

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

**CENTRO DE ESTUDIOS DE
LA ACTIVIDAD REGULATORIA ENERGÉTICA**



MAESTRÍA INTERDISCIPLINARIA EN ENERGÍA

TESIS:

**"EXPLORACION Y EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS
EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR: ANÁLISIS DEL MARCO
NORMATIVO QUE RIGE EL CONTRATO DE PRESTACION DE
SERVICIOS PETROLEROS Y DE LA POTESTAD ESTATAL QUE
REGULA POSIBLES MODIFICACIONES EN LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES CONVENIDAS"**

Tesista: Abog. Gabriela Salazar Sempértegui

Director de Tesis: Dr. Eduardo Zapata

Marzo 2019

DEDICATORIA

A Dios por ser mi luz y mi camino,
A mis padres y familia por su apoyo incondicional,
Al Dr. Eduardo Zapata, por su valioso y generoso aporte,
A Lorenzo y a Pablito por su incansable ayuda.

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	Vi
CAPÍTULO 1: RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA PRODUCCIÓN PETROLERA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	1
1.1 Inicio de la producción petrolera ecuatoriana	1
1.2 El “boom” Petrolero e ingreso a la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP)	4
1.3 Época de transición: desde la dolarización al socialismo del siglo XXI	7
1.4 Lecciones Preliminares	9
CAPÍTULO 2: CONTEXTO INSTITUCIONAL	10
2.1 Propiedad de los Recursos Hidrocarburíferos	10
2.2 Evolución del Tratamiento Normativo que regula el Marco Institucional	12
2.2.1 Hechos Históricos Institucionales	12
2.2.2 Procesos Contractuales Anteriores	14
2.3 Reformas normativas	20
2.3.1 Constitución de la República del Ecuador, 2008	20
2.3.2 Creación de la Secretaría de Hidrocarburos	21
2.3.3 Creación de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero	22
2.4 Estructura actual del Sector Hidrocarburífero	23
2.5 Lecciones Preliminares	23
CAPÍTULO 3: NORMAS ECUATORIANAS QUE RIGEN LA MATERIA	25
3.1 Ley de Hidrocarburos	25
3.2 Reglamentos	26
3.3 Normas Supletorias Aplicables	27
3.4 Procedimientos de Contratación	28
3.4.1 Formalidades contractuales	28
3.4.2 Tipos de Contratos	29
3.4.3 Contrato de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación de Hidrocarburos	29
3.4.4 Comité de Licitación Hidrocarburífera	31

3.5 Lecciones Preliminares	31
CAPÍTULO 4: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE EXPLOTACIÓN Y EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS	32
4.1. Definición del Contrato	32
4.2. Objeto del Contrato	33
4.3. De la Contraprestación	34
4.4. Plazo de Vigencia	34
4.5. Obligaciones de las Partes	36
4.5.1. Ejecución del Plan de Actividades	36
4.5.2. Ejecución de los Programas y Presupuestos Anuales	37
4.5.3. Forma de Pago	37
4.5.4. Cálculo de la Tarifa	37
4.5.4.1. Carry Forward	39
4.5.5. Pago de Tributos Gravámenes, Participación Laboral y Contribuciones	39
4.6. Obligaciones Relativas al Ambiente	41
4.6.1. Auditorías Socio – Ambientales	41
4.6.2. Remediación Ambiental	41
4.6.3. Seguros y Garantías	41
4.7. Factores de Corrección	42
4.8. Causas de Terminación y Caducidad del Contrato	43
4.8.1. Causales de Caducidad	43
4.8.2. Proceso de Caducidad	44
4.8.3. Efectos de la Caducidad	44
4.9. Lecciones Preliminares	45
CAPÍTULO 5: CAPACIDAD DEL ESTADO PARA MODIFICAR LAS CONDICIONES CONVENIDAS	47
5.1. El Contrato de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación Petrolera, un Contrato Administrativo	47
5.1.1. Definición de Contrato Administrativo	47
5.1.2. Principios Rectores del Contrato Administrativo	48
5.2. Causas que dan lugar a modificaciones en las estipulaciones contractuales y al rompimiento del equilibrio económico del contrato	53
5.2.1. “Potestas Variandi”	54
5.2.2. “El Hecho del Príncipe”	54

5.2.3. La teoría de la Imprevisión	55
5.3. Herramientas Jurídicas propuestas para limitar las modificaciones contractuales que rompen el equilibrio económico del contrato	56
5.3.1. Cláusulas Contractuales	56
5.3.2. Negociación Directa	58
5.4. Casuística	59
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	64
BIBLIOGRAFÍA	67

INTRODUCCIÓN

El artículo 408 de la Constitución de la República del Ecuador señala que los hidrocarburos son propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable de la nación, determinando que la extracción de estos recursos constituye un sector estratégico, necesario para el desarrollo económico y social del país.

El estado ecuatoriano ha reservado para sí el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar el sector energético respetando los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. En base a dicha potestad, los Ministerios y Empresas Públicas del ramo, tienen la capacidad de dictar normas de carácter general y especial, que rigen las relaciones entre el Estado y los prestadores de servicios petroleros.

Los contratos petroleros históricamente han sufrido cambios, especialmente en cuanto a su naturaleza y a la capacidad de la parte Contratante para poder reestructurar las cláusulas y condiciones de dichos instrumentos, es así que en la actualidad el contenido de los contratos, provienen de textos preestablecidos, donde las Partes no tienen las mismas facultades.

Los procedimientos de contratación también han sido modificados, pues por reserva constitucional en materia de hidrocarburos se estará a los procedimientos especiales que dicten las instituciones del ramo. El método más utilizado en los últimos años ha sido la oferta de campos petroleros a través de rondas licitatorias nacionales y extranjeras.

En la última década, desde el inicio del período del ex Presidente Rafael Correa, Ecuador ha venido terminando en forma unilateral los contratos de prestación de servicios, así mismo, ha modificado las cláusulas convenidas en dichos instrumentos a través de la implementación de reformas legislativas o emisión de decretos o reglamentos ejecutivos, lo cual le ha generado diversos litigios que hoy se ventilan ante cortes nacionales e internacionales.

En tal virtud, es menester determinar cuál es el contenido y alcance del modelo de contrato de prestación de servicios, a fin de establecer con exactitud los derechos y obligaciones que cada parte asume y la capacidad que tienen los contratantes para modificar dichas cláusulas.

Como resultado de este estudio se podrá determinar cuáles son las limitaciones doctrinarias, legales y contractuales que tiene el Ecuador al momento de modificar unilateralmente las cláusulas convenidas. De igual forma se realizará una propuesta de herramientas jurídicas idóneas para resguardar el equilibrio económico del contrato, a pesar de las alteraciones que puedan sufrir este tipo de instrumentos.

CAPÍTULO 1: RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA PRODUCCIÓN PETROLERA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

En este capítulo estudiaremos los hechos históricos fundamentales que marcaron al Ecuador dentro del proceso que lo llevó a convertirse en un país petrolero; desde sus inicios hasta los últimos sucesos. Como revisaremos en el desarrollo de este tema, la influencia ejercida por las transnacionales en cada gobierno de turno fue determinante para aventajar su actividad industrial; desde los inicios de la actividad extractiva, el gobierno siendo neófito en el sector petrolero, demostró un favoritismo especial con dichas empresas, otorgando beneficios fiscales y especialmente adjudicación de grandes áreas para exploración y explotación del crudo ecuatoriano.

Además, hablaremos de dos temas importantes para contextualizar la realidad en la que vivimos: el primero, es el inicio del boom petrolero y, el segundo, es la dolarización del Ecuador.

1.1 Inicio de la producción petrolera ecuatoriana

Para finales del siglo XIX se registra el descubrimiento de los primeros yacimientos petrolíferos en la República del Ecuador, estos pozos se encontraban en la península más importante de la provincia del Guayas; hoy provincia de Santa Elena y, otros en la isla Puná¹. Anglo-Ecuadorian Oilfields Ltd., fue la primera compañía que hizo los descubrimientos de los yacimientos, además de manejar mayoritariamente las concesiones, Dávalos (1979) menciona que:

“Las primeras genuflexiones, y, por ende, los primeros obsequios, datan del segundo tercio del siglo pasado: en 1878 se conceden derechos exclusivos a una compañía privada (MG MIER, SA), para extraer de los terrenos ubicados en la jurisdicción de Santa Elena, toda especie de sustancias bituminosas, que en ellos se encuentren (...)”.

Dávalos (1979), hace énfasis de las malas negociaciones que se realizaron desde principios del siglo XX, por parte del estado ecuatoriano en contubernio con funcionarios públicos. La empresa Anglo hasta el año 1967, contaba con más de noventa pozos petroleros, estas concesiones estaban negociadas con términos contractuales contrarios a una política económica correcta y con visión a mejorar la grave situación económica que varios años después se reflejaría con una honda crisis política. El control y legislación del estado con referencia a este tema, se reducía a una especie de sumisión, sumado a esto la ignorancia

¹ Isschot, V. (1898). Los yacimientos petrolíferos del Ecuador.

expresada sobre temas petroleros, mal manejo de las pocas rentas percibidas y pobre recaudación concesionaria.

En el año de 1886, el congreso nacional expide el Código de Minería, el cual incluía regulaciones para los materiales extraídos de los yacimientos, entre estos, las breas y alquitranes, que a la postre serían unificados bajo el término de hidrocarburos. Sin embargo, el código no ostentaba una regulación exclusiva para los hidrocarburos, es por ello que en el año de 1921, se expide la Ley de Hidrocarburos o más conocida como Ley de Arrendamientos², siendo concebida como la primera ley de regulación y control para el sector hidrocarburífero. No obstante, esta ley hasta sus reformas del año 1971, resultaron en un entreguismo total de los yacimientos petroleros a los intereses de las compañías transnacionales. Con estas consideraciones, los índices de exportación petrolera eran mínimos para el año 1928.

Los datos históricos registran que en el año de 1930, los yacimientos hidrocarburíferos eran ocupados por varias empresas encargadas de la exploración y explotación de dichos yacimientos. Ordoñez (2012), expone dentro de su artículo “El Comercio Exterior del Ecuador: Análisis del Intercambio de Bienes desde la Colonia hasta la Actualidad” algunas de las empresas dedicadas a la industria:

“‘Anglo-Ecuadorian Oilfields Ltd.’ (AEOL) cuya propiedad era de inversionistas ingleses, ‘Caroline Company’ de propiedad de Salvador Vigniani, ‘Ecuador Oilfields’, ‘Concepción Ecuadorian Oilfields’, de propiedad de la familia Medina Pérez. ‘International Petroleum Co.’ subsidiaria de la poderosa ‘Standard Oil Co.’, de propiedad en aquella época de John D. Rockefeller; ‘Ecuador Tropical Oil Co.’, ‘Petropolis Oil Co.’, ‘F. L. Lecaro Rubira Co.’, ‘Carlos Holmes Co.’ y ‘San Francisco Oil Co.’.”

De estas empresas, cabe recalcar a Anglo-Ecuadorian Oilfields Ltd. (AEOL), quien fue la encargada de vaciar los pozos petroleros en la península de Santa Elena, tal como lo declaró en el año de 1967, período en el cual se dedicó a refinar el petróleo. Sin embargo, y muy a pesar de la situación económica desfavorable para el país, “para 1923 AEOL construyó la primera refinería, inversión que favoreció al país pues con la producción nacional de gasolina, el Ecuador ahorró divisas al no tener que continuar importando combustible”³; además, con la apertura de la nueva refinería, se registraron nuevos puestos de

² Gordillo R. (2004). Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador: las apuestas. Flacso Sede Ecuador. 45-54

³ Ordoñez, D. (2012). El comercio exterior del Ecuador: análisis del intercambio de bienes desde la colonia hasta la actualidad. Observatorio de la Economía Latinoamericana, 11.

trabajo para emplear a miles de personas. Años más tarde, el estado reclamaría lo que quedaba de la refinería montada en Santa Elena.

La compañía AEOL aprovechó su situación y posición de ventaja frente al estado ecuatoriano; como en el caso de 1937, cuando fue expedida la Ley Petrolera. Con esta ley el estado entregaba en concesión cientos de miles de hectáreas a las empresas transnacionales, a cambio de pocos centavos con el fin de destinarlos a la obra pública y el pago de nómina del sector público. Otra situación similar ocurrió en el año 1971 con el último régimen de Velasco Ibarra, su Ministro de Hidrocarburos eliminó el Art. 86, el cual contenía el siguiente texto: *“Art. 86. La totalidad de las divisas provenientes de las exportaciones de hidrocarburos que realicen las empresas concesionarias ingresarán al Banco Central, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Supremo Núm. 239 del 16 de agosto de 1970”*⁴. Dicha ley fue impulsada por Velasco Ibarra y pretendía mejorar las condiciones de ingresos a partir del petróleo que se encontraba en nuestro territorio nacional; sin embargo, una disposición transitoria no permitió su verdadera aplicación.

Durante cinco décadas contadas desde comienzos del siglo XX, fue evidente cómo las transnacionales manejaban a su antojo los gobiernos y la elaboración de leyes naturalmente favorables para sus intereses, inclusive se encargaron de ocultar información sobre descubrimientos de nuevos pozos petroleros en la Amazonía ecuatoriana; también, ocultaron información sobre áreas para futuras concesiones, que serían repartidas de manera discrecional y con grandes ventajas fiscales a las “Siete Hermanas” transnacionales. Esta situación fue indudable en el periodo de la Junta Militar desde el año 1963 hasta 1966, que con términos muy contrarios a la lógica, se entregaba al consorcio Texaco-Gulf cerca de un millón y medio de hectáreas para exploración y explotación hidrocarburífera, basta con revisar lo estipulado por la cláusula trigésima del contrato de concesión:

- a) “Durante el periodo de explotación contratado desde la fecha de inscripción de esta concesión (...) y durante los primeros 20 años del periodo de explotación (los concesionarios), quedan exonerados de todo impuesto fiscal, municipal o de cualquier otra clase (...) los capitales empleados en la exploración, explotación y desarrollo de las áreas de concesión, así como en el transporte, exportación, refinación y movilización de los productos...”⁵

⁴ Dávalos H. (1979). Ecuador: Política Petrolera. Problemas del Desarrollo, 187-202. Citando a Galarza J.

⁵ Dávalos H. (1979). Ecuador: Política Petrolera. Problemas del Desarrollo, 187-202.

1.2 El “boom” Petrolero e ingreso a la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP)

En el año 1970, el presidente de ese entonces, José María Velasco Ibarra, se autoproclama dictador civil; por lo tanto, esta decisión devino en un periodo político crítico para la República del Ecuador. La inseguridad e incertidumbre por las decisiones que implementaba Velasco Ibarra se hicieron notar a nivel legislativo, económico, financiero y jurídico, lo cual terminó en un golpe de estado el 15 de febrero de 1972, conducido por el oficial de la Armada ecuatoriana, Jorge Queirolo Gómez; este acto llevó al poder al General de División de las Fuerzas Armadas del Ecuador, Guillermo Rodríguez Lara.

A partir de la revuelta militar, se radicalizó la forma de gobernar y a la vez dentro del sector petrolero se desconocieron los contratos de concesión firmados con las transnacionales, a fin de revertir todo lo que por naturaleza nos pertenece, logrando la devolución del 80% de las concesiones⁶. Entró en vigencia y en plena aplicación la afamada Ley de 1971 (Ley de Hidrocarburos, promovida por Velasco Ibarra), y en consecuencia se firmaron nuevos contratos de concesión, con novedosos términos contractuales dentro de los cuales el estado ecuatoriano ostentaba cerca del 66% de la participación petrolera. Una vez más, se dejó entre abierta una puerta, que a la postre devengaría en una reclamación colectiva por parte del estado ecuatoriano a las transnacionales en temas de mal manejo ambiental. Como lo menciona Gordillo R. (2004), fueron generados algunos problemas ambientales, como: “La quema de petróleo, la acumulación de residuos petroleros y los de perforación en piscinas que con las lluvias desbordaban inundando terrenos y contaminando arroyos y ríos (...)”.

Como hecho histórico del año 1972, inicia la exportación petrolera a gran escala (comparada con 1928) y la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana –CEPE-, entró en funcionamiento; años más tarde la CEPE fue reemplazada por Petroecuador y su filial permanente Petroproducción, que estaba encargada de ejecutar las actividades de las diferentes fases de la producción petrolera: exploración, explotación, transporte, refinación y comercialización. La decisión más sobresaliente en la gestión de la CEPE, fue la construcción de la Refinería de Esmeraldas, además de la adquisición de las acciones de Gulf del consorcio Texaco-Gulf, con lo cual CEPE pasó a ser socio mayoritario del consorcio⁷. La transnacional a raíz del nuevo descubrimiento de varios yacimientos petroleros en el oriente, construye el Oleoducto Transecuatoriano.

En el mes de junio del año de 1973, el ministro de Recursos Naturales impulsó el ingreso del Ecuador a la Organización de Países Exportadores de Petróleo –

⁶ Dávalos H. (1979). Ecuador: Política Petrolera. Problemas del Desarrollo, 187-202.

⁷ Gordillo J. (2004). Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador: las apuestas. Flacso, Sede Ecuador. 67-73

OPEP-, convirtiéndose en un factor determinante para que se revalorice el costo por barril y exista un resurgimiento del movimiento económico dentro del sector petrolero. A este hecho se le conoce como el inicio del “boom” petrolero ecuatoriano.

El gobierno de Rodríguez Lara intentó implementar una revolución nacionalista, que no resultó sino solo en una retórica que paulatinamente fue descalificada por la cúpula oligárquica derechista de las Fuerzas Armadas. El 11 de enero de 1976, se instala en la función ejecutiva el Consejo Supremo de Gobierno; dictadura militar con líneas progresistas, sus integrantes fueron: “Almirante Alfredo Poveda, representante de la Fuerza Naval y Presidente del Consejo; General de División Guillermo Durán Arcentales, representante de la Fuerza Terrestre; y, General del Aire Luis Leoro Franco como representante de la Fuerza Aérea”⁸. Ésta es considerada la última dictadura militar en la República del Ecuador, la cual duró hasta el 09 de agosto de 1979.

El 02 de mayo de 1978, Consejo Supremo de Gobierno, por medio de decreto reforma la Ley de Hidrocarburos, con este hecho se puso a las órdenes de las petroleras transnacionales, otorgando concesiones indiscriminadamente y realizando prebendas de nivel servil. Por otra parte, en la relación del consorcio entre CEPE y Texaco, la empresa estatal fue sometida por la firma norteamericana, al imponer la absorción de varios rubros que no le correspondía, a pesar de su participación mayoritaria del 62,5 % (Dávalos, 1979).

El triunvirato del Consejo Supremo de Gobierno, estuvo al frente de la función ejecutiva tres años. El 10 de agosto de 1979, el Ecuador vuelve a la democracia y elige a Jaime Roldós Aguilera como su líder máximo de estado. Con estos hechos, el apercibimiento de prosperidad de la década de los 80 era prometedora, considerando el traspaso del poder de la dictadura militar a un presidente elegido democráticamente y junto a esto el boom petrolero; sin embargo, existieron factores que ahondaron aún más la crisis económica: la muerte del ex presidente Jaime Roldós Aguilera, la declaración de guerra con el vecino país de Perú y, el fenómeno climático del niño, entre otros; con esto, los ingresos petroleros no fueron suficientes para resistir la acometida de todos estos sucesos. El 10 de agosto de 1984, asciende al poder León Febres-Cordero, personaje de la derecha ecuatoriana, que enfrentó “serios problemas durante su mandato, incluyendo el desplome de los precios del petróleo y el terremoto que destruyó el oleoducto; durante algún tiempo no se pudo exportar petróleo, producto que ya se había convertido en la principal fuente de ingreso

⁸ Batallas, C. (2006). Indios, militares e imaginarios de nación en el Ecuador del siglo XX (Primera edición). Quito: Ediciones Abya-Ayala. p. 97. ISBN 9789978226193.

de divisas del país”⁹, como lo revisaremos más adelante, se produjo la enfermedad holandesa.

Ante el indiscriminado manejo ambiental, en el año 1976 se expide la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental y, en el año 1981 entra en plena vigencia la Ley Forestal. Estas leyes regulaban el manejo y control ambiental por parte de las grandes industrias, lastimosamente no estaban relacionadas estrechamente con el ámbito petrolero, por lo cual no fueron adoptadas ni tampoco aplicadas a sus operaciones. No fue sino hasta 1985, cuando fueron suscritos Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, los cuales incluyeron consecuencias en temas de mal manejo ambiental. Adicional a esto, las comunidades radicadas en plena amazonia ecuatoriana enfrentaron a las empresas petroleras, ejerciendo presión sobre éstas para que no continúen contaminando la amazonia. Lastimosamente, los esfuerzos fueron en vano, tanto así que hasta el día de hoy se sienten los efectos devastadores de la contaminación en el oriente ecuatoriano producido por Texaco.

Hasta el año 1991, la compañía petrolera Texaco siguió operando en el país, sus prácticas de manejo ambiental fueron entredichas. Para el año 1992, Petroecuador toma a cargo el manejo de las petroleras y en el año de 1989 se expiden reglamentos sobre el tratamiento de Aguas; para el año 1992, son emitidos reglamentos sobre el tratamiento del Suelo¹⁰. Con estas normas, el estado pretendía resarcir el daño causado por las petroleras, alrededor de los pozos de extracción petrolera. Durante el gobierno de Sixto Durán-Ballén, el 27 de noviembre de 1992, la República del Ecuador decide ser “socio inactivo” de la OPEP, esto a partir de la aguda crisis económica y política que enfrentaba el país.

A mediados del año 1997, surge un nuevo capítulo en la crisis mundial, la denominada: Crisis del Sudeste Asiático. Este hecho no pasó desapercibido, por cuanto el Fondo Monetario Internacional se encontraba en riesgo de quiebra, y por lo tanto los precios del petróleo no superaban los diez dólares. Si contextualizamos la situación crítica mundial suscitada en el año 1997, junto con la total dependencia del Ecuador hacia las rentas producidas por el petróleo, además de la baja significativa de exportaciones, el resultado fue eminente, el Ecuador se despeñó a una grave crisis¹¹.

⁹ Arosemena, G. (2008). Ecuador en la segunda mitad del siglo XX. Escuela de Posgrado y Administración de Empresas (ESPAE), Guayaquil-Ecuador.

¹⁰ Arosemena, G. (2008). Ecuador en la segunda mitad del siglo XX. Escuela de Posgrado y Administración de Empresas (ESPAE), Guayaquil-Ecuador.

¹¹ Arosemena, G. (2008). Ecuador en la segunda mitad del siglo XX. Escuela de Posgrado y Administración de Empresas (ESPAE), Guayaquil-Ecuador.

1.3 Época de transición: desde la dolarización al socialismo del siglo XXI

Tras la inestabilidad económica que produjo la crisis mundial del año 1997, el gobierno liderado por Abdalá Bucaram Ortiz, inició su plan económico para adoptar como moneda principal el Dólar de los Estados Unidos de América; aunque, quien ejecutó dicha acción fue el gobierno de Jamil Mahuad Witt. Este cambio de moneda produjo varios efectos directos y colaterales, varias instituciones financieras se declararon en quiebra, causando un daño irreparable. Pese a la adopción de esta medida traumática, el estado comenzó a estabilizar su economía, un ejemplo demostrativo de la acción fue la disminución de la inflación. A partir del nuevo milenio, existieron cambios significativos que debían ser aceptados de manera paulatina; no en vano, en menos de una década el Ecuador contó con más de cinco mandatarios (1997 – 2006).

Para el año 2004, cuatro empresas incrementaron la producción petrolera del Ecuador, estas fueron las compañías: Perenco, Occidental, Repsol YPF y AEC Ecuador. Junto con la puesta en marcha del Oleoducto de Crudos Pesados, permitió expandir la producción, además del incentivo que constituían los altos precios del petróleo (Mateo JP., García S., 2014; citando a BCE, 2007).

Después de este marcado y próspero año, la producción sufre un descenso provocado por la terminación del contrato entre el Ecuador y Occidental, junto con el cese de operaciones de Perenco y Petrobras¹², a causa de las Reformas a la Ley de Hidrocarburos. Parte del descenso en la producción petrolera, se debe a la reducción en inversión de las compañías privadas. Tanto así, que desde el año 2006 a 2009, las inversiones pasaron de 772 millones de dólares a casi la tercera parte, esto es 281 millones de dólares; y sumado a esto *Petroecuador ha sufrido una deficiente financiación para acometer los proyectos de inversión*¹³. La proyección siguió incrementando hasta las reformas a la Ley de Hidrocarburos expedidas en 2010.

¹² Mateo, J. P., & García, S. (2014). El sector petrolero en Ecuador. 2000–2010. Problemas del desarrollo, 45(177), 113-139. Citando a Grupo Faro, 2012.

¹³ Mateo, J. P., & García, S. (2014). El sector petrolero en Ecuador. 2000–2010. Problemas del desarrollo, 45(177), 113-139. Citando a Grupo Faro, 2012.

Producción nacional de crudo por compañía (Millones de barriles)

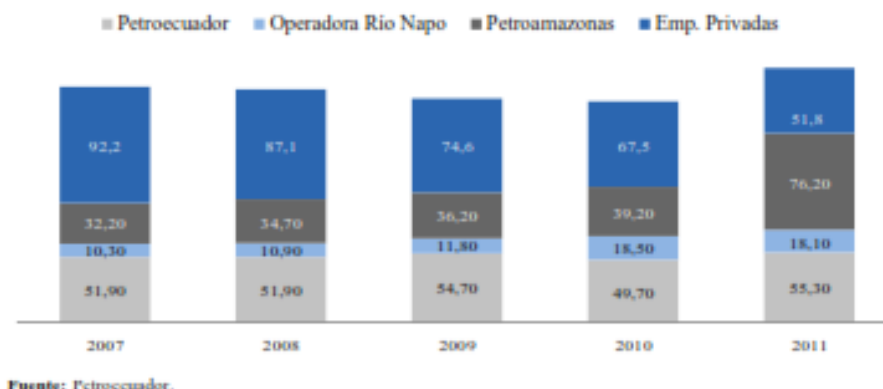


Ilustración 1 - Producción nacional de crudo por compañía 2007 - 2011¹⁴

En el año 2007, la crisis política y la inestabilidad del poder ejecutivo en el Ecuador, fueron hechos decisivos para el sector hidrocarburífero, que con el ascenso de un nuevo gobierno de ideales nacionalistas lideró la recuperación de los recursos naturales no renovables en un periodo denominado: soberanía energética. En ese mismo año, Ecuador reingresa a la OPEP, y en el 2008 por medio de Consulta Popular se aprueba la nueva Constitución de la República del Ecuador. El petróleo pasa a un conjunto de sectores, denominados estratégicos (Mateo JP., García S., 2014). A diferencia de lo ocurrido a comienzos del siglo pasado en la península de Santa Elena, ahora “la producción se lleva a cabo principalmente en la región del Amazonas, en los yacimientos de Shushufindi, Sacha, Libertador, Cononaco, Cuyabeno, Lago Agrio y Auca”. Transcurridos los años, las empresas extranjeras se encargaron en invertir (devolver en gran parte lo que se llevaron) por medio del aparato estatal (CEPE, luego Petroecuador), la construcción de las refinerías, estas son: Refinería de Esmeraldas, Refinería La Libertad y Complejo Industrial Shushufindi.

El gobierno de Correa es históricamente el más beneficiado por los ingresos petroleros, gracias al alza internacional del precio. Lastimosamente, es un mal conocido la dependencia casi total del petróleo por parte del estado ecuatoriano, es así que Correa comprometió nuestra producción hasta el año 2024 (de la información que se conoce). Como lo afirma Araujo A. (El Comercio, 2015): “El país ha firmado desde el 2009 al menos seis de este tipo de contratos con Petrochina, por un anticipo total de aproximadamente USD 5000 millones”. Los contratos hacen referencia a la venta anticipada del petróleo, estos anticipos son una suerte de préstamo, ya que tienen un plazo e interés fijo.

¹⁴ Tomado del Reporte de Consistencia Macroeconómica – Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador., p.8, Edición junio 2012 – No.07

Junto con la renegociación de los Contratos de Prestación de Servicios en el año 2010, surgieron otros casos, en los cuales el gobierno enfrentó indemnizaciones millonarias. Tal es el caso de: Repsol, Andes y Agip, Perenco/Burlington, entre otros. Villavicencio F. (2014), expone las indemnizaciones a las que el estado se encuentra sujeto:

“La cifra gruesa de indemnizaciones con las que el gobierno de Rafael Correa ha beneficiado a compañías petroleras extranjeras, asciende a US 886 millones, sin considerar los rubros por los arbitrajes internacionales que están pendientes de resolución en el CIADI y la UNCITRAL: US 2300 millones a Occidental, US 500 millones a Perenco, y lo que se resuelva en el litigio Chevron-Texaco”.

1.4 Lecciones Preliminares

Sobre lo expuesto dentro de este capítulo, el estado ecuatoriano desde sus inicios fue seducido por las rentas petroleras, que conllevan grandes beneficios económicos. Si bien es cierto, esto trajo consigo el desarrollo económico del país, inclusive en la actualidad el país sigue percibiendo beneficios por la extracción del crudo; sin embargo, en determinado momento histórico, nos vimos afectados por la producción indiscriminada de la industria petrolera, fue de tal magnitud el perjuicio, que en la actualidad los daños colaterales y directos producidos por las transnacionales no han sido resueltos o menos aún resarcidos.

Por otra parte, la dolarización fue una decisión trascendental, no solo para el sector hidrocarburífero, sino para el país en general. La dolarización en su momento significó una de las tragedias vividas por el Ecuador, aunque en lo posterior deviniera en cierta ventaja frente a otros mercados continentales.

CAPÍTULO 2: CONTEXTO INSTITUCIONAL

Conforme observaremos en este capítulo, la institucionalidad dentro del sector hidrocarburífero ha ido evolucionando de acuerdo a la necesidad de cada gobierno de turno. Así pues, como hito histórico que marcó la institucionalidad dentro del sector hidrocarburífero ecuatoriano, cabe mencionar la expedición de la Constitución de la República del Ecuador en el año de 2008.

Ciertamente, con el ascenso al poder de un gobierno alternativo con ideología populista, se reformaron algunas leyes que regulan a este sector y a otros denominados “estratégicos”, y junto con estas reformas se crearon nuevos organismos gubernamentales con el fin de dar paso al establecimiento de un nuevo orden institucional. En tal sentido, el gobierno de Rafael Correa, se encargó de examinar cuidadosamente el debate político de los Recursos No Renovables, sector denominado como estratégico y como consecuencia de la evolución normativa, las políticas de contratación cambiaron para un mayor beneficio estatal mejorando la participación del estado ecuatoriano en temas como: regalías, disminución de impacto ambiental, social, cultural, económico, entre otros. De esta manera, el Estado se transformó en la parte más fuerte de la relación contractual, esto condicionó a las empresas multinacionales que vieron vulnerados los acuerdos suscritos en sus contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

Por lo que, para el desarrollo del presente capítulo, hemos planteado los siguientes temas considerados sustanciales para la contextualización del presente trabajo: 1. Propiedad de los recursos hidrocarburíferos, 2. Evolución del Tratamiento Normativo que regula el Marco Institucional; y, 3. Reformas normativas. Cada uno de estos temas nos permitirá mantener un enfoque claro sobre la evolución institucional en el sector hidrocarburífero y proyectarnos con firmes argumentos en el objeto de esta disertación.

2.1 Propiedad de los Recursos Hidrocarburíferos

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 1, tercer inciso establece: “Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”¹⁵; en tal sentido, el Estado ha declarado dentro de su Carta Fundamental que los Recursos no Renovables pertenecen íntegramente a su patrimonio.

¹⁵ Asamblea Nacional. Constitución de la República del Ecuador: Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. Quito, 2008.

De igual forma, los Arts. 317 y 408 *eiusdem*, establecen parámetros que el Estado debe adoptar para el aprovechamiento colectivo de los recursos no renovables. Así tenemos que el Art. 317 de la Constitución, impulsa a priorizar al estado ecuatoriano la conservación de la naturaleza para minimizar los efectos contraproducentes que conlleva la extracción discriminada y sin control de los yacimientos hidrocarburíferos, ya sea en temas ambientales, sociales, económicos y culturales; además, el estado está facultado para el cobro de las regalías o contribuciones no tributarias, para de esta manera mantener una participación activa y beneficiosa (Constitución, 2008).

El Ecuador ha sufrido grandes perjuicios en materia de daño ambiental y desequilibrios económicos, producto de la operación sin control de multinacionales en los campos petroleros, y de otros bienes prescritos dentro del Art. 408 del mismo cuerpo, en tal sentido, el texto del artículo se concentra en que “solo podrán ser explotados los yacimientos petroleros en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.- El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota”¹⁶. La posición del estado es clara y concisa, sin que quepa el detrimento de los derechos de la sociedad en general.

En complemento de lo expresado en el primer párrafo de este tema, la declaración sobre la integración de los recursos naturales no renovables al patrimonio estatal, ya se mencionaba en la Ley del Petróleo del año 1937, y también se mantenía en posteriores constituciones. Tal es así que al tenor del inciso primero del Art. 247 de la Constitución Política de 1998, prescribe:

“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”¹⁷.

Asimismo, el Art. 1 de la Ley de Hidrocarburos, también hace énfasis sobre la total pertenencia de los yacimientos hidrocarburíferos situados en el territorio nacional al patrimonio del Estado, añadido a esto ratifica la “participación en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos”¹⁸.

¹⁶ Asamblea Nacional. Constitución de la República del Ecuador: Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. Quito, 2008.

¹⁷ Congreso Nacional. Constitución Política de la República del Ecuador: Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998. Quito, 1998.

¹⁸ Consejo Supremo de Gobierno. Ley de Hidrocarburos: Registro Oficial 711 de 15 de noviembre de 1978, última reforma: 21-ago.-2018. Quito, 1978

Por otra parte, como lo define la Real Academia Española, el Patrimonio es un “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”¹⁹; añadido a esto, el Estado funge con la responsabilidad de ser una organización gubernamental instituida de herramientas para la administración de bienes públicos, con el objetivo de proteger los intereses colectivos de sus ciudadanos.

2.2 Evolución del Tratamiento Normativo que regula el Marco Institucional

El descubrimiento de los yacimientos hidrocarburíferos en el Ecuador a inicios del siglo XX, fue el hito histórico con el cual se comenzó a planificar la estructura orgánica en el sector hidrocarburífero ecuatoriano; en consecuencia, a nivel normativo se realizan las primeras leyes que regulan preliminarmente el sector. Con el fin de contextualizar la evolución del tratamiento normativo que regula el marco institucional, revisaremos dos temas específicos: Hechos Históricos Institucionales; y, Procesos Contractuales Anteriores.

2.2.1 Hechos Históricos Institucionales

En el año 1911 se expide el Código de Minería, el cual contenía algunas regulaciones y conceptos relacionados con los hidrocarburos; norma que se transformaría en la Ley General de Minería. Posteriormente, en el año de 1933 se crea la Dirección General de Minas y Petróleos, fue la primera entidad gubernamental que estaba encargada de regularizar y controlar el sector. A continuación, como aporte para el sector se publica en el Registro Oficial No. 560 del 09 de agosto de 1937, la Ley del Petróleo con el fin de regular las fases de la producción petrolera: exploración, explotación, almacenamiento, refinación y transporte.

Con el transcurso de los años la organización institucional del sector petrolero se cimentó con la promulgación de la Ley de Hidrocarburos de 1971. Así tenemos que con Decreto Ejecutivo en el año de 1972, se creó la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), esta institución contaba con suficientes atribuciones para ejecutar la exploración y explotación de los yacimientos petroleros²⁰.

La Ley de Hidrocarburos de 1971 establecía que la formulación de la política de hidrocarburos correspondía a la Función Ejecutiva que obraba por medio del Ministerio de Recursos Naturales y Turismo, en coordinación con la CEPE y, cuando se trataba temas de seguridad nacional intervenía el Ministerio de

¹⁹ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.

²⁰ José María Velasco Ibarra, Presidente de la República. Ley de Hidrocarburos: Registro Oficial 322 de 01 de octubre de 1971. Quito, 1971.

Defensa Nacional; por lo tanto, la jerarquía de este sector la encabezaba el Ministerio del Ramo, y adscrito a éste se encontraba la Dirección General de Hidrocarburos como un órgano técnico-administrativo encargado de controlar las operaciones de hidrocarburos y además del control se le atribuyó “una auditoría especializada para realizar las fiscalizaciones que requiera la aplicación de esta Ley [Hidrocarburos, 1971] y sus reglamentos”.²¹

Posteriormente en el año de 1978, se codifica la Ley de Hidrocarburos con todas sus reformas, por lo que es expedida la conocida Ley de Hidrocarburos del 78, sobre esta codificación se han instituido todas las reformas hasta la actualidad.

Con el boom petrolero y todos los actos consecuentes, la actividad hidrocarburífera en el país estaba en pleno crecimiento y requería un organismo técnico-especializado dotado de suficiente “personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa...”²². Por tal motivo, el Congreso Nacional en el año de 1989, expide la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y sus Filiales. De esta manera las competencias y funciones que ejercía la CEPE, fueron transferidas completamente a Petroecuador, dando un nuevo inicio a la institucionalidad.

Petroecuador estaba conformada desde sus inicios por un directorio, el consejo de Administración, la Presidencia Ejecutiva y dependencias técnicas y administrativas necesarias para la gestión empresarial (Ley especial de PETROECUADOR, 1989). Conjuntamente se encontraba como organismo de control la Dirección Nacional de Hidrocarburos y por otro lado el Comité Especial de Licitaciones. Durante la época de los noventa, la operación tanto de Petroecuador como la Dirección Nacional de Hidrocarburos, fue muy cuestionada; si colocamos sobre la mesa la vasta autonomía económica que disfrutaba dicha empresa, podemos considerar que algunos acuerdos no fueron para mayor beneficio del país.

En el año de 2010 se expide la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, como una acción del gobierno para renovar la institucionalidad dentro del sector petrolero. Con esta reforma normativa, también surgieron cambios sustanciales a nivel institucional; en consecuencia, la Dirección Nacional de Hidrocarburos desaparece y a su vez se crean dos entes encargados de ejecutar las políticas hidrocarburíferas: la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador (SHE) y la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH).²³ Las dos entidades se encuentran adscritas al

²¹ Ley de Hidrocarburos, 1971.

²² Congreso Nacional. Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y sus Filiales: Registro Oficial No. 283 del 26 de septiembre de 1989. Quito, 1989.

²³ Asamblea Nacional. Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno: Suplemento Registro Oficial No. 244 del 27 de julio de 2010. Quito, 2010

Ministerio Sectorial, que en la actualidad se encuentra a cargo del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables. Asimismo, el Comité Especial de Licitaciones, pasa a ser nombrado Comité de Licitaciones y, en el Reglamento a la Ley Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, lo menciona como el Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH).

La Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), tiene entre sus funciones: regular, controlar, fiscalizar y auditar todas las fases de la actividad hidrocarburífera, controlar la debida aplicación de la Ley [de Hidrocarburos] y sus reglamentos; además, goza de facultad sancionatoria, resolución de apelaciones y, facultad coactiva.

Por el contrario, la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador, “administra la gestión de los recursos naturales no renovables hidrocarburíferos” y es la “encargada de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros”.²⁴ No obstante, el Art. 31-A de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, prescribe que los contratos podrán ser modificados por acuerdo entre las partes y previa aprobación del Ministerio Sectorial (Ley Reformatoria a la LH, 2010); en la práctica, dicha responsabilidad recae sobre la persona del Ministro del Ministerio Sectorial.

2.2.2 Procesos Contractuales Anteriores

A finales del siglo XIX, cuando se produjo el descubrimiento de los yacimientos petroleros en el Ecuador, el Estado aconsejado por transnacionales del sector petrolero, logró acuerdos de concesión con los cuales se entregaba cierta área para la exploración y explotación sin limitación alguna. El Estado en ese entonces, no ostentaba un grado de participación; más bien, con las concesiones en manos de extranjeros, recibía un valor por concepto de derecho de cada hectárea concesionada. Para el año de 1921 se expide la Ley de Arrendamientos, y en cierto sentido se concibe como el primer planteamiento íntegro de una Ley de Hidrocarburos²⁵.

Con el transcurso del tiempo, se publicó la Ley del Petróleo que en su Art. 3 declaraba de utilidad pública la industria petrolera en todas sus fases y, en consecuencia la expropiación de todos los bienes conforme a las disposiciones de la Ley General de Minería.²⁶ Estos términos fueron recogidos en el Art. 4 de la Ley de Hidrocarburos de 1971, y de igual manera en la Ley de 1978.

²⁴ Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 2010.

²⁵ Ramiro Gordillo. Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador: las apuestas. Flacso Sede Ecuador. 45-54. Quito, 2004.

²⁶ Federico Páez. Ley del Petróleo: Registro Oficial No. 560 de 9 de agosto de 1937. Quito, 1937.

A partir de la Ley del Petróleo de 1937, se establecen dos tipos de contrataciones: Concesiones por Contrato y, Concesiones por Denuncio (Ley del Petróleo, 1937). En la primera forma de contratación, el estado recibía una caución como forma de promesa de prestar la fianza requerida por la Ley; además, percibía regalías de la producción petrolera. Las partes al estar involucradas en un contrato tienen obligaciones la una con la otra, de igual manera aceptan términos y condiciones; en referencia de lo anterior, el Estado Ecuatoriano dotado legítimamente de derechos sobre los yacimientos petroleros del territorio nacional, se encontraba involucrado en las decisiones además de asumir un rol participativo dentro del sector.

Por otra parte, la mencionada Ley del Petróleo, reconoció y reguló la figura de las “Concesiones por Denuncio”²⁷. Este tipo de concesiones estaban dirigidas de cierta manera para la pequeña industria; si bien es cierto, la definición no era clara ni precisa, otorgaba bastos derechos a quien se encontraba en posesión de un fondo petrolífero, sin que acredite necesariamente la propiedad del mismo, como se demuestra en el Art. 20 *eiusdem*:

“Art. 20.- El concesionario por denuncia podrá extraer de su fundo o fondos petrolíferos que tuvieren a su cargo, todas las substancias a que se refiere el Art. 1° de esta Ley, sin más limitación que la de no invadir con sus trabajos de extracción los fondos vecinos...”²⁸

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la extensión de la concesión no superaba las ochenta hectáreas, en comparación con las 50 mil hectáreas que el estado estaba facultado para suscribir las concesiones por contrato.

A finales de la década de los setenta, el boom petrolero había beneficiado el crecimiento tanto institucional como económico del país, tanto así que en cierto momento el Sucre (moneda de Ecuador, reemplazada después por el dólar) mantuvo su estabilidad cambiaria frente a otras monedas de América del Sur; sin embargo, la mala administración devino en un déficit presupuestario que se fraguó con el excesivo gasto público, obras estatales ambiciosas con sobrepagos y tiempos mayores a los acordados, fuga de capitales hacia el extranjero, entre otros motivos. Sobre esto, Guillaume Fontaine (2002), menciona lo siguiente: “...entre 1971 y 1980 los ingresos fiscales pasaron del 10,2 al 12,8% del PIB, mientras que los gastos públicos pasaban del 13,3 al 14,2% del PIB...”²⁹

²⁷ Ley del Petróleo, 1937.

²⁸ Ley del Petróleo, 1937.

²⁹ Guillaume Fontaine. Sobre bonanzas y dependencia: Petróleo y enfermedad holandesa en el Ecuador. Revista ICONOS, FLACSO Ecuador. Quito, 2002.

A pesar de la participación activa del estado ecuatoriano en las regalías producidas por el sector petrolero, él mismo condujo a un incremento desmedido de la deuda externa, al instituirse en un estado netamente dependiente de los capitales extranjeros y exportación de las materias primarias. En consecuencia, se produjo la “enfermedad holandesa”, en palabras de Fontaine (2002):

“...muestra que un país fuertemente dependiente de las exportaciones de materias primarias, un alza súbita de los precios de aquellas materias puede tener efectos perversos sobre el conjunto de la economía. En efecto, en un primer momento, los efectos de la bonanza incrementan las necesidades de mano de obra y hacen subir los salarios, lo que ocasiona un ‘efecto de movimiento’ hacia el sector próspero. Ello provoca la reducción de la producción industrial y agrícola, en el momento en que la demanda interna crece bajo el efecto del alza del poder adquisitivo global”.³⁰

Sobre lo indicado por Fontaine, en el Ecuador la producción petrolera debía mantenerse en un constante crecimiento, por lo que el gobierno concentró sus esfuerzos en incrementar la inversión dentro del sector hidrocarburífero, descuidando a otros sectores productivos, en lo que se conoce como una “desindustrialización temporal”³¹. En consecuencia, la bonanza y seguridad que brindaban los ingresos petroleros al estado, lo llevaron a incrementar la deuda pública; así pues, en el año 1978 la deuda externa no superaba los 1.800 millones de dólares, sin embargo para la década de los 90 ya sobrepasaba los 10.000 millones de dólares. En la actualidad, el gobierno de Lenin Moreno transparentó todos los informes y cifras relacionados con la deuda pública atribuida exclusivamente al gobierno predecesor, en este sentido, la deuda del Ecuador supera los 50.000 millones de dólares.

Como lo habíamos mencionado, en 1978 se expide la codificación de las reformas de la Ley de Hidrocarburos, con lo cual el estado ecuatoriano pretendió mejorar la participación de las regalías e ingresos percibidos por la producción petrolera en todas sus fases. Dentro de esta codificación se establecen nuevas formas de contratación distintas a la conocida concesión de áreas. A continuación, revisaremos de forma concisa las siguientes formas de contratación: 1. Contratos de Asociación, 2. Contratos de Operaciones Hidrocarburíferas y, 3. Contratos de Prestación de Servicios.

En los Contratos de Asociación, la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, contribuía con derechos sobre “áreas, yacimientos, hidrocarburos u otros derechos de su patrimonio, y en que la empresa asociada contrae el compromiso

³⁰ Guillaume Fontaine, 2002.

³¹ Guillaume Fontaine, 2002.

de efectuar las inversiones que se acordaren por las partes contratantes”³². En ese sentido, el gobierno fija la escala de participación de cada una de las partes, considerando además la inversión producida por la empresa asociada. En este tipo de contrato se establecía el derecho de CEPE, para “adquirir una participación efectiva en los derechos y acciones conferidos en esos contratos y en los activos adquiridos por los contratistas para los propósitos de dichos convenios”³³.

En los Contratos de Operaciones Hidrocarburíferas, se estipulaba la obligación del contratista a realizar “con sus propios recursos económicos, técnicos y otros necesarios, por encargo de la CEPE, actividades de exploración y explotación de hidrocarburos”. En este caso, el pago al contratista se lo realizaba en volumen de hidrocarburos, siempre y cuando sean hidrocarburos comercialmente explotables.

Por otra parte, en los Contratos de Prestación de Servicios, el contratista se comprometía “a efectuar por cuenta o cargo de CEPE, obras o servicios específicos aportando tecnología, capitales, equipos o maquinarias necesarios para el desarrollo de los trabajos contratados”. La superficie comprendida en este contrato no fue mayor a 200 mil hectáreas, y el pago por los servicios era acordado por las partes en “la forma que estimen conveniente”. (Ley de Hidrocarburos, 1978)

Con la reforma a la ley de Hidrocarburos expedida en el año de 1982, el Contrato de Prestación de Servicios es reformulado y se añade a su título “...para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos”. Además, se establecen los Contratos de Obras o Servicios Específicos, esta forma de contratación permitía a la extinta CEPE, contratar con personas jurídicas la ejecución de obras, trabajos o servicios específicos a cambio de un precio o una remuneración en dinero, para lo cual las partes acordaban previamente la cuantía y forma de pago.

Con relación al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, la reforma contractual más preponderante fue la cláusula de “forma de pago”. Como lo revisamos con anterioridad en el contrato del año 1978, el mismo establecía que la forma de pago se acordaba entre las partes en la forma que estimen más conveniente. En cambio, con la reforma de la Ley de Hidrocarburos de 1982, la forma de pago para el prestador de servicios, debía sujetarse a la siguiente condición *sine qua non*: “...cuando el prestador de servicios para exploración y explotación hubiere encontrado, en el área señalada, hidrocarburos comercialmente explotables...”, cumplida esta condición el estado por medio de la CEPE, reconocía el derecho del prestador

³² Ley de Hidrocarburos, 1978.

³³ Ley de Hidrocarburos, 1978.

de servicios, al reembolso de sus inversiones, costos y gastos, y por otro lado, los pagos los realizaba solamente por los servicios en función de las inversiones no amortizadas. Estos reembolsos y pagos se cancelaban con dinero, o si era más conveniente para el Estado, los cancelaba en especie, o inclusive en forma mixta.

Para el año de 1993, mediante Ley No. 44, publicada en el Registro Oficial No. 326 del 29 de noviembre de 1993, se introduce el Contrato de Participación para la Explotación y Exploración de Hidrocarburos. Como lo indica su propio nombre, el contratista tenía derecho a una participación en la producción en función del volumen de la producción, la reforma prescribe lo siguiente:

“La Contratista, una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará a base de los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos del área del contrato, que en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta...”³⁴

De igual forma, se introducen los Contratos de Exploración y Explotación de Campos Marginales, cuyo objetivo principal es la delegación por parte de PETROECUADOR a contratistas, “la exploración y explotación adicional en los campos de producción marginal”, explotados por PETROPRODUCCIÓN. Según establecen las reformas, se considera “campos marginales”, aquellos que se encuentran lejanos a la infraestructura de PETROECUADOR, o en su defecto, necesitaban técnicas de recuperación excesivamente costosas. Desde esa reforma hasta la actualidad, la adjudicación de esos contratos se encuentra a cargo del Comité de Licitaciones, mediante concursos abiertos y priorizando a las empresas nacionales, ya sea por sí solas o por asociación (Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 1993).

Dentro de la reforma producida en el año de 1993, también debemos señalar la implementación de contratos de asociación, consorcio o de operación, para la delegación del transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos. Si bien es cierto, esta responsabilidad recaía sobre PETROECUADOR; sin embargo, éste estaba en plena facultad de delegar el transporte, inclusive la refinación, industrialización, almacenamiento y comercialización de los hidrocarburos. Otro aspecto importante que se destaca, es la referencia sobre “la operación y el control del Sistema de Oleoducto Transecuatoriano (SOTE)”³⁵, la cual estaba a cargo de PETROECUADOR.

³⁴ Congreso Nacional. Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos: Registro Oficial No. 326 del 29 de noviembre de 1993. Quito, 1993.

³⁵ Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 1993.

Para el año de 2006, el Ecuador había experimentado 10 años de gran inestabilidad política, esto indudablemente afectó de cierta manera a los sectores estratégicos. No obstante, en ese mismo año se expide una nueva reforma a la Ley de Hidrocarburos, reforma que marcó un precedente notable al incluir como parte de participación del estado ecuatoriano el 50% de ingresos extraordinarios. Estos ingresos extraordinarios se generaban “cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano [superaba] el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato”³⁶, esta diferencia de precio se multiplicaba por el número de barriles producidos y de ese resultado el estado participaba en un porcentaje mínimo del 50%. Dentro de esta ley reformativa, se dispuso de manera transitoria, que mientras se expida el debido reglamento, las contratistas se sujetarán a este porcentaje mínimo de participación; en otras palabras, la legislación dejó abierta una posibilidad de incrementar esta participación con la expedición del reglamento.

En relación a lo anterior dicho, bajo el apercibimiento del ascenso de un gobierno con tintes nacionalistas, se comenzó a implementar un modelo de matriz productiva en miras de un mejor aprovechamiento de recursos naturales no renovables enmarcados posteriormente en los sectores estratégicos y a su vez un plan de recuperación de la soberanía energética nacional. Es así que, por Decreto Ejecutivo No. 1402 del 23 de octubre de 2008, publicado en el Registro Oficial 460 del 05 de noviembre del mismo año, se reformó la Ley Reformativa expedida en el 2006 y se agregó lo siguiente:

“En los Contratos de participación para la Exploración y Explotación de Petróleo Crudo, y los Convenios Operacionales de Explotación Unificada, accesorios a los mencionados contratos, o sus Contratos Modificatorios, que se firmen a partir del primero de agosto de 2008, la participación del Estado prevista en el inciso anterior será del 70%”.³⁷

En consecuencia, esta disposición obligó a las contratistas a renegociar sus contratos vigentes con el estado ecuatoriano. Bajo este enfoque el gobierno viabilizó otros procedimientos de contratación que se encuentran en plena ejecución. Estos procedimientos los revisaremos más adelante.

³⁶ Congreso Nacional. Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos: Registro Oficial Suplemento 257 de 25 de Abril de 2006. Quito, 2006.

³⁷ Rafael Correa Delgado. Decreto Ejecutivo No. 1402 del 23 de octubre de 2008: Publicado en el Registro Oficial 460 del 05 de noviembre de 2008. Quito, 2008.

2.3 Reformas normativas

A través de los hechos históricos ya analizados, constatamos que las reformas normativas siempre han sido protagonistas para la evolución del sector hidrocarburífero. Asimismo, la entrada en vigencia de la Constitución ecuatoriana del 2008, produjo una transformación en la matriz productiva hacia un enfoque más equitativo, y con la aplicación de políticas públicas de carácter social lograr redistribución de la riqueza.

2.3.1 Constitución de la República del Ecuador, 2008

La Constitución ecuatoriana expedida en el año 2008, en su Art. 1, declara a los Recursos Naturales no Renovables parte del patrimonio del estado. En esta constitución a diferencia de las anteriores, nombra al patrimonio con una nueva característica: irrenunciable, además de ser inalienable e imprescriptible (Constitución, 2008).

Otro aspecto preponderante es la conformación de los sectores estratégicos, y conforme lo define la misma Constitución en el Art. 313: “son aquellos que por su transcendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental...”. En tal sentido, los recursos naturales no renovables, forman parte de estos sectores, de los cuales el Estado se encuentra en pleno derecho de “administrar, regular, controlar y gestionar”, con el fin de ser orientados al pleno desarrollo de los derechos e interés social, lo anterior tiene concordancia con lo señalado por el Art. 261 del mismo cuerpo legal, donde otorga la competencia exclusiva del Estado sobre los hidrocarburos y otros recursos integrantes de los sectores estratégicos (Constitución, 2008).

Para ejecutar el plan de desarrollo de los sectores estratégicos, la Constitución en su Art. 315, ha provisto al Estado de capacidad para constituir empresas públicas, con el objetivo de gestionar los mencionados sectores, proveer servicios públicos, aprovechar sustentablemente los recursos naturales y el desarrollo de otras actividades económicas. La característica de estas empresas públicas es el revestimiento constitucional para funcionar “como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión...” (Constitución, 2008); como acotación, son las mismas características de las que fue revestida Petroecuador, al momento de su creación. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado también podrá delegar esta participación a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria, necesariamente deberán sujetarse al interés nacional y con las mismas

obligaciones de respetar los plazos y límites contemplados en la legislación para cada sector estratégico³⁸.

Asimismo, la Constitución prescribe en su Art. 408 que los recursos naturales no renovables podrán ser explotados en estricto cumplimiento a los principios ambientales, sumado a esto, refuerza con la responsabilidad estatal de minimizar los impactos negativos de carácter ambiental; y además, aquellos de carácter cultural social y económico. (Constitución, 2008)

Por otro lado, la Asamblea Constituyente, consciente del lugar territorial donde se encuentran dichos Recursos Naturales No Renovables, y por experiencias de gobiernos anteriores, en su Art. 274, reconoció el derecho de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, ha obtener una participación de las rentas producidas por la explotación e industrialización de este tipo de recursos.

2.3.2 Creación de la Secretaría de Hidrocarburos

Con la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial el 27 de julio de 2010, y su Reglamento, publicado el 29 de noviembre de 2010, se reestructura el organigrama del sector hidrocarburífero y se crea mediante esta ley reformativa, la Secretaría de Hidrocarburos, entidad adscrita al Ministerio del Ramo. Esta Secretaría se crea con los siguientes objetivos:

1. Administrar la gestión de los recursos naturales no renovables hidrocarburíferos y de las sustancias que los acompañen;
2. Ejecutar actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros, previo pronunciamiento del Ministerio sectorial;
3. Aprobar planes y programas técnicos y económicos;
4. Apoyar al Ministerio sectorial en la formulación de la política en materia de hidrocarburos;
5. Solicitar al Ministerio sectorial, por medio de un informe motivado, la caducidad de contratos, revocatoria de autorizaciones o licencias; asimismo, emitir informe previo para la transferencia o cesión de derechos de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

De esta manera, la Secretaría de Hidrocarburos, como órgano dotado de autonomía y personería jurídica, tomó la posta en ciertas obligaciones que mantenía Petroecuador desde su creación en 1989, y su filial Petroproducción, especialmente en la administración de los contratos. Esta secretaría, pasó a ser el compareciente por el estado ecuatoriano dentro de los contratos del sector

³⁸ Asamblea Nacional. Art. 316 de la Constitución de la República del Ecuador: Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. Quito, 2008.

hidrocarburífero y fue la principal protagonista para la aplicación de las reformas efectuadas en la Ley de Hidrocarburos. (Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 2010)

El papel más importante que ejerció la Secretaría de Hidrocarburos al momento de su creación, fue la aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Reformatoria, por cuanto dicha disposición modificaba los contratos suscritos para la Prestación de Servicios de Exploración y Explotación de hidrocarburos y obligaba a las contratistas adoptar en un plazo de 120 días, el nuevo formato de contrato. En consecuencia, si las contratistas no suscribían el nuevo contrato, la ley dispuso que la Secretaría de Hidrocarburos termine de forma unilateral los contratos y fijara el valor de liquidación de cada contrato y su forma de pago.

Otra de las atribuciones de la Secretaría de Hidrocarburos es la de mantener un Registro de Hidrocarburos público y permanente, en el cual se inscriban: escrituras de constitución, documentos de domiciliación, escrituras públicas de los contratos celebrados con el estado ecuatoriano, documentos de transferencias de derechos y obligaciones contractuales, declaraciones de caducidad, entre otros. (Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 2010)

2.3.3 Creación de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero

Por otra parte, en las reformas a la ley se incluyó la creación de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), esta agencia es un órgano técnico administrativo encargado de “regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operaciones en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera”³⁹. Comparten con la Secretaría de Hidrocarburos, la atribución de solicitar al Ministerio Sectorial, mediante informe motivado la caducidad de contratos, revocatoria de autorizaciones o licencias, pertenecientes al sector hidrocarburífero.

Este organismo está investido de suficiente capacidad para aplicar multas y sanciones por infracciones cometidas en cualquier fase de la industria hidrocarburífera, además de conocer y resolver recursos administrativos propuestos por dichas sanciones o inclusive, por resoluciones emanadas de sus unidades desconcentradas. Asimismo, fija y recauda valores por concepto de tasas de servicios administrativos y control; y, ejerce facultad coactiva dentro de su competencia. (Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 2010)

Por otra parte, es atribución de la ARCH mantener un Registro Técnico Hidrocarburífero de carácter público y permanente, dentro del cual se inscribe:

³⁹ Asamblea Nacional. Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno: Registro Oficial Suplemento 244 de 27 de Julio de 2010. Quito, 2010.

Permisos de operación dentro de la fase de transporte de la industria hidrocarburífera, permisos de estaciones de servicios y depósito de combustibles, contratos pertenecientes a la fase de comercialización y distribución, autorizaciones para importar, procesar, elaborar y comercializar productos derivados del petróleo, entre otras determinadas por la ley. (Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 2010)

2.4 Estructura actual del Sector Hidrocarburífero

En la actualidad, la rectoría del sector hidrocarburífero se encuentra a cargo del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, el cual es el encargado del establecimiento de normas y política en hidrocarburos.

Adscrito a este ministerio se encuentran como organismos con personería jurídica y suficiente autonomía: la Secretaría de Hidrocarburos y la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero. El primero es un órgano administrativo, investigativo y de gestión, y el segundo es un organismo técnico administrativo encargado de la regulación y control.

A continuación, se encuentran las empresas públicas encargadas de la gestión del sector, las más importantes: Petroecuador, como empresa encargada del transporte, refinación y comercialización de hidrocarburos; y, Petroamazonas, encargada de todos los bloques petroleros.

2.5 Lecciones Preliminares

En el comienzo de la producción petrolera, la estructura institucional no estaba organizada con entidades de control, regulación y fiscalización; no es sino hasta décadas más tarde, cuando se crean empresas con ese propósito. En tal sentido, durante años la CEPE fue la empresa por medio de la cual el estado ecuatoriano participó en todas las fases de la producción hidrocarburífera; posteriormente, Petroecuador reemplazó a la CEPE y resultó hasta la actualidad en la empresa pública más importante.

Por otra parte, los procesos contractuales históricos del Ecuador en materia petrolera, fueron adaptados a la realidad de cada período y de cada gobierno de turno. Tras el transcurso de varios procesos, hemos consolidado un contrato con el cual el Estado es participante activo de las regalías; sin perjuicio de lo anterior, es necesario considerar que las reformas realizadas a la Ley de Hidrocarburos en el año de 2010, generó gran inestabilidad jurídica para el sector, el resultado fue la terminación unilateral de los contratos y cuantiosas indemnizaciones a las contratistas.

Otro aspecto a destacar, es la expedición de la Constitución del 2008, la cual impulsó para gran parte del desarrollo institucional, sin duda esto colaboró a estructurar de mejor manera la organización del sector y como consecuencia implementar un mayor control a la industria, tal es así que en la actualidad funcionan dos organismos que forman parte de la operación del sector: Secretaría de Hidrocarburos y la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos.

CAPÍTULO 3:

NORMAS ECUATORIANAS QUE RIGEN LA MATERIA

La norma ecuatoriana que establece los lineamientos de la política en general dentro de los sectores estratégicos es la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el año de 2008. A partir de la expedición de esta norma, han existido varias reformas a nivel social, económico, ambiental y cultural. Por otro lado, se encuentra la Ley de Hidrocarburos, como la norma que regula el sector hidrocarburífero y los reglamentos que permiten aplicar en debida forma dicha ley.

Además, es importante mencionar la legislación que rige para las empresas públicas e instituciones gubernamentales en general. En tal sentido, la legislación rectora para las empresas públicas son: la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) y el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP); de manera complementaria, se encuentran: la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC), Código Orgánico Administrativo (COA) y Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD). Adicional a estas normas jurídicas, existen otras leyes y reglamentos dentro del ordenamiento jurídico aplicables al sector público.

3.1 Ley de Hidrocarburos

La Ley de Hidrocarburos, es la norma específica que rige en el sector hidrocarburífero. Si bien es cierto que han existido algunas leyes de hidrocarburos, la codificación promulgada en el año de 1978, es la base sobre la cual se ha cimentado todas las reformas posteriores.

A partir de la promulgación de la Constitución de 2008, el estado propone un modelo distinto al utilizado por otros gobiernos y declara al sector hidrocarburífero como sector estratégico, con lo cual expide normas acordes a la conservación de la naturaleza y la responsabilidad intergeneracional para la explotación de las reservas petroleras.

Es así que en el año 2010, se expide la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y su Reglamento con el propósito fundamental de recuperar la soberanía energética e incrementar activamente la participación del estado por medio de sus empresas públicas. Además, estandariza el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.

3.2 Reglamentos

Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas: El objeto principal es la regulación, administración, control y fiscalización de las Operaciones Hidrocarburíferas en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera: exploración, explotación, transporte, almacenamiento, industrialización, refinación, comercialización de hidrocarburos, Biocombustibles y sus mezclas; y, demás actividades técnicas, operacionales y económicas relacionadas con la industria del sector hidrocarburífero.⁴⁰

Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos: Este reglamento regula y establece criterios de la información contable que las contratistas deben aplicar durante la vigencia de los contratos con el estado ecuatoriano, además establece las normas y procedimientos que se debe tener en cuenta Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH) y la Secretaría de Hidrocarburos (SH) para el control y fiscalización de mencionados contratos. Este reglamento, tal como lo indica su nombre, se aplica solamente para los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.⁴¹

Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos: Regula y establece criterios de la información contable sobre los contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. De igual manera, establece las normas y procedimientos que la ARCH debe seguir para controlar y fiscalizar los bienes de esos contratos.⁴²

Reglamento para el Transporte del Petróleo Crudo a través del Sistema de Oleoducto Transecuatoriano y la Red de Oleoductos del Distrito Amazónico: Esta norma se encarga de regular, establecer normas pertinentes al transporte del petróleo crudo a través del SOTE, y fijar tarifas para el transporte del petróleo.⁴³

Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador: Su objetivo es regular las actividades hidrocarburíferas en todas sus fases que

⁴⁰ Ministerio de Hidrocarburos. Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas: Publicado en el Registro Oficial Edición Especial 254, el 02 de febrero de 2018. Quito, 2018.

⁴¹ Directorio de la ARCH. Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos: Registro Oficial 662 del 15 de marzo de 2012. Quito, 2012.

⁴² Directorio de la ARCH. Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos: Registro Oficial Suplemento 334 del 25 de septiembre de 2018.

⁴³ Ministro de Energía Y Minas. Reglamento para el Transporte del Petróleo Crudo a través del Sistema de Oleoducto Transecuatoriano y la Red de Oleoductos del Distrito Amazónico: Registro Oficial 280 del 26 de febrero de 2004.

sean susceptibles de producir impactos ambientales en el área de influencia directa.⁴⁴

Reglamento del Sistema Especial de Licitación: El reglamento establece la forma, requisitos y los procedimientos ordenados para la licitación y adjudicación de los contratos de asociación, de participación y de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos, contratos de exploración y explotación de campos marginales; y, contratos de asociación, consorcios, de operación para el transporte de hidrocarburos, a excepción de los contratos de obras o servicios específicos, cuyo conocimiento y resolución le corresponde a PETROECUADOR.⁴⁵

3.3 Normas Supletorias Aplicables

Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP): El principal objetivo de esta ley, es la regulación de las entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República. Para que una Empresa Pública sea catalogada como tal, necesariamente deberán ser personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión.⁴⁶

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP): Por otro lado, el COPFP, organiza, norma, vincula y regula el “Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas”, integrado por todos los recursos públicos, por medio del cual se regula el ejercicio de las competencias de planificación y el ejercicio de la política pública en todos los niveles de gobierno.⁴⁷

Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP): Regula el ejercicio de cargo, función o dignidad por parte de los servidores públicos.⁴⁸

Código Orgánico Administrativo (COA): Como lo establece en su Art. 1: “regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”.⁴⁹

⁴⁴ Gustavo Noboa Bejarano. Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador: Registro Oficial 265 del 13 de febrero de 2001. Quito, 2001.

⁴⁵ Lucio Gutiérrez Borbúa. Reglamento del Sistema Especial de Licitación: Registro Oficial 181 del 01 de octubre de 2003. Quito, 2003.

⁴⁶ Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP): Registro Oficial Suplemento 48 del 16 de octubre de 2009. Quito, 2009.

⁴⁷ Asamblea Nacional. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP): Registro Oficial Suplemento 306 del 22 de octubre de 2010. Quito, 2010.

⁴⁸ Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP): Registro Oficial Suplemento 294 del 06 de octubre de 2010. Quito, 2010.

⁴⁹ Asamblea Nacional. Código Orgánico Administrativo (COA): Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017. Quito, 2017.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD): Por medio de este código, se otorga y se garantiza la autonomía política, administrativa y financiera de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, que territorialmente se encuentran organizados en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales.⁵⁰

3.4 Procedimientos de Contratación

Debemos considerar que el Sistema de Contratación dentro del sector hidrocarburífero, contempla dos procedimientos para contratación: la licitación y la contratación especial, esta última sucede cuando existe alguna excepción o emergencia. La Ley de Hidrocarburos establece formalidades contractuales generales para los contratos además de las específicas propias de cada modalidad contractual, es así que en el desarrollo de este punto revisaremos los tipos de contratos contenidos en la ley citada, con especial enfoque a los Contratos de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación de Hidrocarburos y, Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

Por otra parte, corresponde acotar que las empresas públicas cuando requieren contratar bienes o servicios, inherentes a su gestión de administración, deben sujetarse a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo tanto todos sus requerimientos serán gestionados a través del Portal de Compras Públicas, dentro del cual existen varios tipos de contratación.

3.4.1 Formalidades contractuales

El requisito fundamental es la domiciliación de las empresas extranjeras para suscribir contratos de hidrocarburos con el Estado ecuatoriano. El fin de la domiciliación de estas empresas extranjeras, además de formar parte del registro nacional de compañías regulado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es la obligación de cumplir con las leyes nacionales y en consecuencia, responder ante los tribunales del País. (Art. 26 de la Ley de Hidrocarburos, 2018)

Otra de las formalidades contractuales de gran importancia, es la rendición de una garantía y ocurre cuando la contratista ha resultado adjudicada con un contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos; para lo cual, la ley determina dos momentos para rendir dicha garantía: 1. Antes de inscribir el

⁵⁰ Asamblea Nacional. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD): Registro Oficial Suplemento 303 del 19 de octubre de 2010. Quito, 2010.

contrato adjudicado; y, 2. Dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del periodo de explotación. Para el primer caso, se rendirá una garantía equivalente al 20% de las inversiones a realizar durante el periodo de exploración; y, para el segundo caso, se deberá rendir una garantía por el 20% de las inversiones proyectadas para los tres primeros años. En ambos casos, la garantía puede perderse si se incumplen con las obligaciones estipuladas dentro de los contratos. (Arts. 27 y 28 de la Ley de Hidrocarburos, 2018)

3.4.2 Tipos de Contratos

La Ley de Hidrocarburos, de acuerdo a la evolución normativa dada por sus reformas, junto a la necesidad de constituir nuevos contratos o inclusive adaptándolos a la realidad contemporánea, el estado ha ampliado sus modalidades contractuales en materia de hidrocarburos. En seguida, exponemos las formas contractuales vigentes en la Ley de Hidrocarburos:

- Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos;
- Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos;
- Contrato de Exploración y Explotación de Campos Marginales;
- Contrato de Asociación;
- Contratos de obras o servicios específicos;
- Contratos de Operación;
- Contratos de Gestión Compartida;
- Contratos de Asociación, Consorcios o de Operación, para: actividades de transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos, su refinación e industrialización.

Enfocándonos en la materia de estudio del presente trabajo, a continuación revisaremos de forma breve el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

3.4.3 Contrato de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación de Hidrocarburos

Con las reformas a la Ley de Hidrocarburos y su reglamento expedido el año 2010, el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, pasó a ser el modelo de contrato preferente para el desarrollo del modelo económico planteado por el gobierno. Al existir un cambio en el fondo del contrato, las contratistas fueron obligadas a modificar los términos bajo los cuales fueron suscritos en un principio.

La particularidad de este nuevo contrato es la forma de pago de la prestación de servicios, que se producía cuando la contratista encontraba hidrocarburos comercialmente explotables, y el pago se realizaba con una tarifa fija por barril de petróleo y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Además, como margen de soberanía, el estado se reserva el 25% de los ingresos brutos. Sin perjuicio de lo anterior, la contratista podía acceder a una tarifa adicional cuando realizaba por iniciativa propia el impulso para descubrimiento de nuevas reservas. Cabe destacar que el riesgo no era compartido, sino que recaía enteramente sobre la contratista. (Art. 16 de la Ley de Hidrocarburos, 2018)

Para la correcta ejecución y aplicación de las reformas a la Ley de Hidrocarburos, el estado comenzó un proceso de renegociación obligatoria para sus contratistas, bajo el amparo de la disposición transitoria primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos; es así que, para los contratos de participación y prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, estableció un plazo de 120 días para la adopción del nuevo modelo y, para los contratos de campos marginales y prestación de servicios específicos, un plazo de 180 días. Ante la falta de acuerdo en algunas de las renegociaciones, se originaron terminaciones unilaterales de contratos, derivándose en costosos Arbitrajes Internacionales, y pago de indemnizaciones cuantiosas. (Disposición Transitoria Primera de la Ley de Hidrocarburos, 2018)

Pero por otro lado, la aplicación de esta disposición produjo resultados positivos: 14 contratos fueron renegociados, llevando al estado ecuatoriano a percibir una mayor renta de la producción petrolera.

Cuadro 1. Resultados de la renegociación de los contratos petroleros, producto de las reformas a la Ley de Hidrocarburos, 2010. Fuente: Elaboración propia a partir de investigación.			
Nombre de la Contratista	Área asignada	Régimen contractual anterior	Tarifa por barril bajo nuevo contrato
Agip	Bloque 10	Prestación de servicios	US 35,00
Repsol	Bloque 16	Participación	US 35,95
Andes Petroleum	Bloque Tarapoa	Participación	US 35,00
Petrooriental	Bloque 14	Participación	US 41,00
Petrooriental	Bloque 17	Participación	US 41,00
Enap	MDC	Servicios Específicos	US 16,72
Enap	PBHI	Servicios Específicos	US 20,77
Petrosud-Petroriva	Pindo	Campo Marginal	US 28,50

Consortio Pegaso	Puma	Campo Marginal	US 21,10
Petrosud-Petroriva	Palanda	Campo Marginal	US 31,90
Pacifpetrol	Gustavo Galindo	Servicios Específicos	US 58,00
Repsol	Tivacuno	Servicios Específicos	US 27,25
Petrobell	Tiguíno	Campo Marginal	US 29,60
Tecpecuador	Bermejo	Campo Marginal	US 24,00

3.4.4 Comité de Licitación Hidrocarburífera

El Comité de Licitación Hidrocarburífera es el organismo encargado de ejecutar las condiciones y procedimientos que rigen en las licitaciones de varios contratos previstos en la Ley de Hidrocarburos. El Comité se encuentra integrado por el titular o delegado del Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, el titular o delegado del Ministerio de Economía y Finanzas, y el funcionario principal o su delegado, responsable de la articulación del Consejo Sectorial e Infraestructura.⁵¹

3.5 Lecciones Preliminares

La legislación ecuatoriana se ha caracterizado por constantes reformas, derogatorias y actos legislativos de similar índole, causando un efecto negativo a nivel local e internacional. La seguridad jurídica que debe aportar el estado para la inversión extranjera debe ser necesaria. Si bien es cierto que las reformas producidas en la Ley de Hidrocarburos en el año 2010, afirmó la participación activa del estado ecuatoriano sobre sus recursos; pero por otro lado, esto condujo a una serie de litigios y reclamaciones internacionales que causaron serios problemas a nivel económico por las indemnizaciones.

⁵¹ Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables. Instructivo para el Comité de Licitación Hidrocarburífera. Quito, 2014.

CAPÍTULO 4:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS

Una vez que hemos analizado el contexto histórico, institucional y regulatorio de los hidrocarburos en el Ecuador, es necesario centrar nuestro estudio en el contenido del Contrato de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, a fin de determinar si en la redacción del contrato se establecen métodos y límites para la modificación de las cláusulas convenidas. En el presente capítulo se utilizarán como herramientas fundamentales de análisis y estudio: la Ley de Hidrocarburos⁵², la Resolución No. COLH-0047-22-11-2012 expedida por el Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH) la cual norma los procedimientos de contratación de la Ronda Suroriente, y, el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque Ocaño Peña Blanca⁵³, suscrita entre la Secretaría de Hidrocarburos y el Consorcio INTERPEC.

4.1. Definición del Contrato

El Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH) de la Ronda Petrolera Suroriente, en concordancia con el Art. 16 de la Ley de Hidrocarburos, estableció la definición de este tipo de contrato, señalando que:

“son contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquellos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan a realizar para con la Secretaría de Hidrocarburos, con sus propios recursos económicos, y a su solo riesgo, los servicios de exploración y explotación de hidrocarburos, en los bloques señalados para tal efecto, invirtiendo los capitales, utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados”⁵⁴.

De la definición citada, podemos extraer un primer punto relevante y es que el riesgo del contrato de prestación de servicios lo carga única y exclusivamente el Contratista, este detalle que podría resultar ligero a la lectura, puede jugar un papel preponderante al analizar la potestad estatal para modificar los contratos, cuando por su efecto, se produce el quebrantamiento del equilibrio económico

⁵² Consejo Supremos de Gobierno. Ley de Hidrocarburos: Registro Oficial No. 711 del 15 de Noviembre de 1978. Quito, 1978.

⁵³ Secretaría de Hidrocarburos. Contratos de prestación de servicios de exploración y explotación de Hidrocarburos – Bloque Ocaño Peña Blanca: suscrito el 30 de Abril de 2012. Quito, 2012.

⁵⁴ Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH): Resolución No. COLH – 0047-22-11-2012. Recuperado de: www.she.gob.ec. (2012).

del contrato, en cuyo caso las pérdidas son asumidas exclusivamente por la Contratista.

4.2. Objeto del Contrato

El objeto del contrato establecido por el Comité de Licitación Hidrocarburífera, señala que:

“La contratista ejecutará, por su cuenta y riesgo, las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el bloque contratado, invirtiendo los capitales y disponiendo de la tecnología necesaria para el cumplimiento del objeto del contrato, utilizando las mejores tecnologías y prácticas de la industria petrolera, respetando las disposiciones legales, reglamentarias y contractuales, para lo cual aplicarán las medidas más adecuadas para la conservación de los reservorios y de otros recursos naturales”⁵⁵.

En el contenido de esta cláusula podemos determinar que los servicios contratados corresponden a las siguientes obligaciones:

Servicios Técnicos: constituyen todas las operaciones necesarias para la evaluación, exploración y explotación de los hidrocarburos, dentro del territorio que le ha sido asignado en el contrato.

Servicios Financieros: este servicio corresponde al financiamiento, no reembolsable, de todas las actividades técnicas y administrativas para el cabal cumplimiento del contrato.

Servicios Administrativos: corresponden a la ejecución de los métodos y actividades necesarias para el cumplimiento del objeto principal del contrato, tales como las tareas relativas a la preservación del ambiente y la naturaleza.

En la redacción del objeto del contrato encontramos un segundo componente determinante en nuestro análisis, pues se establece que la prestación de los servicios se realizará respetando las disposiciones legales, reglamentarias y contractuales, sin indicación del tiempo de vigencia de las mismas, es decir no se expresa que las normas aplicables al contrato son aquellas vigentes al momento de su celebración, lo cual podría romper el principio de seguridad jurídica mediante el cual las normas modificadas deben regir para el futuro, sin afectar las obligaciones conocidas por el Contratista al momento de la suscripción del instrumento contractual.

⁵⁵ Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH): Resolución No. COLH – 0047-22-11-2012. Recuperado de: www.she.gob.ec. (2012).

4.3. De la Contraprestación

El contrato de prestación de servicios prevé como único pago al Contratista, el reconocimiento de una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado al estado ecuatoriano en el punto de fiscalización. La tarifa constituye el ingreso bruto del Contratista y se fija tomando en consideración el valor estimado para amortizar las inversiones, costos, gastos y una utilidad razonable correspondiente al riesgo asumido.

También se estipula la posibilidad de que el Contratista tenga la primera opción de compra de la producción del territorio asignado, pagando a cambio un valor que no podrá ser inferior al mínimo referencial obtenido por el promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por EP PETROECUADOR, conforme lo establece el Art. 71 de la Ley de Hidrocarburos.

De igual forma, se encuentra previsto el reconocimiento de una tarifa adicional cuando el Contratista realice actividades tendientes a impulsar el descubrimiento de nuevas reservas o implemente modernas técnicas para la recuperación mejorada de las reservas ya existentes.

Las inversiones comprometidas, las cuales tiene incidencia en el valor de la tarifa, deben ejecutarse conforme al respectivo plan de desarrollo o plan quinquenal que el Contratista efectúe para el cabal cumplimiento del contrato.

Dentro de la contraprestación del contrato, objeto de este análisis, podemos encontrar un tercer elemento a ser considerado en nuestro estudio, este es el plan de desarrollo quinquenal, el cual como su nombre lo indica tiene una vigencia de cinco años y es construido sobre la base del cumplimiento de todas las obligaciones legales, reglamentarias y contractuales vigentes al momento de su elaboración. Esto implica que si el contrato sufriera modificaciones durante la vigencia y cumplimiento del plan de desarrollo, las cuales requieran una inversión superior a la planificada, nuevamente el equilibrio económico del contrato podría quebrantarse en perjuicio de la Contratista.

4.4. Plazo de Vigencia

El plazo general de vigencia del contrato de prestación de servicios es de veinte años contados a partir de que dicho instrumento es inscrito en el Registro de Hidrocarburos. Este plazo puede ser prorrogado siempre que no se contraponga a los intereses del Estado.

La duración del contrato comprende dos etapas:

Período de Exploración: durante esta etapa se ejecutan las actividades contempladas en el Programa Exploratorio desarrollado por el Contratista. Este período deberá durar mínimo seis meses y podrá extenderse hasta por el lapso de cuatro años, pudiendo prorrogarse por dos años adicionales.

Las causas para que sea procedente la ampliación del período de exploración son las siguientes:

- Si algún descubrimiento ocurre en el cuarto año del Período de Exploración.
- Si la Contratista se compromete a ejecutar un nuevo Programa Exploratorio en el que se incluyan actividades de perforación y evaluación de un nuevo pozo.
- Por demoras no atribuibles al Contratista en la obtención de permisos y licencias ambientales, por fuerza mayor o caso fortuito o situación de emergencia debidamente comprobadas.

Período de Explotación: corresponde a esta fase la ejecución de las actividades establecidas en el Plan de Desarrollo, específicamente aquellas relacionadas con las inversiones de producción en los campos descubiertos durante el período de exploración. Esta fase puede durar hasta veinte años, pudiendo prorrogarse por las siguientes causas:

- Cuando el bloque objeto del contrato se encuentre alejado de la infraestructura hidrocarburífera existente.
- Cuando se descubran nuevos yacimientos.
- Cuando la contratista se comprometa a ejecutar nuevos planes exploratorios durante los últimos cinco años del período de explotación.
- Cuando se busque implementar nuevas técnicas de recuperación mejorada de las reservas.

Dentro del análisis del Plazo del Contrato, hemos advertido un cuarto elemento a ser analizado, esto es la posibilidad de prorrogar el período de exploración a causa del retraso no atribuible al Contratista en la obtención de permisos y licencias ambientales; este retraso absolutamente común en el Ecuador se produce a causa de la modificación de la ley y la reglamentación que rige al Ministerio del Ambiente, pues continuamente los procesos internos para la obtención de licencias ambientales han ido modificándose, lo cual ha ralentizado los procedimientos a tal punto que la obtención de una licencia ambiental puede tardar hasta cinco años en obtenerse.

4.5. Obligaciones de las Partes

Al enumerar las obligaciones del Contratista, el contrato de prestación de servicios establece una premisa fundamental, ambigua y no contextualizada, indicando que la obligación primigenia es el cumplimiento de las estipulaciones contractuales y la legislación aplicable; cabe señalar que la calificación de ambigua y no contextualizada se debe a la falta de determinación de la temporalidad de la norma y la especificidad de la misma, más aún cuando la legislación ecuatoriana se ha caracterizado por su desproporcionada regulación y su falta de permanencia en el tiempo.

A partir de este enunciado se detallan las siguientes obligaciones, de las cuales analizaremos aquellas de relevante importancia para el análisis del objeto de esta disertación:

4.5.1. Ejecución del Plan de Actividades

Esta obligación consiste en ejecutar cabalmente las actividades descritas en el Plan de Actividades con el fin de maximizar la recuperación de reservas en el área asignada y el cumplimiento de la producción de Petróleo Crudo estimada en dichos planes. Dentro de este acápite se deja constancia de la obligatoriedad del cumplimiento de las actividades planificadas, mientras que los montos de las inversiones se consideran como valores aproximados.

El contrato contempla la posibilidad de modificar el Plan de Actividades, siempre que se cumplan dos requisitos: que la modificación obedezca a razones técnicas debidamente justificadas y que la Contratante acepte expresamente. No se han establecido causas que obedezcan a reformas legales como justificaciones válidas para reformar el Plan de Actividades.

De presentarse la solicitud de modificación, la Contratante tiene la potestad de negar justificadamente la solicitud de reprogramación o sustitución efectuada por la Contratista. En caso de discrepancias surgidas entre las partes, la Contratista podrá solicitar la intervención de un Consultor quien después de un procedimiento deberá emitir un dictamen vinculante y definitivo para las partes.

La ejecución del Plan de actividades conlleva la obligación de realizar las inversiones estimadas en los presupuestos anuales debidamente aprobados por la Contratante. Dicha obligación comporta tal relevancia que el contrato de prestación de servicios ata el pago de la tarifa por barril al cumplimiento de las inversiones programadas. En caso de incumplimiento, la Contratista percibirá la tarifa a la cual se le aplicará un descuento equivalente a las actividades e inversiones no ejecutadas, sin perjuicio del derecho que tiene la Contratante a

iniciar acciones por incumplimiento contractual, que podría desembocar en la terminación del Contrato.

Dentro de esta obligación contractual hemos encontrado un quinto elemento trascendente en nuestro estudio, y es que el Plan de Actividades puede ser modificado únicamente por razones técnicas sin que se haya previsto que la potestad legislativa que tiene el estado, puede influir en el cronograma de actividades afectando la ejecución de las inversiones previstas, que en el peor escenario podría considerarse como causal de terminación del contrato. De igual manera, la reforma al Plan de Actividades no procede a menos que expresamente la Contratante esté de acuerdo, por lo que aunque exista una causal de modificación fácticamente demostrada, esta no prosperará a menos que exista voluntad en la parte Contratante.

4.5.2. Ejecución de los Programas y Presupuestos Anuales

El Comité de Supervisión del contrato es el ente autorizado para revisar los Presupuestos Anuales presentados por la Contratista, debiendo emitir una recomendación para que la Contratante los apruebe. Al igual que los Planes de Actividades, los Presupuestos pueden ser modificados por causas técnicas debidamente sustentadas y siempre que la Contratante apruebe la modificación.

En este caso no se ha previsto el cambio del presupuesto anual si es que existen factores legales sobrevinientes y que incidan en el valor disponible por la Contratista para efectuar las inversiones convenidas.

4.5.3. Forma de Pago

Dentro de esta estipulación se introduce el concepto de “Margen de Soberanía”, por el cual el Estado se reserva el veinte y cinco por ciento del Ingreso Bruto del Contrato calculado antes de cualquier distribución; del valor remanente, se cubren los costos de transporte y comercialización, posteriormente se realiza el pago de tributos establecidos por ley y finalmente se realiza el pago de la tarifa del Contratista.

En caso de que se incrementen los costos de transporte, comercialización o el pago de tributos, el valor que corresponda al incremento será cubierto después del pago al Contratista, pudiendo incluso destinarse fondos provenientes del Presupuesto General del Estado.

4.5.4. Cálculo de la Tarifa

Anteriormente en este análisis, cuando revisamos el precio del contrato de prestación de servicios, pudimos observar que el Contratista recibe una tarifa fija,

previamente negociada con el Contratante, por cada barril de petróleo crudo entregado en el punto de fiscalización.

La tarifa acordada entre las partes se establece en función de las cualidades de cada bloque y las facilidades que tendrá el Contratista para operarlo. En forma general, la tarifa busca amortizar las inversiones, costos y gastos del proyecto generando una utilidad razonable para el Contratista en función del riesgo que éste asume.

En tal virtud, para el cálculo de la tarifa se ha establecido la siguiente fórmula:

$$PCt = [TAR \times Qt] \times Fat$$

PCt= Pago a la contratista en el periodo t

TAR= \$ US dólares / barril (Tarifa para campos en producción)

Qt= Producción de los campos en el periodo t, medido en barriles.

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

FAt= $FAt-1 \times [\Delta PPI_i \times X + \Delta CPI_i \times Y + Z]$

ΔPPI_i = Variación del indicador de costos PPI_t / PPI_{t-1} . (Código PCU213112213112 “support activities for oil and gas operations”).

X= 0.175 Factor de costos operativos variables sobre la Tarifa para campos en Producción. (No se incluye depreciación ni amortización).

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

Y= 0.325 Factor de costos operativos fijos sobre la Tarifa para Campos en Producción (No se incluye depreciación ni amortización).

Z= $1 - X - Y$

Dentro de esta fórmula debemos resaltar que los factores correspondientes a costos del proyecto identificados como “X” y “Y”, se mantendrán inalterables a lo largo de la vida del contrato.

Como podemos observar dentro de la fórmula antes explicada, el Contratista recibe como contraprestación el resultado de la multiplicación de un valor fijo por barril de petróleo afectado únicamente por un factor de ajuste de inflación de costos operativos. A decir del Ab. Patricio Ortega⁵⁶, este tipo de cálculo incentiva al Contratista a ser eficiente en la ejecución del contrato dado que el ahorro en costos y gastos maximizará la utilidad planificada, sin embargo, si sobrevienen factores externos como el cumplimiento de obligaciones no previstas inicialmente, la ineficiencia de costos y gastos solo puede ser asumida por el Contratista, quien como habíamos revisado en líneas anteriores, asume la totalidad del riesgo de su operación.

⁵⁶ Patricio Ortega Racines, entrevistado por Gabriela P. Salazar.S., 05 de diciembre de 2018, entrevista 1A, transcripción Ab. Pablo Mendieta Bustos.

4.5.4.1. Carry Forward

El Contrato también estableció la figura del “Carry Forward” o de “Acumulación”, mediante la cual la diferencia entre los montos pagados por concepto de la tarifa por barril y el ingreso disponible del mismo mes o año se traslada al siguiente mes o año fiscal, sin que se considere el pago de intereses, y en caso de que no pueda ser cubierto durante el respectivo o subsiguiente mes o año fiscal, se acumulará sucesivamente durante la vigencia del contrato.

Esta cláusula determinó adicionalmente que cualquier diferencia trasladada y originada por insuficiencia del ingreso disponible y que no haya sido pagada por la Contratante a la terminación del contrato, se extinguirá y no será pagada a la Contratista, quedando la Contratante liberada de la obligación de pago en ese momento.

Las consecuencias de esta cláusula se presentaron especialmente con la caída del precio internacional del barril de petróleo, donde el ingreso recibido por Ecuador no fue suficiente para cubrir la tarifa del Contratista después de haber descontado el Margen de Soberanía, gastos de transportes, comercialización y tributos.

El analista Julián Pastor⁵⁷, quien participó directamente como asesor de operadores privados en varios procesos de renegociación de Contratos de Prestación de Servicios, considera que el “Carry Forward” exige que las Contratistas sean muy cautelosos al momento de tomar deuda y ejecutar las inversiones, pues aunque el pago de una tarifa esté establecido en el Contrato, el pago efectivo está atado a factores externos como la tarifa internacional del petróleo y la estabilidad de los costos y los tributos.

4.5.5. Pago de Tributos Gravámenes, Participación Laboral y Contribuciones

Dentro de esta cláusula se determina la obligación de pago que debe realizar el Contratista, en cumplimiento de la legislación atinente a su giro de negocio.

- **Impuesto a la Renta:**

Dentro del Contrato correspondiente al Bloque Ocaño Peña Blanca, se estableció el impuesto a la renta del (23%) para el primer año y del (22%) a partir del segundo año fiscal, de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Régimen Tributario Interno.

⁵⁷ Julián Pastor Soto, entrevistado por Gabriela P. Salazar.S., 20 de noviembre de 2018, entrevista 3A, transcripción Ab. Pablo Mendieta Bustos.

- **Participación Laboral:**

En el Ecuador, los trabajadores tienen derecho a participar en la utilidad generada por sus empleadores en un valor correspondiente al (15%). Para el caso de las operadoras petroleras, el art. 94 de la Ley de Hidrocarburos estableció que los trabajadores participarán en un valor correspondiente al (3%), debiendo entregar el (12%) restante al Estado Central y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

El pago efectuado a los gobiernos seccionales solo podrá ser destinado a proyectos de inversión social y al desarrollo territorial de las áreas en donde se lleven a cabo actividades hidrocarburíferas.

- **Contribución por Utilización de Aguas y Materiales Naturales de Construcción:**

El Art. 52 de la Ley de Hidrocarburos establece una contribución anual por utilizar agua y materiales naturales de construcción que se encuentren en el área asignada a la operación. Se ha fijado una cantidad de veinte y cuatro mil dólares para el período de exploración y de sesenta mil dólares para la etapa de explotación, dichos valores no son reembolsables.

- **Contribución para la Investigación Tecnológica:**

En aplicación del Art. 54 de la Ley de Hidrocarburos se establece la contribución equivalente al 1% del monto de pago por los servicios, previa deducción de la participación laboral y del impuesto a la renta, valor que será destinado a la investigación y desarrollo de avances científicos y tecnológicos.

Hasta aquí hemos podido determinar que las principales obligaciones fijadas en el Contrato de Prestación de Servicios responden a la aplicación de los cuerpos legales que rigen la materia, mismos que se traducen en costos y gastos que debe asumir la Contratista en el devenir de su operación.

De igual forma, hemos podido establecer que los costos y gastos del proyecto pueden fluctuar en función de dos factores: el primero es la eficiencia del operador y el segundo es el cambio intempestivo de las reglas del juego hecho que se puede producir por efecto del inadecuado ejercicio de la potestad estatal que goza el Contratante.

4.6. Obligaciones Relativas al Ambiente

Como premisa fundamental dentro de las obligaciones relativas al ambiente, el Contrato de Prestación de Servicios establece la responsabilidad del Contratista

en el territorio que le ha sido asignado, debiendo cumplir las obligaciones, compromisos y condiciones ambientales previstas en la ley aplicable y los estándares de la Industria Petrolera Internacional, por lo que deberá responder por los actos u omisiones que contravengan la norma ambiental y que provoquen daños tanto sociales como ambientales durante la vigencia de la presentación del servicio.

Cuando la Contratista y/o Subcontratistas causaren daños sociales o ambientales que surjan o se originen en la ejecución del contrato, deberá efectuar de inmediato los trabajos para controlar los efectos contaminantes, así como adoptar medidas necesarias para la reparación y restauración de las áreas afectadas, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda tener frente a terceros.

4.6.1. Auditorías Socio – Ambientales

Es obligación de la Contratista durante el primer año de vigencia del contrato, realizar una auditoría socio – ambiental en el área del contrato. Esta auditoría deberá determinar la situación social y evaluará técnicamente si existen pasivos ambientales, de los cuales la Contratista no será responsable si estos pasivos sociales o ambientales han preexistido a la firma del contrato.

4.6.2. Remediación Ambiental

La Contratista será responsable de los daños o pasivos ambientales durante la ejecución del Contrato. Para el efecto deberá llevar a cabo un Programa de Remediación Ambiental en el que se determinará el alcance y contenido de los trabajos y acciones de reparación. Los costos derivados de la remediación ambiental serán asumidos en forma exclusiva por la Contratista.

4.6.3. Seguros y Garantías

Dentro del contrato de prestación de servicios se ha establecido la obligación de la Contratista de contar con pólizas de seguros y garantías de explotación, mismas que podrán ser objeto de ejecución en caso de incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección al ambiente conforme lo establece la ley y el contrato.

Históricamente las obligaciones relacionadas con el ambiente, han marcado un hito en las relaciones del Estado ecuatoriano y las transnacionales petroleras, como expresa el Dr. Wilton Waranda Mendoza de la Organización Social INREDH⁵⁸ la compañía Texaco en su operación extractiva afectó principalmente

⁵⁸ Waranda Mendoza, W. Apuntes sobre la Explotación Petrolera en Ecuador. Recuperado de: www.inredh.org/index.php/archivo/

a etnias indígenas como los Secoyas, Cofanes y Sionas ubicados al norte de la Amazonía ecuatoriana donde la deforestación alcanzó a más de dos millones de hectáreas, así como se ha registrado el derrame de más de 650.000 barriles de crudo en bosques, ríos y esteros, contaminando importantes fuentes de agua de la región.

4.7. Factores de Corrección

Dentro del Contrato de Prestación de Servicios se incluyó una cláusula que establecen factores de corrección, a fin de que pueda absorberse el incremento o la disminución de la carga económica, si por efecto de los siguientes eventos, se ha producido un desequilibrio económico del contrato. Los casos en que procede el factor de corrección son los siguientes:

- Tributos:
 - Modificación, creación o eliminación de tributos.
 - Modificación de la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta.
 - Modificación del Crédito Tributario.
- Derecho Laborales:
 - Modificación del porcentaje de participación laboral sobre las utilidades líquidas.
- Modificaciones Normativas:
 - Modificación a la legislación de hidrocarburos.
 - Modificación a la legislación ambiental.
- Producción:
 - Reducción de la tasa máxima de producción.
- Otros eventos:
 - Imposición, eliminación o modificación de gravámenes, regalías, primas de entrada, derechos superficiales, pagos de compensación y cualquier otro tipo de gravamen, contribución o participación no tributaria.
 - Modificación del Régimen Cambiario.
 - Modificación del Margen de Soberanía.

A priori podríamos decir que la cláusula de corrección constituye una eficaz fórmula mediante la cual la modificación de las cláusulas contractuales, a causa del ejercicio de la capacidad legislativa queda subsanada, sin embargo, para que ésta proceda debe haber una petición de la parte interesada y del otro lado una aceptación. Lo que ocurre en la práctica es que las condiciones contractuales son modificadas en forma permanente no solo por cuerpos normativos, sino por la creación de nuevas imposiciones a través de oficios, resoluciones o reuniones de trabajo.

El analista Julián Pastor⁵⁹ comenta que en su experiencia como asesor de petroleras privadas, la cláusula de corrección ha sido inaplicable por cuanto las peticiones presentadas no son conocidas o aceptadas por los funcionarios públicos, quienes manifiestan en forma permanente que no se ha podido comprobar la existencia de un desequilibrio económico.

Por lo tanto, la cláusula de corrección en sí misma no constituye una limitación a la potestad del Estado ecuatoriano para modificar las cláusulas convenidas en el contrato de prestación de servicios, pues su aplicación está atada a dos factores de difícil control, el primero es la voluntad política del funcionario de turno, y el segundo, es que se presente un desequilibrio económico entendido a éste como la pérdida absoluta de la ganancia por parte del contratista.

4.8 Causas de Terminación y Caducidad del Contrato

Tanto la ley de Hidrocarburos como el contrato de prestación de servicios han establecido en forma no taxativa las causales de terminación del contrato, siendo las principales las siguientes:

- Por vencimiento del plazo o cumplimiento del objeto del contrato.
- Por acuerdo de las partes.
- Por insolvencia del Contratista o su casa matriz.
- Por extinción de la personalidad jurídica del contratista.
- Por declaración judicial.
- Por opción de cualquiera de las partes, ante el incumplimiento de las principales obligaciones contractuales.
- Por decisión de la contratante ante el incumplimiento del plan de actividades.
- Por declaratoria de caducidad.

4.8.1. Causales de Caducidad

El Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos establece como causales de caducidad a las siguientes:

- Cuando el contratista dejare de pagar las regalías, primas de entrada, derechos superficiares, participaciones y otros compromisos establecidos en la Ley o en el contrato.
- No rendir las garantías establecidas.
- Por incumplimiento del Plan de Inversiones.
- Por incumplimiento del Plan de Actividades de exploración o explotación.

⁵⁹ Julián Pastor Soto, entrevistado por Gabriela P. Salazar.S., 20 de noviembre de 2018, entrevista 3A, transcripción Ab. Pablo Mendieta Bustos.

- Por impedir el proceso de fiscalización por parte de autoridades o en su defecto por no entregar información o documentación que le haya sido solicitada.
- Por reincidencia en infracciones a la ley o el reglamento.

4.8.2. Proceso de Caducidad

En caso de presentarse alguna de las causales descritas anteriormente, el proceso de caducidad deberá ejecutarse conforme a los siguientes pasos:

- a) La Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH) notificará a la contratista, dándole a conocer el incumplimiento a la ley, reglamento o al contrato.
- b) La ARCH le concederá un plazo de 30 días calendario, para que proceda a contestar, remediar, rectifique o desvanezca los cargos.
- c) Si el plazo para remediar el incumplimiento es insuficiente, la (ARCH) podrá concederle un plazo adicional, necesario y suficiente para cumplir lo establecido en el contrato.
- d) Una vez fenecido el plazo, en caso de incumplimiento, la (ARCH) en forma motivada solicitará la caducidad del contrato.
- e) El Ministerio sectorial notificará a la Contratista con el plazo de 60 días para que la Contratista proceda a remediar o ejecutar los incumplimientos que dieron origen al reclamo.
- f) Finalizado el proceso, el Ministerio emitirá en forma motivada la resolución de caducidad, utilizando criterios de valoración objetivos como gravedad de la infracción, negligencia, daño producido, perjuicio al estado y otros que considere pertinentes.
- g) Será causal de caducidad el cometimiento de infracciones ambientales que hayan dado lugar a daños o pasivos ambientales, y siempre que no se hayan efectuado los planes de remediación ambiental mismos que deberán correr por cuenta de la Contratista.

4.8.3. Efectos de la Caducidad

La declaratoria de caducidad implicará la terminación inmediata del contrato por lo que la Contratista deberá restituir el área que le ha sido asignada, así como todos bienes de propiedad del estado que le hayan sido entregados en virtud de la ejecución del contrato de prestación de servicios.

4.9. Lecciones Preliminares

El contrato de prestación de servicios es un instrumento contractual mediante el cual la Contratista asume el cien por ciento del riesgo de la ejecución del Contrato. En su extensión hace referencia a la obligatoriedad de cumplimiento

de las normas establecidas en códigos, leyes y reglamentos, sin determinación de la temporalidad de la norma, por lo que las cláusulas establecidas en el Contrato pueden ser permanentemente modificadas por el ejercicio de la potestad legislativa que tiene el estado ecuatoriano.

La modificación de la legislación especialmente en materia ambiental y de hidrocarburos, ha tenido incidencia directa en la construcción, reforma y ejecución de los planes anuales de actividades, así como en los planes de inversión, cuyo carácter es de obligatorio cumplimiento para la Contratista.

El pago de la tarifa establecida como contraprestación a favor del Contratista, está ligado al precio del crudo en el mercado internacional, así como a la estabilidad de costos y tributos determinados para las operaciones hidrocarburíferas, valores que nuevamente están sujetos a la permanencia en el tiempo de las normas que rigen a la materia.

Aun cuando el contrato contiene una cláusula de factores de corrección, en la práctica la cláusula es inaplicable porque depende de la voluntad política de los administradores del instrumento contractual, así como de la necesaria constatación de un quebrantamiento en el equilibrio económico del contrato.

El quebrantamiento del equilibrio económico del contrato, solo se entiende en el caso de que la Contratista registre pérdidas en el ejercicio.

El estado tiene la capacidad de modificar las cláusulas contractuales a su total arbitrio, incluso llevar a la caducidad del contrato por incumplimiento de normas desconocidas por el Contratista al momento de la suscripción del Contrato.

En este capítulo hemos revisado en forma pormenorizada todas las falencias del Contrato de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, especialmente se ha identificado aquellas cláusulas que permiten al estado ecuatoriano modificar en forma permanente y continuada las obligaciones de los contratistas, que en algunos casos ha dado lugar a la terminación del contrato aplicando procesos de caducidad y atentando incluso premisas fundamentales de derecho como son: el principio de legalidad y de seguridad jurídica; en tal sentido, concluimos que en este tipo de contratos, el estado ecuatoriano se encuentra en una posición de superioridad absoluta frente al Contratista.

CAPÍTULO 5: CAPACIDAD DEL ESTADO PARA MODIFICAR LAS CONDICIONES CONVENIDAS

En el capítulo anterior analizamos en forma detallada las cláusulas y condiciones establecidas en un contrato de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos. En forma general hemos identificado que el estado ecuatoriano puede modificar las cláusulas establecidas sin ninguna limitación contractual. El ejercicio de la potestad legislativa y la inaplicabilidad de la cláusula de factores de corrección, constituyen un elemento de alto riesgo para la contratista.

Dedicaremos las próximas páginas al estudio del rol del estado ecuatoriano en los contratos objeto de esta disertación, para finalmente establecer desde el punto de vista doctrinario y legal cuales deben ser los límites de la potestad estatal para modificar los contratos de prestación de servicios.

5.1. El Contrato de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación Petrolera, un Contrato Administrativo

Dentro de la tipología de los contratos en general, encontramos aquellos en los que un estado y un particular u otro ente estatal, celebran un instrumento a fin de prestar un bien o servicio de interés público, a este tipo de contratos se los denomina Contratos Administrativos.

A continuación analizaremos en forma exhaustiva la definición y reglas aplicables a esta clase de contrato.

5.1.1. Definición de Contrato Administrativo

El Contrato de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos constituye un contrato administrativo que conforme a la definición dada por la Dra. María Dolores Rivas Casaretto⁶⁰ “es un acuerdo entre las partes que origina relaciones jurídicas, es decir, derechos y obligaciones, pero sin igualdad de condiciones entre los contratantes”. Otra definición de Contrato Administrativo es la descrita por Diego Zegarra⁶¹ “es todo acuerdo generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, susceptible de producir efectos con relación a terceros”. Según

⁶⁰ Rivas Casaretto, MD. El Control de los Contratos Administrativos, www.revistajuridicaonline.com, Revista Jurídica 02 del 2002. Recuperado de: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2002/02/15_Control_de_Contratos_Administrativos.pdf

⁶¹ Zegarra, D. "Esquemas de Clase del Curso de Derecho Administrativo". Esquema 14. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 1.

Juan Cassagne⁶² “el contrato administrativo es aquel en el que la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, el mismo que se incorpora al fin u objeto del acuerdo y que se proyecta en su régimen sustantivo dándole un régimen particular (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero)”.

Conforme a las definiciones antes citadas, podemos establecer que el contrato de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos es un instrumento administrativo en el que participa de un lado la Administración Pública y de otro lado un particular cuyo objeto consiste en el cumplimiento de un interés público, donde las partes no se encuentran en igualdad de condiciones.

5.1.2. Principios Rectores del Contrato Administrativo

Al ser el Contrato Administrativo una figura contractual nacida del ordenamiento jurídico, debe enmarcar su campo de acción dentro de principios generales del derecho, los cuales analizaremos a continuación:

a) Principio de Legalidad

Según el tratadista Pedro Salazar Ugarte⁶³ el principio de legalidad obliga a que “todo acto de los órganos del estado, deba encontrarse fundado y motivado en el derecho en vigor, es decir que todo acto de la autoridad pública debe tener fundamento en una norma jurídica vigente y más allá, dicha norma jurídica debe encontrar su propio sustento en una norma superior”.

Resaltando la importancia de este principio fundamental del derecho, Roberto Dromi⁶⁴ considera que “el principio de la legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebirse como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia”, este autor señala que deben existir cuatro condiciones para que se perfeccione el cumplimiento de este principio, estos son: a) delimitación de su aplicación o reserva de ley; b) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley; c) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto, y d) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración.

⁶² Cassagne, JC. "El Contrato Administrativo". Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1999. p. 13.

⁶³ Pedro Salazar Ugarte, Principio de Legalidad Jurídica, origen y naturaleza. Recuperado de: <http://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa>

⁶⁴ Dromi, R. Derecho Administrativo, Argentina, libro 12 Ed, Hispania Libros-2009, Página 1111.

La Constitución de la República del Ecuador, consagra el principio de legalidad en el Art. 226⁶⁵, manifestando:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Por lo tanto, cuando hablamos de principio de legalidad aplicado a los contratos administrativos, podemos señalar que el contrato debe nacer de una ley que ampare su creación; los derechos y obligaciones que se encuentren establecidos en el contrato deben estar expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, de tal forma que el contrato legalmente estructurado, constituya ley para las partes.

Como habíamos analizado en el capítulo anterior, el Contrato de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, menciona expresamente que las obligaciones asumidas por el contratista abarcan el cumplimiento de las normas jurídicas ecuatorianas. En consecuencia, la decisión unilateral de reformar el contrato por parte del estado ecuatoriano, encontraría su primera limitación en el propio texto del ordenamiento jurídico.

b) Principio de Seguridad Jurídica

Para la experta María Elena Lauroba⁶⁶, la seguridad jurídica es “la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que pueda promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”, es decir que este principio le permite a los administrados conocer con certeza la forma en que se aplicará la norma al hecho en concreto, sin dejar espacio a confusiones o distintas interpretaciones.

El Dr. Sánchez de la Torre⁶⁷ al definir este principio expresa “la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de la permanencia de su situación jurídica y no será modificada sino por procedimientos regulares y conductos establecidos de manera previa y clara por el derecho”.

⁶⁵ Art. 226 de la Constitución del Ecuador. Quito, 2008.

⁶⁶ Lauroba, ME. El principio de la seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho. Recuperado de: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6010&context=lalrev>

⁶⁷ Sánchez De La Torre, A. El Derecho en la aventura europea de la libertad. Editorial Reus. Madrid, 1987.

El principio de seguridad jurídica se encuentra recogido en la Constitución del 2008, tanto en el artículo 82 como en el 76 número tres:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

De igual forma, el Código Civil desarrolla el principio constitucional de seguridad jurídica estableciendo lo siguiente:

“Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo”.

El Contrato de Prestación de Servicios estipula como obligación fundamental el cumplimiento de todas las leyes y reglamentos que rigen a la materia, sin embargo, no especifica si las normas a las que está obligado el Contratista son aquellas vigentes al momento de celebración del contrato.

En la práctica, durante la vigencia de este tipo de Contratos, es decir durante el plazo de 20 años, pueden registrarse cambios en la legislación especializada cada año, debiendo el Contratista enmarcar su campo de operación a todas las reformas que se van produciendo en el tiempo.

Por lo tanto, debemos advertir que en el Contrato de prestación de servicios en materia de hidrocarburos objeto de este análisis, no se encuentra reconocido el Principio de Seguridad Jurídica, lo cual ha permitido a las autoridades de turno, modificar las cláusulas convenidas a través del ejercicio de la potestad legislativa.

La real consecuencia de este hecho es que el Ecuador ha tenido que enfrentar un sin número de demandas que incluso han escalado instancias internacionales, por haber modificado los derechos y obligaciones de las Contratistas, llegando incluso a romper el equilibrio económico de los acuerdos.

c) Principio de Equilibrio Económico - Financiero del Contrato

El Dr. Libardo Rodríguez⁶⁸ define al equilibrio económico como un principio de los contratos administrativos “que consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas, en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si rompe esta equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria, que la reestablezca”.

Este concepto destaca la necesidad de mantener, durante la vigencia del contrato, la igualdad de las contraprestaciones, cargas y obligaciones mutuamente acordadas al momento de la suscripción del instrumento convencional; no significa que dichas implicancias no puedan mutar en el tiempo, sino que en caso de requerir una modificación, ésta no debe perjudicar o ir en desmedro del equilibrio inicialmente pactado.

Al hablar del objetivo del contrato, Hely Lopes Meirelles⁶⁹ destaca que “el contrato administrativo, por parte de las Administración, se destina a la atención de las necesidades públicas, pero por parte del contratado, objetiva un lucro, a través de la remuneración consustanciada en las cláusulas económicas y financieras”.

De igual forma Marienhoff⁷⁰ pone de relieve la importancia de la contraprestación en el contrato administrativo diciendo “el contrato celebrado en el compromiso recíproco de ambas partes, le asegura al cocontratante la obtención de ese beneficio. Precisamente, ese es el motivo que determinó al cocontratante a contratar”.

Por lo tanto, el equilibrio económico es la cualidad del Contrato Administrativo que permite que durante la vigencia del mismo, las cargas y ganancias asumidas o esperadas por la partes, permanezcas equivalentes. Ahora bien, reconocer la necesidad de mantener el equilibrio económico del contrato es también admitir que este irá mutando en el tiempo debido a la desigualdad e intereses que persigue cada una de las partes contratantes.

⁶⁸ Libardo Rodríguez R. El equilibrio económico de los contratos administrativos, pg. 36 Editorial TEMIS, Bogotá Colombia 2012.

⁶⁹ Hely Lopes Meirelles, Licitación y Contrato Administrativo, Revista de los Tribunales, 7° Edición actualizada, 1987, pg. 161.

⁷⁰ Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, t III – A, Abeledo – Perrot, 1970, pg 761.

Sin embargo, no cualquier hecho exógeno le da derecho a la Contratante para modificar el contrato, según Libardo Rodríguez⁷¹, estas situaciones deberán cumplir las siguientes condiciones:

- La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento

Santiago González⁷² señala que “el deber de restablecer el equilibrio contractual nace como consecuencia de hechos ajenos a las partes o de hechos que provienen de la conducta del cocontratante que no se ha perjudicado”.

Por lo tanto, para que esta condición se cumpla, la parte que reclame el restablecimiento del equilibrio económico no debe ser la causante de mismo, sino que debe provenir de hechos ajenos a las partes o por causa imputable a la parte favorecida.

- La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta a la celebración del contrato

Bajo esta segunda condición, el hecho que ha generado el rompimiento del equilibrio económico del contrato, debe haber ocurrido con posterioridad a la celebración del mismo, caso contrario, el hecho debió haber sido previsto expresamente por las partes contratantes.

En tal sentido, una situación derivada de un problema macroeconómico no puede dar lugar a la modificación de un contrato, si se ha presentado con anterioridad a la celebración del acuerdo.

- La alteración debe ser causada por un álea anormal

El celebrar un contrato, cualquiera fuere su naturaleza, guarda en sí mismo un riesgo al momento de su ejecución, sin embargo, no todos los hechos que perjudican al acuerdo suscrito entre las partes puede ser calificado como “anormal”, únicamente el álea extraordinaria dará derecho al restablecimiento del equilibrio del contrato.

De acuerdo a lo expresado por Luis Dávila⁷³ el álea extraordinaria “es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer al momento de formalizar el contrato. No está instituido,

⁷¹ Libardo Rodríguez R. El equilibrio económico de los contratos administrativos, pg. 25 Editorial TEMIS, Bogotá Colombia 2012.

⁷² Santiago González- Varas Ibañez, El Contrato Administrativo, Madrid, Civitas, 2003, pg. 274.

⁷³ Luis Guillermo Dávila Vinuesa, Régimen Jurídico de la contratación estatal, 2da edición, Bogotá, Legis Editores, 2003.

entonces, para amparar las contingencias normales que ordinariamente se presentan durante la ejecución del contrato”.

En el mismo sentido Hector Escola⁷⁴ señala que “si el contratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cada negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente”.

Ahora bien, la parte afectada será la llamada a probar fehacientemente que el hecho generador del rompimiento del equilibrio del contrato no pudo ser previsible al momento de suscribir el mismo, ni se encuentra dentro del conjunto de hechos posibles e inherentes al tipo de contratación de que se trate.

- La alteración debe afectar la economía del contrato de forma grave y anormal

Para Santiago González⁷⁵ “no basta la presencia de un álea anormal o extraordinaria para afirmar que existe una ruptura en el equilibrio económico del contrato, sino que ese álea debe haber producido como efecto una alteración notable en la situación económica del contrato, haciendo su ejecución más gravosa”.

Por lo tanto, ésta condición exige que el perjuicio económico que ha sufrido la parte afectada debe superar el valor presupuestado inicialmente para afrontar imprevistos característicos del tipo de contrato, gravando onerosa y excesivamente a una sola de las partes contratantes.

5.2. Causas que dan lugar a modificaciones en las estipulaciones contractuales y al rompimiento del equilibrio económico del contrato

Como hemos revisado hasta el momento, dentro de los contratos administrativos las partes no se encuentran en igualdad de condiciones, esto se produce principalmente porque la parte contratante (el estado) tiene un interés superior al del contratista. De un lado, tenemos el interés público del estado que busca resguardar los bienes, recursos e ingresos en pro de toda una nación, y de otro lado, tenemos el legítimo derecho de la Contratista de obtener un rédito por las inversiones realizadas y el servicio prestado.

⁷⁴ Escola, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos, t. I Buenos Aires, Editorial Depalma, 1977, pg. 104.

⁷⁵ Santiago González- Varas Ibañez, El Contrato Administrativo, Madrid, Civitas, 2003, pg. 275.

En este caso, los derechos de las partes no se contraponen, sino que se ubican en una balanza, en la cual cada parte satisface sus expectativas y permite a la contra parte alcanzar sus objetivos.

Ahora bien, en la práctica pueden suscitarse eventos externos que ponen en riesgo el balance inicialmente establecido, por lo que dedicaremos este espacio para analizar desde el punto de vista doctrinario, cuales son las causas del quebrantamiento económico del contrato.

5.2.1. “Potestas Variandi”

En términos generales la “potestas variandi” se presenta cuando la Administración Pública emite actos administrativos de carácter individual, dando lugar a modificaciones, suspensiones e incluso incumplimientos contractuales. Georges Vedel⁷⁶ señala que “cuando la persona pública usa legítimamente sus prerrogativas de tal forma que impone nuevas cargas a su cocontratante, debe indemnizarle por la totalidad de estas cargas. No se trata de daños y perjuicios que deben pagarse en razón de una falta contractual consistente en el incumplimiento de sus obligaciones, sino de una indemnización fundada en la necesidad de conservar el equilibrio de gastos y beneficios según fue previsto por los contratantes”.

Para Jaime Rodríguez⁷⁷ la potestad variandi en un “privilegio de la Administración que se circunscribe al poder de modificar, amparada en razones de interés público, el objeto o las condiciones del contrato”.

Para efectos de nuestro análisis podemos decir que la potestad variandi se presenta cuando el Contratista está a obligado al cumplimiento de cargas u obligaciones adicionales en virtud de la expedición de un acto administrativo de carácter particular y que se dicta por la administración pública en calidad de Contratante.

5.2.2. “El Hecho del Príncipe”

Juan Carlos Cassagne⁷⁸ explica la teoría del hecho de príncipe señalando que “nació para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieron por efecto afectar, con mediadas generales, las condiciones jurídicas, conforme a las cuales el contratista ejecuta su contrato. El

⁷⁶ Vedel, Georges, Derecho Administrativo, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, pg 209.

⁷⁷ Jaime Rodriguez-Arana, Las Prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas, Recuperado de: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/749671/AD_12_art_42.pdf, Acceso: 28/08/2012.

⁷⁸ Cassagne, Juan Carlos, El contrato administrativo, 3° Ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pg. 140.

hecho del príncipe concierne a las medidas que no tiene por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso”.

A pesar de que el Hecho del Príncipe se funda en una potestad estatal, no serán válidas las estipulaciones tendientes a liberar a la administración pública a resarcir los daños a su contraparte por efecto de esta prerrogativa.

Como habíamos analizado en el capítulo precedente, la potestad legislativa tan usada por el estado ecuatoriano debe enmarcar su accionar en esta teoría, pues la nueva legislación que se pretenda imponer a la Contratista no debe resultar excesivamente onerosa, caso contrario, dará lugar al reconocimiento de indemnizaciones tendientes a resguardar los acuerdos inicialmente establecidos por las partes.

5.2.3. La teoría de la Imprevisión

Para la Dra. Carmen Simone⁷⁹ la imprevisión se presenta como “la consecuencia de una circunstancia superviniente que altera el equilibrio económico o financiero de un contrato de forma fundamental, sustancial o dramática. Esta circunstancia puede consistir en diversos hechos o actos: guerras, desastres económicos, disturbios políticos, inflación, problemas monetarios, entre otros. Lo que se requiere es que los mismos sean imprevisibles y ajenos a las partes, y que no generen propiamente una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico”.

Dentro del contrato de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos, la teoría de la imprevisibilidad se presenta, por ejemplo, cuando el precio del petróleo crudo cae en el mercado internacional, impidiendo a la Contratante cubrir el precio pactado, más el margen de soberanía y los impuestos establecidos.

Sin embargo de lo indicado, ninguna de las partes podría forzar a su parte contraria a asumir la totalidad de la onerosidad que se ha producido por el evento externo.

⁷⁹ Carmen Amalia Simone Lasso. “El Hardship en la Contratación Comercial Internacional”. FORO Revista de Derecho, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006. p. 84.

5.3. Herramientas Jurídicas propuestas para limitar las modificaciones contractuales que rompen el equilibrio económico del contrato

A lo largo de este trabajo hemos venido analizando la capacidad del estado ecuatoriano para modificar las cláusulas en los contratos de prestación de servicios en materia de hidrocarburos y pudimos comprobar que tanto la legislación como el propio texto del contrato, permiten alterar las condiciones contractuales en forma unilateral y sin ninguna limitación, hecho que constituye flagrante violación no solo a la Constitución de la República sino a los principios generales del derecho, dando como resultado el pago de millonarias indemnizaciones por parte del Ecuador a favor de transnacionales petroleras.

En el siguiente espacio realizamos una propuesta de herramientas jurídicas que permitirían flexibilizar los contratos de prestación de servicios, tomando en cuenta que se tratan de contratos administrativos, pero sin caer en la vulneración de derechos que rompan el equilibrio económico de dicho instrumento.

5.3.1. Cláusulas Contractuales

La primera propuesta de herramienta jurídica es introducir cláusulas claras y apegadas a derecho en los contratos de prestación de servicios, así proponemos las siguientes:

a) Cláusula de reajuste de Precio – Tarifa

En los contratos de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos, el pago de una tarifa por barril de crudo entregado es la única contraprestación a la que tiene derecho la Contratista.

Como ya hemos analizado, justamente el valor de la tarifa o el precio del contrato ha sido la principal causa de modificación de los tipos de instrumentos (participación a prestación de servicios), por lo que es necesario delimitar en el mismo texto del contrato, la forma y bajo qué condiciones se puede alterar el precio por barril de crudo.

Para Libardo Rodríguez⁸⁰ “uno de los mecanismos que han sido ideados para garantizar la aplicación del principio del equilibrio económico, se encuentra precisamente en la inclusión en el contrato de una estipulación, en virtud de la cual, la ocurrencia de cambios en las circunstancias en que se debe ejecutar el contrato implica una variación positiva o negativa en el precio o remuneración a

⁸⁰ Libardo Rodríguez R. El equilibrio económico de los contratos administrativos, pg. 201 Editorial TEMIS, Bogotá Colombia 2012.

favor o en contra del cocontratante de la administración, de tal manera que dicho precio se encuentre conforme con las condiciones económicas en las cuales son efectivamente ejecutadas las prestaciones a cargo de las partes”.

En esta línea de análisis y tomando en cuenta que la tarifa fijada en el contrato se realiza sobre la base de las inversiones, costos, gastos y utilidad del proyecto, la cláusula de reajuste precios debería prever la posibilidad de que las partes reajusten tanto la tarifa como las inversiones y plan de desarrollo del proyecto a fin de que el contrato pueda afrontar situaciones exógenas supervinientes temporales o definitivas, como la variación del precio del crudo en el mercado internacional o el cambio de la política en materia de hidrocarburos. De ningún modo podría pactarse un cambio de tarifa sin ajustar en forma correlativa la carga del Contratista.

b) Cláusulas de estabilidad de las obligaciones

Como hemos ya resaltado anteriormente, el Contrato de Prestación de Servicios de Exploración y Explotación enmarca la cláusula de obligaciones indicando como premisa fundamental que la Contratista debe ejecutar el contrato en el ordenamiento jurídico que rige la materia.

En tal sentido, la cláusula de estabilización de obligaciones haría expreso reconocimiento de que la legislación que marca las reglas del juego para la Contratada, debe ser aquella vigente al momento de celebración del contrato, reservándose el Estado la capacidad de adecuar la legislación en forma paulatina, por ejemplo, podría plantearse la posibilidad de ir adecuando el contrato a la legislación vigente al momento de presentar el plan de desarrollo quinquenal, donde no solo se podría adecuar las obligaciones a la legislación vigente, sino que debería efectuarse la aplicación de un factor de corrección, cuando las modificaciones legislativas han hecho más gravosa la operación del Contratista. La inclusión de esta cláusula consagraría el principio constitucional de seguridad jurídica tan cuestionado en materia petrolera por parte de los inversionistas extranjeros, quienes se han rehusado a presentar propuestas atractivas en las últimas rondas ejecutadas por el Ecuador.

c) Renegociación del Contrato

Cuando hablamos de cláusulas que prevén la renegociación de los contratos, estamos refiriéndonos al tipo de normas “hardship”, Werner Melis⁸¹ al respecto explica:

⁸¹ Melis Werner, “Force Majeure And Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration. En www.uni-koeln.de

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

Los hechos que motivan este tipo de cláusula deben estar previamente establecidos en el contrato, mismos que por su gran impacto y por haber afectado cláusulas esenciales, requerirán la reestructuración de todo el instrumento jurídico.

Este hecho ya se produjo en Ecuador cuando la reforma del año 2010 a la Ley de Hidrocarburos, obligó a que los contratos de participación sean modificados y se implementen los contratos de prestación de servicios. Esta situación no solo afectaba el precio del convenio, sino que modificaba la esencia y naturaleza del instrumento. Ante este hecho producido por un cambio normativo y un artículo transitorio, el contrato debió haber sido capaz por sí mismo, de implementar un mecanismo idóneo que permita superar este evento, sin embargo, lo que ocurrió fue que los Contratistas aceptaron forzosamente el nuevo modelo de contrato y en otros casos, acudieron a instancias internacionales para demandar el incumplimiento del acuerdo inicialmente previsto.

5.3.2. Negociación Directa

Si bien el contrato de prestación de servicios prevé la figura de mediación facultativa, así como un proceso de consultoría que dirima discrepancias técnicas o económicas, la crítica a estos mecanismos va más allá de la redacción a la parte operativa, pues en la práctica estos procesos se han visto revestidos de injerencia por la parte Contratante, quien a través de medios coercitivos tiene la capacidad de influir en decisiones de supuestos terceros imparciales.

Consideramos que en este tipo de contratos, el tercero componedor o la parte técnica consultada, no puede tener ninguna relación con la administración pública ni con el Contratista, por lo cual se debería fijar incluso la posibilidad de ejecutar estos procesos en jurisdicciones internacionales o a través de empresas consultoras de derecho privado, a fin de que las partes sean realmente asesoradas y dirigidas en un proceso de negociación de una forma imparcial y técnica, que asegure el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

5.4. Casuística

En este último espacio llevaremos el contenido de este trabajo a un caso en concreto, donde el Ecuador en forma unilateral modificó las condiciones económicas de un contrato petrolero, acto que finalmente le costó una indemnización de más de 380 millones de Dólares.

5.4.1. Caso: Ecuador vs Compañía Burlington Resources Inc.

- a) *Caso:* Caso CIADI No. ARB/08/5.
- b) *Demandante:* Burlington Resources Inc.
- c) *Demandado:* República del Ecuador.
- d) *Juez ante quien se ventiló el proceso:* Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI

e) *Consideraciones generales:*

- Entre los años 2000 y 2006 la compañía Burlington adquirió participación en los Contratos Petroleros para la exploración y explotación petrolera en una extensión de 200.000 hectáreas por Bloque en la Amazonía ecuatoriana, correspondiente a los bloques 7,21,23 y 24.
- Como resultado de sus adquisiciones en los Bloques 7 y 21, Burlington ostentaba el siguiente porcentaje:
 - En el Bloque 7 el 42.5% a través de Burlington Oriente.
 - En el Bloque 21 el 46.25% a través de su subsidiaria Burlington Oriente.
 - El 20 de julio de 2010 el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables declaró la caducidad del contrato de los Bloques 7 y 21 debido al abandono por parte del Consorcio formado por Burlington y Perenco.

f) *Antecedentes:*

- “En 2006, cuando los precios del petróleo estaban en niveles elevados, se promulgó la Ley 42-2006, la cual reformaba la histórica Ley de Hidrocarburos. Estipulaba que el Estado recibiera al menos 50% del ingreso extraordinario obtenido por la explotación de crudo bajo la modalidad de contratos de participación”⁸².

⁸² En referencia a los beneficios derivados del incremento de los precios del crudo por encima de los valores establecidos contractualmente. Es preciso aclarar, no obstante, que estos ingresos adicionales no se computan dentro de los ingresos por exportaciones petroleras (Artola y Pazmiño, 2007).

- Debido a las modificaciones en los ingresos de las compañías producidas por la reforma normativa contenida en la Ley-42-2006 que obligaba a entregar más de la mitad de los ingresos extras por los altos precios del crudo; la petrolera estadounidense Burlington Resources Inc. y su socia Perenco en abril del 2008 presentan ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI un arbitraje internacional en contra de Ecuador por supuesta violación al Tratado Bilateral de protección de Inversiones (TBI) entre Ecuador y Estados Unidos, argumentando que la Ley 42-2006 modificó su participación como contratista del Estado.
- Desde los años ochenta, las modificaciones legislativas han traído como consecuencia, intencionada o no, una reducción del porcentaje del ingreso total apropiada por el Estado. A veces incluso, las compañías transnacionales declaraban pérdidas, lo que les permitía evitar el pago de impuestos, y ello ha ocurrido con las distintas modalidades contractuales establecidas con las compañías privadas⁸³.
- El 20 de febrero del 2009, Burlington Oriente, solicita al Tribunal emita una recomendación para que Ecuador se abstenga de aplicar la Ley 42 Decreto 2006 y por lo tanto no solicite el pago de montos debido a esta Ley.
- El 29 de junio del 2009, el Tribunal realiza una recomendación para que las partes intenten llegar a un acuerdo para constituir una cuenta financiera donde se deposite los valores adeudados.
- Sin embargo, Ecuador se mantuvo en la Ley 46-2006.
- El 16 de julio de 2009, Burlington abandonó los Bloques y el Ministerio de recursos no renovables declaró la caducidad del contrato de los Bloques 7 y 21 el 22 de julio de 2010.

g) ¿Cómo modificó la ley 42-2006 el Contrato suscrito con la Contratista?

Debido a que el precio internacional del barril de petróleo se encontraba en un valor muy superior al propuesto en los contratos vigentes, se expide la Ley 42 (que fue aprobada por el Congreso Nacional en abril del año 2006) y la figura de la caducidad (institución jurídica que existe en los contratos y la Ley de Hidrocarburos).

⁸³ En efecto, [Aráuz \(2010b\)](#) señala que el Estado sólo recibió 11.84% del petróleo extraído por las compañías que trabajaban bajo contratos por prestación de servicios y, en ocasiones, incluso se quedaba sin ingresos, mientras que con los contratos de participación en beneficios se calculaba que el Estado sólo se apropiaba de 18% del total del ingreso petrolero ([Correa, 2011](#)).

Al aplicar la ley 42-2600 al Contrato con la compañía Burlington, se generó pagos no previstos en el mismo y que Burlington se negó a reconocer, generando una deuda hacia el Estado ecuatoriano quien dio por terminado el contrato de exploración y explotación petrolera en los bloques 7 y 21 de la Amazonía ecuatoriana.

Es decir que la aplicación de esta norma modificó sustancialmente la naturaleza jurídica del contrato y la economía del mismo. Dicho cambio no fue previsto en el instrumento contractual sino que sobrevino por efecto de un “hecho del príncipe” consistente en un acto normativo de carácter general aplicado con efecto retroactivo.

h) Contenido de la Demanda

El 12 de diciembre de 2012, el Tribunal Arbitral concluyó que “Ecuador se apropió de los beneficios de la inversión de Burlington desde el momento de la toma física”⁸⁴. Después de esta conclusión, Burlington planteó su reclamo en los siguientes términos:

- Indemnización por expropiación ilegal de los Bloques 7 y 21 por las ganancias de la producción anterior y por las ganancias de la producción que hubiera tenido en lo posterior.
- El valor de la prórroga contractual por pérdida de oportunidad de una nueva renegociación del Bloque 7 por ocho años más.
- El valor del crudo confiscado por no haber cancelado la coactiva resultante de la Ley 42-2600.
- El pago de todos los gastos de arbitraje, honorarios legales y peritos tanto del Tribunal como de la compañía Burlington como los gastos incurridos en el CIADI.
- El valor del pago por indemnización sería el monto de U\$S1.139,1 millones con intereses compuestos a una tasa de 12,1% anual desde la fecha del arbitraje hasta su total cancelación, o el valor de la tasa y por el período que el Tribunal considere justo.

i) La sentencia

“El 7 de febrero de 2017, el Tribunal Arbitral que conoció la demanda planteada por la compañía Burlington Resources Inc. en contra del Estado ecuatoriano, emitió su laudo final en el que, atendiendo los argumentos expuestos por la defensa del Estado, limitó la compensación a la inversionista

⁸⁴ Burlington Resources Inc. contra la República del Ecuador Caso CIADI N° ARB/08/5. Recuperado de: http://www.pge.gob.ec/images/2017/casos/burlington/BLOG/3_3_DA%C3%91OS/3_3_1_1_RESUMEN_EN_ESPANOL%20de%20Burlington%20sobre%20los%20danos%203.0.pdf

en el 22% de la pretensión inicial demandada por la petrolera. En su decisión desestimó el valor de 1.515'603.095 solicitados por la compañía, estableciendo como monto de compensación a la demandante el valor de USD 379'802.267 más intereses. Además, el Tribunal aceptó la contrademanda del Ecuador y declaró que Burlington es responsable de los costos relativos a la restauración ambiental y a la remediación de la infraestructura de los Bloques 7 y 21, por los daños ocasionados por la inversionista y su socia en la operación, por lo que le condena al pago de USD 41' 776.492,77”⁸⁵.

j) Análisis del Caso

Como hemos podido observar, la controversia entre el estado ecuatoriano y la compañía Burlington Resources Inc., se produce por un hecho exógeno e imprevisto por las partes al momento de suscripción del contrato, esto es, el alto precio internacional del crudo de petróleo.

Cuando este evento se presenta, se genera un legítimo derecho por parte de la Contratante para reclamar se restablezca el equilibrio económico del contrato. Sin embargo, en lugar de iniciar un proceso de renegociación legítimamente reconocido a su favor, emitió un acto normativo de carácter general contenido en la reforma a la ley de 2006, que por efecto retroactivo modificaba el contrato analizado.

Ya que la teoría general de los Contratos Administrativos data de los años 1800 ss, lo adecuado es que los instrumentos contractuales prevean condiciones, procesos y métodos eficaces para que la administración pública pueda hacer uso de sus potestades (ius variandi, hecho del príncipe e imprevisibilidad) cuando este tipo de eventos extraordinarios se presenten.

La acción tomada por el estado ecuatoriano, aunque desde el punto de vista económico y social se encuentre legitimada, no puede violentar o superponerse sobre los derechos de sus Contratistas y especialmente sobre principios generales de derecho.

En el presente caso, la modificación del contrato sin sustento y violando todo derecho, le costó al Ecuador una indemnización millonaria, que pudo haberse evitado con una redacción correcta del contrato o a través del ejercicio de métodos idóneos de solución de controversias.

⁸⁵ Procuraduría General del Estado Ecuador BOLETÍN DE PRENSA Quito, 08 de febrero de 2017CS/03CASOBURLINGTON: Recuperado de: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/887-caso-burlington-tribunal-arbitral-emite-laudo-final-y-acepta-la-reconvenion-ambiental-del-ecuador>

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- a) La extracción de hidrocarburos en el Ecuador toma fuerza el período denominado “boom petrolero” que inició en la década de los años 70, momento en el cual se instauró una nueva era institucional y legal dando origen a la Ley de Hidrocarburos de 1978, vigente hasta la actualidad.
- b) La inexperiencia del Ecuador en materia de hidrocarburos sumada a la inestabilidad política del país, llevaron a las autoridades de turno a suscribir contratos de concesión con compañías transnacionales, quienes aprovecharon su posición de ventaja, no solo al haber obtenido ganancias multimillonarias, sino al haber extraído los hidrocarburos con un daño irreparable a la naturaleza y a las comunidades indígenas ubicadas en la Amazonía.
- c) En 1985 se introduce la figura del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, instrumento en el cual se incluyeron cláusulas relativas al ambiente. Este cambio enfrentó a las transnacionales con el estado ecuatoriano y con la población indígena quienes buscaban impedir continúe la extracción de estos recursos indiscriminadamente.
- d) Con la expedición de la Constitución de 2008, impulsada por el ex Presidente Rafael Correa, se institucionalizó al sector petrolero convirtiéndolo en un sector estratégico para el desarrollo y la economía del país. Como consecuencia de esto evolucionaron las políticas de contratación, mejorando la participación del estado en temas como: regalías, impacto ambiental y aspectos socio-culturales.
- e) Con la vigencia de los cambios efectuados por el gobierno de Correa, el estado ecuatoriano se transformó en la parte más fuerte de la relación contractual, vulnerando los acuerdos suscritos con las empresas multinacionales en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.
- f) En el año 2010, la Secretaría de Hidrocarburos fue la encargada de negociar o dar por terminado los contratos suscritos antes de la disposición transitoria contenida al reforma a la ley de hidrocarburos, norma que modificó sustancialmente la economía de los contratos petroleros, hecho que generó gran inestabilidad jurídica en el sector y el pago de cuantiosas indemnizaciones a las Contratistas.
- g) La legislación ecuatoriana en materia de hidrocarburos se caracteriza por estar contenida en una multiplicidad de instrumentos normativos, que

vienen siendo modificados de acuerdos a la administración de turno. En la actualidad para una misma actividad petrolera la ley prevé ocho tipos de contratos distintos, la mayoría inaplicables en la actualidad.

- h) El nuevo modelo establecido bajo la reforma del año 2010, se caracteriza por el valor del contrato, que consiste en una tarifa por cada barril de petróleo crudo entregado en el punto de fiscalización, contraprestación a la que tiene derecho la Contratista después de haber efectuado la tarea de exploración.
- i) El Contrato de Prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos mantiene en su estructura cláusulas que vulneran el principio de legalidad y de seguridad jurídica, pues la parte Contratante puede modificar las obligaciones pactadas inicialmente a través de uso y el abuso de la potestad legislativa de la que goza la administración pública.
- j) La gravísima actuación de las autoridades de turno al imponer nuevas obligaciones no conocidas por el Contratista al momento de firmar el contrato, han sido causa incluso de procesos de caducidad y terminación unilateral del contrato, lo que ha dado a lugar a millonarias demandas ventiladas actualmente en cortes internacionales.
- k) El Contrato de Prestación de servicios es un contrato administrativo, donde si bien las partes no se encuentran en igualdad de condiciones, su campo de acción se debe enmarcar dentro de los principios de legalidad, seguridad jurídica y equilibrio económico.
- l) La doctrina reconoce que dentro de los contratos administrativos la parte Contratante goza de una posición de superioridad que le permite modificar las cláusulas contractuales cuando se presentan hechos que las partes no pudieron prever al momento de la suscripción.
- m) Existen tres causas principales que dan lugar a modificaciones en el contrato y que como efecto desestabilizan la economía del mismo, la primera es la *potestad variandi* que consiste en el emisión de un acto jurídico efectuado por la parte Contratante; la segunda es el Hecho del Príncipe que se presenta a través de la emisión de un acto de carácter general, donde el Contratante reviste su calidad de estado y la última, es la teoría de la imprevisión por la cual un hecho exógeno y ajeno a las partes afecta el equilibrio del contrato.
- n) Como límites efectivos a la capacidad del estado para modificar las condiciones contractuales, se propone la inclusión de cláusulas que en

forma previa y clara permitan a las partes atender los hechos supervinientes al contrato sin perder el equilibrio económico del mismo, estos son: cláusulas de reajuste de precios, cláusulas de estabilidad de obligaciones, y cláusulas de renegociación del contrato.

- o) La presente disertación no pretende desconocer el legítimo derecho del estado ecuatoriano a implementar medidas tendientes a obtener un rédito justo por los recursos petrolíferos, sino constituye una crítica propositiva a la forma e instrumentos legales que se han utilizado para alcanzar dicho objetivo.
- p) Ecuador a través de sus funcionarios de turno ha demostrado su incapacidad para administrar y negociar los contratos petroleros, hecho que ha repercutido en la economía del país debido al menoscabo de su patrimonio por el pago de cuantiosas indemnizaciones, que pudieron ser evitadas con un manejo adecuado y enmarcado en derecho.
- q) Finalmente el resultado de la actuación del estado ecuatoriano es que las empresas serias, responsables y dispuestas a efectuar grandes inversiones, no tengan al Ecuador como un potencial aliado estratégico en sus operaciones, debido a la inseguridad jurídica instaurada en la última década.

BIBLIOGRAFÍA

1. Isschot, V. (1898). Los yacimientos petrolíferos del Ecuador.
2. Gordillo R. (2004). Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador: las apuestas. Flacso Sede Ecuador. 45-54
3. Ordoñez, D. (2012). El comercio exterior del Ecuador: análisis del intercambio de bienes desde la colonia hasta la actualidad. Observatorio de la Economía Latinoamericana, 11.
4. Dávalos H. (1979). Ecuador: Política Petrolera. Problemas del Desarrollo, 187-202.
5. Batallas, C. (2006). Indios, militares e imaginarios de nación en el Ecuador del siglo XX (Primera edición). Quito: Ediciones Abya-Ayala. p. 97. ISBN 9789978226193.
6. Arosemena, G. (2008). Ecuador en la segunda mitad del siglo XX. Escuela de Posgrado y Administración de Empresas (ESPAE), Guayaquil-Ecuador.
7. Mateo, J. P., & García, S. (2014). El sector petrolero en Ecuador. 2000–2010. Problemas del desarrollo, 45(177), 113-139. Citando a Grupo Faro, 2012.
8. Reporte de Consistencia Macroeconómica – Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador., p.8, Edición junio 2012 – No.07
9. Asamblea Nacional. Constitución de la República del Ecuador: Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. Quito, 2008.
10. Congreso Nacional. Constitución Política de la República del Ecuador: Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998. Quito, 1998.
11. Consejo Supremo de Gobierno. Ley de Hidrocarburos: Registro Oficial 711 de 15 de noviembre de 1978, última reforma: 21-ago.-2018. Quito, 1978
12. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.
13. José María Velasco Ibarra, Presidente de la República. Ley de Hidrocarburos: Registro Oficial 322 de 01 de octubre de 1971. Quito, 1971.
14. Congreso Nacional. Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y sus Filiales: Registro Oficial No. 283 del 26 de septiembre de 1989. Quito, 1989.
15. Asamblea Nacional. Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno: Suplemento Registro Oficial No. 244 del 27 de julio de 2010. Quito, 2010
16. Ramiro Gordillo. Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador: las apuestas. Flacso Sede Ecuador. 45-54. Quito, 2004.
17. Federico Páez. Ley del Petróleo: Registro Oficial No. 560 de 9 de agosto de 1937. Quito, 1937.
18. Guillaume Fontaine. Sobre bonanzas y dependencia: Petróleo y enfermedad holandesa en el Ecuador. Revista ICONOS, FLACSO Ecuador. Quito, 2002.

19. Congreso Nacional. Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos: Registro Oficial No. 326 del 29 de noviembre de 1993. Quito, 1993.
20. Congreso Nacional. Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos: Registro Oficial Suplemento 257 de 25 de Abril de 2006. Quito, 2006.
21. Rafael Correa Delgado. Decreto Ejecutivo No. 1402 del 23 de octubre de 2008: Publicado en el Registro Oficial 460 del 05 de noviembre de 2008. Quito, 2008.
22. Ministerio de Hidrocarburos. Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas: Publicado en el Registro Oficial Edición Especial 254, el 02 de febrero de 2018. Quito, 2018.
23. Directorio de la ARCH. Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos: Registro Oficial 662 del 15 de marzo de 2012. Quito, 2012.
24. Directorio de la ARCH. Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos: Registro Oficial Suplemento 334 del 25 de septiembre de 2018.
25. Ministro de Energía Y Minas. Reglamento para el Transporte del Petróleo Crudo a través del Sistema de Oleoducto Transecuatoriano y la Red de Oleoductos del Distrito Amazónico: Registro Oficial 280 del 26 de febrero de 2004.
26. Gustavo Noboa Bejarano. Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador: Registro Oficial 265 del 13 de febrero de 2001. Quito, 2001.
27. Lucio Gutiérrez Borbúa. Reglamento del Sistema Especial de Licitación: Registro Oficial 181 del 01 de octubre de 2003. Quito, 2003.
28. Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP): Registro Oficial Suplemento 48 del 16 de octubre de 2009. Quito, 2009.
29. Asamblea Nacional. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP): Registro Oficial Suplemento 306 del 22 de octubre de 2010. Quito, 2010.
30. Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP): Registro Oficial Suplemento 294 del 06 de octubre de 2010. Quito, 2010.
31. Asamblea Nacional. Código Orgánico Administrativo (COA): Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017. Quito, 2017.
32. Asamblea Nacional. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD): Registro Oficial Suplemento 303 del 19 de octubre de 2010. Quito, 2010.
33. Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables. Instructivo para el Comité de Licitación Hidrocarburífera. Quito, 2014.
34. Secretaría de Hidrocarburos. Contratos de prestación de servicios de exploración y explotación de Hidrocarburos – Bloque Ocaño Peña Blanca: suscrito el 30 de Abril de 2012. Quito, 2012.

35. Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH): Resolución No. COLH – 0047-22-11-2012. Recuperado de: www.she.gob.ec. (2012).
36. Patricio Ortega Racines, entrevistado por Gabriela P. Salazar.S., 05 de diciembre de 2018, entrevista 1A, transcripción Ab. Pablo Mendieta Bustos.
37. Julián Pastor Soto, entrevistado por Gabriela P. Salazar.S., 20 de noviembre de 2018, entrevista 3A, transcripción Ab. Pablo Mendieta Bustos.
38. Waranda Mendoza, W., Apuntes sobre la Explotación Petrolera en Ecuador. Recuperado de: www.inredh.org/index.php/archivo/
39. Rivas Casaretto, MD. El Control de los Contratos Administrativos, www.revistajuridicaonline.com, Revista Jurídica 02 del 2002. Recuperado de: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2002/02/15_Control_de_Contratos_Administrativos.pdf
40. Zegarra, D. "Esquemas de Clase del Curso de Derecho Administrativo". Esquema 14. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 1. Perú.
41. Cassagne, JC. "El Contrato Administrativo". Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1999. p. 13.
42. Pedro Salazar Ugarte, Principio de Legalidad Jurídica, origen y naturaleza. Recuperado de: <http://juristicis.procuraduria-admon.gob.pa>
43. Dromi, Roberto, 2009, Derecho Administrativo, Argentina, libro 12 Ed, Hispania Libros-2009, Página 1111.
44. Lauroba, ME. El principio de la seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho. Recuperado de: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6010&context=lalrev>
45. Sánchez De La Torre, A. El Derecho en la aventura europea de la libertad. Editorial Reus. Madrid, 1987.
46. Libardo Rodríguez R. El equilibrio económico de los contratos administrativos, pg. 36 Editorial TEMIS, Bogotá Colombia 2012.
47. Hely Lopes Meirelles, Licitación y Contrato Administrativo, Revista de los Tribunales, 7° Edición actualizada, 1987.
48. Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, t III – A, Abeledo – Perrot, 1970, pg 761.
49. Santiago González- Varas Ibañez, El Contrato Administrativo, Madrid, Civitas, 2003.
50. Luis Guillermo Dávila Vinuesa, Régimen Jurídico de la contratación estatal, 2da edición, Bogotá, Legis Editores, 2003.
51. Escola, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1977.
52. Vedel, Georges, Derecho Administrativo, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.
53. Jaime Rodríguez-Arana, Las Prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas, Recuperado de:

http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/749671/AD_12_art_42.pdf, Acceso: 28/08/2012.

54. Carmen Amalia Simone Lasso. "El Hardship en la Contratación Comercial Internacional". FORO Revista de Derecho, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006
55. Melis Werner, "Force Majeure And Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration. En www.uni-koeln.de.
56. Burlington Resources Inc. contra la República del Ecuador Caso CIADI N° ARB/08/5. Recuperado de: http://www.pge.gob.ec/images/2017/casos/burlington/BLOG/3_3_DA%C3%91OS/3_3_1_1_RESUMEN_EN_ESPANOLMemorial%20de%20Burlington%20sobre%20los%20danos%203.0.pdf
57. Procuraduría General del Estado Ecuador BOLETÍN DE PRENSA Quito, 08 de febrero de 2017 CS/03CASOBURLINGTON: Recuperado de: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/887-caso-burlington-tribunal-arbitral-emite-laudo-final-y-acepta-la-reconvencion-ambiental-del-ecuador>