERVICIOS PETROLEROS EN POZO	33
2.1. Características Particulares de la Industria	33
2.2. Responsabilidades y Eventos Riesgosos	39
2.3. Modelos Comerciales Especiales	52
3. CAPITULO TERCERO	
MANEJO DE RIESGOS Y SEGUROS	59
3.1. Política de Manejo de Riesgos	59
3.2. El Seguro de Riesgos en los Servicios Petroleros	62
4. CAPITULO CUARTO	
TERMINOS Y CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SERVICIOS PETROLEROS	69
4.1. Análisis de las Condiciones Generales del Contrato de Servicios Petroleros	69
5. CONCLUSIONES	86
BIBLIOGRAFIA	95

INTRODUCCIÓN

Los buenos contratos aseguran buenos negocios. Esta aseveración es compartida por muchos individuos que mantienen actividades mercantiles. Sin embargo, ¿Qué hace a un contrato ser bueno?

En el actual mundo de los negocios un buen contrato debe ser claro y certero, estableciendo adecuadamente las intenciones de las Partes contratantes. Debe contener solamente elementos relevantes y dejar a un lado detalles sin importancia. Si llega el momento de forzar su cumplimiento o de resolver una disputa, el texto del contrato debe proveer una orientación clara y expresar los derechos y obligaciones de las Partes sin ambigüedad de por medio. La certeza reduce el espacio del argumento inútil.

Los buenos contratos no sólo protegen a las Partes contratantes, también protegen la inversión de las personas detrás de ellas. Si se omite establecer condiciones específicas para temas tan relevantes como determinación de responsabilidades, indemnizaciones, manejo del riesgo, o elementos como fluctuaciones de moneda, daños y perjuicios o términos de pago, se pone en riesgo la utilidad del contrato y hasta probablemente convertirla en una pérdida inaceptable para las Partes contratantes.

La industria petrolera desarrolla sus actividades en un ambiente volátil, donde eventos calamitosos pueden ocurrir, generando muchas responsabilidades y pérdidas. Antes de trabajar en dicho ambiente, es necesario tener la protección de un contrato sólido que controle la exposición al riesgo innecesario. Es importante que un contrato de este tipo sea adecuadamente redactado, ya que cambios menores en una expresión pueden tener efectos devastadores. Simples expresiones pueden traducirse en millones de dólares de exposición, beneficio o pérdida.

El contrato de servicios petroleros es un contrato eminentemente mercantil cuyo objeto es la prestación de servicios especializados para la producción hidrocarburífera a cambio de un pago o compensación acordada. Este contrato en esencia no difiere significativamente de cualquier contrato civil o mercantil, aunque su contenido incluye particularidades que se derivan de elementos propios de las condiciones que rodean a esta industria. Estas particularidades han sido regladas mediante el aporte de quienes han formado parte de la industria e identificaron la necesidad de establecer procedimientos frente a los eventos que han debido afrontar. Ha sido entonces, tanto la costumbre, como la necesidad de mitigación de riesgos o incluso el sentido común de las partes, las que han establecido reglas básicas para la industria. Estas reglas con el paso del tiempo, han ido materializándose en los contratos.

Las reglas convencionales siempre se confrontarán a la legislación local, la cual muchas veces responde a circunstancias económicas y políticas antes que a la realidad operativa de la industria. Por otro lado, la explotación petrolera es la principal actividad económica del Ecuador y de muchos países latinoamericanos, y por ello, sujeta a los escenarios políticos y económicos coyunturales. Estos problemas se empeoran debido a la ambigüedad jurídica de las normas respecto al tema, permitiendo la interpretación subjetiva de la ley que muchas veces le resta fuerza vinculante a un contrato.

El propósito de este trabajo es simplemente aportar a la discusión. Resulta utópico pensar que el fin de una investigación sea solucionar u orientar los problemas de una actividad económica cuyos protagonistas muchas veces manejan otro tipo de intereses fuera del eminentemente jurídico. Pese a ello, este trabajo buscará aportar con argumentos válidos la forma como estos contratos deben ser elaborados e interpretados

con la intención de ajustarse a la normativa ecuatoriana, la voluntad de las partes y las prácticas aceptadas por la industria.

Adicionalmente, mi interés personal en el tema se justifica en el hecho que trabajo en una empresa que forma parte de la industria hidrocarburífera y me interesa investigar y desarrollar temas que conjuguen mi conocimiento jurídico con las necesidades reales de mi desarrollo profesional. Cabe mencionar que desde que me planteé este tema como proyecto de tesis hasta la fecha que el mismo fue concluido, mi carrera profesional tuvo un cambio determinante. Fui transferido por mi empresa para trabajar en México y mis funciones abarcan un mayor número de países dentro de América Latina. Esta circunstancia me ha obligado a estudiar la legislación de otros países latinoamericanos, y considero que este trabajo puede ser un punto de partida para futuras investigaciones que abarquen un mayor número de países. Quizá para mi Doctorado.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

1.1. LOS SERVICIOS PETROLEROS EN POZO

1.1.1. Características Generales

Cuando las compañías petroleras estatales o privadas y los poseedores de recursos necesitan generar actividad en un campo petrolero, normalmente recurren a la contratación de proveedores de servicios petroleros. Contrario a la creencia popular, las compañías Operadoras de petróleo no se dedican con sus propios recursos a la extracción del crudo desde su yacimiento. Esta primera etapa dentro de la industria petrolera, conocida con el término en idioma inglés “*Upstream*”, suele estar a cargo de uno o varios contratistas de servicios petroleros. De esta manera, la compañía Operadora y su personal concentra sus esfuerzos en la etapas más económicamente rentables dentro negocio hidrocarburífero, como son la industrialización y comercialización del petróleo (*Downstream*).

Una compañía Operadora – o simplemente *Operadora* – es generalmente una compañía petrolera, cuyo negocio principal suele incluir, pero no se limita, a las operaciones relacionadas a la explotación, transporte, industrialización y comercialización de hidrocarburos. Para este efecto, debe adquirir a cualquier título los derechos necesarios que le permitan la exploración y producción de petróleo en una delimitada área geográfica y someterse a la legislación aplicable en todos los aspectos afectados con su operación. En el caso ecuatoriano, la adquisición de estos derechos se

rigen por lo establecido en la Ley de Hidrocarburos¹. Las Operadoras pueden ser de capital público o privado. Entre las compañías públicas más conocidas en el mercado latinoamericano se pueden mencionar a la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador - Petroecuador, Empresa Petróleos de Venezuela S.A (PDVSA) y Empresa Petróleos Mexicanos (PEMEX).

El contratista de servicios petroleros en pozo – o simplemente *Contratista* - es aquella persona, individual o colectiva, que se dedica a la provisión de bienes y servicios necesarios para la exploración y explotación de yacimientos hidrocarburíferos, incluyendo principalmente la construcción y producción de pozos de petróleo. Esta actividad incluye una serie de etapas que van desde los estudios de sísmica y geología, hasta perforación del pozo y extracción del crudo desde su yacimiento hasta la superficie de la Tierra. Este negocio está conformado prácticamente en su totalidad por empresas de capital privado, siendo las más importantes a nivel mundial Schlumberger, Halliburton y Baker Hughes.

La etapa más relevante dentro de esta cadena de operación, consiste en la construcción de un pozo de petróleo o gas dentro de un espacio geográfico determinado. Para ello se requiere una serie de recursos humanos, económicos y tecnológicos – tangibles e intangibles – debidamente utilizados en cada fase de este proceso de construcción. Con el paso de los años, la tecnología y conocimientos aplicados en estos servicios han ido modernizándose de manera notable, hasta el punto que en se considera

¹ Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. ... - (Agregado por el Art. 4 de la Ley 44, R.O. 326, 29-XI-93).- Son contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquellos celebrados por el Estado por intermedio de PETROECUADOR, mediante los cuales delega a la contratista con sujeción a lo dispuesto en el numeral uno del artículo 46 (249) de la Constitución Política de la República, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción.

que esta industria maneja la tecnología más avanzada en el mundo, después de la industria aeroespacial².

1.1.2. Los Servicios Petroleros en el Ecuador

La producción de petróleo en el Ecuador se inicia en la Península de Santa Elena en el año de 1911 con el pozo Ancón No. 1. Ese mismo año, el entonces presidente Leonidas Plaza Gutiérrez reforma el Código de Minería y declara al petróleo e hidrocarburos como propiedad exclusiva de la Nación. Para el año 1921, la compañía *Anglo Ecuadorian Fields Limited* inicia actividades de explotación de petróleo en la península de Santa Elena mediante un contrato de concesión, donde la operación se limitaba a la extracción de yacimientos superficiales o de baja profundidad mediante el uso de equipos de perforación por percusión y balancines mecánicos. Las primeras exploraciones de yacimientos a mayor profundidad se realiza a inicios de la década de 1930 en la misma península³.

Para el año de 1933 se crea la Dirección General de Minas y Petróleos, encargada de controlar la actividad minera e hidrocarburífera en el país. En los registros históricos de dicha entidad consta la primera referencia de actividad de una empresa de servicios petroleros en el Ecuador⁴. Se trata del primer registro eléctrico obtenido en el pozo Ancón No. 317, por la compañía *Schlumberger Well Surveying Co.*, el 7 de noviembre de 1934. Estos registros se usan para determinar las propiedades químicas, físicas y

² El estudio fue publicado en el año 14 de mayo de 2004 por el periódico *Financial Times de Londres*, citado por Steve Fulham, "New trends for the Oilfield Business", *Business Review*, 46, enero 2005, 23.

³ Ramiro Gordillo, *El Oro del Diablo? Ecuador: Historia del Petróleo*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, Pág. 44.

⁴ *Ibid.*, Pág. 45.

estructurales de las formaciones afectadas por la perforación, facilitando la extracción segura del hidrocarburo desde su yacimiento.

Desde 1934 hasta la fecha, estos servicios petroleros se han tecnificado y diversificado de manera notable, y van desde la simple provisión de materiales perecibles para el funcionamiento de equipos, hasta la administración estratégica de un proyecto integral de perforación de múltiples pozos en una o varias áreas geográficas determinadas. En la actualidad, según registros de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y Petróleos y de la Asociación de la Industria Hidrocarburífera del Ecuador⁵, existen más de ciento cincuenta empresas, tanto nacionales como extranjeras, acreditadas en el Ecuador para la prestación de servicios petroleros en pozo. Estas compañías prestan sus servicios a la compañía estatal Petroecuador y a las compañías Operadoras privadas que mantienen contratos de explotación y exploración de hidrocarburos con el estado ecuatoriano, bajo las normas establecidas por la Ley de Hidrocarburos⁶.

Para poder prestar servicios en el Ecuador, las empresas de servicios petroleros, tanto nacionales como extranjeras, deben estar legalmente inscritas y autorizadas por la Dirección General de Hidrocarburos⁷, sin perjuicio de cualquier otro requisito establecido

⁵ Información proporcionada por la Secretaria de la Asociación de la Industria Hidrocarburífera del Ecuador (AIHE), según registros de afiliación de socios hasta febrero de 2006.

⁶ Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. 2.- (Sustituido por la Ley 101, R.O. 306, 13-VIII-82; sustituido el inc. 1 y agregados los inc. 2 y 3 por el Art. 1 de la Ley 44, R.O. 326, 29-XI-93; reformado el inc. 3 y agregado inc. 4, por Ley 49, R.O. 346, 28-XII-93; y reformado el inc. 6, por Art. 24 de la Ley 45, R.O. 283, 26-IX-89).- El Estado explorará y explotará los yacimientos señalados en el artículo anterior en forma directa a través de PETROECUADOR la que podrá hacerlo por sí misma o celebrando contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el país.

⁷ Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. 12.- En la Dirección Nacional de Hidrocarburos se conservará el Registro de Hidrocarburos, en el que deberán inscribirse:

por otras instituciones públicas y demás leyes en materia comercial, societaria o tributaria.

1.2. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS PETROLEROS EN POZO

1.2.1. Marco Referencial

El contrato de servicios petroleros es un acuerdo para la prestación de uno o varios servicios especializados para viabilizar la producción hidrocarburífera a cambio de un pago o compensación acordada. Su esencia deriva de la teoría general de las obligaciones y los contratos, y su análisis se adapta a cualquier doctrina que trate el estudio de los documentos privados en materia civil y mercantil. No podemos alejarnos de la teoría general en cuanto a delimitar los principios básicos de la contratación, sus condiciones de validez, sus efectos jurídicos e interpretación.

Cuando se habla de la formación de contratos, es necesario considerar dos aspectos sumamente concretos dentro del amplio marco de la contratación en general y específicamente la petrolera: éstos se refieren al momento y al lugar de formación del

a) Las escrituras de constitución, prórroga o disolución de las empresas petroleras de nacionalidad ecuatoriana; b) Los instrumentos de domiciliación en el Ecuador de las empresas petroleras extranjeras; c) Los contratos sobre hidrocarburos que haya suscrito el Estado o celebre PETROECUADOR; d) Las cesiones parciales o totales de los derechos establecidos en los contratos antes señalados; e) Los instrumentos que acrediten la representación legal de las empresas petroleras; y, f) Las declaraciones de caducidad.

Para inscribir en este Registro a las empresas de nacionalidad ecuatoriana o la domiciliación de las extranjeras, deberán haberse cumplido las disposiciones de esta Ley, las de la Ley de Compañías, las del Código de Comercio y demás disposiciones legales pertinentes. Al efectuarse una inscripción, se archivará copia certificada de las escrituras públicas o de las protocolizaciones que se presentaren. El Ministerio cuando estime necesario podrá ordenar que se archive cualquier documento que se refiera a la situación legal de las empresas contratistas.

contrato. Se abordará primero el problema más complejo de ambos: ¿Cuándo se perfecciona un contrato? Una vez presentada y examinada en forma sistemática la diversidad de pareceres existentes dentro del negocio y la legislación petrolera, resulta más fácil enfrentar la segunda cuestión, a saber, ¿Dónde se perfecciona un contrato?

Este estudio centró desde luego la atención en la exposición del tema conforme a la legislación ecuatoriana, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, la Ley General de Hidrocarburos y, en general, en el ámbito de las recientes reformas en materia de contratación petrolera. Luego se amplió la investigación al derecho comparado en cada uno de los rubros. Hubo necesidad en este punto de distinguir entre las legislaciones provenientes de los países sajones y aquellas otras provenientes del código napoleónico.

En el Ecuador, al igual que otros países de Latinoamérica, otra referencia obligada es la Constitución Política de la República. Ella establece los límites bajo los cuales las Partes de un contrato de servicios petroleros pueden acordar⁸. Debemos recordar que esta industria trata con un recurso que la legislación ecuatoriana lo declara como estratégico⁹. El petróleo es el principal soporte de la economía del país y por ello no debe extrañar que las normas en esta materia establezcan procedimientos y otorgue a

⁸ Cfr. Ecuador. Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 247.- Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.

Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

⁹ Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. 1.- (Segundo inciso agregado por la Disposición General Primera de la Ley 99-37, R.O. 245, 30-VII-99).- Los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en cualquier estado físico en que se encuentren situados en el territorio nacional, incluyendo las zonas cubiertas por las aguas del mar territorial, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado.

Y su explotación se ceñirá a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente.

determinadas instituciones facultades más allá de las normales para regular y controlar las actividades de la industria¹⁰.

Es preciso aclarar, que este trabajo se enfoca en el contrato de servicios petroleros en pozo y así deberá entenderse cuando existan referencias generales al derecho civil, mercantil o de contratos. La extensión de este trabajo no permite extenderse en un análisis de la teoría general de los contratos y tampoco es nuestra intención reiterar sobre temas ya expuestos por grandes tratadistas en dicha materia.

1.2.2. La Formación de un Contrato de Servicios Petroleros según la Legislación Comparada.

La mayoría de compañías que trabajan dentro de la industria hidrocarburífera son empresas globales, por lo cual suelen celebrar contratos bajo diferentes ordenamientos jurídicos. Sin embargo, estas empresas privilegian la aplicación de jurisdicciones como la inglesa o la estadounidense en sus contratos, porque consideran que las leyes de dichos países proporcionan medios más idóneos para la ejecución de los acuerdos celebrados por las Partes contratantes.

La ley inglesa, considerada un sistema legal sumamente desarrollado y base de muchos ordenamientos jurídicos modernos, hace gran énfasis sobre el precedente, que implica que la decisión de un tribunal ha sido tomada sobre un conjunto de hechos, que de repetirse serán aplicados en la solución de un caso similar a futuro. Para los defensores de este sistema, esto proporciona la certeza y previsibilidad en la celebración de contratos y

¹⁰ Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. 11.- (Reformado por la Ley 45, R.O. 283, 26-IX-89 y por el Art. 35 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- La Dirección Nacional de Hidrocarburos es el organismo técnico - administrativo dependiente del Ministerio del ramo que controlará y fiscalizará las operaciones de hidrocarburos en forma directa o mediante la contratación de profesionales, firmas o empresas nacionales o extranjeras especializadas.

otros acuerdos conforme a la ley. A continuación se tratará muy brevemente los elementos principales de los contratos hidrocarburíferos según los sistemas jurídicos consuetudinarios. Para efectos didácticos, se entenderá por derecho inglés al sistema jurídico consuetudinario aplicado en Inglaterra y los demás países de ascendencia sajona.

En el derecho inglés, un contrato es un acuerdo obligatorio celebrado entre dos o más Partes que genera en ellas obligaciones de dar, hacer o no hacer¹¹. Salvo solemnidades establecidas por la ley, el contrato no necesariamente debe constar por escrito – la versión escrita de un acuerdo es sólo la prueba de los términos o condiciones acordados-, pero el contrato existe si todos los elementos que lo constituyen están presentes¹². Por ello, cuando se negocia un acuerdo, suele ser una buena práctica firmar un documento escrito lo antes posible, a fin de consignar el convenio por escrito, siendo el contenido de dicho documento, el reflejo más aproximado de las intenciones de las Partes.

El autor canadiense Joseph P. Amlin, en su libro “*Oilfield Services Sales: Theory, Process and Applications*” dedica una sección del mismo al análisis del contrato de servicios petroleros en pozo. En una tácita mención a la legislación de su país – cuyas raíces son el derecho inglés - enumera tres elementos principales del contrato en estudio:

- Oferta + Aceptación = Acuerdo
- Consideración

¹¹ “Contract is an agreement between two or more persons which creates an obligation to give, to do or not to do a particular thing.” Uniform Commerce Code, 1-201(11), citado por Black’s Law Dictionary, VI Edición, 1990, pag. 324.

¹² Cfr. Oilfield Services Manual, II Edición, Houston, SLB Oilfield Services, 2002, pag. 5.

- Propósito Legales¹³

Esta clasificación difiere en su forma de las condiciones de validez de los contratos bajo los ordenamientos que siguen la estructura del código Napoleónico - entre ellos el ecuatoriano - que distingue en cada contrato tres clases de elementos: esenciales, naturales y accidentales.¹⁴ Esta clasificación se resume en cuatro elementos, a saber:

- Consentimiento no viciado
- Capacidad de las partes
- Objeto lícito
- Causa lícita¹⁵

A continuación se analizará la clasificación y elementos de la legislación inglesa, para luego compararlos con la legislación ecuatoriana. Como se citó, Amlin menciona que según el derecho inglés que el contrato de servicios petroleros tiene tres elementos esenciales¹⁶: Acuerdo, Consideración e Intención de vincularse legalmente.

¹³ Joseph P. Amlin, *Oilfield Services Sales: -Theory, Process and Applications*, 1era Edición, China, SLB Oilfield Services, 2004, pag. 44.

¹⁴ Cfr. Ecuador. Código Civil, Art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en el se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

¹⁵ Cfr. Ecuador. Código Civil, Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1o.- Que sea legalmente capaz; 2o.- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; 3o.- Que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4o.- Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

¹⁶ Amlin, op, cit., pag. 44.

1.2.2.1. Acuerdo: Para Amlin, el elemento más importante del contrato de servicios petroleros es el acuerdo, compuesto a su vez por una “oferta” y una “aceptación”¹⁷. El acuerdo es esencial a todo contrato. El tratadista inglés Sucha S. Ollek manifiesta que antes que pueda existir un contrato, debe existir un *consensus ad idem*¹⁸, es decir, una conjunción de voluntades.

Oferta: El *Restatement of Contracts*¹⁹ la define como la manifestación de los términos y condiciones bajo los cuales el Contratista oferente está dispuesto a obligarse²⁰. Por lo general, el oferente suele manifestar de manera expresa si dichos términos y condiciones son sujetos a la aceptación incondicional o puede existir negociación entre las Partes. Para formar un contrato, no existe un requisito de palabras a usarse por las Partes, sin embargo, debe existir una oferta por una Parte y una aceptación de la misma por parte de la persona a quien dicha oferta fue hecha. Sin oferta y aceptación, no existe un *consensus ad idem*²¹ o conjunción de voluntades esencial para formar un contrato.

En el negocio hidrocarburífero, las invitaciones a ofertar y licitaciones son una práctica muy habitual – en muchos casos incluso exigidos por la ley²² -. La cantidad de

¹⁷ Amlin, op, cit., pag. 45.

¹⁸ “Before there can be a contract, there must be a *consensus ad idem*: that is, there must be a meeting of the minds.” Sucha S. Olleck, Essential Elements of Contract, British Columbia, C-Law, 2001, pag.45.

¹⁹ “*Restatement*” según la ley inglesa es una compilación reconocida de las principales doctrinas legales de específicas áreas del Derecho. Son usadas como fuente secundaria luego de la jurisprudencia.

²⁰ “Offer is defined as the manifestation of the “willingness to enter into a bargain so made as to justify another person in understanding that his assent to the bargain is invited and will conclude it.” Restatement of Contracts, (Second), §24 (1981).Estados Unidos.

²¹ Sucha S. Olleck, op. cit., pag.45.

²² Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. 19.- (Sustituido por el Art. 6 de la Ley 101, R.O. 306, 13-VIII-82; reformado por el Art. 7 de la Ley 44, R.O. 326, 29-XI-93).- PETROECUADOR promoverá, para la exploración y explotación de yacimientos y la industrialización de hidrocarburos, la concurrencia del mayor número de ofertas de compañías de probada experiencia y capacidad técnica y económica.

La adjudicación de los contratos a los que se refieren los artículos 1o. y 2o. de esta Ley, con excepción de los de obras o servicios específicos, se realizará mediante un sistema especial de licitación cuya forma,

dinero que suele negociarse en este tipo de contratos requiere que los procesos de contratación sean abiertos y transparentes. En el caso ecuatoriano, la empresa estatal Petroecuador también establece su propio proceso de concurso de ofertas²³. Si una compañía Operadora invita a varias Contratistas de servicios a presentar ofertas, no necesariamente se compromete a aceptar la oferta más económica o incluso a seleccionar cualquiera de ellas. En un concurso de ofertas pueden presentarse múltiples factores – económicos, tecnológicos, comerciales, políticos, etc. – que motiven a la Operadora a declinar un proceso licitatorio²⁴.

Por otro lado, así como la invitación de la Operadora a licitar no constituye compromiso hacia los potenciales Contratistas, la oferta de cualquiera de estos también puede ser condicional. Si el oferente condiciona su propuesta “al acuerdo o negociación previa entre las Partes”, la aceptación de la misma por parte de la Operadora sólo concede al oferente la prioridad en la negociación de un acuerdo a futuro, siempre que se llegue a negociar términos y condiciones aceptables para las partes.

requisitos y procedimientos serán determinados exclusivamente en el Reglamento que para este fin expida el Presidente de la República, procurando diversificar la adjudicación entre empresas estatales y privadas.

²³ Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos Art. 15.- Invitación a Ofertar.- Serán llamadas a participar en este proceso, según el objeto de la contratación, todas las empresas que hayan sido previamente calificadas.

Para las compras de equipos, repuestos e insumos a los fabricantes o distribuidores autorizados en el exterior, no se requerirá calificación previa.

²⁴ Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos, Art. 17.- Procesos Desiertos.- Las comisiones de Contrataciones y de Compras, podrán recomendar al órgano responsable de la adjudicación, en relación con la cuantía del presupuesto referencial establecido en los artículos 9 y 10 de este reglamento, declarar desierto un proceso de contratación, en los siguientes casos:

- a) Por no haberse presentado ninguna oferta;
- b) Por haber sido descalificadas o consideradas inconvenientes las ofertas presentadas por los intereses de PETROECUADOR o sus empresas filiales; y,
- c) Cuando sea necesario introducir una reforma que cambie el objeto del contrato.

En estos casos el órgano responsable de la adjudicación, podrá ordenar la reapertura de la invitación a ofertar o convocar a un nuevo proceso, de acuerdo con las necesidades institucionales.

Aceptación: Un acuerdo sólo nace cuando una oferta ha sido aceptada. Una aceptación eficaz es aquella que consiente todos los términos y condiciones contenidos en la oferta. En la práctica, muchas aceptaciones no satisfacen esta condición. Por ejemplo, es común que un Contratista oferente reciba una aceptación escrita con la siguiente condición: “Aceptamos su oferta, sujeto a las modificaciones siguientes: ...”. Esto no es propiamente una aceptación, sino una contrapropuesta. Según el *Restatement of Contracts*, la contrapropuesta bien puede ser:

- una aceptación parcial (la contrapropuesta es aceptada, haciendo un contrato solamente con respeto de la porción aceptada)
- un rechazo (no existe acuerdo)²⁵.

Si existe un cambio de fondo en una oferta realizada, ésta constituye una contraoferta, la cual debe ser aceptada por la otra Parte – el oferente original – para que pueda constituirse en un contrato.

1.2.2.2. Consideración: Este elemento es un rasgo muy particular del Sistema legal inglés y sus similares, en contraste a aquellas leyes basadas en el Código Napoleónico o Derecho Romano. Esencialmente, la consideración es la causa, motivo, resultado, valor o precio que induce a las Partes a firmar un contrato. Según el *Restatement*, esto puede ser o bien un derecho o beneficio conferido a una de las Partes, o bien una responsabilidad, perjuicio o pérdida asumida por la otra²⁶. Esto en la práctica

²⁵ “Acceptance of an offer can occur in several ways: Acceptance of an offer is a manifestation of assent to the terms thereof made by the offeree in a manner invited or required by the offer.[iv] An acceptance must not change the terms of an offer. If it does, the offer is rejected.[v] A material change in a proposed contract constitutes a counteroffer, which must be accepted by the other party.[vi]”. *Restatement of Contracts*, (Second), §50(1), (1981).Estados Unidos.

²⁶ “Consideration is a essential element of any valid contract.[xxiii] Consideration consists of either a benefit to the promisor or a detriment to the promisee.[xxiv] It is a present exchange bargained for in return for a promise. It may consist of some right, interest, profit, or benefit that accrues to one party, or

significa que las promesas sin causa no son contractualmente vinculantes para el derecho inglés.

La exigencia de la consideración es en gran debate académico en los contratos comerciales, porque los tribunales asumirán que cuando la gente de negocios firman un acuerdo, son pragmáticos y conocen el valor de lo que recibirán a través de éste. En un contrato de servicios petroleros, por ejemplo, la consideración para la promesa de proporcionar servicios y equipo es sin duda el precio o remuneración a recibir.

1.2.2.3. Propósito Legal: Incluso si hay una oferta, aceptación y consideración, no existe un contrato a no ser que haya una intención de crear relaciones lícitas bajo el amparo de la ley - es decir un motivación de las Partes para que el acuerdo los comprometa conforme a la ley-. El objetivo de un contrato debe tener un propósito lícito. Por ejemplo, un contrato de servicios petroleros cuyo verdadero objeto sea la introducción de precursores químicos²⁷ en áreas donde se conoce que existe actividades ilícitas de refinamiento de drogas no es un contrato vinculante porque su propósito es ilegal.

1.2.3. Condiciones de Validez según la Legislación Civil y Comercial Ecuatoriana.

Como se manifestó en el apartado anterior, el propósito de analizar las condiciones de validez de los contratos de servicios petroleros según la legislación inglesa se debe a que muchas empresas someten los efectos de sus contratos a la aplicación del derecho inglés o estadounidense, incluso en temas de jurisdicción y controversias. Estos

alternatively, of some forbearance, loss or responsibility that is undertaken or incurred by the other party.[xxv] It is not necessary for a contract to be supported by a monetary consideration.[xxvi]" Restatement of Contracts, (Second), §230(1), (1981).Estados Unidos.

contratos se celebran alrededor del mundo, incluyendo el Ecuador, en la mayoría de casos en idioma inglés. Los temas relativos a la aplicación de jurisdicción y competencia de legislaciones extranjeras en contratos celebrados y ejecutados en el Ecuador se tratará en el capítulo cuarto. En este apartado se completará de forma resumida el análisis de la validez del contrato en materia civil y comercial. El análisis de otras leyes del ordenamiento jurídico ecuatoriano aplicables a este tipo de contrato serán tratado en el capítulo tercero de este documento.

1.2.3.1. Concepto y Características Civiles: El Código Civil ecuatoriano define al Contrato o Convención como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa²⁸. El tratadista Arturo Alessandri no está de acuerdo con la idea de confundir la definición de contrato con la de convención. La convención es el acuerdo de voluntades que recae sobre un negocio jurídico que tenga por objeto crear, modificar o extinguir algún derecho, destinado a producir efectos, es decir, a reglar los derechos de las Partes. Es un negocio bilateral o multilateral por cuanto requería el concurso de dos o más voluntades. Constituye el género con respecto a los contratos²⁹.

Es también necesario para aclarar el verdadero sentido de la convención, establecer su contenido y alcance frente a otras expresiones análogas como pacto y contrato. El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil, dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles. Estos llegaron a constituir una de las fuentes más fecundas de los derechos de crédito. Estaba siempre protegido por una

²⁷ En los trabajos de fracturamiento y cementación de pozos petroleros, se utilizan químicos que también son utilizados ilícitamente para el refinamiento de drogas. Las compañías de servicios petroleros que utilizan estos químicos tiene la obligación legal de reportar el uso de dichos químicos al CONSEP.

²⁸ Cfr. Ecuador. Código Civil, “Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

²⁹ Arturo Alessandri, Derecho Civil de los Contratos, Santiago, Editorial Zamorano y Caperan, 1976, pag. 6.

acción que le atribuía plena eficacia jurídica, cosa que también ocurría con algunos pactos que no entraban en la categoría de contratos, pero existía también un gran número de convenciones o pactos que, a diferencia de los contratos, no estaban provistos de acción para exigir su cumplimiento y carecían de nombre.

De ahí surge el hecho de que la voluntad de las Partes constituya el elemento fundamental de las convenciones, de donde se sigue que la convención forma ley entre las Partes, y las obligaciones conforme a las disposiciones que contiene, este principio es reconocido por los romanos como de derecho natural. Por lo tanto, admiten que toda convención no reprobada, hace nacer una obligación natural entre las Partes contratantes, pero para que la obligación tuviese fuerza ejecutoria, era preciso que además tuviese una causa civil. Estos eran los contratos.

Para dar una definición del contrato, podemos decir que es la convención que tiene una denominación especial - ej. Servicios petroleros - o en su defecto, una causa civil obligatoria - como sería por ejemplo, la prestación de servicios para la construcción de pozos - y a la que el derecho sanciona con una acción.

Según art. 1460 del Código Civil ecuatoriano, los elementos de los contratos pueden clasificarse en:

Esenciales: son aquellos sin cuya concurrencia el contrato no puede concebirse ni existir - estos son requisitos del contrato - , sin ellos no existe el contrato, ya que son la esencia del acto. Con respecto a los elementos comunes a todos los contratos, tenemos³⁰:

- La capacidad: es la aptitud de las personas para figurar en su propio nombre en un contrato.

- El consentimiento: el contrato no puede celebrarse sin el acuerdo de voluntades. Son vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo.
- El objeto: es la prestación del contrato: el hecho positivo o negativo que debe realizar una de las partes en beneficio de la otra, o las dos partes cuando ambas resultan acreedoras y deudoras en virtud del contrato . El objeto tenía que ser posible, lícito, determinado o susceptible de serlo y presentar un interés para el acreedor.
- La causa: la fuente o hecho generador de la obligación, la razón que justifica la existencia del contrato.

Naturales: son aquellos que aunque acompañando normalmente a un contrato, pueden ser excluidos por los contrayentes, ya que se considera implícitamente comprendidos en el contrato.

Accidentales: son aquellos que dependen solo de la voluntad de las partes, quienes pueden incluirlo para modificar los efectos naturales del contrato. Son llamados también modalidades y son: la condición, el plazo y el cargo.

1.2.3.2. Aplicación de la Ley Comercial al Contrato:

El derecho comercial ecuatoriano se ocupa con mayor extensión de tratar la forma como se engendra el consentimiento en el contrato. A diferencia del Código Civil, el Código de Comercio trata con mucha minuciosidad el tema, y esto se debe a que en la vida mercantil es mucho más frecuente que las Partes no se encuentren físicamente presentes al momento de celebrar el contrato.

³⁰ Cfr. Supra (5), Ecuador. Código Civil, Art. 1461.

Hay que recordar que todos los actos comerciales se rigen por lo dispuesto en el Código de Comercio del país del oferente del producto o servicio, o del país donde se aceptan los mismos, o bien de ambos países³¹. Además, ante la falta de disposiciones en el Código de Comercio, se deberán aplicar las disposiciones del Código Civil, siendo ahí donde se encuentra la figura jurídica del consentimiento. ¿Pero cómo y cuándo se obligan las Partes de un contrato de servicios petroleros? Nuestras leyes dicen que en materia mercantil cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Los contratos petroleros quedan perfeccionados desde que la Operadora contesta aceptando la propuesta. Se ve entonces, a todas luces, que en el negocio petrolero no existen formalidades, sino simplemente aceptación del producto o servicio, mediante un acto fehaciente como sería el de proporcionar la aceptación de la oferta y la orden de trabajo para la ejecución de los servicios, pudiendo ser realizado este acto incluso por alguien incapacitado legalmente para ejercer el comercio.

Antes de hacer referencia esencialmente a la formación del consentimiento, en primera instancia se tratará a los dos elementos fundamentales para su formación que son la oferta y la aceptación aplicada al contrato de servicios petroleros. La oferta no se encuentra definida en el Código Civil por lo que la delimitación de la noción ha sido realizada en doctrina. En términos generales se puede afirmar que la oferta es una declaración de voluntad destinada a la formación del consentimiento para un negocio

³¹ Cfr. Ecuador. Código de Comercio, “Art. 154.- Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en el Ecuador, se regirán por las leyes ecuatorianas. Así, la entrega y pago, la moneda en que éste debe hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que impone la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las Leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.”.

jurídico determinado buscando, para tal propósito, la aceptación de las condiciones expresadas de parte de los sujetos de derecho a quienes ha sido dirigida.

La oferta, como se sabe, no es una declaración de voluntad que produzca efectos perpetuamente, sino que tiene una vigencia determinada³². La vigencia de la oferta estará subordinada principalmente a la aceptación o rechazo de la misma y a la revocación que, en su caso, pueda ejercitar el oferente.

La aceptación, el segundo y más importante elemento para la formación del consentimiento y, por tanto, del contrato de servicios petroleros, puede ser entendida como aquella declaración de voluntad realizada por el destinatario de la oferta por medio de la cual expresa su conformidad y por tanto manifiesta su voluntad de perfeccionar el contrato celebrado entre las Partes. La aceptación debe coincidir con los términos indicados en la oferta, pues, en caso que altere alguno de sus contenidos será considerada como una nueva oferta³³. La denominada simplicidad de la aceptación es, sin embargo, un asunto relativo, ya que el contenido de la aceptación puede ser tan amplio y tan complejo como lo permita la oferta. En tal sentido, puede ocurrir que una oferta permita elegir entre varios servicios, precios y modos de pago, pues, en el caso propuesto la verdadera determinación del contrato vendrá efectuada, por excepción, en la aceptación y no en la oferta.

Se puede afirmar que los requisitos esenciales de la aceptación son:

- Debe ser pura y simple,

³² Cfr. Ecuador. Código de Comercio, “Art. 141.- Para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre.”

³³ Cfr. Ecuador. Código de Comercio, “Art. 146.- La aceptación condicional o las modificaciones a la propuesta, se tendrán como propuesta.”

- Debe suponer una voluntad de contratar seria o definitiva,
- Debe exteriorizarse,
- Por último, la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente como declaración de voluntad.

Como se puede apreciar, después de todo lo dicho no basta, por regla general, que la aceptación haya sido emitida sino que será necesario que llegue a conocimiento del oferente mientras la oferta esté vigente.

Ahora, con el análisis y desarrollo de los dos elementos del consentimiento, oferta y aceptación, se puede tratar la formación del consentimiento en el contrato de servicios petroleros, industria donde se usa mucho de medios electrónicos para la negociación. Esto se debe a que existen empresas cuyos departamentos de negociación y compras no se encuentran en el área física de sus operaciones. Por ejemplo, un servicio petrolero se puede negociar entre una Contratista cuya sede está en Houston, con una Operadora cuya sede está en Río de Janeiro para proveer servicios petroleros en el campo operado por la última en la amazonía ecuatoriana. Aunque se omiten los nombres, este ejemplo es un caso real.

En el ámbito de la formación del consentimiento entre personas distantes, el Código de Comercio dispone que la propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso³⁴. Así, dada la idea general en nuestro ordenamiento jurídico, acerca de la aplicabilidad de las normas del Código de Comercio en materia civil, el consentimiento se entenderá formado

³⁴ Cfr. Ecuador. Código de Comercio, “Art. 142.- La propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieren en la misma plaza y, si en distintas, a vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta.

cuando se ha producido la aceptación, acogiendo de esa forma la denominada teoría de la declaración, ya que la disposición citada no exige que la respuesta llegue a conocimiento del oferente ni tampoco a su esfera privada³⁵.

Según lo hasta ahora expresado, el criterio general que parece prevalecer en la doctrina respecto al uso de nuevas tecnologías de comunicación para la negociación de contratos, no importando la distancia física entre las partes, en principio, debe ser considerada una especie de contratación entre presentes. Siguiendo las reglas generales formuladas para la contratación, el consentimiento se entenderá perfeccionado en el mismo momento en que se emita la aceptación ya que éste será el instante en que conocerá la aceptación el oferente, coincidiendo, en consecuencia, las diferentes fases en que puede encontrarse la aceptación, nos referimos a las etapas de declaración, emisión, recepción y conocimiento³⁶.

En conclusión existe escasa legislación sobre el tema en cuestión y la contenida en el Código de Comercio parece poco aplicable a la realidad debido a su antigüedad. Sin embargo se puede afirmar que - salvo una excepción de forma para ciertos contratos de Petroecuador (*cfr. supra, Cap. 1.2.4.*)- el contrato de servicios petroleros en pozo sigue las mismas reglas de formación y validez de un contrato civil y mercantil en la legislación ecuatoriana. Adicionalmente, dichas reglas varían más en la forma que en el fondo en el derecho inglés, siendo este último muy usado en los contratos de servicios petroleros al tratar el tema de ley aplicable y jurisdicción.

³⁵ Cfr. Ecuador. Código de Comercio, “Art. 145.- Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente; salvo lo dispuesto antes sobre indemnización de gastos, daños y perjuicios.

³⁶ Cfr. Ecuador. Código de Comercio, “Art. 147.- Residiendo las partes contratantes en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos los efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada.

1.2.4. El Contrato de Servicios en la Legislación Petrolera Ecuatoriana.

La principal norma en materia hidrocarburífera en el Ecuador es la Ley de Hidrocarburos. En ella se regula todo el marco legal al cual se somete las actividades y empresas de la industria, en especial en sus relaciones con el Estado ecuatoriano y sus entidades. Aunque la ley en mención se dedica prioritariamente a regular la actividad de Petroecuador y las empresas Operadoras privadas, muchas de sus normas son tácitamente aplicables a las compañías Contratistas de servicios petroleros, bien sea por que son contratadas por las Operadoras, o bien porque prestan sus servicios a la compañía estatal Petroecuador.

La Ley de Hidrocarburos establece varias formas contractuales en la industria petrolera ecuatoriana, la mayoría aplicables a los convenios existentes entre Petroecuador y las compañías Operadoras privadas. En cuanto al contrato de servicios petroleros, la ley en mención lo contempla bajo el nombre de “*Contratos de obras o servicios específicos*” y establece que en las obras o servicios específicos que Petroecuador tenga que realizar, podrá hacerlos por sí misma o celebrando contratos de obras o de servicios, dando preferencia, en igualdad de condiciones, a las empresas nacionales. Con este propósito Petroecuador divulgará en forma oportuna y permanente los programas de obras y servicios que deba realizar.

Los contratos de obras o servicios específicos a que se refiere la Ley de Hidrocarburos se definen como aquellos en que personas jurídicas se comprometen a ejecutar para Petroecuador, obras, trabajos o servicios específicos, aportando la tecnología, los capitales y los equipos o maquinarias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cambio de un precio o remuneración en dinero, cuya cuantía

y forma de pago será convenida entre las Partes conforme a la Ley³⁷. Esta es la única definición existente en la legislación ecuatoriana sobre los contratos de servicios de servicios petroleros, y aunque menciona como una de las Partes contratantes a Petroecuador, se aplica subsidiariamente en las relaciones comerciales existentes entre las Operadoras privadas y las Contratistas de servicios petroleros.

Adicionalmente, la empresa estatal de petróleos Petroecuador dispone de su propio reglamento de contratación³⁸. Este reglamento tiene por objeto regular el sistema de contratación de la empresa estatal y sus empresas filiales para la ejecución de obras, adquisición de bienes y la prestación de servicios específicos. Las empresas de servicios petroleros que desean prestar servicios a Petroecuador, además de los requisitos establecidos por otras leyes deben cumplir con un proceso de calificación establecidos en el reglamento³⁹. Al tenor de este reglamento, Petroecuador y sus empresas filiales podrán

³⁷ Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. 17.- (Sustituido por el Art. 5 de la Ley 101, R.O. 306, 13-VIII-82).- Los contratos de obras o servicios específicos a que se refiere el inciso segundo del Art. 2 son aquellos en que personas jurídicas se comprometen a ejecutar para PETROECUADOR, obras, trabajos o servicios específicos, aportando la tecnología, los capitales y los equipos o maquinarias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cambio de un precio o remuneración en dinero, cuya cuantía y forma de pago será convenida entre las partes conforme a la Ley.

Nota: La referencia que hace este artículo al inciso segundo del Art. 2, corresponde actualmente al inciso quinto del Art. 2 de la presente Ley.

³⁸ Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos, Art. 1.- Objeto y Ámbito.- Este reglamento tiene por objeto regular el sistema de contratación de PETROECUADOR y sus empresas filiales para la ejecución de obras, adquisición de bienes y la prestación de servicios específicos, incluidos los de consultoría, de acuerdo con lo que dispone el Art. 10 de la Ley de PETROECUADOR, el Art. 93 de la Ley de Hidrocarburos y el Art. 22 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de PETROECUADOR.

³⁹ Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos, Art. 13.- Calificación.- Las empresas que estén interesadas en participar en concursos que realicen PETROECUADOR y sus empresas filiales deberán previamente presentar la documentación para ser calificadas. Las comisiones de Contratación y de Compras analizarán la documentación y recomendarán al Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR y a los Vicepresidentes de cada empresa filial la inclusión en la lista de firmas calificadas.

Las comisiones de Contratación y de Compras revisarán periódicamente que las firmas calificadas continúen cumpliendo los requisitos de calificación.

celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de sus fines, de cualquier naturaleza que fueren. En los contratos se procurará esencialmente asegurar la realización plena del objeto contractual, a base de estipulaciones claras y justas que serán interpretadas y cumplidas de buena fe.

En esta norma se establece quizá la única formalidad exigida por la ley ecuatoriana para contratos celebrados por la empresa estatal de petróleos Petroecuador, y consiste en la obligatoriedad de celebrar mediante escritura pública todos aquellos contratos que cuyo monto exceda del 0.02% del presupuesto anual consolidado de dicha empresa y los que por su naturaleza o mandato legal requieran de este requisito⁴⁰.

El contenido de este reglamento y su aplicación dentro de la estructura del contrato de servicios petroleros será referido con mayor detalle en los capítulos siguientes de este trabajo.

⁴⁰ Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos, Art. 25.- Escritura Pública.- Se otorgarán por escritura pública los contratos cuyo monto exceda del 0.02% del presupuesto anual consolidado de PETROECUADOR y los que por su naturaleza o mandato legal requieran de este requisito.

Los demás contratos constarán en documento privado o instrumento público, a criterio de PETROECUADOR o la empresa filial respectiva.

Cuando las compras se realicen en el exterior al fabricante o distribuidores autorizados de equipos, repuestos e insumos, no será necesaria la suscripción de un contrato, ya que su adquisición se realizará mediante una orden de compra, en la que se detallarán todos los aspectos técnicos indispensables para su requisición.

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS PARTICULARES DEL CONTRATO DE SERVICIOS PETROLEROS EN POZO

2.1. CARACTERISTICAS PARTICULARES DE LA INDUSTRIA

Como se estableció en el capítulo anterior, el contrato de servicios petroleros es un acuerdo mercantil sujeto a las reglas del derecho civil y comercial ecuatoriano en cuanto a su formación y validez, y se forma con el consentimiento mutuo de las Partes contratantes al momento de la aceptación de una oferta. En la práctica, cuando una empresa Operadora requiere de un servicio determinado, solicita a una Contratista la presentación de una oferta. Si dicha oferta es aceptada por la Operadora no existe impedimento para que la Contratista ejecute sus servicios de forma inmediata.

Sin embargo, el contrato de servicios petroleros debe regular aspectos adicionales relativos a la operación petrolera. Si ellos no son tratados, no afecta la existencia ni la validez del contrato - el mismo existe a partir de las normas antes mencionadas – pero se deja sin regular aspectos críticos dentro de la operación que pueden llevar a asumir serias responsabilidades contractuales y legales a las Partes, así como significativos perjuicios económicos. Estos elementos son propios del contrato de servicios petroleros en pozo.

La versatilidad de la industria exige sin embargo que los procesos de negociación no dilaten excesivamente la operación. En este negocio el tiempo definitivamente es dinero. Es por ello que los actores de la industria procuran celebrar contratos de servicios

tipo Marco⁴¹ donde las partes con anticipación establecen las condiciones que regularán su relación comercial y operativa.

2.1.1. Los Contratos Marco

Como se mencionó el apartado anterior, el Contrato Marco establece los términos generales de contratación que regirán a las Partes durante la vigencia de dicho acuerdo. Muchas veces este contrato suele tener carácter indefinido aunque es posible fijar un plazo de vigencia. En estricta teoría, un Contrato Marco no nace o se perfecciona hasta que se emita una orden de compra o trabajo, o un acuerdo suplementario que incorpore los términos del primero como referencia.

Un Contrato Marco es un cuerpo de términos y condiciones mediante el cual dos o más Partes negocian por adelantado las condiciones que regulan su relación de trabajo cuando exista un proyecto a ser ejecutado. Ante la eventualidad de una relación al largo plazo, las dos Partes consienten en aceptar un acuerdo general Marco para múltiples operaciones.

Por lo general en esta industria, los acuerdos Marco se negocian a escala global, para cubrir una región geográfica determinada, inclusive mundial. Siendo empresas globales, es común que tengan operaciones globales. El único limitante a la aplicación de estos acuerdos puede ser la legislación local, o su aplicación en lugares en los cuales no es muy común el uso de acuerdos Marcos y se prefiere firmar acuerdos locales. Sin embargo, la negociación de estos acuerdos a nivel local debe hacerse con cuidado ya que un acuerdo mal negociado puede perjudicar la relación entre las Partes a gran escala,

⁴¹ Estos contratos se conocen en la industria petrolera por su nombre en idioma inglés: Master Service Agreements (MSA). En el Ecuador la mayoría de compañías Operadoras petroleras lo utilizan para

especialmente si existe un acuerdo Marco global no respetado por las negociaciones locales. Estos acuerdos suelen negociarse entre las oficinas matrices mundiales de las corporaciones y su negociación puede tomar muchos meses e incluso años.

2.1.2. Condiciones Operativas Especiales – Tecnología y Riesgo

¿Cuales son los factores que hacen necesario negociar las condiciones generales de prestación de servicios en pozo dentro de la industria hidrocarburífera? De hecho, son varios, y cada uno tiene su propia razón y alcance. El negocio hidrocarburífero es reconocido mundialmente por las altas cifras de dinero que maneja. Se ha llegado a cuestionar el alto monto de ingresos que las compañías petroleras perciben, y aunque esta crítica no es del todo injustificada, se debe también reconocer que los costos en los que incurre la industria son muy altos.

Los principales factores que influyen toda variable económica manejada dentro de la industria hidrocarburífera se pueden resumir precisamente en dos palabras: tecnología y riesgo.

La Tecnología puede definirse como el conjunto de conocimientos propios de un arte industrial, así también como el conocimiento de un arte u oficio sin importar su rango. Analizando el papel desempeñado en el desarrollo científico, se puede decir que la Tecnología es la propiedad para aplicar los conocimientos de la Ciencia en los procesos de producción. La Tecnología sería así el lazo de unión de las ideas científicas y la aplicación práctica de dichas ideas y en el negocio petrolero este ejercicio es esencial.

reglar sus relaciones contractuales con sus principales Contratistas. La empresa estatal Petroproducción S.A. no los utiliza.

Como se mencionó en el capítulo anterior, la tecnología desarrollada en esta industria es reconocida como la más avanzada del mundo, luego de la industria aeroespacial. Perforar un pozo petrolero requiere de herramientas muy avanzadas que permitan primero realizar estimaciones acertadas sobre la existencia de reservorios subterráneos. Luego de identificar estas fuentes, se requiere herramientas y equipos con la suficiente capacidad de ingresar varios kilómetros dentro de la corteza terrestre, soportando todo tipo de condiciones adversas como presión, corrosión, fuentes radioactivas y altas temperaturas, hasta llegar a dichos reservorios y poder extraer el crudo hasta la superficie.

El otro factor, y quizás el más importante es el riesgo. Riesgo es el daño potencial que puede surgir por un proceso presente o evento futuro. Este término en varias ocasiones es utilizado como sinónimo de probabilidad, pero en el asesoramiento profesional de riesgos, este término combina dos variables: la probabilidad de que ocurra un evento negativo y, cuanto daño dicho evento causaría. En el negocio petrolero, el riesgo es usualmente vinculado con la incertidumbre de que ocurra un evento. Para ello, la probabilidad que ocurra dicho evento y la estimación técnica de los costos que se espera como consecuencia de él deben ser unidos en un escenario que combine el factor riesgo y las probabilidades de pérdida en un valor cuantificable.

La industria petrolera es un negocio de incertidumbre y riesgo. Existe incertidumbre desde que se estudia la posibilidad de la existencia de reservas de crudo en un área geográfica determinada. Aunque la tecnología referida anteriormente contribuye a aumentar las probabilidades de éxito, no puede garantizar totalmente que exista reservas de petróleo en un lugar determinado, y si existiesen, tampoco puede garantizar el volumen de las mismas.

Por otro lado, el riesgo es factor propio de toda operación en esta industria. El petróleo es un producto altamente inflamable y contaminante, al igual que muchos productos químicos que se utilizan y se generan durante las operaciones de perforación y extracción. Esto pone en constante riesgo a las personas, equipos y todo el entorno que se desarrolla alrededor de una operación petrolera. Es por ello que esta industria invierte grandes cantidades de dinero en prevención y mitigación de accidentes – proceso conocido como Manejo o Gerenciamiento de Riesgos – sin embargo no se puede garantizar que un evento de este tipo no ocurra.

Debido a los factores antes descritos, los costos asociados a la perforación de pozos petroleros se cuentan por millones de dólares diarios, sin embargo, los costos de remediación por eventos catastróficos se cuentan por cientos de millones de dólares diarios. De ahí que la negociación de un contrato de servicios petroleros que contenga reglas claras respecto a las responsabilidades de las Partes contratantes en el manejo de las operaciones se vuelve vital para prevenir un desastre económico sobre todo para la Contratista, que no tiene los mismos ingresos económicos que percibe la Operadora.

2.1.2. El Acta Inglesa de 1999

En el año de 1999, el Reino Unido introdujo una enmienda al Derecho de Contratos inglés que produjo extensas repercusiones en la práctica contractual de la industria hidrocarburífera. Este documento - conocido como *The Right of Third Parties Act*⁴² - formaliza una regla que ha sido estricta e inflexible durante mucho tiempo en el derecho inglés: cualquiera de las Partes de un contrato, sea su participación directa o

⁴² Su traducción al español es “El Acta sobre los Derechos de Terceros”.

indirecta, podría forzar el cumplimiento de sus derechos conferidos por el acuerdo. Esto quiere decir, que en ciertas circunstancias, si un contrato confiere un beneficio a un tercero, aquel tercero puede ejercer una acción directa contra la Parte deudora para exigir su compensación, el cumplimiento de la promesa o el beneficio otorgado.

Para ilustrar de mejor manera el alcance de la regla se propone un ejemplo a continuación: En un contrato de servicios petroleros, la Operadora y la Contratista conviene de mutuo acuerdo contratar un seguro por daños a terceros que incluye una indemnización por lesiones a terceras personas. Sin perjuicio de exigir los derechos que le otorga la ley del lugar en materia civil o penal, el personal de otra contratista de la Operadora afectada por emisiones de gases tóxicos en el taladro de perforación, podrá de forma directa exigir el pago del seguro de riesgos contratado por una de las Partes, al cual tiene derecho en calidad de tercero beneficiario.

Esta regla alteró notablemente la forma de hacer contratos dentro de la industria petrolera, ya que aumentaba tanto el riesgo de las Partes a asumir responsabilidades no previstas en un proyecto, al igual que los costos generales de operación. A fin de prevenir una exposición excesiva a riesgos no previstos dentro de la operación, surgió en la industria una serie de reglas contractuales encargadas de regular, entre otras cosas, la responsabilidad recíproca y frente a terceros de las Partes dentro de un contrato de servicios petroleros. La inclusión de estas reglas – tratadas a continuación - es en la actualidad una práctica obligatoria dentro de la contratación petrolera. Cabe mencionar que su aplicación en contratos firmados con empresas petroleras estatales ha sido más limitado, principalmente por las restricciones legales que dichas empresas tienen para negociar más allá del ámbito permitido por el derecho público. Sin embargo, cada vez

son mas las empresas estatales que incluyen estas reglas dentro de sus procesos de contratación.

2.2. RESPONSABILIDADES Y EVENTOS RIESGOSOS

Existen tres elementos dentro del proceso de Administración de Riesgos cuya relación jurídica y financiera suele generar más de una confusión. Estos elementos son, a saber, la responsabilidad – entendida como negligencia - , la indemnidad otorgada entre las Partes, y la asignación del riesgo.

Generalmente, el riesgo es considerado como un factor negativo, y su medición consiste en realizar la mejor estimación posible sobre la probabilidad que ocurran uno o varios acontecimientos perjudiciales. El riesgo es la contingencia o la proximidad de un daño o evento, y desde un punto de vista puramente contractual, existen tres formas básicas de defensa frente a los riesgos identificados en una operación:

- La transferencia del riesgo, como sucede cuando la responsabilidad es excluida, restringida o evitada (por ejemplo, mediante la transferencia o asignación del riesgo a otra Parte o tercero).
- La compensación anticipada del riesgo, como sucede en inversiones financieras y el mercado bursátil donde se negocia opciones a futuro para equilibrar una exposición excesiva a la fluctuación.
- Asegurarse contra el riesgo, contratando una póliza de seguro.

La responsabilidad legal comprende la obligación de compensar a la Parte perjudicada frente a la culpabilidad objetiva de una persona a quien se le atribuye la causa

- o ha contribuido con ella - de los acontecimientos perjudiciales que produjeron los daños o pérdidas. La responsabilidad es normalmente determinada por un tribunal de justicia, o por personas que evalúan el evento y forman su opinión sobre la base de lo que un tribunal pudiera concluir sobre el asunto en revisión.

Las cláusulas relativas a responsabilidad en los contratos de servicios petroleros buscan una clara asignación de este elemento - real o potencial - entre las Partes. Las responsabilidades e indemnidades son un tema muy complejo, y uso de una palabra o la redacción de una frase puede modificar el sentido de la responsabilidad en el contrato. Por lo tanto, este es un tema capital en la negociación de un contrato petrolero, y suele tomar tiempo el que las Partes consientan en un esquema mutuamente favorable.

Una Parte puede consentir mediante un contrato en aceptar la responsabilidad financiera derivada de las acciones de otra Parte. Las cláusulas de responsabilidad en los contratos de servicios petroleros procura la reasignación de la responsabilidad de las Partes que de otra manera existirían si el contrato no lo menciona de forma expresa. En estos contratos, cada Parte procuran asignar la mayor cantidad de responsabilidad y riesgo a su Contraparte a fin de reducir su propia exposición.

Los seguros contratados por la Contratista se basan en las responsabilidades que la Contratista acuerda en asumir bajo el contrato. Para algunos riesgos, la Contratista suele 'auto-asegurarse', mediante una provisión financiera. En toda negociación comercial, la posición - y objetivo - ideal de cada Parte es asignar la mayor cantidad posible, tanto de responsabilidad como de riesgo, a cargo de la contraparte o de terceros. En otras palabras, cada Parte pretende en mayor medida obtener las ganancias y transferir los problemas.

2.2.1. Regla de Indemnidad Recíproca - Cláusula “*Knock for Knock*”

La asignación de responsabilidad por eventos catastróficos ocurridos durante las operaciones petroleras se resumen dentro de un principio unificado de la industria, y que se aplica a todas las operaciones de servicios petroleros. Este principio se incluye en la Regla de Indemnidad Recíproca, conocida en inglés como la cláusula “*Knock for Knock*”.

Mediante esta regla, ampliamente aceptada dentro de la industria hidrocarburífera, las Partes establecen un compromiso recíproco en el cual cada uno será responsable de sus empleados, subcontratistas y cualquier tercera parte que intervenga en el contrato por cuenta o causa de éste. La estructura de la cláusula *Knock for Knock* se basa en un sistema de indemnidades recíprocas en la cual las Partes acuerdan mantener indemne a la otra contra cualquier responsabilidad - salvo riesgos catastróficos – frente a daños o pérdidas causadas a su personal y propiedad. Las indemnidades se extienden a empleados, empresas afiliadas, otros contratistas y subcontratistas de la Parte que otorga la indemnidad – incluyendo el personal y propiedad de estos -.

Esta regla implica que, sin importar la causa del evento, o si media culpa o negligencia del causante del mismo, cada Parte asumirá toda la responsabilidad por daños, lesiones corporales y muerte de su personal y el personal de sus subcontratistas siempre que la Contraparte asuma también dicha responsabilidad por los daños corporales, lesiones y muerte de su personal y el personal de sus otros contratistas. La regla se extiende en los mismos términos a la propiedad de las Partes, sus contratistas y dependientes.

Esta regla se basa en el supuesto que cada una de las Partes tiene el conocimiento y control sobre su personal y propiedad, y en muchas jurisdicciones se obliga por ley a

contratar seguros que cubran los daños corporales o muerte de los empleados, así como daños y pérdidas a la propiedad. Existe una verdadera ventaja legal y financiera en evitar la duplicación de seguros y un potencial litigio. En el caso de otros contratistas, cada una de las Partes selecciona y controla a sus contratistas y tiene directa responsabilidad de establecer el manejo de dichos riesgos con ellos de forma que se cumpla el acuerdo principal.

Se debe resaltar que al hablar del alcance de las cláusulas de indemnidad se habla de “propiedad”, y no solamente de “maquinarias o equipos”. La definición de propiedad – también pudiera usarse la palabra “activos”- es mucho más amplia, ya que en el caso de la Compañía Operadora incluye el pozo o el reservorio, los activos financieramente más costosos de toda instalación extracción petrolera.

2.2.2. Excepciones a la Regla de Indemnidad Recíproca

Como toda regla, esta también tiene excepciones a su aplicación. En la mayoría de ellas, la compañía Operadora debe ser responsable por las lesiones, daños y pérdidas causadas al personal y propiedad del Contratista, incluyendo los subcontratistas y terceras personas relacionados con este último.

2.2.2.1. Propiedad del Contratista y sus Subcontratistas: La Operadora es responsable de reparar las pérdidas y daños causados a los equipos y maquinaria del Contratista y sus subcontratistas:

- Mientras estén siendo transportados por cuenta o a nombre de la Operadora dentro del sitio de operaciones.

- Mientras estén localizados en el sitio de operaciones y fuera de la custodia o control de la Contratista.
- Mientras se encuentren pozo adentro, incluyendo los costos de pesca.
- Por pérdidas o daños por causa de condiciones no controladas del pozo.
- Según el caso, por daño y pérdida producto de abrasión o corrosión.

Las primera y segunda excepción pueden ser negociadas si el riesgo y la exposición es mínima, por ejemplo cuando no es un área de operaciones remota. Respecto a las razones de las excepciones tercera, cuarta y quinta, se explicarán con mayor detalle al tratar sobre los Riesgos Catastróficos.

La torre de perforación o taladro es la maquinaria más grande y costosa dentro de operaciones de perforación de pozos. La empresa que provee esta unidad es también un Contratista de servicios, aunque se dedica exclusivamente a la provisión de esta maquinaria. Como práctica habitual, la Compañía Operadora suele mantener indemne a la Contratista contra cualquier pérdida o daño de la unidad de perforación o las instalaciones y plataformas marítimas (incluyendo pero no limitándose a las tuberías de transporte).

En algunos casos - por ejemplo, el caso de una plataforma marítima - estos bienes son de propiedad de la Compañía Operadora. En otros casos, estos bienes son de propiedad del Contratista de perforación de la Compañía Operadora. La Compañía Operadora casi siempre tiene un Contrato de indemnidad mutua con el Contratista de perforación, donde la contratista es responsable de lo que ocurra con su taladro y componentes.

2.2.2.2. Terceras Partes no relacionadas con la Operación: Dentro o alrededor de un área de operaciones, existen terceras personas que no se encuentran directamente relacionadas con las Partes ni con la operación. Estas pueden ser habitantes, comuneros, propietarios de tierras, instalaciones privadas y públicas, transeúntes, etc. En dicho caso, la Contratista deberá aceptar la responsabilidad por lesiones, pérdidas y daños a las personas y propiedad de estos terceros que surjan como consecuencia de su actividad, siempre que medie falta o negligencia de ésta, y si la Operadora no acepta otorgar indemnidad frente a estos terceros. En los demás casos, la Operadora aceptará la responsabilidad frente a dichos terceros según el alcance de sus obligaciones establecidas por la ley local o el contrato de concesión de operaciones hidrocarburíferas con el Estado o autoridad encargada⁴³.

2.2.2.3. Negligencia Grave o Dolo: El derecho civil ecuatoriano define a la culpa grave o el dolo como la voluntad maliciosa o deliberada de engañar a alguien, incumplir una obligación contraída, o cometer un delito a sabiendas de su ilicitud.⁴⁴ Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que el autor de los hechos maliciosos tenga ante la autoridad competente, no es posible conceder indemnidad a la persona o sus

⁴³ Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. 90.- Las indemnizaciones que se deban pagar por los perjuicios ocasionados en terrenos, cultivos, edificios u otros bienes, con motivo de la exploración o el desarrollo de la explotación petrolera, o de cualquier otra fase de las industrias de hidrocarburos, serán fijadas por peritos designados por las partes. En caso de desacuerdo, el Ministerio del Ramo nombrará un dirimente.

⁴⁴ Cfr. Ecuador. Código Civil, Art. 29.- “La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. (.....)

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

dependientes que intencionalmente cometen un acto dañoso o perjudicial a su contraparte o a terceros⁴⁵.

2.2.3. Los Riesgos Catastróficos

Típicamente, la explotación petrolera comprende una serie de actividades que incluyen estudios sísmicos con explosivos o diferentes aparatos de concusión, perforación pozos en los descubrimientos de petróleo o gas, y pruebas de producción muy amplias para determinar los parámetros de los recursos. Las instalaciones de producción puede incluir una o más plataformas de perforación, tanques de almacenamiento, unidades sumergibles y oleoductos para recolectar el petróleo y transportarlo.

Las plataformas de producción y perforación son instalaciones independientes con helipuertos, vivienda para los trabajadores, fuentes de energía, tanques de almacenamiento, etc. En estos sitios se generan varios tipos de efluentes que incluyen los desechos sanitarios y domésticos tratados, lodos y ripios de perforación tratados, aguas residuales, etc. Existen emisiones atmosféricas producidas por los generadores y bombas a diesel, los reventones con fuego o liberación de gas sulfuroso, metales pesados y otros contaminantes que se generan durante la circulación del crudo que se extrae, evaporación de petróleo en los puntos de transferencia y carga, quema del gas de desecho en el mechero y derrames pequeños de petróleo. Los trabajos de perforación incluye el uso de químicos y combustible necesarios para el funcionamiento de la maquinaria y equipos. El ruido es algo normal y continuo en la operación de un complejo industrial de estas características.

⁴⁵ Cfr. Ecuador. Decreto Supremo 1147, DEL SEGURO. – Art. 11.- El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado son inasegurables. Toda estipulación en contrario es absolutamente nula. Igualmente, es nula la estipulación que tenga por objeto garantizar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policial.

En un ambiente tan riesgoso como el descrito, los eventos catastróficos suceden. Estos eventos incluyen, entre otros a los siguientes: las explosiones con fuego, incendios y liberación de gas sulfuroso (sulfuro de hidrógeno), el colapso de la plataforma, la rotura del oleoducto, los derrames de petróleo como resultado de una explosión, y la contaminación del entorno como consecuencia de los eventos descritos. Aparte de los impactos y la interrupción de las actividades a causa de un evento mayor, existe la cuestión de compensación por los daños y pérdidas – directas y a terceros -.

Por regla general de la industria, la Contratista no será responsable - incluso en caso de culpa o negligencia de la Contratista o sus dependientes – por cualquier lesión, daño o pérdida, causada a su personal y propiedad – incluyendo sus subcontratistas y dependientes – el personal y propiedad de la Operadora y de otros terceros, incluyendo los costos de mitigación y reparación, que resulte como consecuencia de cualquiera de los siguientes eventos:

2.2.3.1. Pérdidas o Daños Subterráneos: - este riesgo incluye:

- Pérdida o daño al reservorio
- Pérdida de la producción del reservorio
- Daño a la formación geológica
- Pérdida o daño del pozo
- Pérdida o daño del equipos que se encuentre dentro del pozo
- Pérdidas o daños de cualquier otra fuente de recurso existente que se vea afectada - agua, petróleo, gas u otras sustancias minerales-.

2.2.3.2. Pérdidas o Daños en Superficie: - daños en superficie como resultado de cualquiera de los siguientes eventos subterráneos:

- Explosión o pérdida de control del pozo o reservorio
- Incendio o colapso del pozo
- Filtración o flujo incontrolado de petróleo, gas, agua o cualquier otro fluido contaminante.

2.2.3.3. Daños por contaminación y radiación: - incluyendo los costos de contener, limpiar y desechar dichos daños, que surjan como consecuencia de cualquier evento catastrófico.

2.2.3.4. Inexactitud de cualquier dato o interpretación: - Las interpretaciones, investigación, análisis, recomendaciones, consejos o datos interpretativos suministrados por el Contratista son opiniones basadas en inferencias provenientes de mediciones, relaciones empíricas y supuestos, además de la práctica de la industria. Dichas inferencias, supuestos y prácticas no son infalibles, y en este sentido las opiniones de los geólogos profesionales, ingenieros, asesores de perforación y analistas pueden diferir. Por esta razón, la Contratista no puede garantizar la precisión, exactitud o integridad de dicha información, ni tampoco garantiza que la aplicación de las misma por parte de la Operadora y/o de cualquier tercero, permita lograr resultado alguno en particular. La Operadora deberá asumir plena responsabilidad por el uso de tales Interpretaciones o Recomendaciones y por todas las decisiones basadas en las mismas.

2.2.4. Principales Razones para la Exclusión de Riesgos Catastróficos

Existen varias razones por las cuales los eventos catastróficos arriba descritos se excluyen de la regla del “Knock for Knock”, siendo los principales referidas a causas económicas y de asignación de responsabilidades dentro de la operación. Entre ellos podemos mencionar a los siguientes:

2.2.4.1. Imposibilidad de Asegurar el Riesgo: - en el negocio de la administración de riesgos y seguros, existen dos factores que determinan si un riesgo es o no es asegurable:

Frecuencia: asociada a la Probabilidad, y entendida como la característica de un suceso del que existen razones para creer que ocurrirá. Los sucesos tienden a ser una frecuencia relativa del número de veces que se repetirá dicho evento.

Severidad: entendida como el alcance o nivel de impacto que dicho evento produce. Esta es una medida de cantidad.

Los eventos catastróficos, como su nombre lo indica, son sucesos infaustos que alteran gravemente el orden regular de las operaciones. La probabilidad que sucedan son muy altas y si esto ocurre, su severidad es tan significativa, que los costos de control, mitigación y remediación no son cuantificables. Estos riesgos a menudo no pueden ser asegurados porque las compañías de seguro se rehúsan a hacerlo, peor aun en el Ecuador donde la ley establece que las pólizas de seguros deben ser contratadas con compañías locales⁴⁶. El costo de estos eventos podría hacer quebrar a una empresa local, y aún si pudiera contratar un reaseguro, el valor de la póliza sería exagerado.

⁴⁶ Cfr. Ecuador. Ley General de Seguros, Art. 3.- (Reformado por la disposición reformativa primera de la Ley 2001-55, R.O. 465-S, 30-XI-2001).- Son empresas que realicen operaciones de seguros las compañías anónimas constituidas en el territorio nacional y las sucursales de empresas extranjeras, establecidas en el país, en concordancia con lo dispuesto en la presente Ley y cuyo objeto exclusivo es el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas. (...)”.

2.2.4.2. Ingresos limitados del Contratista: este tipo de eventos exponen a la Contratista a responsabilidades que están fuera de cualquier proporción en relación con su limitado papel de proveedora de servicios petroleros. Adicionalmente, el negocio de la Compañía Operadora se basa en el principio de “alto riesgo – altas ganancias”, ya que suele obtener una rentabilidad económica sustancial por la venta de la producción del pozo que explota. Esta rentabilidad no se puede comparar con los ingresos más limitados que percibe la Contratista por la provisión de sus servicios.

Si una Contratista tuviese que asumir dicho riesgo, la única manera sería mediante una provisión contable en base a un porcentaje de los ingresos percibidos por concepto de sus servicios. Siendo contratos de tracto sucesivo, la Contratista nunca podría aprovisionar el suficiente dinero para responder por un siniestro de esta magnitud. Por otro lado, las empresas Operadoras suelen contratar seguros mundiales para estos riesgos cuyos costo no es significativo frente a los ingresos que perciben por concepto de la comercialización del petróleo que producen.

Los precios de la Contratista no prevén la potencial aceptación de dichos riesgos, y si lo hicieran serían demasiado altos para ser comercialmente competitivos.

2.2.4.3. La Compañía Operadora es la dueña y responsable de la operación:

La Compañía Operadora es contractualmente responsable de la dirección y el control de la operación, por lo que la Contratista sólo sigue las instrucciones de la primera. Cuando una Contratista provee sus servicios a una Operadora, estos se llevan a cabo en dentro de la propiedad o concesión de la Operadora. Esto quiere decir que:

- El pozo que se construye es de la Operadora.

- El Contratista no conoce las particularidades físicas ni geológicas de la zona donde se perfora.
- El Contratista sigue las instrucciones de la Operadora y se limita a realizar lo que se le solicita.
- Si un evento catastrófico sucediese, la Contratista tendría limitaciones de acceso a información relevante que ayude a los investigadores a desestimar su negligencia.
- Debido a la naturaleza de operaciones de la Contratista, su personal no puede hacer una evaluación de riesgo de todos los acontecimientos externos antes de convenir a prestar sus servicios, por lo tanto confía en la información suministrada por la Operadora.

2.2.5. Daños Emergentes y Lucro Cesante

Para los efectos de la reparación, se considera como *daño emergente* el detrimento, menoscabo o destrucción material de bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine. El *lucro cesante* es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima como consecuencia del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañoso no se hubiera verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar y que se habría ganado de no haber sucedido un daño⁴⁷.

⁴⁷ Cfr. Ecuador. Código Civil, Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

El lucro cesante ocurre cuando hay una pérdida de una perspectiva cierta de beneficio. Si bien es posible conceder una indemnización por lucro cesante, existe una carga probatoria mucho mayor, y los jueces son mucho más cautelosos a la hora de concederla. Para ello se suele exigir dos requisitos:

- Que el lucro cesante exista y pueda ser probado, junto con su relación directa con el daño causado. Este es el requisito más difícil.
- Que pueda ser determinado económicamente la cuantía que se ha dejado de percibir. Por ejemplo, si una persona no pudo trabajar durante un mes por culpa de un daño causado, el lucro cesante sería su sueldo durante un mes (menos, en su caso, las pensiones que hubiera podido percibir).

En las operaciones hidrocarburíferas, el lucro cesante es muy difícil de determinar debido a que no se puede cuantificar ni los daños producidos, ni los ingresos que se dejaron de percibir por dichos daños. En una actividad en la cual los pérdidas se cuentan por millones de dólares y la incertidumbre de la operación impide hacer estimaciones exactas de beneficios, la prueba de los perjuicios siempre es cuestionable.

Por tal motivo, la regla general en los contratos de servicios petroleros establece que ninguna de las Partes debería ser responsable de ningún daño punitivo, secundario, consecuente, daños indirectos o especiales, ni por pérdida alguna de ganancias o interrupciones de negocio. Estas pérdidas son inestimables y para la Contratista representaría costos que probablemente se encontrarán fuera de toda proporción con los montos que razonablemente pudiera cobrar por sus servicios. Es también práctica habitual dentro del negocio que las proveedoras de Servicios Petroleros no sean responsables por las pérdidas emergentes o consecuenciales, tales como tiempo perdido de taladro, pérdida de producción, y pérdida de contratos.

2.3. MODELOS COMERCIALES ESPECIALES

2.3.1. Procedimiento para la Selección de Modelos Contractuales

La selección de un marco contractual conveniente es crucial para asegurar una alineación realista y eficaz del proyecto, así como una limitación en las responsabilidades asumidas por las Partes. El objetivo para el Contratista es beneficiarse de las ganancias obtenidas por su participación eficaz en un proyecto y evitar el castigo financiero excesivo como producto resultante de su desempeño o de cargas legales y contractuales. Un contrato con modelo de incentivo representa la forma por la cual el éxito o fracaso de los resultados de un proyecto puede ser traducido en términos financieros.

Hay varios pasos claves a ser tomados en el proceso de desarrollar esquemas de incentivos para un contrato. Estos incluyen:

- Identificar los objetivos claves, y de ahí establecer patrones de medición simples para los mismos.
- Definir el alcance del contrato, y de ahí los derechos y responsabilidades de las Partes en el proyecto
- Especificar claramente cuales son los limites de responsabilidad de la contratista, los compromisos asumidos frente a los resultados y establecer esto de forma clara en el contrato.
- Asegurarse que el modelo Incentivo para el proyecto es alcanzable dentro del alcance del contrato y las obligaciones asumidas.

- Alinear los objetivos del contratista y sus responsabilidades con los requisitos mínimos y obligaciones exigidas por la ley local.

2.3.2. Modelos Contractuales con Esquemas de Incentivos

Cuando se tiene un amplio marco comercial, la opción del modelo de incentivos puede ser hecho, tomando en consideración factores específicos para el proyecto en cuestión, tal como la medida real de control que cada parte tiene sobre el resultado del proyecto, sus oportunidades y riesgos. El esquema contractual bajo Modelo de Incentivos se hace cada vez más importante dentro de la industria donde las empresas buscan nuevas soluciones para optimizar la producción, y donde la Contratista comúnmente propone alguna forma funcionamiento, u oferta en base de resultados. La naturaleza esencial del contrato con esquema de Incentivos es que el rédito recibido por la Contratista pueda variar en relación con factores de tiempo, calidad, volumen de producción, seguridad, control de gastos, logro de la ingeniería y funcionamiento de dirección en cualquier combinación de estos factores.

Los contratos por incentivos llevan consigo mucho mayor riesgo de obtener ganancia que aquellos que son basados en tarifas unitarias. Mientras que un contrato con tarifas de unitarias implica que la contratista es pagado por un volumen de uso de sus servicios, en el contrato incentivo el pago está basado en el rendimiento (resultados) de un servicio específico sobre una parte del rédito ahorrado o generado por el trabajo. Si el riesgo no es correctamente calculado y definido, el contratista podría incurrir en significativas pérdidas por causa del contrato.

No existe un Modelo estándar para un contrato de Incentivo. El principio que guía estos contratos es que los esfuerzos de la Contratista para mejorar los resultados y

productividad de la operación de la Compañía Operadora sea recompensado mediante un mecanismo o esquema financiero predeterminado. Por lo general la estructura de dicho mecanismo se basa en el establecimiento de un bono, pero a veces esto también implica la existencia de una penalidad por incumplimientos en el tiempo previsto o los gastos presupuestados. Modelos que apliquen este esquema incluyen:

- Montos fijos expresados mediante una tarifa máxima por día.
- Pagos de una suma global fija por la obtención de metas u objetivos planificados.
- Ahorros sobre el presupuesto de costos.
- Bono por calidad de servicios.
- Lo Mejor de lo Mejor (*Best of Best*) – bonos por reducir los tiempos estimados de perforación
- Bonos por superar la curva de tiempo del proyecto.
- Bonos de incentivo por Ingeniería y Supervisión
- Bonos por gerenciamiento de proyectos integrados

Cuando se incorpora un modelo de incentivo dentro de un contrato, es crítico que todo los aspectos del modelo sean claramente redactados en el contrato. A menudo resulta provechoso incluir ejemplos específicos.

2.3.3. Contratos Llave en Mano y Lump Sum (Tarifa Diaria Fija)

2.2.3.1. Concepto: Un contrato “Llave en Mano” es definido en materia hidrocarburífera como un arreglo financiero para la perforación de un yacimiento o campo petrolero, que implica un riesgo considerado y un posible bono al Contratista encargado de la perforación. Bajo dicho arreglo, el Contratista asume completa responsabilidad del desarrollo del pozo hasta el cumplimiento de la meta establecida. Hasta que dicha meta sea cumplida, la compañía Operadora no debe nada al contratista. El contratista asume todo el riesgo y problemas en el pozo, incluso en casos extremos donde deba abandonar el pozo en su totalidad y reiniciarlo de nuevo. En compensación por asumir dicho riesgo, el precio de sus servicios es superior al que sería en circunstancias de riesgo normales.

Adicionalmente, si el Contratista tiene éxito en la construcción del pozo, el monto provisionado para contingencias se vuelve bono para él. Sin embargo, algunas Operadoras permanecen responsables por ley en la remediación de eventos catastróficos en el pozo siempre que el contrato no establezca nada en contrario. En términos prácticos, un contrato llave en mano implica:

- Pago por parte de la Compañía Operadora de un monto fijo establecido por la terminación (construcción) exitosa de uno o más pozos conforme a los parámetros fijados, y que requiere una erogación de dinero inicial del Contratista.
- Asunción por parte del Contratista de mayores riesgos operativos, contractuales, financieros y responsabilidades de las que normalmente suele tener bajo un contrato tipo estándar.

Para evita confusiones hay que aclarar que "llave en mano" es una modalidad de contratación. Para dilucidar tal concepto hay que diferenciar entre la clase de contrato, y la modalidad de contratación. En cuanto al primer punto, el ámbito natural de la modalidad de contratación "llave en mano" es el contrato de obras, entonces esa será la clase de contrato: de obra, en oposición a otras clases como suministro, servicios, etc.; y en cuanto a la modalidad podrá ser tradicional o "llave en mano".

Con respecto a este último tema hay que considerar que el contrato "llave en mano" implica especialización del Contratista así como la obligación de este de entregar el pozo terminado. Para ello asume una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de el pozo se construya y quede listo para la producción. Lo anterior, en la mayoría de los casos puede tener como efecto que los contratos tiendan a ser sumamente complejas por lo que se debe determinar claramente el nivel de obligaciones asumidas.

2.2.3.2. Características principales: Los dos rasgos esenciales de los contratos "llave en mano" de servicios petroleros son la ejecución de construcción de pozos por un solo Contratista, y la obligación global asumida por el Contratista frente a la Operadora de entregar los pozos completamente terminados y en estado de producción. Estos elementos dotan al contrato de características particulares:

- El contrato "llave en mano" a diferencia del contrato tradicional implica la celebración de un solo y único contrato realizado entre la Operadora y el Contratista. Generalmente, en la selección de este tipo de contratos ejerce una influencia decisiva la tecnología implicada en el proyecto que se pretende realizar y que se va a manifestar no sólo en la calidad de la

construcción del pozo sino también en la producción real del pozo construido.

- El hecho de que en los contratos "llave en mano", el Contratista asuma la ejecución total de la obra condiciona el nivel de riesgo y responsabilidad que tiene durante la ejecución y el resultado de la misma.
- A diferencia de los contratos tradicionales de servicios petroleros, en los contratos "llave en mano" la elaboración detallada del proyecto tiene lugar una vez concluido el contrato. Por ello se justifica conceder al Contratista un derecho a introducir modificaciones en los planes de perforación, a su propio coste y riesgo y siempre que se respeten los parámetros contractuales acordados (calidad, profundidad meta, rendimientos) sin que sea necesaria a tal efecto la propia aprobación de la Operadora – salvo autorizaciones requeridas por ley de parte de la autoridad competente -.
- La obligación global que se deriva de los contratos "llave en mano" para el Contratista influye de manera decisiva en la determinación del precio, que de seguro será mucho mayor que aquel que se cobra bajo un contrato de servicios normal.

Como en los contratos "llave en mano" la descripción detallada de la obra tiene lugar durante la ejecución del contrato, de tal situación se derivan determinadas consecuencias jurídicas:

- Indeterminación del objeto del contrato al momento de otorgar el contrato, lo que se pretende suplir por medio de estándares.

- Mayores derechos concedidos al Contratista para modificar el proyecto siempre y cuando la Operadora esté informada, revise o apruebe tales cambios, y siempre que tales modificaciones no alteren las garantías técnicas y de buena obra.
- El Contratista responde de las posibles lagunas y omisiones de las que pueda adolecer el proyecto y los derechos de la Operadora a introducir modificaciones quedan restringidos y generalmente dan lugar a una compensación de los costes en los que haya podido incurrir el Contratista.

CAPITULO TERCERO

MANEJO DE RIESGOS Y SEGUROS

3.1. POLITICA DE MANEJO DE RIESGOS

El capital humano, la propiedad (activos), el *Now-how* o conocimiento adquirido y la reputación, son el patrimonio más importante de una empresa. Su preservación y la seguridad son esenciales para el crecimiento y supervivencia a largo plazo de la empresa y para ello acuden a procedimientos de identificación y manejo de riesgos que pudiesen afectar su capacidad de hacer negocios y competir en mercado.

En el caso de los servicios petroleros, la Contratista administra el riesgo para:

- Identificar y evaluar los riesgos a los cuales la Contratista esta expuesto.
- Seleccionar e implementar medidas de control de riesgos rentables para evitar o reducir la exposición a la pérdida.
- Establecer la financiación de riesgo apropiado (incluyendo, pero no limitado al seguro) para compensar los efectos de cualquier pérdida que pueda ocurrir, de modo que el coste sostenible más bajo de riesgo se amortice al largo plazo
- Monitorear y mejorar continuamente el proceso de manejo de riesgo.

Las empresas Contratista deben hacer una previsión deliberada y económica del riesgo al que se exponen cuando vayan a hacer compromisos relativos a:

- Adquisición de nuevos negocios
- Comprometer recursos en zonas con dificultades geográficas o políticas
- Lanzamiento de nuevas actividades de negocio y tecnología.
- Aceptación de ciertos términos y condiciones contractuales.

Los riesgos deben ser cuantificados al mayor grado posible, y la magnitud de la exposición analizada en el contexto de factores como la naturaleza potencialmente riesgosa del trabajo a ser realizado, el tamaño del contrato, el rentabilidad prevista y la relación de negocio en general. El riesgo de pérdida debe ser limitado por procedimientos operativos realistas y prácticos, la indemnización contractual y, en última instancia, por mecanismos de financiación de riesgo (incluyendo seguros).

3.1.1. Identificación del Riesgo y Evaluación

Otro modo de definir el riesgo puede ser como una medida de desviación de un resultado esperado. Desviaciones significativas de dinero efectivo presupuestado, estimaciones de flujo, estimaciones de beneficio, ingresos por acciones, eficacia anunciada del producto o la penetración estimada de mercado, son ejemplos de desviaciones a los resultados financieros esperados que pueden crear dificultades para una empresa. El riesgo se convierte en una medida del grado al cual la empresa no alcanza los objetivos proyectados del negocio— tanto no logrado como excedido. Como se menciono en el Capitulo que antecedió, medir el riesgo requiere la identificación y evaluación de dos elementos principales:

- La Frecuencia (cuan a menudo un acontecimiento probablemente ocurra)

- La Severidad (si el acontecimiento ocurre, que consecuencias son probables). Esto no sólo se refiere a perjuicios materiales y financieros, sino también a efectos menos tangibles como deterioro en la reputación corporativa o pérdida de confianza la pública.

La palabra *riesgo* es de uso común, y se la interpreta de muchas formas produciendo a veces confusiones y malas interpretaciones⁴⁸. La primera distinción a hacer es la existente entre riesgo e incertidumbre. La incertidumbre refleja el nivel de volatilidad que una variable pueda poseer en el futuro. Un ejemplo sería la incertidumbre de la etapa de exploración petrolera (¿Existe un reservorio allí o no?) El riesgo, de otra parte, refleja la probabilidad y magnitud de pérdida financiera debido a la incertidumbre de un proyecto. Ejemplo: Si la viabilidad económica de un proyecto requiere 5000 bdp/día⁴⁹, cual es el riesgo si el reservorio sólo produce 2000 bdp/día? Generalmente, la incertidumbre se centra alrededor de elementos como:

- Geológicos: por ejemplo: variaciones del reservorio, fallas geológicas, etc.
- Ingeniería: por ejemplo: Aguas profundas, Alta presión y altas temperaturas (*HPHT*), ¿Existe o existirá la tecnología necesaria para enfrentar esos problemas?
- Económica: factores macroeconómicos tales como el precio del petróleo.
- Políticos: cuestiones relativas a estabilidad de un país o región particular.

⁴⁸ Cfr. Ecuador. Decreto Supremo 1147, DEL SEGURO. – “Art. 4.- Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario, ni la del asegurador y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles no constituyen riesgo y son, por tanto extraños al contrato de seguro.”

⁴⁹ BDP – Barriles de petróleo . Un bdp equivalente aproximadamente a 52 galones.

- Legales: cambios en la ley que afecten las actividades hidrocarburíferas.

La incertidumbre generalmente se relaciona con acontecimientos fuera de nuestro control, y para los casos antes descritos debe ser evitada donde sea posible. El riesgo, por otra parte puede ser manejado a diferentes niveles, y por lo tanto para efectos contractuales y legales puede ser dividido en eventos manejables (desempeño / económicos / comerciales) e inmanejables (fortuitos⁵⁰). La aceptación de los riesgos comerciales dependerá de la capacidad de manejarlos. Igualmente, como lo indica el Dr. Eduardo Peña Triviño, aunque el riesgo fortuito es asegurable⁵¹, el coste incurrido en su aseguramiento puede causar un impacto comercial que hará revisar la decisión de asumirlo.

3.2. EL SEGURO DE RIESGOS EN LOS SERVICIOS PETROLEROS

3.2.1. El Seguro como Instrumento para el Manejo del Riesgo

El seguro es un contrato por el cual una de las partes - el asegurador - se obliga, mediante una prima que le abona la otra parte - el asegurado -, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto⁵². El seguro es sólo un mecanismo de riesgo financiero que se usa al final del proceso de administración del

⁵⁰ Cfr. Ecuador. Código Civil, Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

⁵¹ Cfr. Eduardo Peña Triviño, Manual de Derechos de Seguros, Guayaquil, Edino, 2000, pág. 23. - *“El Riesgo Asegurable. Las cosas están expuestas a sufrir daños o modificaciones perjudiciales lo cual pertenece a la naturaleza propia de lo existente. Además, esta contingencia de daño es incierta en cuanto se desconoce si ocurrirá o no y cuando. Lo típico del contrato de seguro como contrato aleatorio, estriba en esta incertidumbre: es el riesgo que no podemos evitar con nuestra exclusiva voluntad.”*

⁵² Cfr. Ecuador. Decreto Supremo 1147, DEL SEGURO. – “Art. 1.- El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a

riesgo. No debería ser usado como un solución para aceptar el riesgo, ya que el seguro no disminuye el riesgo, simplemente traslada su exposición financiera. Contratar un seguro no evita la ocurrencia de un evento, pero puede cubrir en parte la pérdida incurrida.

Sin embargo, el seguro no ofrece una garantía de certeza - los asegurados pueden disputar grandes reclamaciones a su aseguradora, las pólizas tiene exclusiones y las coberturas pueden ser invalidadas, o debilitadas en su efecto por las acciones u omisiones del los asegurados. Muchos los riesgos son de hecho inasegurables (*cf. supra, Cap. 2.2.4.1.*). Los costos de las primas de seguro son cíclicos y el ciclo del mercado de seguros no está vinculado al ciclo del precio del petróleo, de manera que los gastos de seguros pueden elevarse súbitamente cuando el precio de petróleo disminuye. Así, la utilización de seguro como un mecanismo de control que riesgo financiero debería ser una opción, pero no la solución final.

3.2.2. Responsabilidades y la Asignación de Riesgo mediante el Seguro.

El riesgo – por daños a la propiedad, personas y pérdidas indirectas - entre las Partes de un contrato de servicios petroleros son establecidas mediante cláusulas de responsabilidad e indemnidad. El seguro es uno de los varios medios que las Partes contratantes pueden acudir para cubrir todo o parte de los riesgos asumidos por ellos en las provisiones de responsabilidad e indemnidad del contrato. Por convención generalmente aceptada en la industria, un contrato de servicios petroleros establecen la obligación de las Partes de contratar seguros que garanticen que las cláusulas de responsabilidad e indemnidad que obligan a las Partes serán acatadas por estas de ocurrir daños a la propiedad o las personas. El objetivo es asegurar que la Partes obligadas

la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o de un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.

cuenten con los recursos financieros necesarios para pagar la compensación debida en caso de un siniestro.

No obstante, aunque el contrato de servicios prevea la obligación para las Partes de contratar seguros, también establecen de forma adicional que es obligación de la Partes sujeta al riesgo identificado, evaluar si las coberturas contratadas son suficientes o no. Los contratos generalmente establecen que la política de seguros son solamente requisitos mínimos considerados, siendo responsabilidad de La Parte obligada a obtener cobertura adicional de ser requerida⁵³. El seguro es un instrumento de manejo financiero de riesgos y no un medio de solución o exoneración de responsabilidades, por ello no se debe confundir o intentar emparejar las provisiones de responsabilidad e indemnidad a las de cobertura de seguros.

3.2.3. Coberturas de Seguro en un Contrato de Servicios Petroleros

Como se dijo anteriormente, el riesgo asegurable debe ser causado por un evento fortuito - algo que no se sabe que está a punto pasar-, y debe directamente causar una pérdida, daño material o corporal. En operaciones las hidrocarburíferas, los seguros se dividen en seguros por daños a activos⁵⁴ - daño físico directo a activos tangibles- y de responsabilidades⁵⁵ - daño físico directo a activos de terceras partes o lesiones a terceras personas-.

⁵³ Cfr. Oilfield Services Manual, II Edición, Houston, SLB Oilfield Services, 2002, pag. 72.

⁵⁴ Cfr. Ecuador. Decreto Supremo 1147, DEL SEGURO. – Art. 27.- Puede ser objeto de contrato de seguro contra daños todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro.

⁵⁵ Cfr. Ecuador. Decreto Supremo 1147, DEL SEGURO – Art. 50.- En los seguros de responsabilidad civil, el asegurador debe satisfacer, dentro de los límites fijados en el contrato, las indemnizaciones pecuniarias que, de acuerdo con las leyes, resulte obligado a pagar el asegurado, como civilmente responsable de los daños causados a terceros, por hechos previstos en el contrato.

Las compañías de servicios petroleros adquieren seguros locales sólo cuando hay una obligación - Legal o Contractual - de adquirir pólizas de seguro, en los términos y las condiciones mínimos establecidas según la ley local⁵⁶. Además, en muchas jurisdicciones – entre ellas el Ecuador - no se permite la contratación de seguros internacionales para cubrir estos riesgos. El seguro debe ser adquirido a compañías de seguro con funcionamiento autorizado en dicho país⁵⁷.

Existen coberturas que la ley local exige a las empresas que operan en su jurisdicción. Estas tienen que ver por lo general con el manejo de riesgos establecidos en la legislación laboral, ambiental, o en materia de operaciones hidrocarburíferas. Estas obligaciones legales deben cumplirse sin dejar de considerar las convenciones mundialmente aceptadas dentro de la industria. Para ello, las Partes suelen convenir en la contratación de seguros que cumplan con las leyes locales y respeten reglas como la de Indemnidad Recíproca por pérdidas y daños a personas, propiedad y terceros. Estas coberturas se establecen sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de las Partes establecidas en la ley local. Las principales coberturas que se incluyen dentro de un contrato de servicios petroleros son las siguientes:

⁵⁶ Cfr. Ecuador. Ley General de Seguros, – Art. 66.- (Reformado por la disposición reformativa primera de la Ley 2001-55, R.O. 465-S, 30-XI-2001).- Se prohíbe celebrar en territorio ecuatoriano los siguientes contratos de seguros con empresas de seguros no establecidas legalmente en el país:

a) Seguro de personas, cuando el asegurado se encuentre en la República al celebrarse el contrato; b) Seguro contra incendio y riesgos adicionales sobre bienes ubicados en el territorio nacional; c) Seguro de casco de naves marítimas o aéreas, cuando éstos se hallen bajo matrícula ecuatoriana; d) Seguros de transporte de mercancías o bienes que se importen al país; y, e) Seguros de los demás ramos contra riesgos que puedan ocurrir en territorio ecuatoriano.

En el caso que ninguna empresa de seguros autorizada para operar en el país pueda asumir determinado riesgo, el interesado previa autorización del Superintendente de Bancos y Seguros, podrá contratar el seguro sobre ese riesgo en el exterior.

⁵⁷ Cfr. Ecuador. Decreto Supremo 1147, DEL SEGURO. - Art. 3.- Para los efectos de esta Ley, se considera asegurador a la persona jurídica legalmente autorizada para operar en el Ecuador, que asume los riesgos especificados en el contrato de seguro; solicitante a la persona natural o jurídica que contrata el seguro, sea por cuenta propia o por la de un tercero determinado o determinable que traslada los riesgos al

- Responsabilidad Patronal: cubre la responsabilidad de los Patrones a frente a sus obligaciones por riesgos de trabajo y enfermedades profesionales establecidos en los códigos de trabajo y leyes de seguridad social locales. Se refieren general mente a accidentes de trabajo y enfermedad ocupacional sufridas por sus empleados⁵⁸.
- Obligación Patronal por Responsabilidad de Terceros: en muchas legislaciones – entre ellas la ecuatoriana – se reconoce el derecho del tercero perjudicado de exigir indemnizaciones al causante de su pérdida o daño, sin perjuicio de otras compensaciones que tenga derecho conforme a la ley⁵⁹. En virtud de la regla de la Indemnidad Recíproca (*cfr. supra, Cap.2.1.1.*), esta cobertura garantiza a la Parte causante del perjuicio que el empleado o dependiente de su Contraparte que resultó perjudicado, no reclamará al primero indemnización alguna, y de hacerlo, que su patrono asumirá dichos costos en cumplimiento de la regla del antes mencionada.

asegurador; asegurado es la interesada en la traslación de los riesgos; y, beneficiario, es la que ha de percibir, en caso de siniestro, el producto del seguro.

⁵⁸ Cfr. Ecuador. Código del Trabajo, - Art. 353.- Indemnizaciones a cargo del empleador.- El empleador está obligado a cubrir las indemnizaciones y prestaciones establecidas en este Título, en todo caso de accidente o enfermedad profesional, siempre que el trabajador no se hallare comprendido dentro del régimen del Seguro Social y protegido por éste, salvo los casos contemplados en el artículo siguiente.

Art. 356.- Seguro facultativo.- El empleador en el caso de trabajadores no sujetos al régimen del Seguro Social Obligatorio de Riesgos, podrá contratar un seguro facultativo a su cargo, constituido a favor de sus trabajadores, en la propia institución o en una compañía o cualquier institución similar legalmente establecida, siempre que las indemnizaciones no sean inferiores a las que prescribe este Código.

⁵⁹ Cfr. Ecuador. Código del Trabajo, - Art. 357.- Responsabilidad de terceros.- Sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, la víctima del accidente o quienes tengan derecho a la indemnización, podrán reclamarla en forma total de los terceros causantes del accidente, con arreglo al derecho común.

La indemnización que se reciba de terceros libera al empleador de su responsabilidad en la parte que el tercero causante del accidente sea obligado a pagar.

La acción contra terceros puede ser ejercida por el empleador a su costa y a nombre de la víctima o al de los que tienen derecho a la indemnización, si ellos no la hubieren deducido dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha del accidente.

- Responsabilidad General hacia Terceros: conocida en inglés como *Comprehensive General Liability*, cubre la responsabilidad legal de la Parte de pagar o indemnizar los daños corporales y/o a la propiedad sufridos por cualquier tercero, derivados de la ejecución de sus actividades en el área de operaciones⁶⁰. Los riesgos cubiertos incluyen muerte o daños corporales a terceros, pérdida o daño a la propiedad de terceros y perjuicios financieros a un tercero como resultado de los acontecimientos arriba mencionados.

El seguro de Responsabilidad General frente a Terceros, se aplica siempre que el obligado sea legalmente responsable y puede incluir responsabilidades legales por daños ambientales que se encuentren establecidas en las leyes locales⁶¹. Además de las coberturas antes descritas existen otros riesgos cuyo aseguramiento puede ser exigido legal o contractualmente a las Partes contratantes. Entre ellos podemos mencionar:

- Seguros de fletamento de de aviones y barcos.
- Seguros de incendio.
- Seguros al patrimonio.

⁶⁰ Cfr. Ecuador. Decreto Supremo 1147, DEL SEGURO. - Art. 50.- En los seguros de responsabilidad civil, el asegurador debe satisfacer, dentro de los límites fijados en el contrato, las indemnizaciones pecuniarias que, de acuerdo con las leyes, resulte obligado a pagar el asegurado, como civilmente responsable de los daños causados a terceros, por hechos previstos en el contrato.

⁶¹ Cfr. Ecuador. Ley de Gestión Ambiental, Art. 43.- Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

Sin perjuicio de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

- Seguros de transporte de personas y carga
- Fianzas y garantías de calidad y entrega.

La responsabilidad y cláusulas de seguros en un el contrato de servicios petroleros debe ser tratado como dos etapas distintas y separadas respecto al tratamiento del riesgo. En la primera etapa se distribuye los riesgos entre los Partes dentro del contrato mediante cláusulas de asignación de responsabilidad. En la segunda etapa cada Parte hace su propia contratación de seguros, en la medida que requiere sus obligación de resarcir económicamente la responsabilidad contractualmente asumida.

Adicionalmente, resulta una práctica habitual que las Partes convengan incluirse mutuamente en calidad de “asegurados adicionales” en sus respectivas pólizas de seguro de responsabilidad hacia terceros. De esta manera, las compañías aseguradoras renuncian a sus derechos de subrogación y repetición contra ellas en el caso que sean responsables del acometimiento de un evento catastrófico. Esto es solo una forma de respetar la regla de Indemnidad Recíproca.

CAPITULO CUARTO

TERMINOS Y CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SERVICIOS PETROLEROS

4.1. ANALISIS DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO

Las Contratistas de servicios petroleros tienen que asegurar el cumplimiento de todas las leyes aplicables a sus operaciones de negocio internacional. Por ello es importante estar consciente de determinados términos o condiciones, o temas en los contratos o transacciones que podrían crear serias cuestiones legales para la Empresa. Los términos y condiciones generales de un contrato de Servicios petroleros deben ser cuidadosamente escritos para proporcionar a la Contratista la seguridad jurídica necesaria. Muchos de estos términos y condiciones son apropiados y necesarios debido a la naturaleza de las operaciones y para clarificar el alcance de los servicios que la Contratista se compromete a proporcionar a la Compañía Operadora.

4.1.1. Definiciones

Generalmente los contratos inician con una cláusula de definiciones, tanto técnicas como legales. En una industria en la cual existen muchos términos técnicos y procesos industriales específicos, es muy importante establecer el sentido correcto sobre el uso de una u otra palabra. Esto tiene una doble función: la primera es facilitar a los usuarios del contratos – técnicos industriales – una comprensión mas adecuada del contrato; y en segundo lugar, ayudar a los abogados a entender ciertas condiciones

técnicas que faciliten la determinación de obligaciones de las Partes y el control de su cumplimiento.

Adicionalmente, incluir definiciones es una buena práctica en la medida que facilita la redacción del documento. Esto evita excesivas explicaciones en el contenido del contrato, que luego puede llevar a un problema de interpretación. Las definiciones deben ser específicas, concretas, y lo más cortas como sean posible.

4.1.2. Aplicación o Alcance del Contrato

La construcción de pozos petroleros demanda de una gran cantidad de bienes y servicios. Muchos de ellos deben ser proveídos de forma simultánea, aunque no necesariamente lo sean por un solo contratista. Es importante definir los servicios que cada contratista se compromete a proveer y cual es el alcance de su responsabilidad dentro de la operación.

Si se presentase una falla en la construcción del pozo, esta simultaneidad en la provisión de servicios hace muy difícil determinar cual de los servicios provistos causó la falla. Sólo la investigación de la falla implica la ejecución de varios trabajos adicionales sumamente costosos, sin siquiera considerar los trabajos de reparación del pozo para volverlo operativo. Estos costos muchas veces pueden estar a cargo del responsable del error. Una descripción vaga del alcance del contrato pudiera implicar que el Contratista asuma responsabilidades innecesarias por servicios no provistos por este.

4.1.3. Garantías y Responsabilidades

Como se ha mencionado durante este trabajo, uno de los factores más importantes dentro de la industria hidrocarburífera es la incertidumbre. Pese al avance de la

tecnología aplicada a la industria, no existen todavía medios que puedan garantizar sin margen de error la existencia de yacimientos productivos en una determinada área geográfica. Por ello, obtener información que ayude a la planificación y toma de decisiones es de suma importancia y la gran mayoría de servicios petroleros se enfocan a la adquisición, procesamiento e interpretación de registros. Estos últimos se obtienen a partir de mediciones en la formación antes y durante los trabajos de construcción del pozo y su procesamiento permite tomar decisiones respecto al plan de perforación.

4.1.3.1. Interpretación de datos: Cualquier Interpretación de Datos de prueba o registros es una cuestión de análisis subjetivo y no es una ciencia exacta. La Contratista no puede garantizar que sus interpretaciones o recomendaciones sean correctas, y la Compañía Operadora no debería por lo tanto basar cualquier plan de perforación u otra decisión únicamente en las interpretaciones o recomendaciones de La Contratista. Estas cláusulas previene que la compañía Operadora pueda reclamar daños contra la Contratista si usa interpretaciones la última para perforar o tomar cualquier otra decisión cuyos resultados no sean los esperados.

4.1.3.2. Transmisión de Información y Almacenaje: Cuando se adquieren y procesan datos, la responsabilidad de la Contratista termina una vez que los resultados son entregados a su cliente. Es muy común que se conserve una copia o base de datos de los servicios prestados, aunque no existe obligación contractual para hacerlo y la Contratista no puede responder ni por el uso final de los mismos, ni por su correcto manejo y almacenaje. Por ello, la Contratista no garantiza la exactitud de los registros o datos de prueba, ni por el almacenaje de cintas, registros o productos similares, y no será responsable si son interceptados o usados indebidamente por terceras personas.

4.1.3.3. Garantías en General: La responsabilidad de la Contratista hacia la Compañía Operadora no excederá en ningún caso el monto de los réditos de la Contratista obtenidos conforme al contrato en cuestión. La Contratista nunca será obligado por consiguiente por daños o pérdidas indirectas y sólo será obligado ante la Compañía Operadora por daños directos y tangibles, tal como la propiedad y daños corporales, hasta la suma de réditos ganados por la Contratista conforme al contrato.

Adicionalmente, la Operadora podrá solicitar a la Contratista la entrega de garantías que aseguren la calidad y oportunidad en el prestación de los servicios. Estas garantías, pueden constituirse mediante fianzas, pólizas de cumplimiento o certificados de calidad. En el caso ecuatoriano, la empresa estatal establece la obligación de proveer dichas garantías a los Contratistas que presten servicios a la empresa y sus filiales⁶².

4.1.4. Indemnidad

⁶² Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos Art. 20.- Garantías.- En los contratos previstos en este reglamento, PETROECUADOR y sus empresas filiales exigirán las garantías que fueren necesarias para asegurar la fidelidad de la oferta, el cumplimiento del contrato y el buen uso de anticipos.

Las garantías serán incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, y podrán ser otorgadas por un banco o compañía financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos o por una compañía de seguros establecida en el país. También podrán rendirse mediante depósitos en moneda de plena circulación en el país, en efectivo o en cheque certificado a nombre de PETROECUADOR o sus empresas filiales.

Además de las garantías descritas en el inciso anterior, en los contratos de obras y servicios, para asegurar la buena ejecución y la buena calidad de los materiales se retendrá el 5% del valor de las planillas de los pagos que se hicieren por obras o servicios realizados; los valores referidos se depositarán inmediatamente después en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, en una cuenta especial a nombre del contratista.

Cuando se realice una compra en el exterior al fabricante o distribuidores autorizados de equipos, repuesto e insumos, no será necesaria la presentación de las garantías de seriedad de oferta y fiel cumplimiento del contrato; sin embargo, su pago se realizará mediante carta de crédito condicionada.

Las garantías rendidas se mantendrán vigentes y serán devueltas de acuerdo con lo que se establezcan en los respectivos contratos.

La razón del contenido de estas cláusulas fue tratado en detalle en el Capítulo Segundo (*cfr. supra, Cap. 2.2.1.*). estas cláusulas son simplemente un asentimiento mutuo de la regla de Indemnidad Recíproca.

4.1.4.1. Personal: La Contratista no reclamará contra la Compañía Operadora para daño corporal, enfermedad o muerte de los empleados de la Contratista y de sus subcontratistas, incluso si el evento fuera causado por culpa o negligencia de la compañía Operadora y sus otros contratistas. De igual forma, la compañía Operadora no reclamará contra la Contratista para daño corporal, enfermedad o muerte de los empleados de la compañía Operadora y de sus otros contratistas – excluyendo a la Contratista -, incluso si el evento fuera causado por culpa o negligencia de la Contratista y sus subcontratistas.

4.1.4.2. Propiedad: La compañía Operadora no reclamará contra la Contratista por daños o pérdida a su propiedad, incluso si el evento fuera causado por culpa o negligencia de la Contratista o su subcontratistas, debiendo incluso responder por los daños o pérdidas causados a la propiedad de sus otros contratistas – excluyendo a la Contratista – manteniendo a la Contratista indemne de reclamo alguno. De manera recíproca, la Contratista no reclamará contra la compañía Operadora por daños o pérdida a su propiedad, incluso si el evento fuera causado por culpa o negligencia de la Operadora y sus otros contratistas, debiendo incluso responder por los daños o pérdidas causados a la propiedad de sus otros contratistas – excluyendo a la Contratista – manteniendo a la Contratista indemne de reclamo alguno. Como excepción a esta regla, la Operadora es responsable de reparar las pérdidas y daños causados a los equipos y maquinaria del Contratista y sus subcontratistas:

- Mientras estén siendo transportados por cuenta o a nombre de la Operadora dentro del sitio de operaciones.

- Mientras estén localizados en el sitio de operaciones y fuera de la custodia o control de la Contratista.
- Mientras se encuentren pozo adentro, incluyendo los costos de pesca.
- Por pérdidas o daños por causa de condiciones no controladas del pozo.
- Según el caso, por daño y pérdida producto de abrasión o corrosión.

En cualquiera de estos eventos, la Compañía Operadora intentará recuperar el equipo, y pagará el coste de reparación, o de reemplazo en caso de pérdida total o daño irreparable.

4.1.4.3. Eventos Específicos: La Compañía Operadora será responsable de todo daño y pérdida de propiedad, y toda lesión corporal o muerte de los empleados de la compañía Operadora o cualquier tercero – incluyendo sus otros contratistas – causadas por consecuencia de contaminación, radiación, daños en superficie como consecuencia de eventos subterráneos – por ejemplo explosiones - incluso si el evento fuera causado por culpa o negligencia de la Contratista y sus subcontratistas.

Estos acontecimientos específicos representan riesgos catastróficos los cuales la Contratista no estaría en una condición de administrarlos o controlarlos. Sus consecuencias financieras no guardan proporción con los réditos percibidos por el pago de sus servicios, y su cobertura mediante una póliza de seguro es limitada o inexistente.

4.1.5. Obligaciones y Responsabilidades de la Compañía Operadora

Siendo la prestación de servicios el objeto principal de este contrato, la mayoría de obligaciones corren por cuenta del Contratista. Sin embargo, la Operadora también tiene obligaciones y responsabilidades adicionales al pago por los servicios prestados.

4.1.5.1. Condiciones del Pozo: La compañía Operadora es la dueña de la operación y por lo tanto conoce mejor el pozo que la Contratista. La Operadora proveerá a la Contratista toda la información que esta última necesite saber para prestar sus servicios de manera segura y eficiente. La Contratista no tiene el tiempo ni los medios para evaluar las condiciones del pozo antes de la prestación de sus servicios.

4.1.5.2. Equipo: Adicional a las obligaciones establecidas en las excepciones a la cláusula de Indemnidad Recíproca, la Operadora tiene las siguientes obligaciones:

Notificar Condiciones Riesgosas: La Compañía Operadora notificará por adelantado a la Contratista sobre cualquier condición riesgosa o inusuales en el pozo que pudieran dañar el equipo de la Contratista. No forma parte de las obligaciones del Contratista evaluar las condiciones del pozo previo la prestación de sus servicios.

Pesca: con este término se conoce a las operaciones de recuperación de una herramienta perdida dentro del pozo. La Operadora es la única responsable de las operaciones de pesca, incluso cuando la Contratista colabore con dichas operaciones bajo solicitud de la Operadora.

Fuentes Radioactivas: Si una de las fuentes radiactivas de la Contratista se pierde, la compañía Operadora intentará recuperarla y seguir todas las regulaciones gubernamentales aplicables al caso. Adicionalmente, deberá mantener a la Contratista informada sobre el desarrollo de los acontecimientos.

4.1.5.3. Transporte y Almacenaje: La compañía Operadora es responsable de proveer al equipo y personal de la Contratista acceso adecuado al taladro de perforación – o pozo -. Dentro del área de operaciones, la Operadora es responsable de proporcionar un espacio de almacenaje apropiado.

4.1.5.4. Alojamiento y Alimentación: La compañía Operadora proveerá a su costo el alojamiento y alimentación del personal del Contratista y sus subcontratistas dentro del área de operaciones.

4.1.5.5. Seguridad: Esta es una de las condiciones mas críticas, especialmente cuando las operaciones se ejecutan en áreas potencialmente riesgosas. El oriente ecuatoriano es considerado una de ellas debido a su proximidad con la frontera con Colombia. La compañía Operadora es responsable de proveer al equipo y personal de la Contratista todos los medios necesarios para asegurar un ambiente seguro de trabajo. En caso de una emergencia, la compañía Operadora se asegurará que los empleados de la Contratista y sus subcontratistas reciban la asistencia médica apropiada y proveerá el medio de transporte mas rápido al hospital más cercano o aeropuerto, según sea el caso.

4.1.5.6. Licencias y Aprobaciones: La compañía Operadora obtendrá de las autoridades competentes todas las licencias y aprobaciones necesarias para que la Contratista pueda proveer sus servicios dentro del área de operaciones. Estas licencias incluyen la transportación y manejo de químicos, explosivos y fuentes radioactivas.

4.1.6. Condiciones y Forma de Pago:

Como cualquier contrato mercantil, el de servicios petroleros se somete a las formas establecidas por las leyes locales respecto al pago efectivo en general.⁶³ Sin embargo, el precio de los servicios petroleros es muy elevado, por lo que la disposición de dichos valores resulta determinante para el manejo adecuado del flujo financiero de la Contratista. Existen algunas condiciones que se pueden establecer en el contrato respecto a la forma de pago de los servicios.

El valor que la Operadora reconocerá para pago a favor de la Contratista corresponderá a la descripción, unidad de medida y forma de pago de las tarifas aplicables descritas en la oferta comercial o listas de precios presentadas por la Contratista. Una vez que el Contratista finaliza los Trabajos en cada pozo, el Contratista presentará para aprobación por parte de la Operadora una factura por pozo con los soportes correspondientes para verificación de los valores y de acuerdo a las leyes y regulaciones ecuatorianas de facturación.

Es preciso fijar un plazo máximo de pago por parte de la compañía Operadora. La costumbre dentro de la industria es efectuar el pago de las facturas aprobadas dentro de los treinta (30) Días posteriores a su recepción. Tal pago no perjudicará el derecho de la Compañía de impugnar posteriormente cualquier parte de una factura; en tal caso, la Compañía deberá notificar al Contratista del rubro en disputa, especificando su reclamo, y tendrá el derecho de retener únicamente el valor de tal rubro en disputa. La falta de pago

⁶³ Cfr. Ecuador. Código de Comercio, Art. 154.- Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en el Ecuador, se regirán por las leyes ecuatorianas.

Así, la entrega y pago, la moneda en que éste debe hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que impone la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las Leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.

Cfr. Ecuador. Código de Civil, Art. 1585.- El pago se hará, bajo todos respectos, en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.

en el tiempo establecido, faculta a la Contratista exigir el pago de intereses por mora. Este derecho es reconocido también dentro de la legislación ecuatoriana⁶⁴.

4.1.7. Confidencialidad de la Información:

Para a llevar cabo la prestación de sus servicios, las Operadora debe proporcionar a la Contratista información técnica específica que puede ser comercialmente relevante para cualquiera de ella. Esta información puede incluir:

- Registros sísmicos
- Información geológica, mapas, interpretaciones
- Acuerdos comerciales
- Tecnología y Know how
- Información financiera.

Las Partes deben establecer el proceso mas adecuado para que la información compartida quede bajo conocimiento exclusivo de las personas dedicadas a la ejecución de los trabajos. Existen tres consideraciones relevantes respecto al manejo de información comercial sensitiva:

- El alcance de la autorización de uso
- Designación de las personas autorizadas para su manejo

⁶⁴ Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos, Art. 27.- Pagos.- Si el pago no se efectuare dentro del plazo estipulado, PETROECUADOR o sus empresas filiales estarán obligadas a reconocer al contratista el interés legal de mora vigente a la fecha, computado por el número de días de retardo; siempre y cuando PETROECUADOR o sus filiales no hayan objetado

- Vigencia del acuerdo de confidencialidad

Cualquier dato o información derivado o relacionado con la ejecución de los Trabajos u otra actividad en el area de operaciones de la Operadora, cualquier fuese su especie o naturaleza, y/o cualquier información obtenida por el Contratista como resultado de la ejecución del contrato, será confidencial y no se revelará a terceros sin el consentimiento previo por escrito de la Operadora. La obligación de confidencialidad asumida por el Contratista no aplicará a ninguna información revelada al Contratista y que este pueda mostrar mediante pruebas razonables que la información:

- Es de dominio público al momento en que el Contratista recibió la información; o,
- Es de conocimiento general del público - sin que el Contratista lo haya divulgado - después de recibir la información; o,
- Es conocida por el Contratista antes de recibir la información; o,
- Ha sido revelada al Contratista por terceros en forma no confidencial, quienes no tienen obligación legal con la Compañía de mantener la información como confidencial; o,
- El Contratista está obligado a revelar de acuerdo a una orden judicial.

Las estipulaciones de confidencialidad sobrevivirán a la terminación del contrato por un periodo de tiempo acordado entre las Partes. El Contratista obligará a sus subcontratistas, proveedores y otros con quienes trabaje para la Operadora, a observar las mismas obligaciones de confidencialidad como se describe anteriormente.

planillas o facturas mal presentadas. El Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR o el Vicepresidente en

4.1.8. Fuerza mayor.

La ley ecuatoriana define a la fuerza mayor o caso fortuito como el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.⁶⁵ No se considerará que ninguna de las Partes está en incumplimiento el contrato si sucede un caso de fuerza mayor, entendida como cualquier causa o suceso que afecte la capacidad de una de las Partes para cumplir con sus obligaciones, causa o suceso que estén fuera del control razonable de la Parte afectada y no se deban a acción u omisión de ella, y que no hubiese sido posible evitar mediante el uso de diligencia razonable, incluidos, y sin limitación, sabotaje, actos bélicos - guerra declarada o no declarada -, bloqueo, embargo, insurrección, hostilidades, resistencia civil, saqueos, acción militar o de guerrillas, actividad terrorista, explosión, accidentes, huelgas nacionales, regionales o locales, y cualquier otro hecho definido por las leyes ecuatorianas. Ello no excluye el que, libremente, cualquiera de las Partes pueda asumir, como en efecto asume tal como se estipula más adelante, algunas de las consecuencias de la fuerza mayor.

La Parte afectada por el evento de fuerza mayor debe notificar en un plazo determinado posterior al evento de fuerza mayor a la otra Parte, indicando todos los detalles importantes relacionados con dicho evento. La falta en dar tal notificación dentro del período establecido impedirá a la Parte afectada alegar a su favor el evento de fuerza mayor.

las filiales, según el caso, sancionará a los funcionarios responsables del retraso.

⁶⁵ Cfr. Ecuador. Código Civil Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Para que un evento pueda ser considerado un evento de fuerza mayor, se tendrán que cumplir los siguientes requerimientos:

- La Parte afectada tendrá que probar, de forma razonable, el evento de fuerza mayor y su impacto en el cumplimiento de sus obligaciones, y
- La otra Parte deberá verificar razonablemente el impacto que tendrá el evento de fuerza mayor sobre el cumplimiento de las obligaciones de la Parte afectada.

Si se prueba y acepta que un evento de fuerza mayor afecta solo al Contratista, cualquier costo o gasto adicional que incurra el Contratista por tal hecho, será asumido por este. Si se prueba y acepta que un evento de fuerza mayor afecta solo a la Operadora, cualquier costo o gasto adicional que incurra la Operadora por tal hecho, será asumido por la esta. Si se prueba y acepta que un evento de fuerza mayor afecta las Partes, cualquier costo o gasto adicional que resulte de tal hecho, será asumido por las Partes según acuerden.

4.1.9. Ley Aplicable, Disputas e Impuestos

El marco regulatorio del contrato de servicios petroleros contempla un amplio margen de temas que incluye, entre otros, la selección del Contratista, cuestiones relativas a seguridad, medio ambiente, salud ocupacional. Se requiere permisos gubernamentales para la ejecución de planes de desarrollo y trabajos anuales, permisos para perforar, producir y abandonar pozos. Todos estos temas, en conjunto con la mayoría que han sido tratados contiene provisiones específicas que deben estar en concordancia con las leyes aplicables.

La obligación primaria de las Partes es someterse a las leyes del país o localidad donde los servicios se llevan a cabo⁶⁶. Esto implica el cumplimiento de todas las obligaciones que la ley local establezca en relación con sus actividades mercantiles, incluyendo sus responsabilidades societaria, laborales, tributarias, entre otras. En el caso que cualquiera de las provisiones contenidas en el contrato sean contrarias a la Ley, tales provisiones deberán considerarse como no escritas.

Como se mencionó el Capítulo Primero, muchas compañías de la industria prefieren la aplicación de la ley inglesa en sus contratos. Con ello buscan asegurar la aplicación de condiciones que a su criterio resultan más aceptables a aquellas que se pueden encontrar en legislaciones de países que se consideran tener una alta inestabilidad jurídica. En el caso del Ecuador, el Código de Comercio establece que los contratos que deban surtir efectos en este territorio se deben someter a la ley ecuatoriana, aunque se otorga la posibilidad que las partes acuerden otra cosa⁶⁷, es decir someterse a otra legislación siempre que dicha decisión no se tome para vulnerar los derechos de terceros o evadir las obligaciones de las Partes conforme a la ley ecuatoriana.

El sometimiento a una ley determinada también implica la aceptación de los medios establecidos en ella para la resolución de disputas relativas al contrato. En materia civil y comercial, las partes pueden consentir el uso de medios alternativos para la solución de controversias. Así, por motivo de la ejecución del Contrato surgiera algún tipo de divergencia entre las Partes, las mismas realizarán sus mejores esfuerzos para

⁶⁶ Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. 26.- Las empresas extranjeras que deseen celebrar contratos contemplados en esta Ley deberán domiciliarse en el País y cumplir con todos los requisitos previstos en las leyes.

Estas empresas extranjeras se sujetarán a los tribunales del País y renunciarán expresamente a toda reclamación por vía diplomática. Aquella sujeción y esta renuncia se considerarán implícitas en todo contrato celebrado con el Estado o con PETROECUADOR.

⁶⁷ Cfr. Ecuador. Código de Comercio Art. 154.

arribar a una solución equitativa y negociada, sobre la base de la buena fe y a través de consultas mutuas.

Si aun así el conflicto no pudiera ser resuelto, para la resolución de cuantas cuestiones pudieran derivarse del otorgamiento, vigencia y efectos de su contrato, las partes pueden someterse a la resolución de un Tribunal de Arbitraje a ser designado, cuya competencia es expresamente reconocida por las Partes. Las normas a aplicarse serán las dispuestas en las Leyes de Arbitraje y Mediación del lugar y demás reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación escogido⁶⁸.

En cuanto a las obligaciones tributarias de las Partes, cada una de ellas pagará todos los impuestos que se le pudieren causar en relación con el trabajo realizado bajo el contrato, asumiendo toda obligación o reclamo por los impuestos, multas, penalidades e

⁶⁸ Cfr. Ecuador. Ley de Hidrocarburos, Art. 10.- (Sustituido por el Art. 34 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- Los actos jurídicos de las instituciones del sector podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En sede judicial, se tramitará ante los tribunales distritales de lo Contencioso - Administrativo.

Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta ley podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y arbitraje de conformidad con lo establecido en la ley y en el convenio arbitral correspondiente.

Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos, Art. 35.- Controversias.- Las controversias derivadas de los contratos celebrados por PETROECUADOR o sus empresas filiales, en la vía jurisdiccional, se ventilarán ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada.

Alternativamente, en los contratos se podrá pactar mecanismos alternativos para la solución de las disputas, controversias o reclamaciones que surjan de o relacionadas con los contratos que celebre PETROECUADOR y sus empresas filiales incluyendo, sin limitación, al incumplimiento, terminación, la validez o invalidez del mismo, cualquier cuestión no contractual relacionada con el contrato, conforme a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación.

PETROECUADOR y sus empresas filiales, procurarán evitar el inicio de acciones judiciales, para lo cual buscarán solucionar las diferencias mediante acuerdos directos. En ningún caso PETROECUADOR o sus empresas filiales condicionarán el pago de planillas o facturas correspondientes a servicios efectivamente prestados, a la compensación de obligaciones que no hubieren sido aceptadas por las partes. Si existiese controversias en el pago de facturas, los representantes legales de PETROECUADOR y sus empresas filiales, están facultados, atentos a las diversas circunstancias, disponer el pago de valores no controvertidos, sin perjuicio de que los valores controvertidos se proceda a buscar fórmulas alternativas de solución de controversias o se inicien las acciones judiciales que correspondan.

intereses sobre los mismos, impuestos o gravados por Ecuador, ó por el gobierno de cualquier otro país, con respecto al Trabajo, excepto si tales reclamos o responsabilidades se originan de la obligación de la Operadora de depositar los impuestos retenidos a favor de la Contratista.

4.1.10. Terminación del Contrato

Un contrato de servicios petroleros sigue las reglas establecidas en el derecho civil y comercial respecto a las causas de su terminación. Sin embargo, siendo un convenio privado, las Partes pueden estipular libremente cualquier tipo de causas que determinen la terminación del acuerdo, siempre que las mismas no contravengan ley alguna. La ley de contratación de Petroecuador, establece algunas causales por las cuales un contrato de servicios petroleros puede darse por terminado⁶⁹. Estas pueden resumirse de la siguiente forma:

- Por cumplimiento del objeto contractual.
- Por acuerdo de las partes contratantes realizado antes de la ejecución total del contrato.
- Por declaración unilateral de una de las Partes en caso de incumplimiento de la Contraparte.
- Por las demás causas que se estipulen en el contrato.

⁶⁹ Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos, Art. 6.- Terminación de los Contratos.- Los contratos celebrados por PETROECUADOR o sus empresas filiales pueden legalmente terminar por las siguientes causas:

Como se puede apreciar, existen causales habituales a todo tipo de contratos y se deja abierta la posibilidad que las Partes de común acuerdo establezcan todas las causales particulares que a su juicio, constituyen causas suficientes para dar por terminado el contrato. Adicionalmente, la Operadora siempre suele reservarse su potestad unilateral de dar por terminado el contrato por cualquier causa, incluyendo el incumplimiento de la ley por parte de la Contratista, cuando esto acarree responsabilidades civiles y penales⁷⁰.

1.- Por cumplimiento del objeto contractual; 2.- Por acuerdo de las partes contratantes realizado antes de la ejecución total del contrato; 3.- Por declaración unilateral de PETROECUADOR o sus empresas filiales en caso de incumplimiento del contratista.; y, 4.- Por las demás causas que se estipulen en el contrato.

⁷⁰ Cfr. Ecuador. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos, Art. 7.- Terminación Unilateral.- PETROECUADOR o sus empresas filiales podrán dar por terminado anticipada y unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento de una o más cláusulas esenciales, debido a culpa grave del contratista. Estos efectos se tendrán por cláusulas esenciales las que hayan sido calificadas como tales en cada contrato, de acuerdo al grado de importancia que su cumplimiento tenga para PETROECUADOR o sus empresas filiales. Se entenderá por culpa grave la que está establecida como tal en el Código Civil, y será declarada por PETROECUADOR o sus empresas filiales, previo estudio de los antecedentes y de las razones del contratista y de acuerdo con el procedimiento que se establezca en el instructivo que expida el Consejo de Administración, el que en todo caso deberá respetar las garantías del debido proceso.

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES

Existe una regla general en la industria petrolera que establece que mientras mas complejo y especializado es el servicio o proyecto, una mayor cantidad de contratistas serán utilizados. Incluso las grandes compañías petroleras depositan su confianza en los servicios y soporte provistos por contratistas independientes con el conocimiento, experiencia y tecnología para llevar a cabo los trabajos en pozo. El grado al cual una Operadora decide contratar la asistencia de contratistas es un tema a ser discutido, y debe ser considerado como parte de la planificación operativa y presupuestaria de un proyecto de perforación hidrocarburífera.

El sector de los servicios petroleros es uno de los mas dinámicos componentes de la industria petrolera internacional. El incremento de la exploración petrolera, en particular la marina, ha causado la utilización de casi el ciento por ciento de la oferta del mercado e incrementado sus tarifas. Los avances técnicos en sísmica y perforación direccional están haciendo la exploración mas efectiva en términos de productividad y reducción en los costos de pozos secos.

Para determinar la naturaleza del trabajo a ejecutarse y los niveles óptimos de calidad del servicio, la industria he generado una serie de reglas especificas que garantizan a sus actores una relación comercial productiva y un método adecuado para la determinación y manejo de los riesgos de la operación. Todas estas reglas han sido incluidas en los modelos de contrato de servicios petroleros.

El objetivo principal de este trabajo era mejorar el conocimiento acerca de los elementos específicos de un contrato de servicios petroleros en pozo. Para ello, se ha realizado una descripción de las condiciones particulares que presentan las operaciones petroleras y a partir de ello la necesidad de establecer normas claras que regulen la participación de clientes y contratistas en dichas operaciones. De esta descripción se obtiene las conclusiones siguientes:

En el Capítulo Primero se analizó las características generales de los servicios petroleros en pozo, mismos que se proveen en el Ecuador a partir del año 1934. El contrato de servicios petroleros es un acuerdo para la prestación de uno o varios servicios especializados para viabilizar la producción hidrocarburífera a cambio de un pago o compensación acordada. Su esencia deriva de la teoría general de las obligaciones y los contratos, y su análisis se adapta a cualquier doctrina que trate el estudio de los documentos privados en materia civil y mercantil.

Se centró desde luego la atención en la exposición del tema conforme a la legislación ecuatoriana, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, en general. Luego se amplió la investigación al derecho comparado en cada uno de los rubros. Hubo necesidad en este punto de distinguir entre las legislaciones provenientes de los países sajones y aquellas otras provenientes de los países latinoamericanos debido a que la mayoría de compañías que trabajan dentro de la industria hidrocarburífera son empresas globales que suelen celebrar contratos bajo diferentes ordenamientos jurídicos, pero privilegian la aplicación de jurisdicciones como la inglesa o la estadounidense en sus contratos, porque consideran que proporcionan medios más idóneos para la ejecución de los acuerdos celebrados por las Partes contratantes.

También se analizó que la legislación ecuatoriana establece cuatro elementos esenciales del contrato, a saber: Consentimiento no viciado, Capacidad de las partes, Objeto lícito y Causa lícita, y que en materia mercantil cada parte se obliga en la manera y términos cuya intención aparenta ser, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. Se ve entonces, que en el negocio petrolero no existen formalidades, sino una simple aceptación de la oferta pudiendo ser realizado este acto hasta por alguien incapacitado legalmente para ejercer el comercio.

La conclusión de este Capítulo Primero es que existe escasa legislación sobre el tema en cuestión y la contenida en el Código de Comercio parece poco aplicable a la realidad debido a su antigüedad. Sin embargo se puede afirmar que el contrato de servicios petroleros en pozo sigue las mismas reglas de formación y validez de un contrato civil y mercantil en la legislación ecuatoriana, con la salvedad existente para los contratos celebrados por Petroecuador en sus filiales que incurran en la causal del artículo 25 del *Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y sus Empresas Filiales, para Obras, Bienes y Servicios Específicos* (Decreto No. 2598). Adicionalmente, dichas reglas varían más en la forma que en el fondo en el derecho inglés, siendo este último muy usado en los contratos de servicios petroleros al tratar el tema de ley aplicable y jurisdicción.

En el Segundo Capítulo se trató acerca de los elementos particulares del contrato de servicios petroleros y de los principales factores que influyen a toda variable económica manejada dentro de la industria hidrocarburífera: tecnología y riesgo. Se dijo que la tecnología es el conjunto de conocimientos propios de un arte industrial, mientras que riesgo es el daño potencial que puede surgir por un proceso presente o evento futuro.

En el industria petrolera, el riesgo es un factor clave, usualmente vinculado con la incertidumbre de que ocurra un evento. Por ello existe una gran inversión en prevención y mitigación de accidentes mediante el proceso conocido como Gerenciamiento de Riesgos.

También se trató de la promulgación de *The Right of Third Parties Act* en el derecho inglés, y como esta regla alteró la forma de hacer contratos dentro de la industria. En respuesta a esta Acta surgió en la Regla de Indemnidad Recíproca, o “*Knock for Knock*”, que contiene una serie de principios contractuales encargados de regular la responsabilidad recíproca y frente a terceros de las Partes de un contrato de servicios petroleros. La cláusula *Knock for Knock* se basa en un sistema de indemnidades recíprocas en la cual cada una de las Partes, sin importar la causa del evento o si media culpa o negligencia del causante del mismo, asumirá toda la responsabilidad por cualquier pérdida de su personal y propiedad, siempre que la Contraparte asuma también dicha responsabilidad por las pérdidas de su personal y propiedad.

Se trató las excepciones a la regla del *Knock for Knock*, en las cuales la Operadora asume completa responsabilidad por las pérdidas causadas en dichos eventos. Estos se relacionan con los eventos catastróficos como: pérdidas o daños subterráneos y sus consecuencias, explosiones e incendios en pozo, daños por contaminación o radiación, interpretación inadecuada de datos y registros, actos dolosos o de negligencia grave. Las razones que justifican estas excepciones son entre otras: la imposibilidad de asegurar dichos riesgos, los ingresos limitados del Contratista frente a aquellos percibidos por la Operadora, y que esta última es la dueña y responsable de la operación.

También se dijo que en las operaciones hidrocarburíferas, el lucro cesante es muy difícil de determinar debido a que no se puede cuantificar ni los daños producidos ni los

ingresos que se dejaron de percibir por dichos daños, por lo que ninguna de las Partes debería ser responsable de ningún daño punitivo, secundario, consecuente, daños indirectos o especiales, ni por pérdida alguna de ganancias o interrupciones de negocio. Finalmente se hablo de dos modelos de contrato muy utilizados en los servicios petroleros, el contrato con esquema de Incentivo, cuyo principio busca recompensar financieramente a la Contratista por mejorar los resultados y productividad del proyecto, y el contrato “Llave en Mano” donde la Contratista asume completa responsabilidad y riesgo en el desarrollo del pozo hasta el cumplimiento de la meta establecida.

La conclusión de este Capítulo Segundo es que el contrato de servicios petroleros es una herramienta de asignación de responsabilidades y riesgos. El riesgo en la industria petrolera incluye una serie de variables que pueden erosionar los beneficios comerciales de un acuerdo y por ello, las Partes buscan minimizar su exposición a eventos catastróficos que pudieran amenazar su propósito de obtener beneficios económicos del contrato. No obstante, tanto como la libertad contractual es la piedra angular del comercio, el orden publico lo es de la sociedad, y por ello limita dicha libertad cuando las Partes intentan eludir responsabilidades que surgen de su propia negligencia, o incluso el incumplimiento de sus obligaciones legales.

En el Capítulo Tercero se trató el manejo de riesgos y las pólizas de seguros en el contrato de servicios petroleros. La Contratista identifica y evalúa los riesgos a los cuales se expone, selecciona e implementa medidas de control de riesgos rentables para evitar o reducir la exposición a la pérdida, y establece la financiación de riesgo apropiado -incluyendo, pero no limitándose al contrato de seguro - para compensar los efectos de la pérdida.

Se mencionó que el riesgo se convierte en una medida del grado al cual la empresa no alcanza los objetivos proyectados del negocio y para efectos contractuales y legales puede ser dividido en eventos manejables - desempeño / económicos / comerciales – y eventos inmanejables – fortuitos -. La aceptación de los riesgos comerciales dependerá de la capacidad de manejarlos y aunque el riesgo fortuito es asegurable, el coste incurrido en su aseguramiento puede causar un impacto comercial que hará revisar la decisión de asumirlo.

También se estableció que una de las herramientas de administración de riesgos es el contrato de seguros. Sin embargo, el seguro no ofrece una garantía total de certeza, ya que las pólizas tiene exclusiones y las coberturas pueden ser invalidadas, o debilitadas en su efecto por las acciones u omisiones del los asegurados. Muchos los riesgos son de hecho no son asegurables y los costos de las primas de seguro son cíclicos: el ciclo del mercado de seguros no está vinculado al ciclo del precio del petróleo, de manera que los gastos de seguros pueden elevarse súbitamente cuando el precio de petróleo disminuye.

El riesgo en un contrato de servicios petroleros es asignado mediante cláusulas de responsabilidad e indemnidad, y el seguro es uno de los medios para cubrir todo o parte de dichos riesgos. Por convención generalmente aceptada en la industria, el contrato de servicios petroleros obliga a las Partes a contratar seguros que garanticen el acatamiento de las cláusulas de responsabilidad e indemnidad. El objetivo es asegurar que la Partes obligadas cuenten con los recursos financieros necesarios para pagar la compensación debida en caso de un siniestro. No obstante, aunque se contrate seguros, es obligación adicional de la Partes evaluar si las coberturas contratadas son suficientes o no, ya que los provisiones contractuales sobre seguros son solamente requisitos mínimos considerados, siendo responsabilidad de las Partes obtener cobertura adicional de ser requerida.

En cuanto a la contratación de seguros, se dijo que las compañías de servicios petroleros adquieren seguros locales sólo cuando hay una obligación legal o contractual para hacerlo. En muchas jurisdicciones – entre ellas el Ecuador - no se permite la contratación de seguros internacionales para cubrir estos riesgos, debiendo ser cubiertos por compañías de seguro legalmente autorizadas a operar en dicho país. Existen coberturas que la ley local exige a las empresas que operan en su jurisdicción, generalmente relacionadas con sus obligaciones en la legislación laboral, ambiental, o en materia de operaciones hidrocarburíferas. Estas obligaciones legales deben cumplirse sin dejar a un lado las convenciones mundialmente aceptadas dentro de la industria. Para ello, las Partes suelen convenir en la contratación de seguros que cumplan con las leyes locales y respeten reglas como la de Indemnidad Recíproca.

Adicionalmente, se estableció que resulta habitual que las Partes convengan incluirse mutuamente en calidad de “asegurados adicionales” en sus respectivas pólizas de seguro de responsabilidad hacia terceros. De esta manera, las compañías aseguradoras renuncian a sus derechos de subrogación y repetición contra ellas en el caso que sean responsables del acometimiento de un evento catastrófico. Esto es solo una forma de respetar la regla de Indemnidad Recíproca.

La conclusión de este Capítulo Tercero es que el seguro en la industria hidrocarburífera es sólo una herramienta de control financiero que se usa al final del proceso de administración del riesgo. No debería ser considerado una solución para asumir contractualmente riesgos o responsabilidades excesivas, ya que el seguro no disminuye la probabilidad de ocurrencia, simplemente trasfiere su exposición financiera. Así, la utilización de seguro para afrontar los riesgos operativos en la industria hidrocarburífera debería ser una opción, pero no la solución final. El seguro es un

instrumento de manejo financiero de riesgos y no un medio de solución o exoneración de responsabilidades, ya que solo transfiere la pérdida económica del causante, pero no su responsabilidad frente a la autoridad y la ley.

Finalmente, en el Capítulo Cuarto se estableció que un contrato mercantil puede ser demasiado abstracto para ser legalmente vinculante, a no ser que ciertas provisiones comerciales básicas sean incluidas en él. Como mínimo un contrato debe contener términos esenciales incluyendo la identificación de las Partes, descripción de su objeto, precio y fecha de la ejecución. En adición a estas condiciones esenciales, la estructura del contrato es dividida en condiciones que trata asuntos comerciales, riesgos, responsabilidades y condiciones generales y administrativas.

El corazón comercial de un contrato se preocupa de establecer los beneficios que las Partes esperan recibir por el cumplimiento exitoso del trabajo a ser realizado. Estas condiciones se dividen en derechos y obligaciones de las Partes, y establecen el alcance del contrato, el programa de ejecución y su presupuesto. Ciertas condiciones también son utilizadas con el fin de establecer responsabilidades operativas y financieras por el riesgo que ciertos eventos pueden causar a la obtención de los beneficios esperados. Estas provisiones se encuentran en cláusulas que establecen indemnidades, fuerza mayor, cargos por mora, entregas retrasadas o diferidas, suspensión del trabajo, terminación del contrato, daños emergentes, lucro cesante, garantías y seguros. Por último, existen provisiones que tratan asuntos generales y de administración del contrato y se refieren a notificaciones, certificaciones de cumplimiento del trabajo, procedimientos de auditoría, controversias y disputas.

La conclusión de este Capítulo Cuarto es que todo contrato tiene elementos particulares que responden a hechos específicos de cada actividad industrial o económica.

El Contrato de Servicios Petroleros no es una excepción, sin embargo pocas personas conocen cada uno de éstos. La omisión de alguno de estos elementos cuando se elabora y firma un contrato puede ser determinante al momento de establecer responsabilidades frente a un evento que afecte las operaciones.

BIBLIOGRAFIA

1. ALESSANDRI, Arturo, Derecho Civil de los Contratos, Santiago, Editorial Zamorano y Caperán, 1976.
2. AMLIN, Joseph P., Oilfield Services Sales: -Theory, Process and Applications, 1era Edición, China, SLB Oilfield Services, 2004.
3. Código Civil, Ecuador.
4. Código de Comercio, Ecuador.
5. Código del Trabajo, - Ecuador.
6. Constitución Política de la Republica del Ecuador, Ecuador.
7. Decreto Supremo 1147, (R.O. 123, 7-XII-63), Ecuador.
8. GORDILLO, Ramiro, El Oro del Diablo? Ecuador: Historia del Petróleo, Quito, Corporación Editora Nacional.
9. Ley de Gestión Ambiental, - Ecuador.
10. Ley de Hidrocarburos, - Ecuador.
11. Ley General de Seguros, Ecuador.
12. Oilfield Services Manual, II Edición, Houston, SLB Oilfield Services, 2002.
13. OLLECK, Sucha S., Essential Elements of Contract, British Columbia, C-Law, 2001.
14. PEÑA TRIVIÑO, Eduardo, Manual de Derechos de Seguros, Guayaquil, Edino, 2000.

15. Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos, Ecuador.

16. Reglamento General a la Ley de Seguros, Ecuador

17. Uniform Commerce Code, 1-201(11), citado por Black's Law Dictionary, VI Edición, 1990.

Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y su Empresas Filiales para Obras, Bienes y Servicios Específicos