

## LA FUERZA MAYOR EN TIEMPOS DE COVID-19 ANTE UN ARBITRAJE INTERNACIONAL ENTRE YPFB Y PETROBRAS

Escrito por: Aylin Natalia Villarpando Pérez, Pasante en Stampa Abogados

### INTRODUCCIÓN

El mes de marzo de 2020 YPFB (Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos) suscribió la octava adenda al contrato principal de compra y venta de gas natural con la empresa brasileña PETROBRAS (Petróleo Brasileiro S.A).

A consecuencia, de la pandemia producida por el COVID 19, PETROBRAS decidió bajar las nominaciones de gas a 10 millones de metros cúbicos por día (MMm<sup>3</sup>/d), producto del bajo consumo. Esta baja afectó la nominación mínima acordada contractualmente.

Ante lo descrito la estatal petrolera YPFB hizo público la posibilidad de ejecución de una multa y no descartó accionar una controversia legal, en la vía arbitral, por incumplimiento de la cláusula octava de la adenda del contrato de compraventa de gas natural, que establece una nominación de volumen mínimo de 14 MMm<sup>3</sup>/d y un máximo de 20 MMm<sup>3</sup>/d <sup>1</sup>.

### 1. ANÁLISIS

Es importante analizar en qué medida la fuerza mayor y el caso fortuito es concluyente a la hora de analizar las controversias frente a un incumplimiento contractual, doctrinalmente existe una discusión en relación a lo que se entiende por fuerza mayor y caso fortuito, si son conceptos sinónimos o son ideas distintas. Como coinciden expertos en el tema a la hora de aplicar ambas figuras legales debe tenerse en cuenta la legislación y jurisdicción de cada país, los Principios UNIDROIT<sup>2</sup>, la jurisprudencia y sobre todo la redacción contractual donde se incorpore la fuerza mayor y caso fortuito.

La característica de la fuerza mayor y el caso fortuito se sustentan en hechos extraordinarios, imprevisibles que deberá evaluarse al momento de la realización del negocio jurídico y que pudieron prever en ese momento. La irresistibilidad debe evaluarse al momento de cumplir la obligación debe surgir con posterioridad del contrato, el evento debe ser actual al momento. Está claro, que la fuerza mayor y el caso fortuito, tienen por finalidad liberar al deudor de la responsabilidad por su incumplimiento. Esto significa que el deudor está relevado de cumplir la prestación y pagar los daños y perjuicios<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CIAR GLOBAL. (15 de Abril de 2020). *CIAR GLOBAL*. Obtenido de Bolivia: Amenazan con acudir a arbitraje internacional contra Petrobras: <https://ciarglobal.com/bolivia-amenazan-con-acudir-a-arbitraje-internacional-contra-petrobras/>

<sup>2</sup> Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016.

<sup>3</sup> Borda, G. A. (1975). Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Buenos Aires: Perrot, pág. 117-118.

La legislación civil boliviana de manera indistinta se refiere a fuerza mayor al igual que al caso fortuito<sup>4</sup>, así como su Código de Comercio<sup>5</sup>. A diferencia del Código Civil argentino y el Código Civil peruano que prevén la fuerza mayor o caso fortuito como términos sinónimos.

Sin embargo, la Ley de Minería y Metalurgia de Bolivia<sup>6</sup>, en la disposición legal contenida en el art. 124<sup>7</sup> se refiere a la fuerza mayor y caso fortuito, tomado como figuras sinónimas, además que en la citada norma se establece en que casos se aplica dicho instituto jurídico.

La forma de instrumentar la fuerza mayor o el caso fortuito en las relaciones contractuales en Bolivia se efectúa a través del art. 379 *imposibilidad definitiva*, y el art. 380 *imposibilidad temporal*, a través de la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. También originan una

---

<sup>4</sup>Código Civil de Bolivia de 6 de agosto de 1975, regula la fuerza mayor en los Artículos 858,865,968,978,995,996,997,1329. Asimismo, el caso fortuito se encuentra dispuesto en los arts. 237,633,886,888,968,978,995,996,997,1329.

<sup>5</sup> Código de Comercio Boliviano del 25 de febrero de 1977, artículos que regulan la fuerza mayor o caso fortuito: Arts. 872, 935,954,1028, 1169,1429, 1027,1209,1224,1275

<sup>6</sup> Ley Nro. 535 de Minería y Metalurgia de 28 de mayo de 2014

<sup>7</sup> Artículo 124. (FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO).

- I. No se considerará que existe retraso en el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de los titulares de derechos mineros establecidas en la presente Ley, o de los obligados bajo licencias o contratos mineros de cualquier clase, cuando el mismo se deba, o sea el resultado de cualquier causa de fuerza mayor o hecho, o caso fortuito imprevisto o imprevisible, o si fuere previsible que no pudiese resistirse, que se encuentre fuera del control razonable del titular o parte afectada, tales como y entre otros, hechos o actos de la naturaleza o del hombre como inundaciones, temblores de tierra y terremotos; huracanes, derrumbes, deslizamientos y otros desastres naturales; incendios, rayos, epidemias, guerras, actos de enemigo público; levantamiento, conmoción, disturbio o desobediencia civil; acciones de hecho que impidan la realización de las actividades mineras, amenazas o de avasallamientos, bloqueos u ocupaciones ilegales; huelgas, paros, disputas laborales o industriales; accidentes; sabotaje y actos terroristas; retraso o negativa injustificadas de cualquier autoridad pública en el otorgamiento de licencias, contratos, amparos, protección, registros; negativa o resistencia injustificada al inicio o realización de actividades mineras por parte de poblaciones o comunidades locales; inscripciones y similares; cuarentenas y otras restricciones u obligaciones impuestas por autoridades públicas de cualquier Órgano o nivel del Estado; condiciones adversas de los mercados o de los precios internos o internacionales de minerales y metales que afecten la sostenibilidad de la actividad, proyecto o plan por ejecutarse o en curso de ejecución.
- II. Los hechos o causas de fuerza mayor o caso fortuito no afectarán el cumplimiento de obligaciones no alcanzadas por dichos hechos o causas.
- III. Las partes o titulares se comunicarán o comunicarán a la AJAM sobre los hechos y causas, según corresponda.
- IV. Cuando cesaren los impedimentos, las obligaciones quedaran restablecidas.
- V. Los plazos parciales determinados de acuerdo con la presente Ley o establecidos contractualmente para el cumplimiento de obligaciones que hubieran sido afectados, se extenderán por el tiempo que tome el restablecimiento de las condiciones necesarias para continuar las actividades afectadas. Sin embargo, los plazos finales previstos en la presente Ley para licencias y contratos no se modificarán.
- VI. Cuando las causas de fuerza mayor o caso fortuito afectaren el cumplimiento en general por un lapso prolongado que ponga en serio riesgo la continuidad de las actividades u operaciones previstas:
  - a) Las partes en un contrato de asociación acordarán la resolución contractual a solicitud de cualesquiera de ellas,
  - b) El titular de una licencia podrá renunciarla, y
  - c) Tratándose de contrato administrativo minero el titular de los derechos contractuales podrá resolver unilateralmente el contrato mediante comunicación a la AJAM.
- VII. En todos los anteriores casos no se incurrirá en incumplimiento o responsabilidad legal o contractual.

función resolutoria en los arts. 577 y 578 del citado Código Civil por incumplimiento por imposibilidad sobreviniente total o parcial<sup>8</sup>.

Como en todas partes del mundo en Bolivia está vigente el estado de emergencia sanitaria y cuarentena total a causa del COVID-19. Es más, se dispuso el cierre de fronteras, y otras medidas de restricción, situación que indudablemente afectó el desarrollo de las relaciones contractuales, tanto nacionales como extranjeras<sup>9</sup>.

A consecuencia de ello, surge la pregunta ¿la pandemia por el COVID 19 será causa de fuerza mayor o caso fortuito?, *a priori* parece que sí, pero que ocurre en aquellos casos donde no se ha determinado expresamente o se ha omitido los casos que originan fuerza mayor o caso fortuito. Todos coinciden en señalar que los Tribunales arbitrales u ordinarios son los que deberán aclarar esta situación.

La pandemia que de acuerdo a la Real Academia Española es una «enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región»<sup>10</sup>. Como se puede advertir la pandemia por el COVID 19 es una enfermedad, y como tal comparto el criterio del tratadista Guillermo Borda, quien al analizar la fuerza mayor y el caso fortuito en el caso de una enfermedad, menciona que ésta puede constituir fuerza mayor con la condición de que reúnan los requisitos ineludibles de imprevisibilidad e irresistibilidad, además se debe tener en cuenta que la responsabilidad contractual esta ligada a la culpa y el deudor puede eximirse de reparar los daños y perjuicios probando que la inejecución se debe a fuerza mayor o caso fortuito<sup>11</sup>.

En el caso de la pretensión de YPFB, la contraparte hubiese opuesto y accionado todos los medios de defensa de seguro se hubiese acogido a la fuerza mayor o caso fortuito, además de otras figuras legales como la excesiva onerosidad, etc., que definitivamente hubiese ocurrido en una disputa legal cuyo resultado originaría tiempo, además de afectar las relaciones entre las partes. No obstante, se hizo publico que YPFB <sup>12</sup>dejó su intención de continuar con el inicio de la controversia que en mi criterio es una correcta posición por todo el proceso histórico que ha tenido la relación contractual de la venta de gas de Bolivia al Brasil, y me adhiero a la decisión de negociar en forma directa buscando lograr un equilibrio contractual. De seguro muchas controversias a raíz del COVID 19 seguirán este camino.

---

<sup>8</sup> Morales Guillén, C. (1982). Código Civil concordado y anotado. La Paz, Bolivia: Gisbert & CIA S.A. ,pág.441-443.

<sup>9</sup> Decreto Supremo N°4200 de 25 de marzo de 2020, emitido por los ministros del Estado Plurinacional de Bolivia donde se dispone el estado de emergencia sanitaria y la cuarentena total.

<sup>10</sup> Real Academia Española. (2020). *Real Academia Española*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/pandemia>

<sup>11</sup> Borda, G. A. (1975). Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Buenos Aires: Perrot, pág. 126-127.

<sup>12</sup> Hinojosa, J. (15 de Abril de 2020). *Los Tiempos*. Obtenido de YPFB retrocede en cobro de multa a Petrobras y se abre al diálogo: <https://www.lostiempos.com/actualidad/economia/20200415/ypfb-retrocede-cobro-multa-petrobras-se-abre-al-dialogo>

## 2. CONCLUSIÓN.

De lo anterior se puede advertir lo siguiente:

- Que, la pandemia por el COVID 19, definitivamente, originará controversias y disputas legales que se dilucidarán ante Tribunales arbitrales nacionales o internacionales y ante la justicia ordinaria.
- La fuerza mayor y caso fortuito son elementos que serán motivo de fundamento en las controversias a raíz del COVID 19 siempre y cuando la parte que oponga demuestre los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad, además de tomar muy en cuenta las legislaciones y jurisdicción de cada país, los principios UNIDROIT, la jurisprudencia y sobre todo la redacción contractual donde se incorpore la fuerza mayor y caso fortuito.
- La fuerza mayor y caso fortuito, no es excluyente, pues las controversias por el COVID 19, según su naturaleza, dará lugar al uso de otras figuras como es el caso de la excesiva onerosidad y otras.
- Reitero mi adhesión a la decisión de la empresa estatal boliviana (YPFB) de que la controversia sobre la reducción de las nominaciones de gas a 10 millones de metros cúbicos por día (MMm<sup>3</sup>/d) se efectúe de manera directa con el fin de buscar un equilibrio contractual que favorezca a las partes dados los hechos sobrevinientes que ocurren en Bolivia y en el mundo que cono de conocimiento público.