

Opinión parcialmente disidente del árbitro Juan Pablo Cárdenas Mejía

1. Con todo respeto por mis distinguidos coárbitros José Miguel Júdece y Manuel Conthe, debo manifestar que no comparto parcialmente el Laudo Arbitral proferido en este proceso, en cuanto el mismo reconoce a favor de la Demandante y a cargo de la Demandada sendas indemnizaciones por razón de los costos hundidos de la Solución Integral y por daños morales, por las razones que expreso a continuación:

1 La indemnización reconocida a la Demandante por razón de los costos hundidos de la Solución Integral.

2. En el Laudo se expresa¹ que el “Tribunal, por mayoría, ha concluido de la prueba presentada que la Secretaría y GOE llegaron a un acuerdo en relación con la “Solución Integral”, lo que queda confirmado por los documentos mencionados relativos a este período, incluyendo las comunicaciones de la Secretaría”.
3. Igualmente se indica² que “Tribunal determina así, por mayoría, que la Secretaría incurrió en responsabilidad ‘precontractual’ –en la medida en que la Solución Integral habría exigido una modificación del Contrato–, lo que tiene como consecuencia que la Demandada deba compensar los daños emergentes sufridos por la Demandante
4. A este respecto considero que no existió un acuerdo para implementar la Solución Integral, ni tampoco se puede concluir que la Secretaría incurrió en responsabilidad precontractual.

1.1 La inexistencia de un acuerdo vinculante

5. En primer lugar, no existió un acuerdo vinculante entre GOE y la Secretaría para la implementación de la Solución Integral. En efecto, si bien existió un proceso de negociación y se llegaron a acuerdos técnicos, nunca se llegó a un acuerdo vinculante, esto es, que generara obligaciones y por ello responsabilidad en caso de incumplimiento, de conformidad con la ley ecuatoriana. En concreto, del expediente resulta: en primer lugar que el documento que invoca la Demandante, no acredita la existencia de dicho acuerdo, ni tal documento pudo dar lugar a la formación de un acuerdo; en segundo lugar que la conducta de la Demandante indica claramente que no existió un acuerdo vinculante, y en tercer lugar, que la existencia del acuerdo tampoco se desprende de la correspondencia a la que hace referencia el Laudo.
6. En primer lugar, el documento que invoca la Demandante no acredita la existencia de un acuerdo vinculante para implementar la Solución Integral.
7. En efecto, en su Demanda la Demandante señala³ que para financiar la Solución Integral se propuso un aumento de tarifa y que “las negociaciones no llegaron finalmente a un acuerdo definitivo en tanto la Secretaría de Hidrocarburos concluyó que el incremento de la tarifa no convenía a los intereses del Estado ecuatoriano”⁴ por lo que se expresa en la Demanda: “Como alternativa, Gente Oil Ecuador propuso entonces recuperar su inversión mediante el reembolso por

¹ Laudo, ¶ 1094

² Laudo, ¶ 1325

³ Escrito de Demanda, ¶ 72

⁴ Escrito de Demanda, ¶ 73

parte de Ecuador, basándose para ello en lo dispuesto en el Art. 60 de la Ley de Hidrocarburos. La Secretaría aceptó esta propuesta de reembolso para ‘la construcción de un oleoducto desde el (CFE) Sansahuari hasta el (CFE) Mariann 4ª... cuyas inversiones adicionales (son) estimadas en USD 15 millones¹⁷⁷. Dicha Secretaría procedió a solicitar los fondos correspondientes al MEF.’”

8. Como se aprecia en la transcripción, la Demandante reconoce que no existió inicialmente un acuerdo definitivo, pero afirma que posteriormente la Secretaría aceptó la propuesta del Contratista y para sustentar su afirmación sólo hace referencia en la nota de pie de página 177 de su Demanda al oficio de Secretaría de Hidrocarburos No SHE-2014-1205-OF 10 de diciembre de 2014 (Anexo C-0047).
9. Ahora bien, el oficio que se cita por la Demandante no está dirigido a Gente Oil. Por el contrario, esta comunicación del 10 de diciembre de 2014⁵ fue enviada por la Secretaría de Hidrocarburos al Ministro de Finanzas. En dicho oficio tampoco se señala que se envía copia a Gente Oil. Es entonces una comunicación interna entre entidades del Estado.
10. En este oficio, dirigido al Ministro de Finanzas, la Secretaría hizo referencia a las comunicaciones del Contratista y señaló que “somete a consideración (del Ministro) un proyecto que en la fase definitiva comprende complementariamente la construcción de un oleoducto desde la estación Sansahuari hasta la estación Marian operada por Andes Petroleum Ecuador Ltd, cuyas inversiones adicionales estimadas en US\$ 15.000.000, representan un 75% del total de las inversiones originalmente requiriéndose iniciar los procedimiento de modificación contractual”.
11. Agregó la Secretaría que “en cumplimiento del segundo inciso del Art 60 de la Ley de Hidrocarburos los correspondientes valores legalmente justificados en la construcción del ducto secundario deberán ser reembolsados, por lo que es imprescindible contar con la certificación del Ministerio de Finanzas de la dotación de los recursos necesarios para el reembolso de los costos que incurra la contratista en la construcción del mencionado oleoducto, o con la instrucción como Ente rector de las finanzas públicas dispusiere para este fin”.
12. Lo primero que se puede apreciar en dicho documento es que en el mismo no se deja constancia que exista un acuerdo vinculante entre la Secretaría y el Contratista, pues se señala que se somete un proyecto, que se requiere una modificación contractual, y que es necesaria la dotación de recursos por el Ministerio de Finanzas, o la instrucción que dispusiere dicho Ministerio.
13. Por otra parte, dicha comunicación tampoco puede considerarse como una aceptación de la Secretaría de una propuesta u oferta del Contratista, pues para que ello ocurriera sería necesario que se pudiera entender que se aceptaba lo que había sugerido el Contratista, lo que no ocurre en este caso, pues la Secretaría claramente indicaba que se requería una modificación del contrato, por lo que no se habría todavía formado un acuerdo vinculante y además, se dejaba la opción al Ministerio de que dotara a la entidad de los recursos o le diera otra instrucción para este fin, lo cual implica que lo propuesto en la comunicación no era vinculante.
14. En segundo lugar, de la conducta de las partes se desprende con claridad que las dos consideraban que era necesario una modificación al contrato para implementar la Solución Integral. Lo anterior implicaba que mientras no existiera dicha modificación no podía entenderse que las partes hubieren quedado vinculadas.

⁵ Anexo C-0047

15. Así, en comunicación OGC-GOE-SP2014-217 del 14 de julio de 2014⁶, dirigida por Gente Oil a la Secretaría, el Contratista hizo referencia al proyecto y a las limitaciones técnicas de las instalaciones y a la solución que se proponía y señala entonces lo siguiente:

“Reforma del Contrato:

El Artículo 31 A de la Ley de Hidrocarburos establece que ‘Si conviniere a los intereses del Estado, los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos podrán ser modificados por acuerdo de las partes contratantes y previa aprobación del Ministerio Sectorial’.

Las nuevas inversiones de transporte que propone ejecutar la Contratista se han estimado en \$15 000 000.001 que representa un 75% del total de las inversiones de explotación originalmente comprometidas.

Solicitud:

Por los antecedentes expuestos, el Consorcio DGC con el propósito de ejecutar por su cuenta las inversiones de transporte estimadas en \$15.000.000,00, que permitan solucionar las restricciones de evacuación de petróleo existentes en el Bloque Singue, solicita a la Secretaría de Hidrocarburos un incremento de la Tarifa del Contrato, en un valor de \$4,13 por barril.”

16. De este modo, para el 14 de julio de 2014 era claro para Gente Oil que era necesario modificar el contrato para poder incrementar la tarifa y pagar las inversiones.
17. Posteriormente, por comunicación No. GOE-SP-2014-1024 del 22 de diciembre de 2014⁷, Gente Oil presentó a la Secretaría de Hidrocarburos y a los miembros de la Comisión de Análisis y Negociación la actualización de la propuesta de modificación contractual para la construcción del oleoducto secundario Singue - Mariann 4^a Battery, en los siguientes términos:

“11. Todos los acuerdos requeridos para los efectos de este proceso y la correspondiente modificación contractual, incluyendo los que se presentan en este alcance y los demás que determinen las partes, serán establecidos en un Acta Final de Negociación (...)”.

18. Varios meses después, en febrero de 2015, se reiteró por las partes que era necesaria una modificación contractual para que pudiera desarrollarse la Solución Integral. En efecto por correo del 19 de febrero de 2015⁸ se remitió por la Secretaría un Acta de Negociación revisada con los comentarios de Gente Oil.
19. Es pertinente indicar que de conformidad con los correos que se intercambiaron, el documento denominado Acta de Negociación es un “proyecto de acta de negociación”, como lo dice el correo remitido del 18 de febrero de 2015, elaborado por la Secretaría, que después fue reemplazado por otro proyecto, según consta en correo del 19 de febrero de 2015, y que fue ajustado con las observaciones de Gente Oil. Respecto de dicha acta se dice por parte de la ing. Pastor en correo del 19 de febrero de 2019, “será traducida al inglés y enviada a nuestro Directorio en Qatar para sus comentarios y aprobaciones finales previo a la firma”. De este modo, el Acta de Negociación que se acompaña al correo tampoco constituía un documento vinculante entre las partes.

⁶ Anexo C-180

⁷ Documento transcrito en el numeral 1.5.9 del Acta de Negociación. Anexo C-43

⁸ Anexo C-43

20. Además, el contenido del Acta revela que lo que las partes habían acordado todavía no era vinculante.

21. En la mencionada Acta se indica, entre otras cosas:

“Se incluirá como CONTRATO MODIFICATORIO NUMERO DOS, las siguientes modificaciones al Contrato del Bloque Singue:

3.1 -Modificar la cláusula 4.3.13 del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque Singue de la Región Amazónica Ecuatoriana, a fin de modificar el Centro de Entrega y Fiscalización del Contrato. Por consiguiente, la Cláusula modificada dirá:...

3.2 También acuerdan las Partes incorporar un nuevo Anexo al Contrato que se denominará "ANEXO M: OLEODUCTO SECUNDARIO SINGUE MARIANN 4A BATTERY, en el cual se establecen los acuerdos sobre el mecanismo de reembolso acordado por las partes para la construcción del oleoducto, de conformidad con el artículo 60 de la Ley de Hidrocarburos

Se incorpora como Anexo de esta Acta el proyecto de ANEXO M: OLEODUCTO SECUNDARIO SINGUE - MARIANN 4A BATTERY que será incorporado al Contrato”.

22. Finalmente se agregó:

“Los acuerdos establecidos en esta Acta surtirán efecto y tendrán plena validez y eficacia con la inscripción del Contrato Modificatorio en el Registro de Hidrocarburos para lo cual se requiere contar con el correspondiente informe de la Secretaria de Hidrocarburos (Secretaria del COLH), las recomendaciones y aprobaciones del Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH), y del Ministro de Hidrocarburos respectivamente, conforme las disposiciones previstas en la Ley de Hidrocarburos y el Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos.

“Adicionalmente se requerirá que el Ministerio de Finanzas provea a la Secretaría de Hidrocarburos de los recursos económicos necesarios para proceder al reembolso de gastos en incurra Gente Oil, bajo los parámetros establecidos en esta Acta.”(se subraya)

23. De esta manera, la voluntad de las partes era que los acuerdos requerían para surtir efectos y tener plena validez y eficacia, la inscripción del Contrato Modificatorio en el Registro de Hidrocarburos, para lo cual era necesaria la aprobación del Ministro de Hidrocarburos, lo que no está establecido que se hubiera obtenido, y adicionalmente que el Ministerio de Finanzas proveyera los recursos económicos necesarios, lo que no ocurrió.

24. En este punto es además pertinente destacar el artículo 31-A de la Ley de Hidrocarburos, el cual establece que los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos “podrán ser modificados por acuerdo de las partes contratantes y previa aprobación del Ministerio Sectorial”. Por consiguiente de acuerdo con este texto legal el Contrato no podía modificarse sin la aprobación del Ministerio Seccional, lo cual no ocurrió.

25. En tercer lugar, tampoco es posible concluir que la existencia de un acuerdo vinculante entre las partes se desprenda de la comunicación remitida por Gente Oil a la Secretaría el 11 de agosto de 2004. En efecto, en dicha comunicación se expresó lo siguiente⁹:

⁹ Anexo C-0041

“Como es de su conocimiento, Gente Oil Ecuador (GOE), ha dado grandes pasos en la producción de crudo en el Bloque Singue. Hemos contado con la excelente cooperación de la Secretaría de Hidrocarburos (SHE) y de Petroamazonas (PAM) en el desarrollo del incremento de capacidad de entrega del crudo, mismo, que ha permitido cumplir con nuestro programa de perforación y desarrollo del Bloque.

La Fase 1, relacionada con la entrega de nuestra producción en la Estación Mariann 4A de Andes Petroleum, nuevo centro de entrega y fiscalización, está ya operativo, al momento estamos entregando 5.000 BOPD. Durante el desarrollo e implementación de la Fase 1, se realizaron varios análisis y estudios que establecieron la siguiente fase, la Fase 3 A. Se llegó a un acuerdo mutuo en el cual GOE requerirá extender el oleoducto secundario en 32 km adicionales desde el punto de entrega del contrato original en la estación Sansahuari hasta la Estación Mariann 4A. En base a este acuerdo, GOE entregó oficialmente la propuesta a la SHE de forma inmediata el 27 de junio de 2014, esta última fue posteriormente aceptada. Al mismo tiempo, GOE presentó un borrador del acuerdo para realizar la entrega por medio del oleoducto secundario a Andes Petroleum actualmente éste está en revisión y discusión en las etapas finales para cerrar el mismo.

En buena fe y para garantizar la entrega máxima de crudo, GOE prosiguió sin demora alguna con la adquisición de la tubería total adicional requerida para la implementación de la Fase 3A y adicionalmente, contrató a Conduto para el montaje de esta tubería adicional. Los trabajos de la instalación de la tubería desde Singue hasta Sansahuari están actualmente en curso (dado que ya contamos con los Permisos Ambientales para la parte que va desde Singue hasta Sansahuari). Adicionalmente, una vez establecidos los requerimientos adicionales de extensión de la tubería con la SHE, Gente Oil contrató los servicios del consultor ambiental Cardno Entrix para preparar el Estudio de Impacto Ambiental necesarios requeridos. Consecuentemente, se prepararon los términos de referencia mismos que fueron presentados al Ministerio del Ambiente (MAE), los cuales han sido ya aprobados, Actualmente, GOE ha solicitado a Cardno Entrix preparar el borrador del estudio de impacto ambiental (EIA) para la Fase 3A en un programa muy acelerado para cumplir con un total de 10.000 BPPD entregados y fiscalizados para noviembre de 2014. EL EIA será entregado al MAE el próximo día lunes 11 de agosto del 2014. La fase relacionada con la participación social con las comunidades ha iniciado, agilitándose con el incremento de personal en el equipo de Cardno Entrix.

Para cumplir con este objetivo, es necesario que podamos iniciar con la instalación del oleoducto secundario entre Sansahuari y Mariann 4A tan pronto como se presente el EIS al MAE. Esto sólo se puede lograr recibiendo un permiso Ambiental lo antes posible.

En base a los antecedentes expuestos, el retraso de la instalación del oleoducto secundario forzará la reducción de producción en 5.000 BPPD, lo cual resulta en pérdidas potenciales de ingresos alrededor de US \$10 millones por mes para la SHE, y también afectará de manera negativa la recuperación anticipada de las inversiones adicionales de GOE hechas en buena fe durante 2014. Hasta ahora, el MAE de manera verbal ha ofrecido agilizar el proceso de aprobación del estudio, sin embargo, de acuerdo a nuestros cálculos y nuestra experiencia previa, se espera posiblemente que esto requiera mínimo dos o tres meses más, o hasta un máximo de seis meses para la emisión del permiso ambiental requerido. Consecuentemente los compromisos y esfuerzos realizados así como los niveles de financiamiento serían en vano, todo el trabajo y dedicación de GOE, de la SHE y de PAM sean desperdiciados. Adicionalmente, significará una interrupción al trabajo de instalación de tubería de Conduto y probablemente retrasará terminación del oleoducto hasta comienzos del 2015,

Por lo expuesto, solicitamos su especial asistencia para agilizar este asunto de gran importancia. En caso de requerir información adicional, estaremos totalmente dispuestos a proveerla y de ser el caso asistir a cualquier reunión con las partes involucradas según lo estime necesario.”

26. Si se examina con detalle esta comunicación no es posible deducir de ella la existencia de un acuerdo vinculante entre Gente Oil y la Secretaría, ni tampoco que la misma pudiera entenderse como una aceptación de la propuesta de la Contratista.
27. En primer lugar, de la comunicación del 11 de agosto de 2014 no se puede desprender que existió un acuerdo vinculante.
28. Lo primero que se advierte es que en ella se indica que “Se llegó a un acuerdo mutuo en el cual GOE requerirá extender el oleoducto secundario en 32 km adicionales desde el punto de entrega del contrato original en la estación Sansahuari hasta la Estación Mariann 4A. En base a este acuerdo, GOE entregó oficialmente la propuesta a la SHE de forma inmediata el 27 de junio de 2014, esta última fue posteriormente aceptada” (se subraya).
29. De conformidad con esta comunicación existió un acuerdo para extender el oleoducto, y con base en este acuerdo, se entregó la propuesta el 27 de junio de 2014, la cual fue aceptada. Ahora bien, si se revisa la comunicación del 27 de junio de 2014 (Oficio DGC-GOE-SP-2014-197 de 27 de junio de 2014¹⁰) se aprecia que en ella el Consorcio DGC presentó a la Secretaría de Hidrocarburos una propuesta que consistía en ampliar el oleoducto que viene del campo Singue hasta llegar a Mariann 4A. Es importante destacar que esta comunicación no hace ninguna referencia la financiación de dicho proyecto, quien asumiría el costo y por cual medio, así como tampoco a si se requería algún cambio al contrato. En este sentido en comunicación del 14 de julio de 2014 remitida por la Demandante a la Secretaría se señala que “(m)ediante Oficio DGC-GOE-SP-2014,1.97 de 27 de junio de 2014 el Consorcio DGC presentó a la Secretaría de Hidrocarburos la propuesta técnica conceptual para proceder con la interconexión directa por un oleoducto entre las facilidades del Bloque Singue y la Estación de Producción Marinn 4A Battery en el Bloque Tarapoa. El dimensionamiento y demás características técnicas del oleoducto se han propuesto por la Contratista y se han definido mediante acuerdos técnicos con la Secretaría de Hidrocarburos” (se subraya).
30. De esta manera, según consta en la comunicación del 27 de junio de 2014, se presentó una propuesta sobre el dimensionamiento y demás características técnicas del oleoducto y según se indica en la comunicación del 14 de julio de 2014 dichas condiciones “se definieron por acuerdos técnicos con la Secretaría”. Así las cosas los acuerdos a los que hace referencia la comunicación del 27 de junio de 2014 eran puramente técnicos.
31. Adicionalmente, la inexistencia de un acuerdo vinculante entre las partes por las comunicaciones de junio de 2014 se desprende del correo electrónico que envió la Ing. Pastor al señor Sholy el 30 de junio de 2014 (Anexo R-65) en el cual señala:
- “Desarrollamos un plan para un ducto directo a M4 y lo cotizamos y de allí nos fuimos a la SHE [Secretaría de Hidrocarburos] a vender la idea. Fue bien recibida y en breve comenzará la discusión con Andes para ultimar los detalles. La tubería se ordenará el lunes”*
32. Como se puede apreciar, de conformidad con el correo del 30 de junio de 2014 no existía un acuerdo entre las partes, pues simplemente la idea fue bien recibida por la Secretaría y se comenzaría la discusión con Andes.

¹⁰ Anexo R-092

33. En el mismo sentido en la reunión del Comité de Supervisión del 10 de julio de 2014¹¹ la Ing. Pastor expuso que el Consorcio DGC había planteado una solución que involucra dos fases principalmente: la primera el transporte de crudo a través de auto tanques y la segunda la construcción de un nuevo oleoducto secundario. En relación con la segunda fase se señaló que “la Ing. Pástor expone que la propuesta presentada a la Secretaría de Hidrocarburos consiste en un nuevo ducto...”. En relación con lo anterior se advierte por la Secretaría “que la propuesta presentada por el Consorcio DGC deberá seguir el proceso de revisión y análisis respectivo,...”. Igualmente se señala que “el Comité de Supervisión resuelve recomendar que la Secretaría de Hidrocarburos analice y se pronuncie sobre el proyecto antes expuesto”. Es decir todavía no había un acuerdo.
34. En comunicación del 14 de julio de 2014¹² el Contratista, propuso una reforma del Contrato con base en el artículo 31 A de la Ley de Hidrocarburos, y solicitó a la Secretaría incrementar la tarifa para financiar las inversiones. Por consiguiente, a esa fecha no había un acuerdo sobre la realización del proyecto porque no se había acordado como financiarlo.
35. Adicionalmente en el Acta de Negociación que se remitió por correo del 19 de febrero de 2015¹³ y que fue elaborada por las dos partes, se indicó que existieron unos Acuerdos Preliminares el 13 de noviembre de 2014. Si había estos acuerdos preliminares en esta fecha, ello significa que antes no existieron acuerdos definitivos.
36. Es pertinente señalar que en el Laudo se expresa¹⁴ que con posterioridad a dicha comunicación del 11 de agosto de 2014 la Secretaría cooperó en obtener las autorizaciones necesarias, no dijo que no era conveniente proseguir con la compra de la tubería y no hay prueba de que hubiera rechazado el contenido de la comunicación del 11 de agosto, que se refiere de modo explícito a un acuerdo y no solamente a un acuerdo técnico. Añade el Laudo que sólo en febrero de 2015, después de que el Ministro de Finanzas rehusara conceder la financiación, se determinó que el Contratista iniciará la construcción siempre que se contara con la disponibilidad de fondos por parte del Ministerio de Finanzas.
37. En relación con lo anterior, debe señalarse lo siguiente: en primer lugar, es claro que al 11 de agosto de 2014 no existía un acuerdo completo entre las partes pues en dicha comunicación se expresa que se “llegó a un acuerdo mutuo en el cual GOE requerirá extender el oleoducto secundario en 32 km adicionales desde el punto de entrega del contrato original en la estación Sansahuari hasta la Estación Mariann 4A. En base a este acuerdo, GOE entregó oficialmente la propuesta a la SHE de forma inmediata el 27 de junio de 2014,...”. Como ya se indicó, en la comunicación del 27 de junio de 2014 se indican las características técnicas del oleoducto que se proponía construir, y según la comunicación del 14 de julio de 2014 “El dimensionamiento y demás características técnicas del oleoducto se han propuesto por la Contratista y se han definido mediante acuerdos técnicos con la Secretaría de Hidrocarburos”. Por consiguiente lo que se entregó era la propuesta técnica y fue sobre ello que existió acuerdo pero no sobre los demás elementos esenciales y en particular sobre las inversiones y la forma de financiarlas.

¹¹ Anexo C-040

¹² Anexo C-180

¹³ Anexo C-0043

¹⁴ Laudo, ¶ 1304

38. A este respecto se observa que en derecho ecuatoriano para que se forme un contrato se requiere un acuerdo sobre los elementos esenciales del mismo (artículo 1464 del Código Civil ecuatoriano), entre los cuales se encuentra el objeto del contrato. El objeto a que se refiere el Código Civil y sobre el cual debe haber consentimiento de las partes, es el objeto de las obligaciones principales. Así en la venta debe haber acuerdo sobre la cosa y el precio. En el presente caso el acuerdo versaba sobre la construcción del ducto, por una parte, y por la otra, sobre la determinación del monto a pagar y la forma de pago. Por consiguiente así haya habido acuerdo sobre la extensión del ducto y sus condiciones técnicas no podía haber un contrato, esto es un acuerdo vinculante que crea obligaciones, si no había acuerdo sobre la contraprestación.
39. Ahora bien, el Laudo deduce el consentimiento de la Secretaría del hecho que no se opuso a la adquisición de la tubería y que colaboró en obtener los permisos correspondientes.
40. A este respecto es pertinente señalar que en correo electrónico que envió la Ing. Pastor al señor Sholy el 30 de junio de 2014¹⁵ se señala:

“Desarrollamos un plan para un ducto directo a M4 y lo cotizamos y de allí nos fuimos a la SHE [Secretaría de Hidrocarburos] a vender la idea. Fue bien recibida y en breve comenzará la discusión con Andes para ultimar los detalles. La tubería se ordenará el lunes”

41. Como se puede apreciar, la tubería se adquirió después de que Gente Oil fue a la Secretaría a vender la idea, la cual fue bien recibida, pero allí no se indica que la Secretaría estuviera de acuerdo con la propuesta en su aspecto económico.
42. De esta manera, cuando se envía la comunicación del 11 de agosto de 2014, la compra de la tubería se le planteó a la Secretaría como un hecho cumplido. En este contexto no se ve la razón por la cual la Secretaría debió haber indicado que rechazaba la compra de la tubería, sobre todo si se tiene en cuenta que parte de la tubería se habría de destinar a construir el ducto al que ya estaba obligada Gente Oil por el contrato. En todo caso ante un hecho cumplido, la Secretaría podía interpretar que el Contratista había decidido tomar el riesgo de comprar la tubería, previendo que la modificación del contrato se produciría. Ante un hecho cumplido no podía exigirse a la Secretaría que le indicara al Contratista que no debió haber adquirido la tubería.
43. Por otra parte, tampoco es posible considerar que la comunicación del 11 de agosto de 2014 pudiera entenderse como una aceptación de la propuesta del Contratista que hubiera dado lugar a un acuerdo vinculante. A este respecto debe observarse que para que una oferta pueda dar lugar a la formación de un contrato por la aceptación, debe contener los elementos esenciales del contrato, pues de otra manera este último no puede formarse. La comunicación de Gente Oil del 11 de agosto de 2014 no contiene los elementos esenciales del contrato y en particular cuál sería el costo de la obra y como se pagaría.
44. Ahora bien, expresa el Laudo¹⁶ que sólo en febrero de 2015 la Secretaría señaló que la “Contratista iniciará la construcción del oleoducto Sansahuari-Mariann 4A Battery siempre que se cuente con la disponibilidad de fondos por parte del Ministerio de Finanzas, por la totalidad del valor acordado”. A este respecto debe observarse que en todo caso desde un principio Gente Oil había asumido que para desarrollar el proyecto se debía modificar el contrato, y que en todo caso aceptó

¹⁵ Anexo R-65

¹⁶ Laudo, ¶ 1304

incluir en el texto del Acta de Negociación que para que los acuerdos establecidos en dicha Acta surtieran efectos se requería la provisión de fondos por el Ministerio de Finanzas. Es decir que la Contratista era consciente que no existía un acuerdo vinculante entre las partes, y por lo mismo no había acuerdo sobre la ejecución del proyecto y el pago por parte de la Secretaría.

45. No sobra además señalar que para Gente Oil era claro que no existía un acuerdo vinculante si se toma en cuenta la manifestación contenida en el Informe Anual 2014, fechado el 3 de septiembre de 2015, que se dirigió por Gente Oil a la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero¹⁷, en el que se indicó:

“Debido a las restricciones existentes en relación al transporte y recepción de crudo proveniente del campo Singue en los puntos de fiscalización Sansahuari y Tipishca, Gente Oil Ecuador planteó la construcción de un ducto secundario de aproximadamente 32 km desde el punto de fiscalización Sansahuari hasta la estación Marian 4A, lo cual resolvería el problema de evacuación del crudo, este proyecto no ha sido aprobado lo cual restringe el incremento de la producción del bloque Singue, por lo antes expuesto Gente Oil Ecuador continúa transportando alrededor de 7.000 barriles diarios de crudo a dos centros de fiscalización Tipishca y Marian 4A por medio de camiones vacuum lo cual implica altos riesgos ambientales y sociales en el caso de que suceda un siniestro, o derrame, lo que ocasionaría que las comunidades impedirán la movilización de los camiones vacuum lo que conllevaría al cierre de los pozos interrumpiendo la meta proyectada de producir 10.000 BPPD para el 2015, ocasionando pérdidas significantes al Estado y a la contratista si no se construye el proyecto de oleoducto antes mencionado”. (se ha añadido el subrayado)

46. A la luz de lo expuesto se puede concluir que no existía un acuerdo vinculante sobre la Solución Integral, pues lo que existieron fueron acuerdos técnicos, y los acuerdos que se hicieron constar en el proyecto de Acta de Negociación, por voluntad de las partes, no tenía validez ni efectos, si no se realizaba la modificación del Contrato, con la aprobación del Ministro Sectorial y la dotación de recursos por parte del Ministro de Finanzas. Además, aun cuando no se hubiera previsto esta regla tales acuerdos no podían producir efectos de acuerdo con la ley, sin la aprobación del Ministro Sectorial.

1.2 La inexistencia de responsabilidad precontractual

47. En el Laudo también se concluye que la obligación de la Demandada de reconocer los costos hundidos surgiría de una responsabilidad precontractual. Ahora bien, para que exista responsabilidad precontractual se requieren dos cosas: primero, que se acredite una conducta contraria a la buena fe de una de las partes en el periodo de negociación y celebración del contrato, y segundo, que exista un daño derivado de dicha conducta reprochable, el cual se determina teniendo en cuenta que todavía no existe contrato.

48. Dichas condiciones no se presentan en el presente caso.

1.2.1 No existió una conducta contraria a la buena fe por parte de la Secretaría en relación con la negociación de la implementación de la Solución Integral.

49. Para que haya responsabilidad precontractual por la no celebración de un contrato es menester que la conducta de una de las partes se aparte de los postulados de la buena fe. Así para que la responsabilidad precontractual surja por la no celebración de un contrato es necesario que la parte

¹⁷ Oficio GOE-MP-2015-2010, Gente Oil, 3 de septiembre de 2015, pág.101, “t. Costos de transporte por oleoductos secundarios de terceros”, C-117.

que reclama la responsabilidad acredite que a la luz de la buena fe, ella podía confiar en que el contrato finalmente se celebraría. Como quiera que es normal que la negociación no de lugar a la celebración del contrato, para que exista responsabilidad es indispensable que el proceso de contratación esté tan avanzado que la parte puede confiar en que el contrato definitivamente se celebrará. Por ello esta responsabilidad surge ocurre cuando a pesar de que las partes están de acuerdo en los elementos esenciales del negocio y sólo falta formalizar el acuerdo al que han llegado, una de ellas se retira de la negociación sin que exista una justa causa. Dicha conducta traiciona la confianza de la otra y constituye un agravio a la buena fe.

50. Ahora bien, como ya se indicó, en este caso desde un principio era claro que la adopción de la Solución Integral suponía una modificación del Contrato entre las partes. Dicha modificación suponía un acuerdo sobre los elementos esenciales, esto es, la construcción del ducto por una parte, y el valor del mismo y la forma de pago. Además, de acuerdo con la ley, se requería la aprobación del Ministro Sectorial. Si bien existió acuerdo técnico sobre las condiciones del ducto, no existió acuerdo sobre la forma de pago, pues finalmente la fórmula que se discutía era el reembolso de los costos lo que suponía para la Secretaría contar con los recursos correspondientes, que debían provenir del Ministerio de Finanzas, por lo que el contrato quedaba sujeto a dicha circunstancia. A lo anterior se agrega que en todo caso de conformidad con la ley el contrato requería aprobación por parte del Ministro, lo que siempre implicaba la posibilidad de que el mismo no lo aprobara. Por consiguiente, a la luz de la ley aplicable el contratista sabía o debía saber que aun cuando llegara a un acuerdo con la Secretaría – lo que no ocurrió en todo caso porque esta dejó claro que era necesaria la aprobación por el Ministro Sectorial y la dotación de recursos por el Ministro de Finanzas- ello quedaba sujeto a una autorización que podía o no darse. El Contratista no podía asumir que dicha autorización se otorgaría en todo caso. Luego no es posible afirmar en este caso que se traicionó su confianza, que es el requisito necesario para que pueda haber responsabilidad precontractual por violación a la buena fe.

1.3 El daño que reclama la Demandante no se dio como consecuencia de la alegada conducta reprochable de la Demandada

51. Por otra parte para que haya responsabilidad precontractual es necesario que el daño sufrido tenga como causa la conducta reprochable. Si la conducta contraria a la buena fe es no celebrar el contrato a pesar de que existe un acuerdo que lleva a concluir que el mismo se realizaría, ello supone que exista acuerdo sobre los elementos esenciales del negocio. Por consiguiente el daño que es reparable es aquél que resulta de la conducta del contratista cuando el mismo podía tener confianza en la celebración del contrato, lo que supone que ya existía acuerdo sobre los elementos esenciales.
52. En el presente caso está claro que la tubería se ordenó cuando todavía no existía un acuerdo entre las partes sobre los elementos esenciales y por ello no se podía haber generado la confianza de que el contrato se celebraría.
53. En efecto, por una parte en el correo electrónico que envió la Ing. Pastor al señor Sholy el 30 de junio de 2014 (anexo R-65) se señala:

“Desarrollamos un plan para un ducto directo a M4 y lo cotizamos y de allí nos fuimos a la SHE [Secretaría de Hidrocarburos] a vender la idea. Fue bien recibida y en breve comenzará la discusión con Andes para ultimar los detalles. La tubería se ordenará el lunes”

54. Como se puede apreciar, la compra de la tubería se decidió después de que la representante de Gente Oil había ido a la Secretaría a “vender la idea” del ducto, y cuando la misma fue bien recibida, lo que no implicaba por sí mismo que el contrato se celebraría, por lo que Gente Oil no podía asumir que el acuerdo se celebraría.
55. A lo anterior se agrega que inicialmente se discutió si la tubería se pagaría por un incremento de la tarifa, lo cual fue objeto de negociaciones con Gente Oil por una comisión designada el 27 de octubre de 2014 sin llegar a un acuerdo, tal como consta en el Acta de Negociación, y es por oficio No. SHE-2014-1205-OF del 10 de diciembre de 2014¹⁸ que la Secretaría expresó al Ministerio de Finanzas que los valores justificados serían reembolsados de conformidad con el artículo 60 de la ley, por lo que era imprescindible contar con la certificación de la dotación de los recursos necesarios o con la instrucción que el Ministerio dispusiere para este fin.
56. Así las cosas, en la época en que Gente Oil adquirió la tubería era consciente que todavía no había acuerdo sobre la forma de pagar el ducto, por lo que en julio de 2014 no podía asumir que se celebraría un acuerdo en tal sentido. Tan es así que la fórmula inicialmente propuesta fracasó en las negociaciones que se desarrollaron en noviembre y diciembre de 2014. Por ello la inversión en la tubería no puede considerarse un gasto en que la Contratista incurrió confiada en que ya había un acuerdo con la Secretaría.
57. Finalmente, ha de observarse que en materia de responsabilidad precontractual solo se repara el interés negativo y no el interés positivo. Es decir que la indemnización repara el daño causado por la negociación frustrada, pero no tiene por objeto que la parte afectada reciba el beneficio que se derivaría del contrato si se hubiera celebrado, pues ello no ha ocurrido. En el presente caso reconocer el valor de la tubería y su costo de instalación implica resarcir el interés positivo, pues es lo que hubiera obtenido Gente Oil si el contrato se hubiera celebrado, lo que es contrario a los principios de la responsabilidad precontractual

2 El daño moral

58. En relación con el daño moral que el Laudo condena a la Demandada a reparar, considero que las siguientes razones impiden reconocerlo.
59. El Laudo se funda¹⁹ en que tras la absorción de la Secretaría, la Administración Pública Central podría y debería haber tomado en consideración las declaraciones realizadas por dicha Secretaría, que son consideradas por el Tribunal como correctas y relevantes. Agrega el Laudo que si el Ministerio Sectorial hubiera comunicado esas posiciones al MEF, a la Fiscalía y a la Contraloría, podrían haber cambiado sus acciones y/o al menos arreglado parte de ellas y, en especial, cambiado las posiciones que pudieron afectar a la reputación de la Demandante. Se agrega que la Demandada, tras la absorción de la Secretaría en 2018, no podía desconocer la posición de esta, pero la ignoró y no hizo nada para evitar, limitar o compensar los daños morales. Se añade que en el escrito de acusación particular presentado por la Procuraduría General del Estado en el proceso penal el 9 de julio de 2019, esto es, cuando la Administración Pública Central ya era la Parte del Contrato, se insistió en las posiciones del MEF de 2015 y (a) describió el Contrato como si no contuviese la cláusula de acumulación, y como si GOE percibiera siempre la tarifa de \$33.5020, distorsionando así el supuesto perjuicio sufrido por el Estado, y (b) respaldó el cálculo de daños de \$28,4 millones

¹⁸ Anexo C-47

¹⁹ Laudo ¶ 1260

²⁰ Páginas 14-15 del Anexo C-63.

que había hecho, a instancias de la Fiscalía, la perito Nuvia Almedia²¹, un informe que contiene errores que fueron puestos de manifiesto por la Secretaría en su momento y por el propio Ministerio de Energía y Recursos Renovables. Se agrega que como la Procuraduría actuaba como representante procesal de la Demandada, es evidente que al presentar su acusación particular expresaba la posición de la Administración Pública Central.

60. En relación con lo anterior considero lo siguiente:
61. De manera general, para que exista responsabilidad civil es necesario que exista un hecho ilícito o atributivo de responsabilidad, un daño y una relación causal entre el hecho y el daño.
62. Ahora bien, en relación con la responsabilidad por razón de un daño moral de conformidad con los artículos 2231 y 2232 del Código Civil ecuatoriano se requieren unas condiciones particulares que deben tomarse en cuenta como son: “la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”, y que el daño sea el “resultado próximo de la acción u omisión ilícito”
63. En el presente caso no existe una relación causal entre el daño grave sufrido por la Demandante y la conducta del Ministerio en la forma como lo exige el Código Civil.
64. Como lo ha señalado la jurisprudencia ecuatoriana²² citando a Alessandri Rodriguez, la posibilidad de las personas jurídicas de obtener la reparación de daños morales parte de que existan atentados a su nombre o reputación. En tal sentido ha dicho: “Las personas jurídicas legalmente constituidas pueden demandar la reparación de los daños materiales y morales que se les irroguen con dolo o culpa; pero tratándose de estos últimos sólo cuando provengan de atentados a su nombre o reputación, mas no a sentimientos de afección” (Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, p. 343. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2005).”
65. Desde esta perspectiva si se examinan los hechos que causaron daño al nombre o reputación de la Demandante, se aprecia que los mismos son anteriores a la fusión que se produjo en mayo de 2018 y en particular a la acusación particular que presentó la Procuraduría General del Estado como representante del Ministerio en el 2019
66. En efecto en su primera declaración el señor Sholy señaló que “Como resultado de las acusaciones del Ecuador, Gente Oil Ecuador y su actual representante legal han sido objeto de publicidad negativa en los medios y especulaciones negativas que han perjudicado su reputación y mis relaciones comerciales”²³. A tal efecto precisó que “a mediados de 2017 nos comunicamos con cuatro grandes estudios de auditoría que, años antes, habían presentado propuestas para ser nuestros auditores. Todos ellos se negaron a ser nuestros auditores a raíz de la investigación de la Contraloría”. Igualmente indicó²⁴ que “El 27 de septiembre de 2017, KPMG del Ecuador Cía. Ltda. (“KPMG Ecuador”) renunció como auditor nuestro” y que “el 6 de diciembre de 2017, representantes de KPMG LLP Singapur hicieron lo propio”. Así mismo expresó²⁵ “el 31 de octubre de 2017, PricewaterhouseCoopers nos informó que su sucursal ecuatoriana ‘no puede tomar a Gente Oil como cliente,...’”

²¹ Página 19, in fine, del **Anexo C-63**.

²² RLA-167, Corte Nacional de Justicia de Ecuador, sentencia del 8 de septiembre de 2010 No 508 2010

²³ CWS-001 2019_10_06 Khalil Al-Sholy_Sp.pd ¶60

²⁴ CWS-001 2019_10_06 Khalil Al-Sholy_Sp.pd ¶61

²⁵ CWS-001 2019_10_06 Khalil Al-Sholy_Sp.pd ¶62

67. En esa misma declaración expresó²⁶ que “a mediados del 2016 con mi equipo estábamos en tratativas con un posible socio comercial, una petrolera estatal rusa, para formar un emprendimiento conjunto con el fin de desarrollar un campo petrolífero en el Ecuador. Sin embargo, una vez notificados de la investigación por la Contraloría, hecho que les informé, estos posibles socios prefirieron no seguir adelante con las conversaciones”.
68. En esa declaración también expresó²⁷ “En el primer semestre de 2018, estaba en tratativas para incorporar un inversor japonés a Gente Oil Ecuador. El inversor japonés estaba interesado en comprar un 50% de mi participación en Gente Oil Ecuador y en explorar juntos oportunidades en América Latina. Al informarle de la investigación de la Contraloría, me indicó que no podía avanzar hasta tanto se la resolviera en forma favorable a la compañía”
69. De esta manera, los hechos de los cuales se podría desprender el daño a la reputación de la demandante ocurrieron antes de la fusión y de la acusación por parte de la Procuraduría. Por consiguiente, el daño moral sufrido por Gente Oil no está vinculado causalmente con la actuación de la Procuraduría.
70. Vale la pena señalar que después de la acusación de la Procuraduría el acto que se produce, según el relato del señor Sholy, es la cancelación de las cuentas corrientes de la Demandante, situación que finalmente fue revertida, es decir que en este caso no existió un daño grave que es lo que la ley exige tomar en consideración. A tal efecto expresó²⁸

“Más recientemente, el 19 de septiembre de 2019, el banco ecuatoriano en el cual Gente Oil Ecuador tiene sus cuentas, Banco Pichincha, nos comunicó que procederían al cierre de nuestra cuenta bancaria en un plazo de 60 días, es decir, para el 11 de noviembre de 2019. Si bien el banco nos informó en una reunión que revertiría su decisión, se trata de otro elocuente indicio más de que, para Gente Oil Ecuador, se está tornando imposible operar en el país”.

71. Es pertinente agregar, que aunque en este caso no se trata de evaluar el daño moral sufrido por la Ing. Pastor, pues no es materia de este proceso, lo que ella expresa revela claramente cuál era el origen de los hechos que afectaron la reputación de la sociedad. La Ing Pastor los atribuye a la Contraloría y a la Fiscalía. Es pertinente señalar además que en su declaración la Ing. Pastor destaca de manera positiva la forma como se comportó la Secretaría y el Ministerio al suministrar información a la Fiscalía sobre el cumplimiento de los requisitos legales.
72. A tal efecto señaló la Ing. Pastor²⁹:

“92. El 14 de mayo de 2018, la Subsecretaria de Administración de Áreas Asignadas y Contratación Hidrocarburífera de la SHE entregó a la FGE las autorizaciones ministeriales a las transferencias de participación en los bloque Eno-Ron y Ocano Peña Blanca (adjudicados en la misma licitación junto con el Campo Singue) y le informó que dichas transferencias se ajustaron a lo previsto en el Reglamento –el cual establece el “monto de las primas que se deben pagar por este concepto, bajo las condiciones económicas más favorables para el Estado

“94. Pero la prueba irrefutable de la arbitrariedad de la CGE y la FGE surgió el 9 de julio de 2019. En tal oportunidad, el Ministerio, consultado sobre si el pago de la prima a la que

²⁶ CWS-001 2019_10_06 Khalil Al-Sholy_Sp.pd ¶64

²⁷ CWS-001 2019_10_06 Khalil Al-Sholy_Sp.pd ¶65

²⁸ CWS-001 2019_10_06 Khalil Al-Sholy_Sp.pd ¶71

²⁹ CWS-002 2019_10_06 Silvana Pastor_Sp.pdf ¶94

refiere el Reglamento “cumple el mejoramiento de las condiciones económicas del contrato original” (según indica el Artículo. 79 de la Ley de Hidrocarburos) respondió afirmativamente. De tal modo, dicho ministerio informó a la FGE lo siguiente: Con el pago realizado cumple con el mejoramiento de las condiciones económicas del contrato original... adicionalmente, el proceso de modificación del contrato del Bloque Singue, fue revisado por la Procuraduría General del Estado que dio su informe de control legal positivo... en el que se indica se ha cumplido con las disposiciones de la Ley y reglamento para su procedencia y eficacia.

“95. A pesar de que el Ministerio había echado por tierra el argumento de que no se habrían mejorado las condiciones económicas del Contrato, la FGE demostró estar dispuesta a descubrir una irregularidad—cualquiera sea—en el proceso aprobación de la transferencia del Contrato, valiéndose para el efecto del perito Carlos Oleas Escalante, como explico a continuación.”

73. Agregó igualmente la Ing. Pastor:

93. Pese a todo ello, sin darle ningún valor a los informes y documentos proporcionados por la propia SHE, entre otros elementos de descargo, el 10 de junio de 2019 la FGE formuló cargos en mi contra. A partir del 10 de junio de 2019, pasé a ser procesada penalmente por el delito de peculado, y además se dispuso la retención y prohibición de enajenar sobre todos mis bienes. Y lo que es más gravoso aun, se me dictó la prohibición de salir del país”.

74. Como se puede apreciar, no sólo la ingeniera Pastor indica como responsable de lo que ocurrió a la Fiscalía General del Estado, sino que además destaca en forma positiva la actuación del Ministerio el 9 de julio de 2019.

75. Es decir que desde el punto de vista de la Ing. Pastor, quien vivió los hechos, la responsable de los daños fue la Fiscalía y no el Ministerio, pues por el contrario este suministró información que servía para desvirtuar acusaciones que se habían formulado.

76. De este modo la causa del daño moral fue la conducta de la Contraloría y la Fiscalía y no del Ministerio.

77. Ahora bien, en cuanto al escrito de acusación de la Procuraduría debe concluirse que el mismo no tuvo ninguna incidencia causal en el daño, pues este último ya había ocurrido. De esta manera no se puede afirmar que los daños sufridos “son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado” como lo exige el Código Civil ecuatoriano. Para que el escrito de la Procuraduría pudiera fundar una condena a reparar daños morales debe acreditarse que existió un daño causado por tal conducta, lo que no ocurre en el presente caso.

78. Para demostrar lo anterior puede darse el siguiente ejemplo: si hay una colisión y un vehículo sufre daños, el responsable por los daños es el causante del choque. Pero si después del primer evento otro vehículo colisiona con el vehículo accidentado, el responsable de esta segunda colisión no responde por los daños causados por la primera, sino sólo por los que él causó y si no se demuestran daños adicionales, el mismo no es responsable. En el presente caso no se ha acreditado que el escrito de la Procuraduría haya causado daños adicionales a los que ya había generado la actuación de la Contraloría y la Fiscalía.

79. Es por estas razones que no procede la condena a pagar el daño moral

Fecha: 24 de mayo de 2022

Sede del Arbitraje: Santiago de Chile, Chile



Juan Pablo Cárdenas
(co-árbitro)