PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"LOS EFECTOS JURIDICOS DE LA REFORMA A LA LEY DE HIDROCARBUROS, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL No. 244, EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ENTRE EL ESTADO ECUATORIANO Y LAS OPERADORAS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS¨

ESTEFANNY LIZETH MOLINA MARTÍNEZ

DIRECTOR: DR. RENÉ BEDÓN GARZÓN

QUITO, MARZO DE 2014

Esta disertación está dedicada con todo cariño y consideración:

A Dios, por haberme dado la oportunidad de llegar hasta este momento de mi formación profesional.

A mis Papis Marcelo y Carmen, por el apoyo y el amor incondicional a pesar de los kilómetros que nos separan.

A mi Hermana Evelyn, por ser un referente de fortaleza en mi vida.

Y a mis Abuelitos y primas, por siempre estar conmigo como padres y hermanas en el transcurso de mi vida y mi carrera.

Agradezco al Dr. René Bedón por haber confiado en mí y por guiarme con sus conocimientos durante el desarrollo de esta disertación.

Agradezco también a mis amigos, por su apoyo incondicional, por la paciencia y los momentos compartidos en el transcurso de la carrera.

ABSTRACT

Con la aprobación de la Constitución de 2008, y con la transición que el Ecuador sufre a partir de su publicación y promulgación, el tratamiento a los recursos naturales no renovables también se transforman, y en ese sentido, el artículo 408 de la Constitución de la República manifiesta que los recursos naturales no renovables son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado, así en relación a este artículo constitucional, en julio de 2010 se reforma la Ley de Hidrocarburos (LH). De esta reforma aparece el cambio de objeto y de modelo base en la contratación petrolera ecuatoriana, dentro de la política estatal, pasando del de Participación a uno de Prestación de Servicios a pesar de que el primero siga contemplándose como una opción al momento de contratar con el Estado.

El objeto de esta investigación es el análisis de las 5 modificaciones a la LH básicamente: ambientales (daño ambiental como causa de caducidad de los contratos, declarada por el Ministerio del ramo), laborales (nuevo régimen de participación de utilidades para trabajadores del sector 3%), tributarias (disminución del porcentaje de impuesto a la renta petrolera, pasando de 44.4% al 25%), económicas (transición de un pago por participación a un pago tarifario por la prestación de servicios) y administrativas (creación de la Secretaría de Hidrocarburos y de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero); las mismas que tienen algunas imprecisiones y problemas técnico-jurídicos. Los métodos que han sido utilizados a lo largo de esta investigación han sido el deductivo, exegético y analítico para analizar la reforma a la LH, los problemas presentes y proponer soluciones viables y reales.

Como resultado, se recomienda realizar una nueva reforma a la LH en cinco aspectos referidos y que: i) la autoridad competente en determinar la existencia de daño ambiental sea el Ministerio de Ambiente; ii) que se aumente el margen de soberanía del Estado a un 40% y se permita la renegociación de la tarifa a pagarse por caga barril producido; iii) Que el porcentaje de pago del impuesto a la renta petrolera no sea de 25% sino que se mantenga en lo que estaba establecido previamente en 44.4%, considerando una aumento progresivo anual del 5%, iv) Establecer un programa de contingencia en cuanto a la renegociación de los contratos petroleros en relación a reforma a la Ley de Hidrocarburos; y, v) Establecer dentro de la cláusula administrativa del modelo de contrato de Prestación de Servicios, las funciones primordiales de la Secretaría de Hidrocarburos y de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero. Todo esto como un aporte significativo al Derecho Hidrocarburífero y a quienes forman parte de la industria petrolera en el Ecuador.

Contenido

INTRODUCCIÓN 3

CAPÍTULO I 7

1. LEGISLACIÓN CONTRACTUAL PETROLERA ECUATORIANA 7

1.1. Consideraciones Históricas 7

1.2. Los contratos petroleros en la Ley de Hidrocarburos de 1971. 9

1.3. Ley constitutiva de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE, 1972. 10

1.3.1. Consorcio CEPE-TEXACO 11

1.4. Funciones de la CEPE 12

1.5. Petroecuador y sus Filiales 13

1.6. Petroamazonas Ecuador S.A. 15

CAPÍTULO II 18

2. CONTRATOS PETROLEROS EN EL ECUADOR PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS. 18

2.1. Naturaleza jurídica y características de los contratos petroleros en el Ecuador. 18

2.2. Tipos de Contratos Hidrocarburíferos 22

2.3. Contratos Hidrocarburíferos antiguos y derogados 28

2.4. Contratos Hidrocarburíferos vigentes 30

CAPÍTULO III 37

3. EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN VERSUS EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA REFORMA A LA LEY DE HIDROCARBUROS DE 2010. 37

3.1. El Contrato de Participación para la exploración y explotación de Hidrocarburos hasta la reforma a la Ley de Hidrocarburos en 2010. 37

3.2. Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador. 51

3.3. Diferencias y Semejanzas entre el Contrato de Participación y el de Prestación de Servicios para a Exploración y Explotación de Hidrocarburos. 55

CAPÍTULO IV 59

4. ESTRUCTURA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS. 59

4.1. Teoría Nacionalista.- 59

4.2. Teoría de la Empresa Privada.- 61
4.3. Teoría Mixta.- 61
4.4. Marco jurídico del Contrato de Prestación de Servicios (legislación vigente) . 66
4.5. Naturaleza Jurídica 69
4.6. Sujetos 72
4.7. Objeto 76
4.8. Derechos y Obligaciones de las Partes 80
4.8.1. Derechos y Obligaciones de la Contratista 80
4.8.2. Derechos de la Secretaría de Hidrocarburos.- 89
4.8.3. Obligaciones de la Secretaría de Hidrocarburos.- 91
4.8.4. Derechos y Obligaciones del Ministerio Sectorial.- 93
CAPÍTULO V 95
5. EFECTOS JURÍDICOS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS. 95
5.1. Sistema Especial de Licitación para los Contratos de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos en Ecuador. 95
5.2. Régimen Jurídico y Reforma Ambiental.- 108
5.3. Régimen Jurídico y reforma laboral. 110
5.4. Régimen Jurídico y Reforma tributaria 111
5.5. Régimen Jurídico y reforma económica.- 113
5.6. Régimen Jurídico y reforma administrativa.- 115
CAPÍTULO VI 122
6. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN 122
6.1. Cláusulas en los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en Legislación comparada 122
6.2. Propuesta de reformas a las cláusulas del contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador. 127
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 134
CONCLUSIONES 134
RECOMENDACIONES 138
BIBLIOGRAFÍA 140

INTRODUCCIÓN

La reforma a la Ley de Hidrocarburos y el cambio de contrato al de Prestación de Servicios como política petrolera ecuatoriana, tiene como antecedente la Ley de Hidrocarburos de 1971, la Ley Constitutiva de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE en 1972, el ingreso del Ecuador a la OPEP 1973. Lo dicho previamente constituye, entonces, un antecedente a la regulación normativa de la exploración, explotación y producción del crudo ecuatoriano.

Con la aprobación de la Constitución de 2008, y con la transición que el Ecuador sufre a partir de su publicación y promulgación, el tratamiento a los recursos naturales no renovables también se transforman, y en ese sentido, el artículo 408 de la Constitución de la República manifiesta que:

> ***Art. 408.-*** *Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados 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. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.*

Reconociendo esta condición del Estado como propietario sobre referidos recursos, el gobierno se ve en la necesidad de reformar las disposiciones legales y las normas que conculquen este principio; así pues, en julio de 2010 se reforma la Ley de Hidrocarburos en pro de dar operatividad esta disposición constitucional. De esta reforma, entonces, aparece el cambio de objeto contractual en la contratación petrolera ecuatoriana, pues, por política gubernamental se traslada la contratación de un modelo

de Participación a un a Contrato de Prestación de Servicio. Esta transición en la política petrolera ecuatoriana se ha presentado a pesar de que el Contrato de Participación se siga contemplado como una opción al momento de contratar con el Estado ecuatoriano, la política petrolera estatal, establece al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos como el modelo contractual base dentro de la industria petrolera.

El contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos a partir de la reforma a la Ley, se lo considera como un contrato mediante el cual los incentivos que se establecen para las empresas, como el pago de una tarifa adicional por la búsqueda y desarrollo de nuevos campos, establecidos en la reforma, hará que las empresas se intensifiquen en mejorar la producción.

En el cambio de modelo contractual base dentro de la política petrolera ecuatoriana, la Ley establece que el margen de soberanía para el Estado no sea inferior del 25% de los ingresos brutos de la actividad. Todo esto siendo el Estado ecuatoriano el único propietario de los recursos que existen en los Campos petroleros, debiendo pagar una tarifa a las Operadoras, cambiando de sentido y de dirección la contratación petrolera y beneficiando a la sociedad ecuatoriana con sus ingresos.[1]

Para poder determinar los efectos jurídicos a partir de la reforma a la Ley de Hidrocarburos, es menester considerar ciertos conceptos que nos ayudarán a dilucidar el cambio de objeto del contrato de Prestación de Servicios en la industria petrolera ecuatoriana.

Así pues, debemos atender que antes de la reforma a la Ley de Hidrocarburos, el contrato que regía la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador, era un contrato de Participación, en el que el Estado le otorga a la Operadora la posibilidad temporal de explorar y explotar sus campos petroleros, entregándole derechos de propiedad sobre una parte del crudo producido.[2]

El contrato de participación es una modalidad contractual en la que el Estado no transfiere los yacimientos hidrocarburíferos, sino delega su facultad de explotar y explorar hidrocarburos. La delegación significa un mandato y según la legislación civil ecuatoriana el mandatario únicamente posee las facultades que le concede el mandante. “La

[1]Carlos, Bohórquez, El contrato de prestación de servicios de la administración pública, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009.
[2]Mariela, Méndez, Contrato de Prestación de Servicios, http://www.marielamendezprado.com/2011_04_01_archive.html, Acceso: 16 de septiembre de 2012.

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 producidos."[3]

Asimismo, el Decreto Ejecutivo 2845, publicado en el Registro Oficial (R.O.) Suplemento 729 de 3 de julio de 1995 [4]define al contrato de participación en los siguientes términos:

> ***Art. 1 (…) 1*** *Son Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, aquéllos celebrados por el Estado, por intermedio de PETROECUADOR, mediante los cuales* ***delega*** *a la contratista de conformidad con el Numeral 1 del Artículo 46 de la Constitución Política de la República, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando, por su cuenta y riesgo, todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción.*

Con la Reforma a la Ley de Hidrocarburos del 27 de julio de 2010, el objeto jurídico de la contratación ecuatoriana en ese campo se transforma, pues el contrato que va a regir la política petrolera será el Contrato de Prestación de Servicios, manteniéndose, sin embargo, el contrato de participación, como ya se ha dicho, como posibilidad contractual dentro de la industria.

En tal virtud, el contrato de Prestación de Servicios se entiende como el contrato en el que el Estado no cede la propiedad del crudo producido, y solamente se limita a contratar a la Operadora para que explore y explote sus campos por un tiempo determinado.

Además, según Mondino, los Contratos de Prestación de Servicios son convenciones bilaterales en las que el Estado o un organismo estatal contrata con un contratista la ejecución de las operaciones petroleras, recibiendo éste un pago en compensación por su trabajo.[5]

---

[3]Paulo, Oñate, Introducción de los Contratos de Participación a la Legislación ecuatoriana, Ecuador, Marzo, 2009.

[4] Decreto Ejecutivo 2845, Publicado en el Registro Oficial (R.O.). Suplemento 729 de 3 de julio de 1995

[5]Pedro, Mondino, Los Contratos de Servicio en la Industria Petrolera Latinoamericana, OLADE, 1998

Con García Oviedo se lo define, de manera general, como Contrato de Servicios a todo aquel por el cual se encomienda a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio público.[6]

Del mismo modo, la Reforma a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el R.O. No. 244 del 27 de julio de 2010 define al contrato como:

> ***Art. 16***[7] *Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquéllos 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, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.*
> *Cuando existieren o cuando el prestador de servicios hubiere encontrado en el área objeto del contrato hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista, se fijará contractualmente tomando en cuenta un estimado de la amortización de las inversiones, los costos y gastos, y una utilidad razonable que tome en consideración el riesgo incurrido.*

De manera general, entonces, la diferencia más importante entre el Contrato de Participación que, hasta antes de la reforma regía la política contractual petrolera, a pesar de que se lo siga contemplando dentro de las modalidades contractuales en la Ley de Hidrocarburos vigente, y en el Contrato de Prestación de Servicios el que lo hace ahora, es la manera en la que cada uno asume el riesgo de la operación, el pago por el servicio y la modalidad con la que se prevén ajustes en el supuesto de que hubiera variaciones en los precios internacionales.

En ese sentido, entenderemos al Contrato de Prestación de Servicios, en cuanto se refiere en los términos que determina la reforma, con todos los elementos que se ha señalado de modo general y que se profundizaran a lo largo de la investigación.

[6] Carlos, García Oviedo, Derecho Administrativo, Novena Edición, E.I.S.A., 1968
[7] Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el R.O. No. 244 del 27 de julio de 2010.

CAPÍTULO I

1. LEGISLACIÓN CONTRACTUAL PETROLERA ECUATORIANA

1.1. Consideraciones Históricas

La actividad hidrocarburífera y los modelos contractuales a lo largo de la historia ecuatoriana, siempre han respondido a las épocas en las cuales ellos cobraron vida, así la actividad petrolera en el Ecuador inicia en el Litoral (Península de Santa Elena), la misma que se manejaba a través de concesiones, como modelo contractual[8]; en este sentido, se celebraron los primeros contratos de este tipo en el año de 1878 con la empresa M. G. Mier.

Se dice que a ésta época se la consideraba como el período minero de privilegios[9], pues se caracterizaba por otorgar concesiones extensas en área y con derechos exclusivos, particularizados respecto de la explotación petrolera, sin que estuviera sujeta a ningún control estatal, y reconociendo el dominio individual sobre la superficie del terreno.

En 1911, se reforma el Código de Minería expedido por el Presidente Leonidas Plaza, y en ella se estableció un sistema de arrendamientos para la actividad petrolera; además, declaraba de propiedad del Estado al petróleo y otras sustancias fósiles y sus derivados. En esta época, el Estado, a cambio de recibir una regalía anual, arrienda los yacimientos a una contratista.[10]

En 1919 el Estado ecuatoriano concesiona a la compañía Anglo Ecuadorian Oil Fields, filial de Royal Dutch Shell[11] el campo Ancón 1 en la Península de Santa Elena.

---

[8] Informe Estadístico 1972-2006, Gerencia de Economía y Finanzas, Planificación Corporativa de Petroecuador, Quito, pág. 32.
[9] El petróleo en Ecuador, Quito, EP PETROECUADOR, Versión 2010, pág. 117.
[10] Ibídem.
[11] María Gracia, Ojeda Salazar, *El régimen de Contratación y la renta petrolera en el Ecuador*, Quito, FLACSO, 2009, pág. 1.

En 1937, en la dictadura del General Enriquez Gallo, se promulga una nueva Ley de Petróleos con una apertura ilimitada del país a compañías extranjeras.

Asimismo, el inicio de la actividad hidrocaburífera en la Región Amazónica ecuatoriana se da en el año de 1937 por parte de Shell que obtuvo las concesiones de Leonard Exploration Co. (filial de Standard Oil of New Jersey), en una extensión de más de 8 millones de hectáreas.

En 1967 se firma una nueva concesión con el Consorcio Texaco-Gulf Oil, que anticipó el hallazgo de los yacimientos encontrados al norte de la región amazónica ecuatoriana. Así, para el año de 1970 alrededor de 30 concesiones habían sido ya otorgadas, que, en extensión, significaban al menos 10 millones de hectáreas en la Amazonía ecuatoriana.[12]

Con todos estos antecedentes, la producción de crudo ecuatoriano se realizó, en esta época, bajo el amparo de un modelo contractual concesionario, pero de manera indiscriminada, haciendo que se consolide y petrifique el dominio absoluto de compañías extranjeras sobre el crudo que producían los campos en el Litoral ecuatoriano y en la Región Amazónica.

A partir de estas circunstancias, el hecho de manejar la producción petrolera en una "feria" de concesiones, hace que aparezca, a finales de la década de los 60, una corriente nacionalista de la administración de los recursos naturales por parte del Estado.

Así, se inicia en este período de tiempo, una importante búsqueda de la nacionalización del crudo mediante una Ley de Hidrocarburos que merme o permita desaparecer la burocracia internacionalizada respecto de las concesiones para la producción de crudo a compañías extranjeras en su mayoría; además, de la creación de un ente estatal que se encargue del manejo del petróleo ecuatoriano, devolviendo así la garantía y soberanía de los derechos de los Estados dueños de yacimientos en su territorio.

Así, en 1971 el Estado ecuatoriano promulgó la Ley de Hidrocarburos, sustituyó la Ley de Petróleos de 1937, nacionalizó el petróleo y controló en alguna medida la actividad hidrocarburífera. Creó la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE).

[12]Guillaume, Fontaine, *El precio del petróleo*, FLACSO, Quito, 2003, pág. 45.

1.2. Los contratos petroleros en la Ley de Hidrocarburos de 1971.

En 1971, la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), logra llegar a acuerdos importantes con las compañías petroleras, en los que se plasma plenamente la garantía de los derechos de los Estados como dueños de yacimientos; con todo esto, se reconoce la facultad irrenunciable de cada Estado de velar por sus reservas petroleras; y, además, se acuerda plantear mecanismos para desarrollar de mejor manera la participación fiscal en la producción de hidrocarburos.[13]

Así, en el mismo año, el presidente ecuatoriano, José María Velasco Ibarra, promulga la ley de Hidrocarburos mediante Decreto Supremo 1459, publicado en el Registro Oficial 322, de 1 de octubre de 1971, con la intención de nacionalizar la producción del crudo ecuatoriano. Dicha ley, entra en vigencia con el Decreto 430 de 6 de julio de 1972.

Sin perjuicio de las "buenas intenciones" de realizar una ley de hidrocarburos pegada a la realidad y querer ecuatorianos, el Presidente José María Velasco Ibarra, anuncia que dicho cuerpo normativo, sólo debería aplicarse a los nuevos contratos que se firmarían a partir de octubre de 1971. Con esta disposición quedaban efectivas todas las anteriores concesiones firmadas antes de la vigencia de la ley, con todos los errores, problemas, vicios y limitaciones; y que, además, la ley solo aplicaría para los nuevos contratos de asociación, de servicios o de economía mixta, introducidos a partir de la entrada en vigor de la ley[14], quedando al margen de la ella las anteriores concesiones.

Para esto, en dicho decreto, se crea un nuevo contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, mediante el cual se celebraron convenios con las empresas que hasta entonces tenían contratos de concesión.[15]

El decreto 430 estableció que todos los contratistas y asociados, debían, en un plazo perentorio, acomodar los términos de los contratos a los mínimos establecidos en la nueva ley; y, además, se redujeron ciertas áreas hasta límites económicos razonables y

[13] Rodrigo Cabezas, *Política Petrolera ecuatoriana*, Nueva Sociedad Nº 14, 1974, págs. 30-33
[14] Ibídem, pág. 30-33.
[15] EP PETROECUADOR*, El petróleo en Ecuador*, Quito, Versión 2010, pág. 118.

se dispuso que en un plazo de 1 año se firmen nuevos contratos de acuerdo a una modalidad que será igual para todos.

Para los contratos de concesión anteriores, se les exigió que, pasado cierto tiempo, cedan a la CEPE parte de sus derechos y activos, además de obligarles a constituir una garantía adicional 5 años antes de que se terminen los contratos, para asegurar que entregarán, al final del plazo, en buenas condiciones, los activos y más bienes de propiedad de los contratistas al Estado.

En tal virtud, algunas compañías devolvieron las áreas, en su totalidad, cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la ley de hidrocarburos de 1971; en cambio, otras compañías suscribieron nuevos contratos como una continuación mejorada para los intereses nacionales, pues se limitó el período de explotación a 20 años como disponía la ley.[16]

1.3. Ley constitutiva de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE, 1972.

El Estado ecuatoriano, al corroborar que existían yacimientos de petróleo en el Litoral y en la Amazonía, y al recordar los fracasos como consecuencia de las concesiones indiscriminadas, hizo que se cree una empresa petrolera nacional.

Así, mediante Decreto Supremo No. 522 de 23 de Junio de 1972, publicado en el R.O. 88 del 26 de junio del mismo año, se creó la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), la misma que nació como una entidad de Derecho Público, con personería jurídica adscrita al Ministerio de Recursos Naturales y Energéticos, con el objetivo de que el Estado sea el que administre directamente sus recursos petroleros y desarrolle, además, la infraestructura necesaria para atender los requerimientos de abastecimiento de combustible y generación de divisas para el país.

Se creó CEPE, en definitiva, para que permita operativizar y ejecutar una política hidrocarburífera que suponga un manejo soberano del crudo, en beneficio del país.[17]

[16] Op. Cit. 13.
[17] Op. Cit. 15, pág. 13.

La Ley de creación de CEPE fue codificada el 6 de septiembre de 1974 mediante Decreto Supremo No. 926-A, en el que se establecía la naturaleza y actividades que CEPE debía desarrollar, así como su estructura orgánico-funcional, su patrimonio y forma de actuar.

El Directorio de la CEPE estaba integrado por los Ministros de Recursos Naturales, quien lo presidía, el de Industrias, Comercio e Integración, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (en representación del frente Militar) y el Presidente de la Junta Nacional de Planificación. [18]

CEPE ingresa a las OPEP el 19 de noviembre de 1973 con reservas probadas de 1.884 millones de barriles de petróleo.

1.3.1. Consorcio CEPE-TEXACO

En 1976 y a partir de los incumplimientos contractuales de la empresa Gulf, el Estado ecuatoriano, al disponer del dinero proveniente de la producción petrolera toma la decisión de adquirir la participación de esta empresa en el Consorcio CEPE-Texaco-Gulf[19], que eran del 37.5%, con lo cual el Estado ecuatoriano a través de CEPE pasó a ser el socio mayoritario del Consorcio, con el 62.5 % de las acciones[20].

Esta decisión hizo que el gobierno comprara las acciones de Gulf[21] y de dar por terminadas las relaciones contractuales con esa empresa. Es así que, desde el 1 de enero de 1977, CEPE se convierte en accionista mayoritaria del consorcio, al poseer el 62,5% de activos, acciones y derechos del referido consorcio.

Sin embargo, la operación de los campos petroleros del consorcio, como del oleoducto Transecuatoriano, continuaron operados por Texaco hasta 1989. El hecho de comprar estas acciones obedeció a otro acto de soberanía nacional. Gulf, desafiando las leyes, normas, disposiciones nacionales y al contrato firmado en 1973, no depositó los valores correspondientes a los cargamentos de petróleo realizados en 1976. Por tanto,

[18] José, Gordillo Montalvo, *Rol de CEPE en la Economia Ecuatoriana*, CEPE, 1984, pág. 13.
[19] EP PETROECUADOR, *El petróleo en Ecuador*, Quito, EP PETROECUADOR, Quito, Versión 2010, pág. 13
[20] Ibídem, pág. 16.
[21] Ibídem, pág. 17.

esta medida implicaba una nueva responsabilidad de CEPE con el país en cuanto amplió su oferta de crudo en los mercados internacionales e inició su participación en el consorcio, en su operación y decisiones, y en calidad de socio mayoritario[22]. Los campos petroleros descubiertos por CEPE, empiezan a ser operados en 1983, todos aquellos que conforman la actual área denominada Libertador. En noviembre del mismo año se revierten al Estado 48.390 hectáreas del Consorcio CEPE-Texaco, que a su vez continuó operando en 442.965 hectáreas, hasta 1989.

1.4. Funciones de la CEPE

Dentro de las funciones, recursos, derechos y obligaciones que tenía la CEPE, en el contexto del artículo 16 de la Ley constitutiva, referida en párrafos anteriores, encontramos las siguientes:

- ***a.*** *"Los derechos para explorar y explotar hidrocarburos, en áreas no sujetas a contrato o sobre las que se revertieren al Estado;*
- ***b.*** *Los derechos para transportar, refinar, comercializar e industrializar los Hidrocarburos;*
- ***c.*** *El gas proveniente de las fuentes hidrocarburíferas;*
- ***d.*** *Las sustancias que se encuentran asociadas a los hidrocarburos;*
- ***e.*** *Los pozos e instalaciones que pasen al estado al término de un contrato,*
- ***f.*** *Las asignaciones presupuestarias que se le confieran;*
- ***g.*** *El 50% de la participación estatal sobre las tarifas de transporte de hidrocarburos por oleoductos;*
- ***h.*** *Las utilidades que obtenga por su propia cuenta y beneficios de su participación en empresas de economía mixta;*
- ***i.*** *Y, los bienes y derechos que adquiera a cualquier título."*[23]

Además de estas funciones, se pueden determinar algunas otras que no estaban transcritas en el artículo precedente, pero que tuvieron vital importancia en el funcionamiento de la Corporación. Así encontramos las que a continuación se detallan:

a) Explorar y explotar los yacimientos hidrocarburíferos por CEPE a nombre del Estado ecuatoriano;

[22] Op. Cit. 18.
[23] Ley Constitutiva de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, publicada en el R.O. 88 del 26 de junio de 1972.

b) CEPE podría explorar o explotar por sí misma o a través de contratos de: asociación, empresas de economía mixta, de operaciones hidrocarburíferas o de servicios;

c) La comercialización interna como servicio público la realizaba CEPE;

d) Manejar todas las fases de la industria petrolera: exploración, explotación, industrialización, y comercialización en ejercicio de un legítimo derecho de soberanía frente a la acción de las transnacionales.

Se puede, entonces, deducir de todo lo dicho que la creación de CEPE y su duración por 17 años, permitió al Estado ecuatoriano regularizar la exploración y explotación de hidrocarburos al enraizar la soberanía que éste tiene y tuvo sobre los yacimientos de crudo, al organizar la administración del crudo producido mediante un organismo que advierta políticas públicas para hacerlo y que, además, le permita al Ecuador crecer en el manejo de un recurso natural que, hasta el días de hoy, permite desarrollarnos económicamente como país frente al resto del mundo.

Tras 17 años de actividad de CEPE, se da paso a un modelo nuevo de gestión empresarial hidrocarburífera en el Ecuador, con el fin de que dicha estructura empresarial respondiera a los requerimientos, competencia y mercado propios de la industria petrolera. En tal virtud, CEPE se convirtió en la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador-PETROECUADOR.

1.5. Petroecuador y sus Filiales

La empresa estatal PETROECUADOR fue creada el 26 de septiembre de 1989, al amparo de la Ley Especial No. 45. La nueva estructura empresarial dotó a PETROECUADOR de patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa.

PETROECUADOR, como matriz ejecutiva, estuvo constituida por tres empresas filiales: a) PETROPRODUCCIÓN, b) PETROINDUSTRIAL; y, c) PETROCOMERCIAL. PETROPRODUCCION estaba encargada de la exploración y explotación de hidrocarburos; por su lado, PETROINDUSTRIAL realizaba los procesos de refinación; y, PETROCOMERCIAL se dedicaba al transporte y comercialización de los productos refinados, para el mercado interno

PETROECUADOR, con una superficie de un millón 500 mil hectáreas, incrementó, en cantidades significativas, la producción petrolera, con descubrimientos de campos como Tigüino, Pucuna, Coca, Paraíso, Chanangue, Pañacocha y el Ishpingo-Tambococha-Tiputini (ITT).[24]

PETROECUADOR fue la protagonista histórica al asumir la totalidad de las actividades del consorcio CEPE-TEXACO, las refinerías de Anglo y de Repetrol, y el Sistema de Oleoducto Transecuatoriano, SOTE.

PETROECUADOR, asimismo, amplió la capacidad de operación de las refinerías, el almacenamiento de petróleo y derivados, e incursionó en la venta de gasolina.

PETROECUADOR, así, estaba a cargo, de manera directa, por sí misma de la exploración, explotación, producción, transporte y comercialización del crudo o, a su vez, podía celebrar contratos de asociación, participación, prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.

Desarrolla, de ese modo, un sistema de contratos a largo plazo, renegociables y con ajuste automático de precios, con garantías tributarias y ambientales; todo esto en busca de salvaguardar el interés nacional en una industria sujeta a muchos cambios.

1.5.1. Filiales de PETROECUADOR

1.5.1.1. Petroindustrial

Petroindustrial era la empresa que participaba en la refinación y la producción de derivados del crudo como el combustible de petróleo, gasolina, GLP, combustible para aviones y kerosene, entre otros. La empresa controlaba tres refinerías: Esmeraldas (110.000 barriles por día), La Libertad (46.000bpd) y Shushufindi (20000 barriles por día).[25] En definitiva, era la filial encargada de transformar los hidrocarburos, mediante procesos de refinación, para producir derivados que satisfagan la demanda interna.[26]

[24] EP PETROECUADOR, Reseña Histórica, Internet, http://www.eppetroecuador.ec/Empresa/ResenaHistorica/index.htm Acceso: 13 de marzo de 2013.
[25] PETROINDUSTRIAL, Internet, http://www.bnamericas.com/company-profile/es/Petroindustrial-Petroindustrial Acceso: 4 de diciembre de 2013.
[26] Instituto de Altos Estudios Nacionales, Unidad de Relaciones Institucionales, *El petróleo en Ecuador su historia y su importancia en la Economía Nacional*, IAEN, Quito, 2004, pág. 34.

1.5.1.2. Petrocomercial

Esta filial se encargaba del transporte, almacenamiento y comercialización de combustibles; fungía como responsable de la garantía del oportuno abastecimiento de los derivados de petróleo a todo el territorio ecuatoriano.[27] Estaba a cargo, además, del abastecimiento de combustible a lo largo de todo el país, y también de la venta, transporte y distribución de derivados. Para este fin, hacía uso de su red de ductos multipropósito de 1.300km con una capacidad de almacenamiento de 2.681 millones de barriles. Transportaba aproximadamente 86.300 barriles diarios, y controla el 34% del mercado de combustible ecuatoriano.

1.5.1.3. Petroproducción

Empresa estatal ecuatoriana de exploración y producción de petróleo y gas que no cotiza en la bolsa. Se dedica principalmente a explorar y operar los yacimientos hidrocarburíferos de Petroecuador

PETROECUADOR, luego de 21 años como empresa estatal, y a causa de las disposiciones establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, en 2008, respecto de los recursos naturales no renovables y del buen vivir, PETROECUADOR se convirtió en una empresa pública (EP PETROECUADOR), mediante la expedición del Decreto Ejecutivo No. 315, en abril de 2010.[28]Con el nuevo esquema jurídico, la petrolera pública se transformó en una sola empresa, con autonomía administrativa, operativa y patrimonio propio.

1.6. Petroamazonas Ecuador S.A.

Petroamazonas Ecuador S.A. se creó como una subsidiaria de Petroecuador a fines del 2007 y se constituyó bajo la Ley de Compañías; entonces estuvo autorizada a operar solo los campos concesionados a Oxy. Petroamazonas nació para operar un bloque petrolero (el 15, que estaba bajo la responsabilidad de la estadounidense

[27] PETROCOMERCIAL, Guía comercial para el distribuidor de PETROCOMERCIAL, Quito, 2009 pág. 2.
[28] PETROINDUSTRIAL, Internet, http://www.bnamericas.com/company-profile/es/Petroindustrial-Petroindustrial Acceso: 4 de diciembre de 2013.

Occidental y los campos unificados Edén Yuturi y Limoncocha)[29]; dicha empresa salió del país una vez que el Estado ecuatoriano terminó unilateralmente su contrato por incumplir con la Ley de Hidrocarburos, al transferir el 40% de sus acciones a Encana sin autorización ministerial[30].

Después, Petroamazonas tomó control de otras áreas como Pañacocha y los bloques 7 y 21 de Perenco, más el 31 (antes operado por Petrobras). Petroamazonas administró solo, dichos bloques, hasta el 1 de enero del año 2012[31].

1.7. Petroamazonas EP

Tres años después de su aparición, Petroamazonas Ecuador S.A. tomó la figura de empresa pública y cambió su denominación a Petroamazonas EP con la publicación del Decreto No. 314 del 14 abril del 2010; dicha empresa pública se dedicó a la exploración y extracción de crudo de los bloques 7,15, 18 y 21 y se encargó, como EP, del desarrollo del Bloque 31[32].

Su consolidación como nueva operadora estatal arrancó con la fusión de las áreas de producción de Petroamazonas y Petroecuador; esta última tuvo que transformar a su filial Petroproducción en Gerencia de Exploración y Explotación para abrir paso a la unión.

Actualmente, mediante la publicación del decreto Ejecutivo 1351–A en el Registro Oficial No. 860, de fecha 2 de enero de 2013, las empresas petroleras estatales PETROAMAZONAS EP y PETROECUADOR EP, se fusionan formalmente, y las actividades de exploración y explotación petrolera serán, ahora, responsabilidad de la empresa de economía mixta EP PETROAMAZONAS; y, sólo las actividades de transporte, refinación y comercialización estarán a cargo de EP PETROECUADOR.

---

[29] El Comercio, *Bloque 15 dejó 12 700 millones al Fisco.* Internet: http://www.elcomercio.com.ec/negocios/Bloque-petroleo-dejo-millones-Fisco_0_806319582.html, Acceso: 23 de diciembre de 2013.

[30] El Universo, *Petroamazonas pasó de ser filial a ocupar el rol de Petroecuado*r, Internet: http://www.eluniverso.com/2013/02/02/1/1355/petroamazonas-paso-ser-filial-ocupar-rol-petroecuador.html, Acceso: 23 de diciembre de 2013.

[31] Ibídem.

[32] El Comercio, *4 Firmas obtuvieron el premio a la calidad.* Internet: http://www.elcomercio.com.ec/negocios/firmas-obtuvieron-premio-calidad_0_634736755.html, Acceso: 23 de diciembre de 2013.

De este modo, Petroamazonas EP asumió de manera oficial las operaciones de los campos Lago Agrio, Libertador, Shushufindi, Auca, Cuyabeno y de gas natural en el litoral ecuatoriano, que pertenecían a la Gerencia de Exploración y Producción de EP Petroecuador[33].

Asimismo, EP PETROAMAZONAS asumirá todas las obligaciones que se generen en virtud de licencias, autorizaciones, concesiones, contratos, que se encuentren en trámite por parte de las áreas administrativas de EP PETROECUADOR.[34]

Con todo lo referido, en páginas anteriores, la legislación contractual hidrocarburífera siempre ha respondido a la época en la que se desarrolló la industria petrolera, intentando, con fracasos y aciertos el bienestar y beneficio nacionales, respondiendo a la realidad y circunstancias del país.

[33] Ministerio de Recursos Naturales no Renovables. *Petroamazonas EP asume la operación de ocho campos de EP Petroecuador y de la producción de gas natural,* Internet: http://www.recursosnaturales.gob.ec/petroamazonas-ep-asume-la-operacion-de-ocho-campos-de-ep-petroecuador-y-de-la-produccion-de-gas-natural/, Acceso: 23 de diciembre de 2013.

[34] Alberto Araujo, Petroecuador entrega su producción al alza pero con cuentas pendientes, Internet, http://www.elcomercio.com/negocios/Petroecuador-entrega-produccion-cuentas-pendientes_0_862113848.html, Acceso: 13 de marzo de 2013.

CAPÍTULO II

2. CONTRATOS PETROLEROS EN EL ECUADOR PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS.

2.1. Naturaleza jurídica y características de los contratos petroleros en el Ecuador.

Compartiendo el criterio de Lourdes Solórzano[35], podemos decir que el contrato es un acto jurídico multilateral o de voluntad común, que, intencionalmente, crea derechos subjetivos y sus obligaciones correlativas.

Para la existencia de dicha contrato se necesita que estén presentes: un objeto, una causa, el consentimiento y las formalidades requeridas según la naturaleza de cada contrato. Asimismo, para la validez de referido instrumento, es menester que la voluntad o consentimiento de quienes se obligan no esté viciado por error, fuerza o dolo; y, que, además, las partes que expresen dicho consentimiento sean jurídicamente capaces para contraer las obligaciones de las cuales se refiera el contrato; asimismo, el objeto y la causa deben gozar de la "calidad" de reales y lícitos para su efectiva validez.[36]

Con estas consideraciones generales de la naturaleza jurídica de los contratos, podremos determinar la naturaleza jurídica y características de los contratos petroleros, diciendo, en primer lugar que por sus particularidades estamos en presencia de un contrato público en el que las partes, el Estado y una persona jurídica nacional o

[35] María de Lourdes Solórzano*, Inexistencia y Nulidad Absoluta como Efectos de la Falta de Formalidades en los Actos y Declaraciones de Voluntad*, Universidad de las Américas, 2009, pág. 91.
[36] Arturo,Alessandri Rodríguez, *De los Contratos*, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 56.

extranjera se obligan a regular las diversas fases de la industria petrolera, es decir, a la exploración, explotación, transporte, entre otros.

Es evidente, entonces, que este tipo de contrato por muy particular y especial que sea, responde a la definición y características generales de los contratos públicos en relación a los sujetos, al objeto y a la causa para convenir. Así, el contrato público o administrativo al entender de Miguel Ángel Bercaitz y Marienhoff, los define en los siguientes términos:

> *"Son aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública o el Estado en un situación de subordinación jurídica".*[37]
>
> *"Es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular administrado, para satisfacer finalidades públicas"*[38]

Teniendo, entonces, la definición integral de lo que se trata un contrato administrativo; y, para aclarar aún más su alcance es pertinente mencionar las características de los contratos petroleros que los diferencian de los contratos privados, así tenemos a las siguientes características:

a) Son contratos administrativos, regidos por el Derecho Público con legislación autónoma.
b) Versa un recurso natural no renovable de soberanía inalienable e imprescriptible, cuyo titular es el Estado.
c) Incluye aspectos, económicos, sociales, tributarios, ambientales, y de desarrollo en la causa del contrato.

Ahora bien, al tratarse de una industria muy particular, el régimen jurídico ecuatoriano para dicha actividad es diferente a las demás modalidades de contratación pública en el Ecuador, pues no se rige bajo los lineamientos de la Ley de Contratación Pública, sino autónomamente lo hace bajo los lineamientos de su propia legislación, es

[37] Miguel Ángel, Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Segunda Edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 246.
[38] Miguel, Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 34.

decir, bajo la Ley de Hidrocarburos vigente a la fecha, su reglamento y demás normativa propia aplicable a la industria petrolera ecuatoriana.

En tal virtud, esta industria al tener régimen jurídico autónomo, la contratación petrolera tiene también su propio procedimiento de contratación; y, además, varias formas de contratar, las mismas que responden a diversas circunstancias fácticas, económicas, sociales y otras más que hacen que los procedimientos sean especiales y que, adicionalmente, se requiera de formalidades muy particulares dentro de los procesos contractuales.

Por tanto, al hablar de procedimientos propios de la industria al momento de contratar, la Ley de Hidrocarburos vigente en su artículo 19 manifiesta que la adjudicación de los contratos petroleros se realizará mediante licitación, para la cual el Ministerio Sectorial conformará un Comité de Licitaciones Hidrocarburíferas (COLH). Asimismo, las bases, requisitos y procedimientos para las licitaciones serán determinados referido Comité de conformidad con la Constitución y la Ley.

Así pues, para las licitaciones, el Ministerio Sectorial promoverá la concurrencia del mayor número de ofertas de compañías de probada experiencia y capacidad técnica y económica.

La norma referida transcribe lo siguiente al respecto:

> ***Art. 19****.- La adjudicación de los contratos a los que se refieren los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley la efectuará el Ministerio Sectorial mediante licitación, con excepción de los que se realicen con empresas estatales o subsidiarias de estas, con países que integran la comunidad internacional, con empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria y los de obras o servicios específicos. Para las adjudicaciones, el Ministerio Sectorial conformará un Comité de Licitaciones que se integrará y funcionará de conformidad con el Reglamento.*
>
> *Las bases, requisitos y procedimientos para las licitaciones serán determinados por el Comité de Licitaciones de conformidad con la Constitución y la Ley. Para las licitaciones el Ministerio Sectorial promoverá la concurrencia del mayor número de ofertas de compañías de probada experiencia y capacidad técnica y económica. (…)*

Por su parte, en concordancia con el artículo precedente y para operativizarlo, el Reglamento de Aplicación a la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (RRLH) en su artículo 40 manifiesta que el COLH estará conformado por:

> ***Art. 40 RRLH****.- El Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH), según lo dispuesto en el Art. 19 de la Ley de Hidrocarburos, está integrado por:*
>
> ***1****. El Viceministro de Hidrocarburos, que lo preside.*

2. *El Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos.*

3*. El Coordinador General Jurídico del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables.*

Actuará como Secretario de este Comité, el Secretario de Hidrocarburos

Dentro de las funciones y atribuciones del COLH, el artículo 41 del mismo reglamento manifiesta las siguientes:

Art. 41 RRLH*.- El Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH) tendrá las siguientes atribuciones:*

1. *Determinar las bases, requisitos y procedimientos para las licitaciones y modificaciones.*

2. *Convocar a las licitaciones.*

3. *Nombrar comisiones de análisis de ofertas y designar a los funcionarios que conformarán los equipos negociadores o de modificación de los contratos.*

4. *Recomendar al Ministro Sectorial la aprobación de las negociaciones, modificaciones y terminación de mutuo acuerdo de los contratos.*

5. *Analizar las ofertas y recomendar la adjudicación de los contratos al Ministro de Recursos Naturales no Renovables.*

6*. Calificar y seleccionar firmas especializadas para la realización de estudios técnicos, económicos y legales, si fuere del caso.*

7. *Descalificar ofertas en forma motivada.*

8. *Declarar desiertas las licitaciones, en los casos establecidos en el presente reglamento.*

9. *Recabar informes o aclaraciones de las empresas oferentes o de instituciones públicas relacionadas con las ofertas o contratos.*

10. *Proveer la información necesaria a las empresas oferentes y absolver las consultas o ampliaciones de información presentadas por las empresas participantes.*

11. *Mantener estricta reserva respecto de los documentos y hechos que no deban ser conocidos públicamente.*

12. *Conocer y aprobar los documentos precontractuales del respectivo proceso.*

13*. Las demás determinadas en la ley.*

El proceso mediante el cual se hace la posterior adjudicación de los Bloques, y la subsiguiente firma del contrato, el régimen ambiental, tributario, económico, arbitral, las pólizas bancarias, controles administrativos, auditorías, cláusulas de confidencialidad, licencias ambientales, definiciones, son entre otras cosa, características y elementos

sustanciales y propios del contrato petrolero como tal, de ahí la necesidad del establecimiento de una normativa propia muy particular.

2.2. Tipos de Contratos Hidrocarburíferos

Los modelos contractuales petroleros latinoamericanos han tenido que ser muy analizados y prolijos, pues la realidad hidrocarburífera en cada país es diferente a pesar de estar en una misma región; así, cada realidad fáctica ha hecho que se desarrollen diferentes legislaciones con formas contractuales diversas que les permitan a cada Estado, incluyendo al Ecuador, tener en sus manos el mayor control posible en la industria. Es así que, dichas circunstancias han marcado la pauta para que se desarrolle la estructura, en la forma y el fondo, las diferentes modalidades contractuales en Latinoamérica, y, específicamente, en la legislación ecuatoriana.[39]

Al ser esta industria una excepción a lo que establece el Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriano, pues la contratación en materia de hidrocarburos, como ya se ha dicho, tiene su propio procedimiento y una regulación especial con la Ley de Hidrocarburos, su reglamento y las demás disposiciones que apliquen al respecto; las modalidades contractuales de hidrocarburos se han diversificado a lo largo de la historia petrolera ecuatoriana, aunque aún perduran algunos tipos de contrato, otros han desaparecido por no responder a la realidad ecuatoriana y a lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador de 2008, la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (LRLH) de 2010 y su posterior reglamento.

A pesar, de que existe una diversidad de modelos contractuales en materia de hidrocarburos, la Ley de Hidrocarburos y su actual reforma establecen disposiciones comunes a todas las modalidades contractuales. Así, con el Decreto Ley que desarrolla a la Ley Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos se establece, en primer lugar la creación de la Secretaría de Hidrocarburos (SH), la que, entre sus atribuciones y funciones, está la de encargarse, a nombre del Estado ecuatoriano, a través de su representante legal, el Secretario de Hidrocarburos, de la suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros, que, además, para este efecto, definirá las áreas directas de operación directa de empresas públicas y las áreas y actividades a ser delegadas a la gestión de empresas de economía mixta y excepcionalmente a las empresas privadas, nacionales e internacionales, sometidas al régimen jurídico vigente, a la Ley de

[39] Carlos Darío, Padrón Romero, *El Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la Legislación Petrolera Ecuatoriana*, Quito, 1998, pág. 35.

Hidrocarburos y demás normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen. En este sentido, la norma pertinente lo manifiesta en los siguientes términos:

> ***Art. 6-A LRLH**.- Créase la Secretaría de Hidrocarburos, SH (…) encargada de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros (…)*
>
> *(…)**Atribuciones**.- Son atribuciones de la Secretaría de Hidrocarburos, las siguientes:*
>
> ***a.** Suscribir, a nombre del Estado ecuatoriano, los contratos de exploración y explotación, y transporte, previa adjudicación por parte del Ministerio Sectorial; (…)*

Por otro lado, también se establece el área de operación de todos los contratos que se celebren con la SH, así la LRLH manifiesta que todos los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos comprenderá un bloque con una superficie terrestre no mayor a doscientas mil hectáreas dividido en lotes (rectangulares con sus dos lados orientados en sentido norte-sur) de superficie igual o menor a veinte mil hectáreas cada uno, de acuerdo con el trazado del Instituto Geográfico Militar; o un bloque con una superficie marina no mayor de cuatrocientas mil hectáreas dividido en lotes (rectangulares con sus dos lados orientados en sentido norte-sur) de superficie igual o menor a cuarenta mil hectáreas, de acuerdo con el trazado del Instituto Oceanográfico de la Armada Nacional.

> ***Art. 20 LRLH**.- Cada contrato para exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, comprenderá un bloque con una superficie terrestre no mayor de doscientas mil hectáreas dividido en lotes de superficie igual o menor a veinte mil hectáreas cada uno, de acuerdo con el trazado del Instituto Geográfico Militar; o un bloque con una superficie marina no mayor de cuatrocientas mil hectáreas dividido en lotes de superficie igual o menor a cuarenta mil hectáreas, de acuerdo con el trazado del Instituto Oceanográfico de la Armada.*
> *Los lotes deberán ser de forma rectangular, con dos de sus lados orientados en dirección norte sur, salvo cuando los límites naturales o de otras áreas reservadas o contratadas lo impidan (…)*

Todas las Compañías que contraten con el Estado ecuatoriano deberán inscribir el contrato en el Registro de Hidrocarburos manejado por la SH[40] en los 30 días posteriores a la suscripción del mismo. En dicho registro deberá constar, además, lo siguiente:

[40] Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el R.O. No. 244 del 27 de julio de 2010, arts. 12 y 26.

1. Las escrituras de constitución, prórroga o disolución de las empresas petroleras de nacionalidad ecuatoriana.

2. Los instrumentos que acrediten la representación legal de las empresas petroleras.

3. Los instrumentos de domiciliación de las empresas petroleras extranjeras en el Ecuador.

4. Las autorizaciones para actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, que se expida a favor de las empresas públicas.

5. Las escrituras públicas de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos con compañías de economía mixta, con empresas estatales de la comunidad internacional, y con empresas privadas.

6. Los contratos para realizar las actividades de refinación, industrialización y transporte de hidrocarburos.

7. Las transferencias de derechos y obligaciones contractuales, celebradas por las compañías o consorcios que mantienen contratos con el Estado Ecuatoriano.

8. Las escrituras de constitución de empresas de economía mixta del sector hidrocarburífero.

9. Las declaraciones de caducidad.

10. Los demás que resuelva el Ministro Sectorial.[41]

Y, en cuanto se trate de empresas extranjeras que quieran contratar con el Estado ecuatoriano para la exploración y explotación de hidrocarburos, de conformidad con lo que establece los artículos 12 y 26 de la Ley de Hidrocarburos vigente, deberán domiciliarse en el país según las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos, de la Ley de

[41] Reglamento a la Reforma a la Ley de Hidrocarburos, Publicado en el R.O. No. 330 del 29 de noviembre de 2012.Última modificación 5 de noviembre de 2012.

Compañías, el Código de Comercio ecuatoriano y las demás que sean aplicables al caso. Asimismo, las empresas extranjeras, se sujetarán a tribunales ecuatorianos y renunciarán de manera expresa a cualquier reclamo por vía diplomática. Esta particularidad y renuncia se encuentra de manera implícita en cualquier contrato que se celebre con el Estado ecuatoriano a través de la SH.

Por otro lado, en lo referente a los períodos de exploración y explotación de petróleo crudo para todo tipo de contrato será de cuatro años con una prórroga de dos años más, previa justificación motivada de la contratista y bajo el análisis y autorización de la SH. [42]

La operación iniciará o continuará, de ser el caso, dentro de los seis primeros meses contados desde la inscripción del contrato en el Registro de Hidrocarburos.

Ahora, en referencia al período de explotación de petróleo crudo, todo tipo de contrato podrá durar hasta por veinte años que, de igual manera, podrían ser prorrogables previo análisis y autorización de la SH; y, adicionalmente a dicha autorización, deberá analizarse la posibilidad de prórroga de conformidad con lo que establece el plan de desarrollo del área y, obviamente, respondiendo a los intereses del Estado ecuatoriano y a los lineamientos del régimen del buen vivir.

El artículo 25 de la LRLH manifiesta que en todos los contratos se requerirá un programa exploratorio por parte de la contratista, el mismo que se llevará a cabo a partir de investigaciones geológicas, geofísicas, perforación de pozos, o cualquier otra operación de exploración aceptada por la industria hidrocarburífera; todo esto con el objetivo de investigar, de manera íntegra, el área y evaluar las trampas estructurales o estratigráficas[43] del campo.[44]

Además de todo lo dicho hasta aquí, la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de 2010, en su artículo 31[45] establece algunas obligaciones contractuales

[42] Op. Cit. 40, Art. 23.
[43] Se forman cuando, en una sucesión estratigráfica, las capas suprayacentes a una capa porosa son impermeables, sellándola e impidiendo el flujo del petróleo. En esta categoría pueden entrar las facies arrecifales, debidas a corales, arqueociatos, rudistas, etc., que suelen mostrar una alta porosidad. Internet: http://ingenieria-de-petroleo.lacomunidadpetrolera.com/2009/06/trampa-petrolifera.html Acceso: 18 de junio de 2013.
[44] Op. Cit. 40, Art. 25.
[45] Ibídem, Art. 31.

de los contratistas en exploración y explotación de hidrocarburos, sin distinción, en cuantos les corresponda; así, entre las más significativas están las siguientes:

1. En un plazo de seis meses de iniciadas las operaciones en el campo, la contratista está obligada a contratar el 95% mínimo de ecuatorianos en el cargo de obreros, el 90% de ecuatorianos como empleados administrativos y el 75% de ecuatorianos establecidos como personal técnico. Y, en el plazo de dos años, el personal administrativo deberá ser del 95% de ecuatorianos.

2. La contratista deberá realizar programas de capacitación técnica y administrativa en todos los cargos a fin de que en un lapso de 5 años el personal de obreros y administrativo sea nacional en un 90%; y, el 10% de personal técnico extranjero deberá fomentar la transferencia de tecnología al personal nacional.

3. Otorgar a la SH, cuando ella lo requiera datos económicos relativos a la exploración, explotación u otras actividades comerciales o industriales y a los costos que ellas implican.

4. Modernizar la maquinaria utilizada y aplicar métodos efectivos y eficientes para optimizar y obtener la más alta productividad dentro de la industria, observando, evidentemente, la política de conservación de Estado ecuatoriano.

5. Presentar dentro de los tres primeros años de exploración y explotación el mosaico aerofotogramétrico de la zona terrestre contratada, utilizando la escala y las especificaciones que determinare el Instituto Geográfico Militar. Si no lo tuviera, se realizará por intermedio del instituto, y los negativos serán de propiedad del Estado.

6. Delimitar definitivamente el área contratada y entregar el documento cartográfico correspondiente, dentro de los cinco primeros años del período de explotación, siguiendo métodos geodésicos u otros métodos científicos. En este trabajo intervendrá, por parte del Estado, el Instituto Geográfico Militar o el Instituto Oceanográfico de la Armada, según

corresponda. Si existiera dicho trabajo cartográfico, existe la obligación de actualizarlo.

7. Contribuir, durante el período de exploración, para el desarrollo de la educación técnica nacional y para el otorgamiento de becas, en el País o en el extranjero, de estudios especializados en la industria. Este aporte será administrado por el Instituto de Crédito Educativo.

8. Presentar a la SH hasta el 1 de diciembre de cada año un programa detallado de las actividades a realizarse en el año calendario subsiguiente, incluyendo el presupuesto para inversiones.

9. Presentar anualmente al Ministerio del Ramo el programa quinquenal actualizado de las actividades a desarrollar, incluyendo su presupuesto, conjuntamente con el programa operativo referido en el párrafo anterior.

10. Presentar, asimismo, en el primer mes de cada año, un informe detallado de las operaciones realizadas en el año inmediato anterior, incluyendo datos sobre exploración, producción, reservas, transporte, refinación y otras actividades industriales, ventas internas, exportaciones, personal y demás pormenores de los trabajos.

11. Llevar en castellano, de forma actualizada y ordenada la contabilidad financiera y de costos son sus respectivos comprobantes y registros y conservarlos durante el período de vigencia del contrato así como 10 años después de fenecido el mismo.

12. Presentar a la SH en el primer trimestre de cada año el balance general, la cuenta de resultados y los inventarios correspondientes al año anterior.

13. Invertir un mínimo del 10% de sus utilidades netas, según los resultados de los estados financieros, en el desenvolvimiento de la misma o de otras industrias de hidrocarburos en el País mediante la adquisición de bonos del Estado o de la suscripción de acciones para la formación de nuevas empresas o de aumento de capital en nuevas empresas , que a juicio de la

Oficina de Planificación sean de interés para el desarrollo económico del país.

14. Presentar para la aprobación de la SH los planes, programas y proyectos y el financiamiento respectivo para que las actividades de exploración y explotación no afecten negativamente a la organización económica y social de la población asentada en las áreas donde se realicen las mencionadas actividades y a todos los recursos naturales renovables y no renovables locales. Para hacerlo, se contará con los respectivos informes de los organismos de desarrollo regional y del Ministerio de Inclusión Económica y Social.

15. Conducir las operaciones petroleras de acuerdo a las leyes y reglamentos de protección del medio ambiente y de la seguridad del país y con relación a la práctica internacional en materia de preservación de la riqueza ictiológica y de la industria agropecuaria. Para el efecto, en los contratos, deberán constar las garantías pertinentes de las compañías contratistas.

16. Elaborar estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental para prevenir, mitigar, controlar, rehabilitar y compensar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades. Estos estudios deberán ser evaluados y aprobados por el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, en coordinación con los organismos de control ambiental. Se encargarán de su seguimiento ambiental, directamente o por delegación a firmas auditoras calificadas para el efecto.

De manera ilustrativa se clasificará a los contratos hidrocarburíferos en: 1. Contratos antiguos y derogados; y, 2. Contratos vigentes:

2.3. Contratos Hidrocarburíferos antiguos y derogados

2.3.1. Contrato de Operaciones Hidrocarburíferas

El decreto No. 2967, publicado en el Registro Oficial No. 711 de fecha 15 de noviembre de 1978 es el que introduce esta figura contractual, sin embargo, en la actualidad con la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, este modelo contractual

desaparece. Este contrato reemplazó al contrato de prestación de servicios que, finalmente, pasó a ser hoy por hoy el contrato de obras o servicios específicos.

Mediante esta figura contractual, las personas jurídicas sean nacionales o extranjeras que hayan sido calificadas, se obligaban a realizar, mediante sus propios medios económicos, técnicos y otros, por encargo de PETROECUADOR, las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.[46] Así, como pago por las operaciones realizadas, se recibiría un volumen de hidrocarburos que le permita, a la contratista, recuperar las inversiones realizadas, siempre y cuando la compañía contratista encuentre hidrocarburos comercialmente explotables.[47]

Valga decir, que bajo esta modalidad contractual se incluyó el concepto de "riesgo" minero, cuando se determinaba que el contratista corre, por su cuenta, con todos los gastos en que incurra la empresa en las operaciones de exploración petrolera y solamente tenía derecho a recuperar sus inversiones, si descubre hidrocarburos comercialmente explotables.[48]

Dentro de sus principales características encontramos las siguientes:

- **a.** La posibilidad latente de celebrar más de un contrato con la compañía contratista.
- **b.** La posibilidad, también, de pagar las inversiones en especie.
- **c.** La eliminación de la participación que tenía el Estado, en ese entonces, en los contratos de Prestación de Servicios.

2.3.2. Contrato de Prestación de Servicios

Hasta antes de la reforma de 2010 a la Ley de Hidrocarburos, esta modalidad contractual estaba determinada de conformidad con el antiguo artículo 16 de referida ley, en dicho cuerpo normativo, se definía a este tipo de contrato como aquel en que personas jurídicas, sean ellas, nacionales o extranjeras, se comprometían a efectuar por mandato de PETROECUADOR o por su propia cuenta y riesgo, las actividades de exploración y explotación de petróleo en las áreas que hayan sido señaladas para el efecto.

[46] Carlos Darío, Padrón Romero, *El Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la Legislación Petrolera Ecuatoriana*, Quito, 1998, pág. 46.
[47] Ibídem, Pág. 46
[48] Ibídem, Pág. 47

Así también, dentro de sus características principales, que responden a la esencia del contrato, en cuanto la contratista realiza las labores por encargo del Estado ecuatoriano, está el hecho de que la compañía contratista no tiene la obligación de cumplir con el pago de regalías, primas de entrada, derechos superficiales, pagos por obras de compensación y otros relacionados con los ingresos.[49]

Como parte de las bases de contratación se establecía que PETROECUADOR participaría de manera directa en los programas de exploración y explotación petrolera en referencia a la elaboración y discusión de referidos programas; para lo cual PETROECUADOR deberá conformar un Comité. [50]

Así también, como parte de las bases de contratación se establecía, además, que para realizar la capitalización de PETROECUADOR, el contratista debe entregar una participación de las utilidades conforme se haya convenido previamente dentro del contrato.[51]

A pesar de ser un contrato, que al parecer era eficiente, la vigencia del mismo fue muy corta, pues, como ya se lo dijo en párrafos anteriores, fue reemplazado por el Contrato de Operaciones Hidrocarburíferas.

2.4. Contratos Hidrocarburíferos vigentes

El artículo inumerado después del artículo 6-A, dentro del Capítulo III de la Ley de Hidrocarburos, versa sobre las diferentes modalidades contractuales vigentes en nuestra legislación, es así que, considerando lo previamente dicho, en cuanto a que la SH es la encargada, entre otras cosas, de la suscripción y administración de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador, la propia ley clasifica a los contratos con diferentes características y particularidades en los siguientes:

2.4.1. Contrato de Asociación

El artículo 13 de la Ley de Hidrocarburos vigente a la fecha dispone que los contratos de asociación son aquellos en los que la SH contribuye con derechos sobre las áreas, yacimientos, hidrocarburos u otros derechos del patrimonio de ella, y en el que la

[49] Op. Cit. 46, pág. 45
[50] Ibídem.
[51] Ibídem.

compañía asociada se compromete e efectuar las inversiones que se acordaren por las partes que contratan bajo esta modalidad.

Si se diera el caso de abandono o total devolución de las áreas que se consideran improductivas la SH no debe nada a la compañía asociada y quedará, entonces, extinta la relación contractual bajo la modalidad de contrato de asociación.

Por su parte, el artículo 14 de referido cuerpo legal al referirse a la escala de participación de la SH en este tipo de contrato, manifiesta que dicha escala de participación se acordará de acuerdo a los resultados de la producción. Así pues, en el supuesto de que la compañía asociada realizare gastos o inversiones superiores a los valores mínimos estipulados la escala de participación no se alterará en los resultados de la producción que se hubiese convenido en el contrato de asociación.

Además de todo lo dicho la ley establece, en su artículo 15, estipulaciones mínimas que deberán constar en los contratos de asociación:

1. Los órganos directivos y de administración.
2. El plazo de vigencia del contrato.
3. Las obligaciones mínimas de trabajo e inversión.
4. Las regalías, derechos superficiarios, regalías y otras obligaciones equivalentes.
5. Las garantías que la compañía asociada debe rendir para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.
6. La extensión y forma d selección de las áreas de explotación.
7. Los deberes, derechos y responsabilidades de la compañía operadora.
8. Las relaciones de los asociados en la etapa de producción.
9. Los plazos, formas y otras condiciones de las amortizaciones.

Además de que, en todo contrato de asociación que se celebre, se establece el derecho de la SH de adquirir una participación efectiva en los derechos y acciones conferidos en esos contratos y en los activos que las compañías contratistas adquieran para los propósitos de dichos acuerdos.

2.4.2. Contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos.

El artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos vigente manifiesta el contenido y alcance de esta modalidad contractual; sin embargo, nos adentraremos en el tema, de manera más detenida en los capítulos siguientes de la presente investigación. Por tanto, en este punto, me detendré a hacer un análisis general, caracterológico e histórico de referida modalidad contractual.

Varias reformas a la Ley de Hidrocarburos hasta las del 15 de noviembre de 1998 hicieron que en la industria petrolera se experimenten varias modalidades de contratación; sin embargo de ello, ninguno de los contratos desarrollados habrían significado resultados económicos, sociales y técnicos, según las expectativas de Estado ecuatoriano; así pues, con la reforma a la Ley de Hidrocarburos establecida mediante la Ley No. 101, publicada en el Registro Oficial No. 306 del 13 de agosto de 1982, se sustituye en ella al contrato de Operaciones Hidrocarburíferas por el de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos con algunas particularidades propias de su reforma.

Referido cuerpo normativo lo define como el contrato en el que personas jurídicas sean nacionales o extranjeras, previamente calificadas, se comprometen para con PETROECUADOR, a realizar con sus propios recursos los servicios de exploración y explotación de hidrocarburos en las áreas que se determinen para hacerlo, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, tecnología y maquinaria que se requiera para el efectivo cumplimiento del objeto de celebración del contrato. Así, PETROECUADOR, antes que realice cualquier tipo de distribución de ingresos, debe deducir los costos que supongan la producción, transporte y comercialización con la presentación anticipada de los balances y estados financieros en orden y actualizados.[52]

En equivalencia al contrato de Operaciones Hidrocarburíferas en esta modalidad contractual, de darse el supuesto de que la compañía contratista encuentra hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho, esta última, al reembolso en dinero, especie o en forma mixta de lo que haya invertido por sus servicios.

Consideramos que una de las características más importantes de este contrato en esta línea del tiempo es el hecho de que el Estado ecuatoriano no concede a la compañía contratista ningún derecho real sobre la superficie del área explotada, puesto que como

[52] Carlos Darío, Padrón Romero, *El Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la Legislación Petrolera Ecuatoriana*, Quito, 1998, pág. 48

ya se había dicho antes, la contratista no está sujeta al pago de regalías y era PETROECUADOR, como propietario de la producción quien debe entregar el porcentaje equivalente a las regalías.

Por su parte, en este contrato se exonera también el pago de las primas de entrada, derechos superficiarios y aportes en obras por compensación; que, a cambio de ello, las compañías contratistas deben al Estado ecuatoriano una contribución del 1% del monto del pago por sus servicios, no reembolsables. Y, todo esto se realizaría en busca de promover la investigación científica y tecnológica efectuada por el antiguo Ministerio de Energía y Minas[53], cuando se haya deducido de la participación laboral y del impuesto a la renta.

Dentro de las bases de contratación se establecía como objeto del contrato, la prestación de servicios técnicos, administrativos y financieros, necesarios para la exploración y explotación de hidrocarburos, tomando, de manera global, todos los riesgos que implica la operación.

En este sentido, este contrato se introdujo en la legislación ecuatoriana en busca de lograr una mejor reestructuración de la política petrolera, en cuanto cubría algunos vacíos y falencias que había dejado las diversas modalidades contractuales anteriores a ella.

2.4.3. Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos

Así como en el apartado anterior, esta modalidad contractual está desarrollada en el artículo inumerado después del artículo 6-A de la Ley de Hidrocarburos vigente; sin embargo de ello, este tipo de contrato lo desarrollaré con más detenimiento en los siguientes capítulos de la presente investigación. Y, en este punto me detendré a analizar las generalidades, evolución y características propias del mismo.

El contrato de participación, a criterio de Mariela Méndez Prado, catedrática de la Facultad de Negocios de la Escuela Politécnica del Litoral, es “aquel en el que el Estado ecuatoriano le confiere a la Operadora privada la posibilidad temporal de explorar y

[53] Esta cartera de Estado fue reemplazada por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables mediante el Decreto Ejecutivo No. 46 del 14 de septiembre de 2009, publicado en el R.O. No. 36 del 29 de septiembre del mismo año.

explotar sus campos petroleros entregándole derechos sobre la propiedad de parte del crudo producido según las condiciones previstas en el acuerdo contractual"[54]

Por su parte, la Ley de Hidrocarburos, anterior a la reformatoria vigente, definía al contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos como aquella convención suscrita por el Estado ecuatoriano, por intermedio de PETROECUADOR, mediante el cual, delega a la compañía contratista la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato (superficie territorial en la contratista está avalada para efectuar las actividades de exploración y explotación del crudo), realizando, por su cuenta y riesgo, todas las inversiones, costos y gastos requeridos para el efecto; recibiendo a cambio una participación en la producción fiscalizada del área establecida en el contrato, o surgía, también, la posibilidad de que se efectuase la contraprestación en dinero. Esta participación sería, entonces, el ingreso de la contratista y sobre ésta se harían las deducciones debidas y el pago efectivo de los tributos pertinentes a la actividad.[55]

La razones que se adujeron para cambiar de modalidad contractual, es decir, pasar de un contrato de Prestación de Servicios establecido en las reformas a la ley en 1982, a un contrato de Participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, desarrollado en las reformas a la ley en el año de 1993, fueron el hecho de atraer capital extranjero y procurar su inversión en el país con nuevas y mejores compañías

Dentro del antiguo cuerpo normativo, referido en el párrafo anterior, se establecían de manera integral, las partes integrantes que componían a dicha modalidad contractual, así teníamos:

a. El Estado ecuatoriano, representado a través de PETROECUADOR, como dueño de los recursos naturales.

b. PETROECUADOR, como parte contratante; y,

[54] Mariela, Méndez Prado, *La Renegociación de Contratos Petroleros y Análisis General de Algunas Reformas a la Ley de Hidrocarburos*, Internet: http://www.marielamendezprado.com/2011/04/la-renegociacion-de-contratos_25.html Acceso: 19 de junio de 2013.

[55] Carlos Darío, Padrón Romero, EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN LA LEGISLACIÓN PETROLERA ECUATORIANA, Quito, 1998, Pág. 82.

c. Como contratista la compañía que haya sido ganadora del concurso licitatorio y posterior adjudicación del contrato.

2.4.4. Contrato de Obras Específicas

El artículo 17 de la Ley de Hidrocarburos vigente define al contrato de Obras Específicas como aquel en el que personas jurídicas se comprometen ejecutar para EP PETROAMAZONAS[56], obras, aportando equipos, maquinaria, capitales y tecnología necesarias para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato; y como contraprestación, recibir una remuneración o precio en dinero, cuyo monto y forma de pago lo determinarán las partes dentro del acuerdo y conforme a las disposiciones de la Ley.

2.4.5. Contrato de Servicios Específicos

Asimismo, el artículo 17 de la Ley de Hidrocarburos vigente define al contrato de Servicios Específicos como aquel en el que personas jurídicas se comprometen ejecutar para EP PETROAMAZONAS trabajos o servicios específicos, aportando equipos, maquinaria, capitales y tecnología necesarias para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato; y como contraprestación, recibir una remuneración o precio en dinero, cuyo monto y forma de pago lo determinarán las partes dentro del acuerdo y conforme a las disposiciones de la Ley.

2.4.6. Contratos con Compañías de Economía Mixta

Nuestra Ley de Hidrocarburos vigente con las reformas de 2010, en su artículo 2 manifiesta que el Estado ecuatoriano podrá explorar y explotar los yacimientos de hidrocarburos de su propiedad en forma directa a través de las Empresa Públicas de Hidrocarburos; así también, dentro del mismo articulado, reconoce la posibilidad de constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia, que estén legalmente establecidas en el Ecuador.

[56] Disposición Transitoria Sexta, Decreto Ejecutivo No. 1351-A, publicado en el R.O. 680 del 2 de enero de 2013.

Por su parte, el artículo 18 del mismo cuerpo normativo establece que las compañías de economía mixta que formare EP PETROAMAZONAS, deberán sujetarse a lo que disponga la Ley de Compañías y demás leyes pertinentes, en cuanto a su constitución y funcionamiento; sin embargo, lo que no aclara es el alcance de las disposiciones presentes en la ley respecto de las diferentes modalidades contractuales que consideran la posibilidad de contratar con empresas de economía mixta. Para esto, comparto con el criterio de Carlos Padrón en cuanto se debería regular el referido alcance, pues esto evitaría producir contrasentidos, problemas de jerarquía de las leyes en la aplicación, entre otros contingentes que se podrían dar.[57]

2.4.7. *Contratos de Gestión Compartida*

El artículo 18-A de la LH, manifiesta que son contratos de gestión compartida aquellos que suscriba el Estado ecuatoriano a través de PETROECUADOR, con empresas públicas o privadas nacionales o extranjeras o consorcios de empresas, con el propósito de incrementar y optimizar la producción de hidrocarburos, maximizar la recuperación de sus reservas y realizar actividades de exploración y explotación en el área del contrato.

[57] Carlos Darío, Padrón Romero, EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN LA LEGISLACIÓN PETROLERA ECUATORIANA, Quito, 1998, Pág. 51

CAPÍTULO III

3. EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN VERSUS EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA REFORMA A LA LEY DE HIDROCARBUROS DE 2010.

3.1. El Contrato de Participación para la exploración y explotación de Hidrocarburos hasta la reforma a la Ley de Hidrocarburos en 2010.

Como ya se ha dicho al inicio de la presente investigación, a pesar de que en la Ley de Hidrocarburos vigente esté aun contemplado, como modalidad contractual posible, el contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador, como política petrolera gubernamental ya no está tomado como modelo de contrato que rija la industria, pues el contrato que regirá, a partir de la LRLH, dentro de la política petrolera ecuatoriana es el de Prestación de Servicios. Sin embargo, en este apartado me referiré con detenimiento a la estructura, características y elementos constitutivos del Contrato de Participación versus el contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador.

El contrato de participación nace de la necesidad del Estado de atraer la inversión extranjera; y, además, para las empresas que quieren realizar dicha inversión en mejores condiciones; todo esto en pro de desarrollar, de una manera más efectiva, la actividad hidrocarburífera; y, como consecuencia de ello, obtener mayor rentabilidad, sin que esto signifique mayor inversión o egreso.[58]

Además, a causa de que la industria petrolera no es estática, al contrario es dinámica y proactiva, esto ha hecho que la legislación que la va a regular se adapte a esta constante evolución, y desarrolle mecanismos, procedimientos y modalidades contractuales que permitan el crecimiento de la industria petrolera ecuatoriana y se la considere, a nivel mundial, como una industria nacional competitiva frente al resto del

[58] Op. Cit. 57, pág. 67.

mundo. Por esta razón se incorpora en la legislación ecuatoriana con la reforma a la Ley de Hidrocarburos publicada en el Registro Oficial No. 346 de 28 de diciembre de 1993, el contrato de participación.

Según esta modalidad contractual, PETROECUADOR, a nombre del Estado ecuatoriano, ofrecía áreas en licitación; de tal modo que, las compañías que estuviesen interesadas en participar en el concurso licitatorio, deben presentar sus ofertas, dentro del concurso, sobre alguna de las áreas dispuestas para la exploración y explotación de hidrocarburos destinadas por el Estado. Así, una vez revisadas las ofertas, se determina el ganador y la posterior adjudicación del contrato de participación. Posterior a la firma del contrato la compañía adjudicataria del contratos se compromete a correr, por su cuenta y riesgo, con todos los gastos e inversiones que le signifiquen, pues de no existir crudo comercialmente explotable, pierde la inversión. Al contrario, de encontrarse petróleo comercialmente explotable recibe, la compañía adjudicataria, como compensación a lo gastado y recibir la utilidad, una parte de lo producido, quedando todo el excedente en propiedad del Estado.[59]

Como ya se dijo en el capítulo anterior, el Contrato de Participación para la exploración y explotación de hidrocarburos se lo definía, en la antigua Ley, como aquel en el que se delega a la compañía contratista la potestad de explorar y explotar petróleo por su cuenta y riesgo en las áreas destinadas para el efecto; y, como contraprestación se recibiría una participación en la producción fiscalizada o dinero.

La compañía contratista estaba a cargo y sería responsable, además, de la ejecución de las operaciones económicas, técnicas y administrativas, así como con el cumplimiento cabal de todas las operaciones que determinaba la ley, los reglamentos aplicables y el contrato como tal. Del mismo modo, la compañía contratista asumía todos los riesgos que suponía la actividad hidrocarburífera para la exploración y explotación de hidrocarburos.

3.1.1. Duración del Contrato

La duración, que en el antiguo cuerpo normativo se refería para este modelo contractual, estaba fijada en relación a los períodos establecidos para la exploración y explotación de hidrocarburos. Así, el período duraba hasta 4 años, que podían ser prorrogables, hasta por 2 años más, previa debida motivación y justificación de la contratista y, además, con una autorización de PETROECUADOR.

[59] Ibídem, Pág. 61.

Uno de los requerimientos para cumplir eficientemente con las obligaciones que esta modalidad contractual suponía para la exploración y explotación de hidrocarburos, era la obligación de la compañía contratista de presentar, ante el Ministerio de Energía y Minas y PETROECUADOR, un plan mínimo exploratorio que deberá cumplirlo durando los primeros 4 años de exploración; así también, debía presentar ante los mismo entes, la proyección de los programas y presupuestos que van a destinarse para cada año de actividad.[60]

3.1.2. Participaciones

3.1.2.1. Participación de la Contratista.-

La participación de la compañía contratista, se calculaba de acuerdo a los parámetros que se ofertaron en la licitación y en base a lo convenido en el contrato.

La participación de la contratista, calculada a precio de venta, que en ningún caso será menor al precio de referencia del anterior párrafo, constituía el ingreso bruto de la contratista, del cual, obviamente, se debía hacer las deducciones referentes a las regalías y etc.; y, además, pagar el valor del impuesto a la renta que represente el ingreso.

Como ya se ha dicho en párrafos anteriores, la participación podía efectuarse en dinero; y, si la compañía contratista escogía esta forma de pago; y, además, si había acuerdo entre las partes (PETROECUADOR-Compañía contratista) en un período no menor a un año, podrían convenir el valor y las condiciones de la negociación. A pesar de ello, para el pago efectivo del impuesto a la renta, el ingreso bruto sería calculado en base al precio real de venta y que, evidentemente, nunca podría haber sido menor al precio referencial.[61]

Ahora, el precio referencial se definía dentro de esta modalidad contractual como aquel precio promedio ponderado por el volumen de ventas externas de petróleo realizadas por parte de PETROECUADOR, del último mes, en calidad de equivalente. En el caso de que PETROECUADOR no haya realizado ningún tipo de venta externa, el precio referencial se calculará a partir de una canasta de crudos acordada por las partes, cuyos precios serían obtenidos en base a publicaciones obtenidas de medios

[60] Op. Cit. 57,pág. 84.
[61] Ibídem, pág. 94.

especializados y prestigiosos, tales como publicaciones de la cesta de crudos publicada en documentos oficiales de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP).

3.1.2.2. Participación del Estado.-

La participación que reciba el Estado ecuatoriano sería acordada por las partes y a partir de las fórmulas que la ley señalaba expresamente.

En cuanto al petróleo crudo, la participación del Estado no podía ser menos del 12.5% cuando no llegue a 30 mil barriles por día la producción bruta de petróleo crudo. Y, la participación se elevaría cuando la producción diaria sea de 30 y 60 mil barriles, y, no será inferior cuando la producción supere los mil barriles.

Así también, como ya se ha dicho, la contratista quedaba exenta del pago de regalías, derechos superficiarios, de los aportes de obras en compensación y de primas de entrada. Y, por otro lado, además de la participación que se acordare entre las partes, el Estado ecuatoriano recibía los rubros respectivos del pago del impuesto a la renta y los impuestos y tributos, que además de él, correspondieren en el caso.

Con la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Nº 2006-42, promulgada en el Registro Oficial Suplemento No. 257 del 25 de abril del 2006, estableció la participación del Estado Ecuatoriano en al menos el 50% de los ingresos extraordinarios del petróleo, modificando lo que hasta esa fecha se determinaba como participación del Estado ecuatoriano, es decir, no menos del 12.5 %. Además, con el reglamento de aplicación a la esta Ley en el año 2006, la participación en ingresos extraordinarios por parte del Estado sería de hasta un 70%; todo esto como consecuencia de la diferencia que existía entre el precio a la fecha a la cual se suscribió el contrato y el precio real actual de venta, bajo el argumento de mantener el equilibrio económico ante incrementos del precio del petróleo que no fueron previstos a la suscripción de los contratos. Lo cual no lo considero viable pues lo que sucedió es que las contratistas no tengan seguridad jurídica respecto de su contratación y del valor de la participación, pues simplemente dependía del movimiento del mercado en cuanto al costo de cada barril de crudo producido.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 662 de 4 de octubre del 2007, publicado en el Registro Oficial No. 193 de 18 de octubre del 2007, se reforma el artículo 2 del Decreto 1672 de 11 de julio del 2006 y publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 312 de 13 de los mismos mes y año, estableciendo que la participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos en los

contratos de participación para la exploración de hidrocarburos y la explotación de petróleo crudo será de al menos al 99% de los ingresos extraordinarios del petróleo

Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo 1402 del 23 de octubre del 2008, publicado en el Registro Oficial No. 460 del 5 de noviembre del 2008, se modificó el artículo 2 del "Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Aplicación de la Ley 42-2006, reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, expedido mediante Decreto Ejecutivo Nº 1672, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nº 312 del 13 de julio del 2006", estableciendo que la participación del Estado en los excedentes de los precios de venta del petróleo no pactados o no previstos en los contratos de participación para la exploración de hidrocarburos y la explotación de petróleo crudo, que se firmen a partir del primero de agosto del 2008, será del 70%.

Con todas estas modificaciones legales, a partir del gobierno del Presidente Rafael Correa Delgado, se ha marcado las pautas en cuanto al rédito que tiene el Estado en relación a las participaciones y, precisamente, a la participación o beneficio para el Estado ecuatoriano dentro de la industria hidrocarburífera.

3.1.2.3. Otros Elementos del Contrato

3.1.2.3.1. Disponibilidad de Hidrocarburos.-

Una vez que se haya entregado la participación correspondiente al Estado, la contratista tenía la facultad de disponer del crudo que le corresponda de acuerdo a su participación; sin embargo, al criterio del Ministro de Energía y Minas podía exigir, éste último, a la compañía contratista, el suministro de una parte de su participación del petróleo crudo para el abastecimiento de las plantas petroquímicas y refinadoras del país. Dicha parte, entonces, se valoraría según el valor referencial del crudo.[62]

Como uno de los derechos que suponía esta modalidad contractual, era la facultad que tenía la compañía contratista para comercializar, en el mercado interno o externo, la producción que le pertenecía. Si la compañía contratista realizaba dichas operaciones comerciales del crudo hacia el exterior, lo podía hacer sin la necesidad de pagar ningún tributo a causa de la exportación.[63]

Si la compañía contratista decidía, expresamente, recibir su participación en dinero, la única opción que ella tenía era que la totalidad de su producción iba a ser comercializada por PETROECUADOR. En este punto la compañía contratista debía

[62] Op. Cit. 57, pág. 100.
[63] Ibídem, pág. 101.

recibir como ingreso bruto, el monto que correspondiere a su participación calculado en el valor referencial, menos el porcentaje del costo de transporte y comercialización, de acuerdo a lo que hayan convenido en el contrato.[64]

3.1.2.3.2. Modalidad Tributaria

La compañía contratista debía pagar el impuesto a la renta, la participación laboral y los que, además de ellos, fueren aplicables a la exploración y explotación de hidrocarburos por parte de la compañía contratista de acuerdo a la legislación de ese momento.

Para el pago efectivo de la participación laboral y del cumplimiento de las obligaciones en cuanto al impuesto a la renta, se debía realizar de acuerdo a los siguientes pasos:

a) Para determinar la base imponible, se obtenía de la diferencia que resulte del ingreso bruto de la compañía contratista, calculado también con los costos y gastos incurridos.

b) Sobre lo que resulte de los rubros del párrafo anterior se aplicará el 15% de lo correspondiente a la participación laboral (utilidades).

c) Finalmente, sobre ese último valor neto de la base imponible, se aplicará el 25% correspondiente al impuesto a la renta.

d) En la época que nació esta modalidad contractual, la divisa nacional era el sucre; entonces, en este punto, la compañía contratista tenía el derecho a disponer libremente de las divisas que se hayan generado por las exportaciones del crudo, así como convertir en divisas la moneda nacional proveniente de su actividad.[65]

En cuanto a la contabilidad obligatoria, la compañía contratista debía llevarla, considerando, en primer lugar, la importación de los bienes con liberación de derechos, que se efectuaría de acuerdo a la Ley; sin embargo, la contratista debía dar preferencia o prioridad a la adquisición de los bienes de producción nacional. Y, en segundo lugar, los

[64] Op. Cit. 57, pág. 101.
[65] Ibídem, pág. 102

bienes necesarios para el cumplimiento del contrato que debían ser importados temporalmente.[66]

3.1.2.3.3. Fiscalización y Control.-

El organismo que se encargaba del control técnico, económico, social y ambiental de las operaciones de exploración y explotación de hidrocarburos por parte de la compañía contratista, era la Dirección Nacional de Hidrocarburos y la Subsecretaría de Medio Ambiente a nombre del Ministerio de Energía y Minas.

3.1.2.3.4. Confidencialidad.-

Una de las obligaciones "futuras" más importantes que tenía la contratista, bajo esta modalidad contractual, era la de guardar absoluta confidencialidad, reserva y diligencia con todo lo que suponga información sobre lo que abarcaba el contrato, en cuanto a la divulgación o propagación de referida información. Era y es tal la importancia de la información que se desprende a partir de esta actividad e industria que se hacía necesario tratar con el mayor celo posible los datos, documentos, cifras, informes, etc. Ahora, es cierto también, y comparto con el criterio de Carlos Padrón[67], en cuanto a que la confidencialidad como una institución jurídica necesaria en esta industria, se ha prostituido y ha servido como un instrumento mediante el cual se ha logrado oscurecer o maquillar, de modo "legítimo", ciertas eventualidades negativas o maliciosas en las fases precontractuales (procesos licitatorios) e irregularidades después de haber sido adjudicado el contrato.

Por su parte, la compañía contratista debía entregar a PETROECUADOR el original y una copia de toda la información que se desprenda o se genere de la licitación, adjudicación y evolución del contrato en su período de vigencia.

3.1.2.3.5. Arbitraje técnico – económico.-

Todo o cualquier contingente, inconveniente o divergencia técnico o económico que suscitare por la aplicación del contrato podían ser resueltos mediante arbitraje, cuyo procedimiento estaría contemplado bajo las estipulaciones del contrato; considerando, evidentemente, que el laudo arbitral con el acuerdo decisivo sería de obligatorio cumplimiento por la calidad jurídica de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

[66] Op. Cit. 57, pág. 104
[67] Ibídem, pág. 107.

3.1.2.3.5.1. Arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

El Arbitraje ante el CIADI a diferencia de otros procedimientos de arbitraje (como los nacionales por ejemplo) no se refiere a disputas comerciales que surgen por cualquier tipo de incumplimiento contractual; el objeto del arbitraje ante el CIADI son las disputas en materia de protección de las inversiones y el incumplimiento de obligaciones internacionales a cargo de los Estados.

El preámbulo del Convenio CIADI claramente establece que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter alguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje. En este sentido, el artículo 25.1. del Convenio del CIADI establece una serie de requisitos que se deben cumplir, de manera concurrente, para que una controversia puede ser conocida por el centro del CIADI. Esta norma es imperativa, pues, delimita la extensión de las funciones del Centro que solo el convenio puede regular y por tanto mal podrían las partes alterar contractualmente[68].

Del artículo 25 del Convenio del CIADI se puede determinar que para que una controversia sea conocida por él, se tienen que cumplir, de manera concurrente, los siguientes requisitos:

I. Que sea producto de diferencias de naturaleza jurídica.
II. Que la controversia surja directamente de una inversión.
III. Que la controversia haya surgido durante la vigencia del régimen de protección de inversiones.
IV. Que sea entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante; y,
V. Que las partes hayan consentido por escrito en someterla al CIADI.

Es así como, dentro de las posibilidades de solución de controversias, en este caso en relación a la contratación hidrocarburífera, se encuentra el CIADI como potencial mecanismo de resolución de problemas entre la parte contratista y los Estados.

[68] Andrés A. Mezgravis, *Arbitraje Comercial Interno e Internacional- Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas, Las Inversiones en Venezuela y El Arbitraje ante el CIADI*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela, 2005, págs. 373-374.

El Estado ecuatoriano, en temas de arbitraje ante el CIADI a causa de controversias surgidas en relación a las inversiones en la suscripción de contratos hidrocarburíferos o su cumplimiento, ya ha tenido algún tipo de experiencia.

Es así, por ejemplo el CIADI, el 14 de diciembre de 2012, falló en contra del Estado ecuatoriano respecto a la demanda que impuso la empresa petrolera Burlington Resources Inc. por haber expropiado los bloques 7 y 21, los cuales estaban a cargo de la empresa Perenco a partir de la vigencia de la Ley 42-2006[69].

El Tribunal Arbitral concluyó que la Ley 42 es, a efectos del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) suscrito entre Ecuador y los Estados Unidos, una medida tributaria que, aunque modificó la economía del contrato, no tuvo efectos expropiatorios para la compañía, pues no la privó de su inversión en Ecuador. Sin embargo, el CIADI concluyó también en que el Ecuador sí incurrió en una expropiación del TBI, al asumir la operación de los Bloques 7 y 21, los mismos que eran operados por las compañías Perenco y Burlington, antes de cumplirse los 30 días de suspensión de operaciones sin causa justificada, lo cual habría configurado un ¨abandono¨ de las operaciones y por lo tanto dar cabida a una eventual caducidad.

3.1.2.3.6. Legislación aplicable – jurisdicción.-

La legislación aplicable al contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos era la ecuatoriana, y como consecuencia de ello, las partes debían renunciar a cualquier reclamo, de cuestiones provenientes del contrato, bajo la vía diplomática. Si la compañía contratista hacía caso omiso de esta estipulación contractual, la legislación aplicable manifestaba que dicha circunstancia fungía como una de las causas de caducidad del contrato.

En cuanto a reclamos en contra de actos producidos por la Dirección Nacional de Hidrocarburos en referencia a la ejecución del contrato, el Ministerio de Energía y Minas era el encargado, como instancia superior, de conocer administrativamente dichos reclamos. Así también, la compañía contratista, tenía la facultad de acudir, sin pasar por

[69] El Comercio, *El CIADI falla contra Ecuador por expropiar ilegalmente a Burlington* Internet: http://www.elcomercio.ec/negocios/Ciadi-Ecuador-expropiar-ilegalmente-Burlington_0_832716976.html, Acceso: 24 de diciembre de 2013.

el órgano administrativo, al órgano jurisdiccional competente para el efecto, es decir, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. [70]

Y, las controversias que se deriven de los contratos, se podían ventilar ante las Cortes Superiores de Justicia, hoy Cortes Provinciales de Justicia, mediante juicio verbal sumario.

Además, como jurisprudencia aplicable a casos análogos se podía tomar como referencia los laudos arbitrales emitidos por el CIADI.

3.1.3. Garantías

Para este contrato, la Ley de Hidrocarburos y las bases de la contratación suponían algunas garantías y seguros que debían otorgarse a favor de PETROECUADOR y que, además, debían ser aprobadas por el Comité Especial de Licitaciones.

Entre dichas garantías podíamos encontrar las siguientes:

1. Garantía de seriedad de oferta (para la participación en la licitación).

2. Garantía del período de exploración.

3. Garantía de explotación.

4. Garantía solidaria.

5. Contrato de Seguros.

6. Seguros por riesgos de contaminación y afectación del ecosistema.

3.1.3.1. Garantía de Seriedad de Oferta.-

La compañía oferente que estuviese participando en un concurso licitatorio para la adjudicación de un área para la exploración y explotación de hidrocarburos, debía rendir una garantía bancaria, incondicional, irrevocable y de cobo inmediato a favor de PEROECUADOR, por el valor que el Comité de Licitaciones designe para el efecto, que,

[70] Carlos Darío, Padrón Romero, *El Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la Legislación Petrolera Ecuatoriana*, Quito, 1998, Pág. 109.

dicho valor, en ningún caso, podía ser inferior a USD$50.000 y otorgada a un plazo de 180 días renovables, que, dicho plazo de renovación debía hacérselo con 15 días de anticipación de su vencimientos con la eventualidad de hacer efectiva la garantía, ejecutarla, y quitarle la posibilidad a la compañía la calidad de oferente.[71]

3.1.3.2. Garantía del período de exploración.-

Con la suscripción y firma del contrato, la compañía contratista rendía a favor de PETROECUADOR una garantía bancaria irrevocable, incondicional y de cobro inmediato, por un valor igual al 20% de las inversiones que sean estimadas para el tiempo previsto de exploración. Esta garantía se haría efectiva en caso de no cumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas dentro del plan exploratorio mínimo.[72]

3.1.3.3. Garantía de explotación.-

Pasados 30 días del inicio de las explotación, la compañía contratista rendirá a favor de PETROECUADOR una garantía con las mismas cualidades de las anteriores con un valor igual al 20% de las inversiones requeridas para poner en marcha los trabajos que se comprometía, la compañía contratista, a realizar en los tres años iniciales de ese período. Dicha garantía se reduciría anualmente en directa proporción al cumplimiento anual convenido, bastaba solo completar los 3 primeros años del período en referencia.

3.1.3.4. Garantía Solidaria.-

Esta garantía se establecía cuando la adjudicación del contrato se realizaba a una compañía sucursal o subsidiaria, la sucursal debía contar con una garantía desde la matriz; en cambio, si fuese una compañía subsidiaria debía contar con una garantía con la desde la compañía sucursal y la matriz.[73]

3.1.3.5. Contrato de Seguros.-

La compañía adjudicataria y contratista debía obtener todos los seguros que se requieran para el efectivo cumplimiento del objeto del Contrato de Participación. Referidos contratos de seguros se ajustaban a las disposiciones legales que existieren al respecto y en las prácticas petroleras reconocidas y aceptadas internacionalmente.

---

[71] Ibídem, Pág. 97.
[72] Ibídem.
[73] Reglamento del Sistema Especial de Licitaciones, CEL, publicado en el R.O. 364 del 21 de enero de 1994.

Así pues, loas seguros que sirvan para cubrir bienes que estaban localizados dentro del territorio ecuatoriano se los contrataba dentro del mercado de seguros nacional, salvo que existiera un tipo de riesgo que no cubra el mercado ecuatoriano, en ese caso, se contrataría dicha cobertura en el exterior. Referidas pólizas eran otorgadas a favor de PETROECUADOR como beneficiaria adicional o endosataria, y se mantendrían vigentes hasta que los bienes, objeto de la póliza, hayan sido entregados a PETROECUADOR.

Asimismo, la compañía contratista se obligaba a tener pólizas de seguros que cubran a terceros por cualquier daño material, directo o indirecto, que pudieran causárseles como resultado de la puesta en marcha del objeto del contrato. De esta manera, entonces, PETROECUADOR quedaba exento de cualquier reclamo que sea superviniente de daños o perjuicios causados a terceros por parte de la compañía contratista mientras el contrato esté en vigencia.[74]

En caso de algún siniestro, los bienes derivados de ellos que no estuvieren asegurados por la contratista, eran de su única y exclusiva responsabilidad, con la obligación de ser cubiertas las indemnizaciones producidas a causa de ello de manera inmediata.

3.1.3.6. Seguros por riesgos de daño ambiental.-

En el contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos debían contar con seguros que salvaguarden la integridad del medio ambiente y del ecosistema dentro del área del contrato. Por tanto, debía, la compañía contratista, contar con seguros para riesgos de contaminación y afectación del ecosistema a satisfacción de PETROECUADOR. Dichos seguros cubrían el riesgo desde el inicio de la puesta en marcha de las operaciones de la compañía contratista hasta que el contrato de participación feneciera.

3.1.4. Transporte del Crudo

En cuanto al transporte, la compañía contratista debía, por su cuenta, construir el mecanismo de transporte necesario, con todas las facilidades que se requieran para un desarrollo eficiente del transporte como tal y de almacenamientos del crudo desde el campo hasta los centros de fiscalización y entrega. Los centros de fiscalización eran definidos en la legislación que ya no está vigente para este tipo de contrato, como el sitio

[74] Op. Cit. 70, pág. 99

establecido en el contrato, donde se mide la producción del crudo en el área del contrato, se determinan los volúmenes de la participación de las partes contractuales, y en el caso del petróleo crudo, era ahí donde se determinaba la participación del Estado.

Físicamente, estos centros de fiscalización y entrega estarían ubicados en el punto de conexión o la cabecera del oleoducto principal acordado por las partes y acordado por el Ministerio del Ramo.

La tarifa por transporte del crudo por oleoductos o gasoductos de propiedad de PETROECUADOR, incluido el OCP, era fijado por el Ministerio del Ramo, tomando los costos, gastos, y una rentabilidad razonable de las inversiones conforme a los estándares de la práctica petrolera internacional.[75]

Ahora bien, si los oleoductos no eran de propiedad del Estado ecuatoriano, es decir, no de propiedad de PETROECUADOR, la tarifa sería acordada por la compañía contratista y la empresa operadora del transporte del crudo; y, de no haber acuerdo, también sería fijada, la tarifa antes dicha, por el Ministerio del Ramo. En el contingente de que en la zona se encontrara más de una compañía productora de hidrocarburos, los gastos, previa autorización del Ministerio de Energía y Minas, podían ser compartidos entre ellas.

Por tato, los gastos que vinieren por parte del transporte del crudo, así como las eventuales pérdidas que se produjeren como consecuencia de referido transporte, desde el centro de recolección hasta el centro de fiscalización y entrega serían asumidos, en su totalidad, por parte de la compañía contratista.

3.1.5. Protección del Medio Ambiente

Como ya se dijo en párrafos anteriores, la compañía contratista debía cumplir eficientemente sus actividades y operación para la exploración y explotación de hidrocarburos de conformidad con las disposiciones legales, reglamentos aplicables, especialmente en relación al Decreto Ejecutivo 1215 publicado en el R.O. 265 del 13 de febrero de 2013, el mismo que expide el Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas y, además, con las estipulaciones contractuales convenidas. En este mismo sentido, la compañía contratista debía cumplir con las disposiciones legales, reglamentarias ambientales requeridas y necesarias para realizar la actividad

[75] Ibídem, pág. 95

hidrocarburífera; así como toda la normativa ambiental plasmada en instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano para el efecto.

3.1.5.1. Estudio de Impacto Ambiental.-

Una de las obligaciones previas a la operación para la exploración y explotación de hidrocarburos, bajo este modelo de contrato, era el hecho de realizar durante los 6 primeros meses de vigencia; y, antes de iniciar las operaciones en el área del contrato, un estudio de impacto ambiental para la fase de prospección sísmica,[76]de acuerdo a las bases y términos que determine el Ministerio del Ramo y el Instituto Ecuatoriano Forestal de Áreas Naturales y Vida Silvestre.[77]

Asimismo, la compañía contratista debía efectuar un estudio de impacto ambiental para la fase de perforación exploratoria y otro antes de pasar ya a la fase de exploración de hidrocarburos como tal. Así, todos estos estudios servirían como elementos de análisis y de base para la realización de periódicas auditorías ambientales que el Ministerio de Energía y Minas realizaba en pro de precautelar que la compañía contratista realizara sus actividades establecidas en el contrato, sin que referidas actividades signifiquen afectación a las personas vinculadas a la industria dentro del área del contrato y al medio ambiente.

Así también, había la obligación de que dos años antes de que el plazo del contrato concluya, la compañía contratista y el Estado ecuatoriano (PETROECUADOR) tenía la obligación de contratar los servicios de una auditora, para que realizara, valga la redundancia, una auditoría ambiental íntegra en toda el área del contrato, que debía terminar en 3 meses antes que el plazo del contrato venza.

En párrafos precedentes se manifestó la obligación que tenía la compañía contratista de otorgar pólizas de seguros y garantías ambientales que cubrieran los riesgos en contra de la vida y salud humanas, así como la obligación de cubrir riesgos de posible daño o afectación a la flora y fauna dentro del área del contrato; así también la obligación de cubrir, bajo estos mismos medios, el riesgo de contaminación y afectación

[76] Método de prospección que hace posible una visión del subsuelo y de sus estructuras geológicas con miras a la ubicación de pozos de exploración. Consiste en emitir una señal en la superficie (por ejemplo, una pequeña carga explosiva o la caída de un peso) para provocar una onda de choque que se propaga a través de las capas del subsuelo, reflejándose en cada una de ellas las que se registran al retornar a la superficie. Internet: http://www.lacomunidadpetrolera.com/showthread.php/1069-Prospeccion-sismica Acceso: 25 de junio de 2013.
[77] Op. Cit. 70, pág. 88.

del ecosistema de acuerdo a la legislación vigente y a satisfacción, evidentemente, del Estado ecuatoriano a través de PETROECUADOR. Es lógico, entonces, suponer que cualquier daño o afectación ambiental que pudiera haber ocurrido estaba bajo responsabilidad y a cargo, únicamente, de la compañía contratista.

Esta modalidad contractual, de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos como eje de la política petrolera ecuatoriana se mantuvo por muchos años hasta las reformas a la Ley de Hidrocarburos en 2010, en la cual se cambió, de la misma manera, como eje rector, de éste modelo contractual al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador, sin que se haya eliminado de la Ley de Hidrocarburos.

3.2. Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador.

Según Mondino, los Contratos de Prestación de Servicios son convenciones bilaterales en las que el Estado o un organismo estatal contrata con un contratista la ejecución de las operaciones petroleras, recibiendo éste un pago en compensación por su trabajo.[78]

Con García Oviedo se lo define, de manera general, como Contrato de Servicios a todo aquel por el cual se encomienda a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio público.[79]

Como ya nos hemos referido, en líneas precedentes, y hasta antes de la reforma a la Ley de Hidrocarburos de 2010, esta modalidad contractual se la definía como aquel convenio en virtud del cual personas jurídicas nacionales o extranjeras debidamente calificadas se obligaban con el Estado ecuatoriano, a través de PETROECUADOR, a realizar por su cuenta y recursos, los servicios de exploración y explotación hidrocarburífera en las áreas que se hubieren señalado para el efecto, invirtiendo en capital y utilizando equipos, maquinarias y tecnología necesarias para el efectivo cumplimiento de los servicios que por medio del convenio se contratan.

Con esta antigua legislación, encontrábamos que la parte contratante era PETROECUADOR a nombre del Estado ecuatoriano, que tenía su calidad de contratante por hacer efectiva la disposición constitucional de que los yacimientos de hidrocarburos

[78]Pedro, Mondino, *Los Contratos de Servicio en la Industria Petrolera Latinoamericana*, OLADE, 1998, pág. 27.
[79]Carlos, García Oviedo, *Derecho Administrativo*, Novena Edición, E.I.S.A., 1968, pág. 39.

pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Ecuador. Pero, la facultad de explorar y explotar, de conformidad con la legislación vigente en esa fecha (hoy derogada), la tenía PETROECUADOR a nombre del Estado, haciéndolo por su cuenta o celebrando contratos, entre ellos, el de Prestación de Servicios.[80]

Esta modalidad contractual no otorga ningún derecho sobre los hidrocarburos descubiertos y explotados en el área del contrato, porque el Estado ecuatoriano, como ya se ha dicho, es el único que ostenta la calidad de propietario de los hidrocarburos, y de otras sustancias afines a los hidrocarburos, cualquiera que ellos sean. [81]

Esta modalidad contractual dentro de la contratación petrolera ecuatoriana en la actualidad, se funda en las disposiciones constitucionales que manifiestan que los recursos naturales no renovables son de patrimonio exclusivo del Estado ecuatoriano, en los siguientes términos:

> ***Art. 1.-*** *(…) Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.*[82]
>
> ***Art. 313****.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.*
> *Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.*
> *Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.*
>
> ***Art. 317.-*** *Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.*
>
> ***Art. 408.-*** *Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser*

[80] Alexandra, Caballero, *La Contratación Petrolera Ecuatoriana, El Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos*, Quito, 1994, Pág. 180.
[81] Ibídem, Pág. 182.
[82] Constitución de la República del Ecuador, Publicada en el R.O. No. 449 del 20 de octubre de 2008.

explotados 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. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.[83]

Con estas disposiciones introductorias y de fundamento constitucional de la industria petrolera ecuatoriana, la Reforma a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el R. O. No. 244 del 27 de julio de 2010 define al contrato, por su parte, en lo relacionado al tema, define al contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos como lo siguiente:

> ***Art. 16***[84] *Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquéllos 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, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.*
> *Cuando existieren o cuando el prestador de servicios hubiere encontrado en el área objeto del contrato hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista, se fijará contractualmente tomando en cuenta un estimado de la amortización de las inversiones, los costos y gastos, y una utilidad razonable que tome en consideración el riesgo incurrido.*

En este orden de ideas, para hacer efectivas las disposiciones constitucionales y legales referentes a la industria petrolera, y en consecuencia, también para definir los lineamientos de la contratación mediante un contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, se expidió el reglamento[85] para la aplicación de la ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos en el 2010. Referido reglamento establece, así, las disposiciones pertinentes que operativizarán y fundamentarán la política hidrocarburífera en el Ecuador.

Así, el Capítulo III referente a la Política Hidrocarburífera, en su artículo 5 del Reglamento, previamente señalado, manifiesta que se establecerán como principios

[83] Ibídem.
[84] Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el Registro Oficial No. 244 del 27 de julio de 2010
[85] Reglamento a las reformas a la Ley de Hidrocarburos, Publicada en el R.O. No. 330 del 29 de noviembre de 2012.Última modificación 5 de noviembre de 2012.

rectores de la industria hidrocarburífera en el Ecuador y de su política como tal, a los siguientes:

1) Preservar el interés nacional en la ejecución de las diferentes fases de la industria hidrocarburífera.

2) Aprovechar los recursos hidrocarburíferos y sustancias asociadas, preservando el medio ambiente, conservando la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegurando la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

3) Promover el desarrollo sustentable, ampliando el mercado de trabajo y generando valor agregado en la explotación de los recursos hidrocarburíferos.

4) Garantizar el suministro de derivados del petróleo en todo el territorio nacional, protegiendo los intereses del consumidor en cuanto a oportunidad, calidad, cantidad y precios de los productos.

5) Dar preferencia a la industria nacional y su desarrollo tecnológico, para lo cual, a igual Standard de calidad internacional y disponibilidad, se preferirá a esta, aun cuando sus precios sean superiores hasta en un 15% sobre la competencia.

6) Promover la exploración de hidrocarburos para incrementar sus reservas y su explotación racional.

7) Explotar los hidrocarburos con el objeto primordial de que sean industrializados en el Ecuador.

8) Promover la inversión nacional y extranjera, en cualquier fase de la industria hidrocarburíferas.

9) Fortalecer la competitividad del sector hidrocarburífero ecuatoriano en el contexto internacional.

Con todas estas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias se configura la política hidrocarburífera y el marco legal mediante el cual se realizará las

contrataciones, específicamente, en cuanto al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

En el siguiente capítulo, desarrollaré de manera detenida y extensa los elementos que configuran a esta modalidad contractual, las partes que intervienen en él, las obligaciones que cada una de ellas deben realizar en la actividad convenida, entre otras.

3.3. Diferencias y Semejanzas entre el Contrato de Participación y el de Prestación de Servicios para a Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

En el 2010 se presenta un hito de cambio en la explotación petrolera ecuatoriana, al tratarse la renegociación de sus contratos como resultado de la introducción de las reformas a la Ley de Hidrocarburos, con ello, se generó una transición de la política petrolera, al cambiar el eje contractual de contratos de participación a contratos de prestación de servicios, y un nuevo enfoque de "privatización" hacia "nacionalización" de esta actividad.

Como ya se ha dicho, a lo largo de la presente investigación, los contratos de hidrocarburos presentan características propias para cada uno de ellos; sin embargo, pasar de un contrato de participación a uno de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos con la reforma a la Ley de Hidrocarburos de 2010, ha significado, para la industria petrolera ecuatoriana, cambiar de objeto y de alcance a la última modalidad contractual, pues el fondo, objetivo, partes contractuales y la causa misma de su celebración difieren con la transición de una modalidad contractual a la otra.

Hasta este punto de la actual investigación, se han desarrollado las características y elementos primordiales de los contratos de Participación y de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Estado ecuatoriano, con toda la evolución histórica y fáctica que cada uno de los contratos ha experimentado a lo largo de la historia petrolera ecuatoriana, se desprenden algunas diferencias y similitudes entre ellos. Así, podemos encontrar algunas que a continuación se detallan:

Dentro de las diferencias y semejanzas más relevantes que encontramos entre las dos modalidades contractuales están las siguientes:

1. Un contrato de participación es aquel en el que el Estado le confiere a la operadora privada la posibilidad temporal de explorar y explotar sus campos petroleros entregándole derechos sobre la propiedad de parte del crudo producido, según las condiciones previstas en el acuerdo contractual; la compañía contratista tenía derecho a una participación fija en la producción fiscalizada, una vez iniciada la producción. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, el Estado no cede la propiedad del recurso y más bien se limita a contratar al operador para que explore y/o explote sus campos por un plazo determinado, reconociéndole una tarifa por el servicio prestado.[86]

2. En cuanto al riesgo, en los contratos de participación el riesgo global es asumido por la compañía contratista; lo que no pasa en los contratos de Prestación de Servicios porque en éstos últimos, pues el riesgo asociado a la exploración y comercialización es asumido por el Estado ecuatoriano[87].
3. En relación al pago, en los contratos de participación, la compañía contratista recibe parte del crudo que produce; en cambio en la modalidad contractual de prestación de servicios, el Estado es el propietario de toda la producción, y reconoce una tasa que incluye los costos de operación, inversiones y márgenes de ganancia.[88]

4. En cuanto a la fluctuación en los precios, en los contratos de participación se establecían una participación del 70% sobre las ganancias extraordinarias; al contrario, en los contratos de prestación de servicios no se prevén mecanismos de reconocimiento a las compañías frente a variaciones positivas en los precios.[89]

5. En las dos modalidades contractuales el Estado, por intermedio de la SH delega a la Contratista la facultad de explorar y explotar hidrocarburos.

6. En los contratos de Prestación de Servicios para exploración y explotación de hidrocarburos los contratistas como Operadores, no están sujetos al pago de regalías. La totalidad de la producción del área del contrato es de propiedad del

[86] Mariela, Méndez Prado, *La Renegociación de Contratos Petroleros y Análisis General De Algunas Reformas a la Ley de Hidrocarburos*, Internet: http://www.marielamendezprado.com/2011/04/la-renegociacion-de-contratos_25.html Acceso: 1 de julio de 2013.
[87] Ibídem.
[88] Op. Cit. 86.
[89] Ibídem.

Estado. Y, En los contratos de Participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, de la participación del Estado en la producción del área del contrato, se destinará el porcentaje equivalente a las regalías que corresponda a los partícipes.[90]

7. En el de participación el Ingreso Bruto de la contratista estaba calculado a precio de venta, 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, en conformidad con las reglas previstas en la Ley de Régimen Tributario Interno. Y, en el contrato de Prestación de Servicios, se determina ese ingreso bruto cuando existieren o cuando el prestador de servicios hubiere encontrado en el área objeto del contrato hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al pago de una tarifa por de petróleo neto producido y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista, se fijará contractualmente tomando en cuente un estimado de la amortización de las inversiones, los costos y gastos, y una utilidad razonable que tome en consideración el riesgo incurrido.

8. En el Contrato de Prestación de Servicios y el de Participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, en la actualidad, la administración de referidos Contratos, como ya se ha mencionado precedentemente, le corresponde la SH, supeditada a la fiscalización y control de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH).

9. En los dos tipos de contratos este período dura hasta 4 años, prorrogables hasta por dos años más previa motivación de la contratista y a partir de la debida autorización de la SH.[91]

10. En las dos modalidades contractuales, el período de explotación del petróleo crudo, durará hasta 20 años prorrogables por la SH, de acuerdo a lo que se establezca en el plan de desarrollo del área y siempre que convenga a los intereses del Estado.

---

[90] Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el Registro Oficial No. 244 del 27 de julio de 2010, Art. 49.

[91] Gabriel Geovanny Morales Villagómez, *Los Contratos Petroleros Utilizados Discrecionalmente en el Ecuador como Instrumentos de Control Político, Económico y Social: Enfoque Realizado desde el Estado Social de Derecho y el Neo-Constitucionalismo*, FLACSO, Quito, febrero de 2012, págs. 60-61.

Hasta aquí, entonces, se han detallado las diferencias y semejanzas más representativas entre el Contrato de Prestación de Servicios y el de Participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador, que a la postre, han definido desde inicios de la historia petrolera, hasta lo que hoy tenemos como modelo contractual vigente para explorar y explotar hidrocarburos.

CAPÍTULO IV

4. ESTRUCTURA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS.

El acelerado cambio de la industria hidrocarburífera ha producido que las modalidades contractuales difieran una de la otra, dependiendo de las circunstancias fácticas, sociales, económicas y culturales de la época en las que se han establecido cada una de ellas. Y, esto ha provocado que el Estado ecuatoriano, dentro de esta industria, sufra de inseguridad jurídica al respecto además de varios efectos negativos que han provocado referidas transiciones a lo largo de la evolución de la industria hidrocarburífera.

Ahora bien, el hecho de cambiar de una modalidad contractual a otra puede encajarse dentro de algunas teorías que analizan ese hecho de la transición de tres maneras que, sostienen, en su argumento, las ventajas de realizar las actividades unas con sus propios recursos, y otras a través de la inversión extranjera. Ellas son: teoría nacionalista, teoría de la empresa privada y teoría mixta.[92]

4.1. Teoría Nacionalista.-

Esta teoría explica que la explotación de la industria petrolera la debe realizar el Estado, pues en la línea argumentativa de esta teoría, al explotar el Estado por sí mismo, es la única manera de que los recursos, que de dicha actividad se generen, sean devueltos a su favor y beneficio.

Sin embargo, de esta teoría como bien lo dice Carlos Padrón[93], surge un problema muy cierto y que, además, es evidente, el hecho de que los Estados que están en vías de desarrollo no poseen los recursos económicos, ni la avanzada tecnología que dicha industria demanda y que "el extranjero" sí las tiene. Este precisamente es el caso del Ecuador; y, como lo ha señalado el Dr. Oswaldo Hurtado: Cabe preguntarse si el

[92] Carlos Darío, Padrón Romero, *El Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la Legislación Petrolera Ecuatoriana*, Quito, 1998, pág. 58
[93] Ibídem, Pág. 59

desarrollo económico del Estado ecuatoriano habría sido posible sin la tecnología, las inversiones y los capitales sumados a los sistemas empresariales "importados" desde el extranjero.[94]

Dentro de esta teoría, considero necesario analizar cómo influyó ella en el desarrollo y progreso de la Décimo Primera Ronda de Licitación para campos del Sur Oriente ecuatoriano a finales del año 2013.

En noviembre de 2011 se realizó la presentación del nuevo catastro petrolero que incluye 21 bloques ubicados en las provincias de Pastaza, Morona Santiago, Napo y Orellana que constituyen la décimo primera ronda petrolera o ronda sur oriente que tiene una superficie de 3´639.070 ha. Esta ronda de licitación se la ha dividido por etapas: en la primera etapa se licitarían 13 bloques (70, 71, 72, 73, 77, 22, 29, 79, 80, 81, 83, 84 y 87) a los que se suman 3 bloques (28, 78 y 86) que estarían bajo la operación de la empresa estatal Petroamazonas. Los 5 bloques restantes (74, 75, 76, 82 y 85) serán licitados a futuro[95].

De los 13 primeros bloques de la fase inicial dentro de referida ronda de licitación, sólo se recibieron 3 ofertas: dos por los bloques 79 y 83 por parte de la compañía Andes Petroleum, y una por el bloque 29 enviada por la empresa Repsol[96]. A pesar de que el bloque 28 también recibió una oferta, por parte de Petroamazonas en conjunto con la Enap de Chile y Belorusneft, este bloque estaba preasignado y, según el gerente de Petroamazonas, Osvaldo Madrid, se presentó porque coincidió en que la oferta estuvo lista al mismo tiempo[97].

El hecho de que existan sólo 3 ofertas por 3 bloques de los 13 que se han llamado a licitación, considero que constituye un fracaso y un proyecto que no progresó por algunas razones:

1. El hecho de tener una política nacionalista en la industria extractiva petrolera ecuatoriana, inicialmente, no es mala pues generaría beneficios grandes para el Estado ecuatoriano; sin embargo, considero que no puede ser tan cerrada esta política porque lo que produce, a la postre, es que empresas privadas, sean

[94] Oswaldo Hurtado, EL PODER POLÍTICO EN EL ECUADOR. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1977, pág. 278.
[95] Carlos Mazabanda, *Consulta Previa en la Décimo Primera Ronda Petrolera. ¿Participación Masiva de la Ciudadanía?,* Amazon Watch, Julio 2013, Quito, pág.4.
[96] Diario La Hora, *La Ronda Petrolera Fracasó, Según Indígenas*, Internet: http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101599469, Acceso: 25 de diciembre de 2013.
[97] Ibídem.

nacionales o extranjeras, no quieran invertir en el Ecuador; un ejemplo claro de ellos es que solo existan en esta última ronda petrolera 3 ofertas para 3 bloques de los 13 que se quiso licitar. Considero que debe existir un justo medio y un ajuste necesario entre el nacionalismo del crudo y la posibilidad de que se pueda seguir invirtiendo en el país. Los inversionistas también necesitan asegurar su capital.

2. Compartiendo el criterio de Augusto Tandazo, un aspecto que también generó el fracaso de esta ronda de licitación, es la decisión de que se explote el ITT (Yasuní), pues el hecho de que la Asamblea haya autorizado la explotación dejando de lado al campo Ishpingo, que cuenta con la mayor parte de reservas petroleras, dio cuenta de una diferencia importante de criterios entre el Ejecutivo y el Legislativo ecuatoriano[98].

3. Inclusive la problemática que existe en cuanto a temas de consulta previa, libre e informada de grupos indígenas que no han sido consultados y por tanto se encuentran en desacuerdo de que se explote el ITT.

Todos estos factores, regidos por una política nacionalista de extracción hidrocarburífera cerrada, han hecho que esta última ronda petrolera haya fracasado de manera tan evidente.

4.2. Teoría de la Empresa Privada.-

Esta teoría explica que la empresa privada extranjera, invierte con suficiente capital y tecnología para ejecutar la actividad petrolera de un modo altamente técnico, corriendo el riesgo de invertir en el Estado ecuatoriano sin encontrar suficiente crudo explotable. Por otro lado, también comparto el criterio de Carlos Padrón[99] en este punto pues, un problema que se evidencia bajo esta teoría es las monopolizaciones de la explotación, industrialización y comercialización del crudo si dichas compañías extranjeras, efectivamente, encontrasen petróleo comercialmente explotable.

4.3. Teoría Mixta.-

Esta teoría sostiene que la intervención estatal debería darse solo en los aspectos de control y vigilancia; y, la intervención privada debería darse, con los capitales y

[98] Ibídem.
[99] Op. Cit. 92, pág. 58

equipos, para realizar las actividades propias de la industria.[100] Es una teoría que encaja de manera práctica y acorde a la realidad nacional del Ecuador, pues no poseemos la tecnología óptima ni necesaria que dicha actividad requiere, y mientras estemos evolucionando en ese sentido, la inversión extranjera y el control estatal se hacen extremamente necesarios y obligatorios.

En este orden de ideas el Estado ecuatoriano ha apostado en la actualidad a aplicar una teoría nacionalista en la industria, como regla general; y, para confirmar dicha regla, la excepción sería la inversión extranjera para realizar la actividad hidrocarburífera.

Con la expedición de la ley reformatoria a la ley de hidrocarburos de 27 de julio de 2010, y con ella un cambio de política petrolera ecuatoriana, como ya se ha dicho hace que como base de la contratación hidrocarburífera en el Ecuador el eje contractual sea el pasar de un Contrato de Participación para la exploración y explotación de hidrocarburos a uno de Prestación de Servicios para la misma actividad, fundándose, en las disposiciones constitucionales referentes a los recursos naturales no renovables, a la calidad de propietario que ostenta el Estado ecuatoriano sobre ellos, a la facultad que éste último posee para poder explotarlos de una manera responsable, y que, además, esta explotación signifique, entonces, el mayor beneficio y rédito económicos en pro del desarrollo social, productivo y económico de los ecuatorianos.

Así pues, la promulgación y publicación de referidas reformas a la legislación hidrocarburífera vigente hasta la fecha, generó que se piense y, de hecho, se den, reestructuraciones a los contratos de participación firmados hasta antes de la entrada en vigor de dicha reforma (27 de julio de 2010); es decir, que se pretenda una renegociación de dichos contratos para cambiarlos en su forma, objeto (de participación a prestación de servicios) y condiciones de los mismos en cuanto a las partes intervinientes y sus respectivas obligaciones para el cumplimiento de la nueva modalidad contractual.

A partir de que la Ley entró en vigencia, se contaba con un cronograma diseñado para que se ejecutare la renegociación de los contratos a través de dos etapas; una en la que se acuerde con todas las compañías operadoras que contrataron dicha operación bajo la modalidad de contrato de participación, el marco jurídico del contrato; y otra, en la que se defina la tarifa de prestación del servicio y la duración del contrato con cada una

[100] Ibídem, pág. 60.

de las compañía contratistas individualmente.[101]Además, el cronograma consideraba la posibilidad de da fin a los contratos con aquellas empresas con las que no se llegaran a ningún acuerdo, revirtiéndose estos campos al Estado e indemnizando a las mismas compañías contratistas.

Desde mayo de 2010, el proceso de negociación se basó en la formulación de observaciones muy específicas por parte de las compañías privadas al fondo del contenido del modelo contractual. Después de analizar estas observaciones, se diseñó una nueva versión de modelo de contrato que fue entregada a mediados de año. Y, hasta agosto de 2010, el debate se centró, principalmente, alrededor de la "rigidez" de la tarifa, por lo que los representantes del gobierno y de las compañías privadas mantuvieron una reunión para discutir propuestas de cambio al modelo contractual.

El Ejecutivo acordó, como parte de los compromisos alcanzados en este espacio, generar una nueva versión del documento, cuyos contenidos recojan algunos de los puntos propuestos por las compañías; es así que, durante la primera semana de octubre, el Ministro de Recursos Naturales no Renovables, Wilson Pástor, entregó a las compañías la versión definitiva del modelo de contrato, en el que se incluían las principales cláusulas contractuales[102], entre ellas, por ejemplo, encontramos:

1. **Cuarta Cláusula.-**

La interpretación del contrato, con los términos que se utilizarían a lo largo del contrato.

2. **Sexta Cláusula.-**

Contiene el plazo de vigencia con la fecha de vencimientos que para el Contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos se estipule.

3. **Séptima Cláusula.-**

Se refiere al área del contrato, es decir, a la delimitación de la superficie en la que cada compañía contratista realizará sus actividades.

[101] Julio López, Juan José Herrera, María del Carmen Pantoja, *El Repunte de la Minería y los Avances de la Reforma Petrolera en el Ecuador*, Ciudadanía Avanza Coyuntura y Diálogo No. 2, Grupo Faro, Período: noviembre 2010-febrero 2011, pág. 3
[102] Ibídem, Pág. 4

4. **Octava Cláusula.-**

En ella se establecen los derechos y obligaciones de las partes, y de modo general, se determina como inalienables los derechos de propiedad del Estado sobre los hidrocarburos, y la obligación de la compañía contratista de cumplir con las actividades e inversiones programadas, entre otras.

5. **Décimo Primera Cláusula.-**

Hace referencia al plan de actividades, en la que se detallan los términos en los que la compañía contratista desarrollará dicho plan.

6. **Décimo Quinta Cláusula.-**

En esta cláusula se determina el pago que recibiría la compañía contratista, el valor de la tarifa, la metodología del cálculo y, evidentemente, la forma de pago. Se establece también en ella, una cláusula de “acumulación”, que explica lo que sucede si ocurre la eventualidad de que el pago de la tarifa no sea cubierto.

7. **Décimo Sexta Cláusula.-**

En ella se establecen los tributos, gravámenes, participación laboral y contribuciones; esto se refiere, entonces, al pago del impuesto a la renta por parte de la compañía contratista en 25% y la participación de sus trabajadores en un porcentaje del 3%.

8. **Cláusula Vigésima.-**

En referencia al ambiente, esta cláusula establece las obligaciones y las responsabilidades que tiene la compañía contratista en esta materia al realizar sus actividades.

9. **Cláusula Vigésimo Quinta.-**

Se refiere a la propiedad de la información, pues manifiesta que la totalidad de la información que se genere durante las operaciones de la compañía contratista es de propiedad única y exclusiva del Estado ecuatoriano, a través de la compañía contratista.

10. Cláusula Trigésimo Primera.-

En ella se desarrolla la terminación y caducidad del contrato, así como los términos y el procedimiento que se realizarán para hacerlo.

11. Cláusula Trigésimo Tercera.-

En esta cláusula se aborda el tema de la solución de controversias y se determina que, en el caso de existir algún conflicto o contingente, de debe recurrir, en primer plano, a negociaciones directas entre las partes, y si no se logra una solución por este medio, se podría recurrir a un consultor externo, o en su defecto a solucionarlo vía arbitraje como régimen alternativo de solución de conflictos.

Así, el 23 de noviembre del 2010, habiéndose cumplido con los plazos otorgados para la transición y negociación del cambio de modalidad contractual, la Secretaría d Hidrocarburos suscribió y celebró la firma de 8 nuevos contratos de prestación de servicios con las compañías AGIP OIL ECUADOR B.V. (Italia), a cargo del bloque 10; ENAP SIPETROL S.A. (Chile), a cargo de los bloques MDC y PBHI; ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD. (China), encargada del bloque Tarapoa; PETROORIENTAL (China), a cargo de los bloques 14 y 17; y REPSOL YPF ECUADOR S.A. (España), a cargo de los bloques 16 y Bogi Capirón. [103]

Las compañías que, durante el período de negociación, no llegaron a ningún acuerdo y debieron abandonar el país fueron: PETROBRAS (Brasil), Bloque 18 y Campo Unificado Palo Azul; CANADÁ GRANDE (Corea del Sur), Bloque 1; EDC (Estados Unidos), Bloque 3; PERENCO Y BURLINGTON (Estados Unidos), Bloques 7 y 21; y, CNPC AMAZON (China), Bloque 11 . [104]

Según el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, las compañías contratistas, referidas en el párrafo anterior, representaban el 14% de la extracción privada de petróleo en el país; por eso, se les otorgó, a causa de ello, un plazo de 120 días para traspasar sus operaciones a EP PETROECUADOR, el cual, era el período previsto para la realización de un inventario de activos y una auditoría ambiental de las empresas, con la finalidad de determinar un valor de mercado tangible que el Estado

[103] Op. Cit. 101, pág. 1.
[104] Ibídem, Pág. 6

ecuatoriano debería pagar a éstas como compensación o indemnización por la terminación del contrato por parte del Estado.[105]

El 23 de enero de 2011, día que en el que finalizaba el plazo fatal para la renegociación de los contratos en los campos marginales, la SH celebró 7 contratos con 5 compañías: PETROBELL (Ecuador- Brasil), a cargo de los campos Tigüino y Ancón; CONSORCIO PEGASO (Ecuador), encargado del campo Puma; PETROSUD-PETRORIVA (España-Argentina), a cargo de los campos Palanda y Pindo; TECPECUADOR (Ecuador), encargado del campo Bermejo; y REPSOL (España), con el campo Tivacuno.

Las Compañías BELLWEATHER (USA), Campo Charapa; CONSORCIO GRAN COLOMBIA (Ecuador-Colombia), Campo Armadillo, PETROLERO AMAZÓNICO (Venezuela-Ecuador) Campos Pucuna y Singue, fueron las compañías que decidieron no suscribir los nuevos contratos de Prestación de Servicios, pues las tarifas que la SH les puso no se ajustaba con sus intereses comerciales.[106]

4.4. Marco jurídico del Contrato de Prestación de Servicios (legislación vigente)

La legislación vigente que regula a la industria hidrocarburífera es de vital importancia para la organización de la actividad petrolera en nuestro país, partiendo desde las normas constitucionales que la regulan, pues son un eje fundamental de la estructura y desarrollo de la industria, la misma que se efectiviza bajo las diversas modalidades contractuales que se prevén en nuestra legislación para realizarla.

Es así que las diferentes formas de contratar están establecidas y también desarrolladas en leyes y reglamentos en los que se recogen la base y fundamento mismo de la figura jurídica, además de las condiciones, y elementos bajo los cuales se tendrá que realizar esta actividad que, de hecho, es una de las más importantes e influyentes dentro de la economía de nuestro país.[107]

En este orden de ideas, la Ley de Hidrocarburos se establece como la normativa legal encargada de la estructuración general de la actividad dentro de la industria petrolera ecuatoriana, pues contiene los principios generales que sirven como eje para el

[105] Op. Cit. 101, pág. 6.
[106] Ibídem, pág. 1.
[107] Carlos Darío, Padrón Romero, *El Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la Legislación Petrolera Ecuatoriana*, Quito, 1998, pág. 76.

óptimo desarrollo de la actividad hidrocarburífera, así como las definiciones, los derechos y obligaciones de las partes que contratarán bajo las modalidades previstas en ella.

Además de la Ley de Hidrocarburos como una norma general, se hace imperativa la reglamentación de ésta, pues referida reglamentación, a la postre, va a permitir la mayor operatividad posible de la norma y el desarrollo de lo que nos ocupa, es decir, del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador. En este mismo sentido, el desarrollo de esta estructura contractual, de manera integral se delimita en otros cuerpos normativos de acuerdo a la materia que aplique y se haga necesaria en determinado momento.

En este orden de ideas, a continuación se establecerá, la normativa jurídica vigente y aplicable al objeto de estudio de la presente investigación, esto es, al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Estado ecuatoriano. Así, encontramos la siguiente legislación al respecto:

a) Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No. 711 del 15 de noviembre de 1978. Con su última modificación de fecha 24 de noviembre de 2011.

b) Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos publicada en el Registro Oficial No. 244 del 27 de julio de 2010.

c) Reglamento a las Reformas de la Ley de Hidrocarburos, publicado en el Registro Oficial No. 330 del 29 de noviembre de 2010. Con su última modificación de fecha 5 de noviembre de 2012.

d) Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, publicado en el Registro Oficial No. 671 de 26 de septiembre de 2002. Con su última modificación del 3 de abril de 2012.

e) Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 463 del 17 de noviembre de 2004. Con su última modificación de fecha 14 de junio de 2013.

f) Reglamento para Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 208 del 8 de junio de 2010. Con su última modificación de fecha 23 de enero de 2013.

g) Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, publicada en el Registro Oficial Suplemento 242 del 29 de diciembre de 2007. Con su última modificación de fecha 10 de diciembre de 2012.

h) Reglamento Especial de Licitación Petrolera, publicada en el Registro Oficial No. 181 del 1 de octubre de 2003. Con su última modificación del 20 de enero de 2005.

i) Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas, publicado en el Registro Oficial No. 265 de 13 de febrero de 2001. Con su última modificación de fecha 29 de septiembre de 2010.

j) Reglamento de consulta en procesos de Licitación de Áreas y Bloques, publicado en el Registro Oficial No. 759 del 2 de agosto de 2012.

k) Decreto Ejecutivo No. 315, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 14 de abril de 2010. Con su última modificación de fecha 2 de enero de 2013.

l) Decreto Ejecutivo No. 314, publicado en el Registro Oficial Suplemento No.171 del 14 de abril de 2010.

Con los instrumentos jurídicos previamente descritos, la industria petrolera se ha venido regulando y diagramando en el Ecuador desde el tiempo de sus inicios en la economía ecuatoriana hasta lo que hoy tenemos regulando a la exploración y explotación de hidrocarburos, que, en la actualidad, se manifiesta mediante el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de hidrocarburos; además de las otras diferentes formas de contratación estimada para efectivizar dicha actividad por alguna compañía contratista que realice el servicio y contrate con el Estado ecuatoriano.

4.5. Naturaleza Jurídica

Como ya se ha dicho en capítulos anteriores, el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos es un contrato que responde a los elementos y características del contrato público, pues interviene en Estado ecuatoriano a través de la SH para que una compañía contratista nacional o extranjera preste sus servicios para realizar la actividad, que es propia del Estado, de exploración y explotación, recibiendo a cambio el pago, mediante una tarifa, por barril de crudo producido. Hay que mencionar que en esta modalidad contractual el Estado ecuatoriano funge como propietario único y soberano de los yacimientos de hidrocarburos en el país; por tanto, en este sentido, este modelo de contrato se ajusta a los lineamientos de la Constitución del Ecuador del 2008, al Régimen del Buen Vivir y a la política hidrocarburífera establecida ya en el ordenamiento jurídico aplicable y vigente.[108]

Para determinar la naturaleza jurídica del contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador, se hace necesario ubicar las características y elementos específicos del mismo en unas bases de contratación, que para ejemplificarlo se han tomado como instrumento de análisis las bases de Contratación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos mediante el Contrato de Prestación de Servicios para la Décima primera ronda de Licitación: Ronda Suroriente Ecuador, establecida en la RESLUCIÓN No. COLH-0047-22-11-2012 del Comité de Licitaciones Hidrocarburíferas conformado con la autorización del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables y en trabajo conjunto con la SH [109].

Así, estas bases de contratación determinan la naturaleza jurídica del contrato con sus elementos y características específicas de la Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador, excluyéndose a este modo de contratar de las diversas formas de contratación pública, pues, como ya se ha dicho, esta industria lo requiere así.

---

[108] Reglamento a la reforma a la Ley de Hidrocarburos, Publicada en el R.O. No. 330 del 29 de noviembre de 2012.Última modificación 5 de noviembre de 2012.

[109] Resolución No. COLH-0047-22-11-2012 del Comité de Licitaciones Hidrocarburíferas de fecha 22 de noviembre de 2012. Internet: http://www.rondasuroriente.gob.ec/portal/html/themes/rondasuroriente/documentos/BASES_DE_CONTRATACION.pdf Acceso: 16 de julio de 2013.

En este orden de ideas, dichas bases de contratación definen a esta modalidad contractual para la exploración y explotación de hidrocarburos, en concordancia con el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos vigente[110], previamente referido, como:

> *"**Art. 16.-** 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."*[111]

En tal virtud, la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual como contrato público, de ser un instrumento jurídico mediante el cual se realiza un servicio público[112] dentro de un sector estratégico del Estado, de tener legislación autónoma y diferente a la contratación pública general, hace que se desarrollen características y elementos propios del contrato y de la industria; y, por tanto, en este punto, las bases de licitación referidas anteriormente las desarrollan en los siguientes puntos, refiriéndose específicamente al contrato objeto de la presente investigación:

a) *"Cuando existieren o cuando el prestador de servicios hubiere descubierto en el bloque objeto del contrato, hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo crudo neto producido y entregado al Estado en el centro de fiscalización y entrega. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista, se fijará contractualmente tomando en*

---

[110] **Art. 16**.- Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquéllos 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, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.

[111] Op. Cit. 109, pág. 2.

[112] Servicio Público es el conjunto de prestaciones reservadas en cada Estado a la órbita de las administraciones públicas y que tienen como finalidad la cobertura de determinadas prestaciones a los ciudadanos. Los servicios públicos pueden cumplir una función económica o social, o ambas), y pueden ser prestados de forma directa por las administraciones públicas o bien de forma indirecta a través de empresas públicas o privadas. En las bases fundamentales del Derecho Administrativo, y de acuerdo a la Jurisprudencia Francesa, el servicio público es definido como un elemento fundamental que busca la satisfacción del interés general, prestado a través de una persona o de un organismo público. Corte Constitucional colombiana, Sentencia No.C-450 de 1995, pág. 39.

cuenta el estimado de la amortización de las inversiones, los costos y gastos, y una utilidad razonable que tome en consideración el riesgo."[113]

b) *De los ingresos provenientes de la producción correspondiente del bloque objeto del contrato, el Estado ecuatoriano se reserva el veinte y cinco (25) por ciento de los ingresos brutos como margen de soberanía. Del valor remanente después de descontar del Ingreso Bruto del Contrato el Margen de Soberanía, se cubrirán los Costos de Transporte del Estado y Costos de Comercialización en que incurra el Estado.*[114]

c) *La contratista tendrá opción preferente de compra de la producción del bloque contratado, a un precio de venta que en ningún caso será inferior al precio de referencia definido en el artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos; no obstante se adjudicará a la empresa que ofertare a un precio en mejores condiciones.*[115]

d) *El pago de la tarifa indicada será realizado en dinero, en especie o en forma mixta si conviniere a los intereses del Estado. El pago en especie se podrá efectuar únicamente después de cubrir las necesidades de consumo interno del país.*[116]

e) *La contratista garantizará la realización de las inversiones comprometidas mediante la presentación de las garantías previstas en la Ley de Hidrocarburos para cada uno de los períodos.*[117]

f) *En el caso de no haberse descubierto en el período de exploración reservas de petróleo crudo comercialmente explotable, la contratista deberá obtener la autorización de la Secretaría de Hidrocarburos para dar por terminado el contrato, en este caso nada deberá el Estado o la Secretaría de Hidrocarburos a la contratista.*[118]

g) *De haberse detectado trampas estratigráficas o estructurales, el contratista o asociado, deberá perforar por lo menos un pozo exploratorio por cada cien mil hectáreas o fracción superior a cincuenta mil, perforación que deberá alcanzar*

[113] Op. Cit. 109, pág. 3
[114] Ibídem.
[115] Ibídem.
[116] Ibídem.
[117] Ibídem.
[118] Ibídem.

profundidades que penetren las formaciones geológicas potencialmente hidrocarburíferas.[119]

Ahora bien, con las especificaciones referidas en párrafos anteriores, propias del contrato, es necesario determinar los elementos que lo conforman; es decir, los sujetos o las partes que intervienen en la celebración y ejecución del contrato, su objeto, la duración del contrato, el área, y las distintas obligaciones que tienen la SH, la compañía contratista, entre otras.

4.6. Sujetos

Las partes intervinientes en el Contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador son: 1. El Estado ecuatoriano, representado por la SH en calidad de contratante; y, 2. La compañía contratista legalmente establecida en el país, adjudicataria del contrato, la que será nacional o extranjera, estatal o privada, con personería jurídica, uniones de empresas tales como consorcios o asociaciones, de conformidad con la legislación ecuatoriana.

4.6.1. Parte Contratante.-

Hasta antes de la reforma a la Ley de Hidrocarburos en julio de 2010, el Estado ecuatoriano realizaba las contrataciones para la exploración y explotación de hidrocarburos a través de EP PETROECUADOR a su nombre y representación; sin embargo de ello, la ley reformatoria establece un nuevo marco estructural que fungirá como parte contratante a través del Estado ecuatoriano; y, en este sentido deja de ser parte contractual EP PETROECUADOR y pasa a ocupar su lugar en cuando a la suscripción y administración de los contratos en general, la SH.

Por tanto, La ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, establece, entonces, la creación de la SH, encargada, entre otras cosas, de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros; y, como una de las atribuciones que encuadran a la SH como parte contratante en esta modalidad contractual es precisamente aquella en la que se le permite suscribir, a nombre del Estado ecuatoriano, los contratos de exploración, explotación y transporte, previa

[119] Op. Cit. 113.

adjudicación por parte del Ministerio del ramo a una compañía ganadora del concurso licitatorio establecido para el efecto.[120]

Por su parte, el Estatuto por procesos de la SH, en su artículo 19, reafirma esta calidad que ostenta la SH como parte contratante, en cuanto manifiesta que la misión de esta institución en la industria petrolera ecuatoriana es: administrar y asignar áreas correspondientes al mapa petrolero del Ecuador, administrar Contratos Hidrocarburíferos y proporcionar el soporte técnico, económico, legal y socio-ambiental en procesos licitatorios y de contratación.[121]

Asimismo, la disposición transitoria segunda de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de julio de 2010 establece, al respecto, lo siguiente:

> *Todos los contratos de exploración y explotación vigentes, suscritos con PETROECUADOR y PETROPRODUCCION, que hasta la presente fecha han sido administrados por las Unidades de Administración de Contratos de PETROECUADOR y de PETROPRODUCCION, indistintamente de su modalidad contractual pasarán a ser administrados por la Secretaría de Hidrocarburos hasta la finalización del plazo y hasta que opere la reversión de las respectivas áreas, responsabilidad que se extiende para las áreas y bloques, con respecto a los cuales se haya declarado la caducidad.*

Determinada, así, a la SH como parte contratante a nombre del Estado ecuatoriano, dentro de la modalidad contractual de prestación de servicios para las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador, es necesario establecer a la parte contratista, sus cualidades y requisitos para ser considerada como tal.

4.6.2. Parte Contratista.-

Como ya se ha dicho, podrán ser parte contratista la o las compañías legalmente establecidas en el país, adjudicatarias del contrato, las que serán nacionales o extranjeras, estatales o privadas, con personería jurídica, uniones de empresas tales

[120] Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el Registro Oficial No. 244 del 27 de julio de 2010, Art. 6-A Literal b).
[121] Estatuto por Procesos de la Secretaría de Hidrocarburos, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 433 del 19 de abril de 2013, Art. 19.

como consorcios o asociaciones, de acuerdo con las disposiciones pertinentes y aplicables dentro de la legislación ecuatoriana.

La ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de julio de 2010 establece en su artículo 12 que las compañías que funjan como parte contratista en un contrato de prestación de servicios para la actividad hidrocarburífera deberán cumplir con los requisitos que la Ley de Compañías y el Código de Comercio establezcan para ser consideradas legales y, por tanto, parte contractual dentro de referido contrato y además permitir el registro del contrato en los archivos de la SH.

> ***Art. 12 LRLH*** *(…) Para inscribir en este Registro a las empresas de nacionalidad ecuatoriana o la domiciliación de las extranjeras, deberán haberse cumplido las disposiciones de esta Ley, las de la Ley de Compañías, las del Código de Comercio y demás disposiciones legales pertinentes (…)*[122]

La ley de Compañías[123] vigente determina para estos casos detallados por el artículo 12 de la Ley de Hidrocarburos, algunos elementos y requisitos necesarios para que la compañía contratista se considere legal en el Ecuador y pueda realizar la actividad objeto del contrato de Prestación de Servicios. Ellos son:

1. Toda compañía, cualquiera que sea su forma de constitución, deberá estar legalmente constituida bajo las normas establecidas para cada tipo de compañía en la Ley de Compañías.

2. Toda compañía que se constituya en el Ecuador, tendrá su domicilio principal dentro del territorio nacional.[124]

3. Toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajera obligaciones en el Ecuador deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas. Si las actividades que una compañía extranjera va a ejercer en el Ecuador implicaren la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a establecerse en él con arreglo a lo dispuesto en la sección de compañías extranjeras.[125]

[122] Op. Cit. 120, Art. 12.
[123] Ley de Compañías, Publicada en el Registro Oficial No. 312 del 5 de noviembre de 1999.
[124] Ibídem, Art. 5.
[125] Op. Cit. 123, Art. 6.

Para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer habitualmente sus actividades, de manera general, en el Ecuador deberá: [126]

1. Comprobar que está legalmente constituida de acuerdo con la Ley del país en el que se hubiere organizado.

2. Comprobar que, conforme a dicha ley y a sus estatutos, puede acordar la creación de sucursales y tiene facultad para negociar en el exterior, y que ha sido válidamente adoptada la decisión pertinente.

3. Tener permanentemente en el Ecuador, cuando menos, un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas.

4. Igual obligación tendrán las empresas extranjeras que, no siendo compañías, ejerzan actividades lucrativas en el Ecuador.

5. Para justificar estos requisitos se presentará a la Superintendencia de Compañías los documentos constitutivos y los estatutos de la compañía, un certificado expedido por el Cónsul del Ecuador que acredite estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y que tiene facultad para negociar en el exterior.

6. Deberá también presentar el poder otorgado al representante y una certificación en la que consten la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto que no podrá ser menor al fijado por el Superintendente de Compañías.

El artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos vigente, además, manifiesta expresamente para el caso de compañías extranjeras que quieran celebrar contratos en términos de referido cuerpo normativo deberán domiciliarse en el país de acuerdo a la normativa, exigencias y requisitos establecidos en la Ley de Compañías, aplicables al caso de compañías extranjeras. Asimismo, estas compañías extranjeras se sujetarán a los

[126] Ibídem, Art. 415.

tribunales del Estado ecuatoriano y renunciarán de manera expresa a todo reclamo por vía diplomática.

Con toda esta normativa requerida para que una compañía pueda ser considerada como parte contratista en un contrato de prestación de servicios es indispensable ahora, detallar el objeto de referida modalidad contractual e ir empatando todos sus elementos en la prestación de servicios para la actividad hidrocarburífera en el Ecuador a partir de la Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de 2010.

4.7. Objeto

Como parte esencial de existencia de este modelo contractual es su objeto, el mismo que corresponde a la prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el área del bloque contratado.

La compañía contratista, entonces, ejecutará, por su cuenta y riesgo, las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el bloque contratado, invirtiendo los capitales y utilizando 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.[127]

Todo esto en concordancia y relación con lo que establece la Ley de Hidrocarburos vigente en su artículo 16, pues en este articulado se define al contrato de prestación de servicios y a su objeto, redundando en su nombre.

4.7.1. Duración del Contrato.-

La ley de Hidrocarburos en referencia al contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos en el Ecuador establece dos períodos de duración del contrato; es decir, un período determinado para la exploración, y otro período de vigencia para la explotación.

4.7.2. Período de exploración.-

[127] Resolución No. COLH-0047-22-11-2012 Del Comité de Licitaciones Hidrocarburíferas de fecha 22 de noviembre de 2012. Internet: http://www.rondasuroriente.gob.ec/portal/html/themes/rondasuroriente/documentos/BASES_DE_CONTRATACION.pdf Acceso: 18 de julio de 2013.

El tiempo de duración de este período es de 4 años, prorrogables hasta por 2 años más, previa justificación de la compañía contratista y autorización de la Secretaría de Hidrocarburos. Así, las actividades de exploración deberán comenzar y continuar en el bloque contratado dentro de los 6 primeros meses, a partir de la fecha de inscripción del contrato en el Registro de Hidrocarburos, inscripción que tendrá que realizarse dentro de los treinta 30 días de haber suscrito el contrato.[128]

Asimismo, por su parte, la Ley de Hidrocarburos vigente en su artículo 23 desarrolla y determina el período en el que se va a realizar la fase de exploración en el área del contrato y manifiesta que:

> ***Art. 23***.- *Para todo tipo de contrato relativo a la exploración y explotación del petróleo crudo, el período de exploración durará hasta cuatro (4) años, prorrogable hasta dos (2) años más, previa justificación de la contratista y autorización de la Secretaría de Hidrocarburos (…)*

Dentro de este período, es menester que la compañía contratista realice al menos las actividades de exploración contenidas en el Programa Exploratorio, el mismo que se ejecutará de conformidad con lo que acuerden las partes contratantes.

En tal virtud, los contratistas o asociados llevarán a cabo las actividades de exploración de hidrocarburos en el marco contractual y dentro del área del contrato a través de investigaciones geológicas, geofísicas, perforación de pozos y cualquier otra actividad u operación aceptada para la exploración por la industria mundial, todo esto, entonces, con el fin de realizar una investigación profunda, completa, total y óptima del área del contrato y, gracias a ello, evaluar las trampas estructurales o estratigráficas que se hayan descubierto en el período exploratorio.[129]

Como ya se ha referido en párrafos anteriores, este período de 4 años dedicado para la exploración de hidrocarburos podrá ser prorrogado por 2 años más, previa justificación de la compañía contratista y de la Secretaría de Hidrocarburos.

En las bases de contratación de la Décimo Primera Ronda de Licitación: Ronda Suroriente de noviembre de 2012[130] se establece que el período exploratorio de podrá prorrogar por las siguientes causas:

---

[128] Op. Cit. 127.
[129] Ley de Hidrocarburos, Publicada en el R. O. No. 711 de 15 de noviembre de 1978. Última modificación de fecha 24 de noviembre de 2012, Art. 25.
[130] Op. Cit. 127.

a. Si algún descubrimiento ocurriere en el cuarto año del Período de Exploración, sin que hubiesen existido antes descubrimientos que puedan considerarse comerciales.

b. Si la compañía contratista se obliga a ejecutar un nuevo programa exploratorio, siempre y cuando haya cumplido todas las obligaciones del Programa Exploratorio, en el que se incluirá la perforación y evaluación de un nuevo pozo exploratorio.

c. Por demoras no atribuibles a la compañía contratista en la obtención de permisos y Licencias Ambientales, por causa de fuerza mayor o caso fortuito, situaciones de emergencia debidamente comprobada, que interrumpa el desarrollo de las actividades exploratorias, siempre y cuando esta situación no supere dos (2) años.

d. Los detalles, condiciones y plazos de la prórroga del período de exploración constarán en el proyecto de contrato.

e. El período exploratorio terminará con el vencimiento del plazo o antes, si la contratista ha cumplido con todas las actividades del programa exploratorio, y la SH aprueba el plan de desarrollo de los descubrimientos de hidrocarburos realizados en este período de exploración. En caso de no presentar el plan de desarrollo se dará por terminado el contrato.

4.7.3. Período de Explotación.-

El artículo 23 de la Ley de Hidrocarburos vigente establece que el período de explotación de petróleo crudo durará hasta 20 años, que podrán ser prorrogables por parte de la SH, de conformidad con lo que se establezca en el plan de desarrollo del área, y, obviamente, siempre y cuando dicha prórroga le convenga a los intereses del Estado ecuatoriano.

En tal virtud, a partir del artículo 23 referido en el párrafo anterior, las bases de contratación de la Ronda Suroriente manifiesta algunas puntualizaciones respecto del período de explotación de hidrocarburos en el Ecuador y ratifica que el período de explotación se iniciará con la aprobación (de la SH) del plan de desarrollo presentado por

parte de la compañía contratista, y durará hasta 20 años para petróleo crudo y 25 años para gas natural. Estos tiempos podrán ser prorrogables a través de un contrato modificatorio siempre que dicha prórroga convenga a los intereses del Estado.

Así, durante este período, la compañía contratista deberá realizar al menos los trabajos, actividades e inversiones de desarrollo y producción comprometidos en el plan de desarrollo, en el cual deberán contemplarse todos los campos descubiertos en el período de exploración; así como las actividades e inversiones de exploración adicional, de ser el caso.

La prórroga del período de explotación será aprobada con la presentación del plan antes del vencimiento del plazo. Dicha prórroga podrá darse por las causas que, a continuación detallo:

a) *Cuando el área del bloque contratado se encuentre alejada de la infraestructura hidrocarburífera petrolera existente, por un período de hasta 5 años.*

b) *Cuando por efecto de la exploración adicional se descubran nuevos yacimientos de petróleo crudo comercialmente explotables.*

c) *Cuando la contratista proponga nuevas actividades e inversiones significativas en los últimos cinco 5 años del Período de Explotación, siempre y cuando requieran plazos adecuados de amortización para dichas inversiones; y,*

d) *Para impulsar el descubrimiento de nuevas reservas o la implementación de nuevas técnicas para la recuperación mejorada de las reservas existentes en explotación.*[131]

4.7.4. Área del Contrato.-

Hay que determinar que el área del contrato es la superficie y su proyección en el subsuelo en la que la contratista está autorizada, en virtud del contrato, para efectuar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, su delimitación se encuentra certificada por el Instituto Geográfico Militar, y constará como anexo al contrato. El bloque tiene una superficie terrestre no mayor de 200.000 hectáreas divididas en lotes de superficie igual o menor de 2.500 hectáreas cada uno. Estos lotes mantienen la forma rectangular, salvo cuando los límites naturales o de otras áreas reservadas o contratadas

[131] Ibídem.

lo impidan.[132]Todas estas especificaciones están realizadas en concordancia con las disposiciones del artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos vigente.

4.8. Derechos y Obligaciones de las Partes

Al ser el contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos un contrato bilateral y conmutativo, supone contraprestaciones entre la parte contratante y la contratista que implican el cumplimiento de obligaciones y les faculta algunos derechos desde su perspectiva.

4.8.1. Derechos y Obligaciones de la Contratista

4.8.1.1. Derechos.-

Dentro de los principales derechos que esta modalidad contractual de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos supone, tenemos algunos principales:

1. Explorar y explotar hidrocarburos con calidad de comerciables en el área del contrato dentro del Estado ecuatoriano.

2. La contratista tendrá derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo crudo neto producido y entregado al Estado en el centro de fiscalización y entrega.

3. Los valores correspondientes a la tarifa por barril calculados serán los únicos pagos que efectuará la SH a la contratista por la prestación de los servicios; sin perjuicio de los pagos o reembolsos que correspondan por factores de corrección.

4. Los contratistas que celebraren contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, podrán suscribir contratos adicionales para la explotación de gas natural libre si encontraren en el área del contrato, yacimientos comercialmente explotables.[133]

[132] Op. Cit. 127.
[133] Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el Registro Oficial No. 244 del 27 de julio de 2010, Art. 32.

5. El pago de la tarifa indicada a la compañía contratista será realizado en dinero, en especie o en forma mixta si conviniere a los intereses del Estado. El pago en especie se podrá efectuar únicamente después de cubrir las necesidades de consumo interno del país.[134]

6. Dada la naturaleza de los pagos en especie, la contratista podrá disponer libremente del petróleo crudo que le sea asignado como pago en especie y podrá retener en el exterior las divisas producidas de su venta correspondiente, sin obligación de vender o entregar estas divisas al Banco Central del Ecuador, sin perjuicio del pago de las obligaciones tributarias aplicables.

7. Podrá haber una tarifa adicional para privilegiar producciones provenientes de actividades adicionales comprometidas por la contratista, a fin de impulsar el descubrimiento de nuevas reservas o la implementación de nuevas técnicas para la recuperación mejorada de las reservas existentes.[135]

4.8.1.2. Obligaciones.-

Entre las principales obligaciones que la compañía contratista tiene al suscribir el Contrato de Prestación de Servicios tenemos las siguientes:

Todas las Compañías que contraten con el Estado ecuatoriano deberán inscribir el contrato en el Registro de Hidrocarburos manejado por la SH[136] en los 30 días posteriores a la suscripción del mismo.[137]

4.8.1.3. Ejecución de las Actividades.-

En cuanto a la ejecución de las actividades hidrocarburíferas dentro del contrato de Prestación de Servicios, la compañía contratista tiene las siguientes obligaciones de

[134] Ibídem, Art. 16
[135] Ibídem.
[136] Op. Cit. 133. Arts. 12 y 26.
[137] Reglamento a la reforma a la Ley de Hidrocarburos, Publicada en el R.O. No. 330 del 29 de noviembre de 2012.Última modificación 5 de noviembre de 2012.

conformidad con las bases de contratación de la Ronda Suroriente de noviembre de 2012:[138]

a) Ser responsable de la ejecución de las actividades técnicas, económicas y administrativas, así como del cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la Ley, reglamentos, bases de contratación y del contrato.

b) Asumir todos los riesgos inherentes a la exploración y explotación de hidrocarburos de conformidad con la legislación aplicable y el contrato.

c) Las fallas de índole técnica y sus consecuencias, originadas por negligencia de la compañía contratista o de sus subcontratistas, serán de su exclusiva responsabilidad de la contratista.

d) Toda la información obtenida por la contratista durante los períodos de exploración y explotación, así como sus prórrogas, deberán ser entregadas a la SH, a la terminación de cada una de las actividades de acuerdo a cada uno de los programas y planes.

e) Si la compañía contratista no realiza las actividades exploratorias comprometidas o no descubre yacimientos comerciales, deberá entregar al Estado las áreas retenidas. También revertirán al Estado los campos descubiertos en el período de explotación cuya productividad de hidrocarburos este comprobada y que no hayan sido desarrollados y puestos en producción dentro de los 5 años siguientes a la aprobación del plan de desarrollo del área.

f) Las contratistas estarán obligadas al cumplimiento de las actividades del programa exploratorio en el período de exploración; así como; del plan de desarrollo u otros planes y programas en el período de explotación, las inversiones serán estimadas.

g) Las contratistas presentarán los planes, programas de actividades y presupuestos anuales de exploración y explotación de petróleo crudo y sus reformas a la SH.

[138] Resolución No. COLH-0047-22-11-2012 Del Comité de Licitaciones Hidrocarburíferas de fecha 22 de noviembre de 2012. Internet: http://www.rondasuroriente.gob.ec/portal/html/themes/rondasuroriente/documentos/BASES_DE_CONTRATACION.pdf Acceso: 22 de julio de 2013.

h) Someter a la aprobación de la SH los planes de exploración y desarrollo de yacimientos o de otras actividades industriales, antes de iniciar su ejecución.

i) Suministrar a la SH, trimestralmente o cuando lo solicite, informes sobre todos los trabajos topográficos, geológicos, geofísicos, de perforación, de producción, de evaluación y estimación de reservas, y demás actividades acompañando los planos y documentos correspondientes.

j) Suministrar a la SH cuando se lo requiera, datos económicos relativos a cualquier aspecto de la exploración, de la explotación y de otras actividades industriales o comerciales, y sobre los costos de tales operaciones.

k) Al término de un contrato de exploración y explotación, por vencimiento del plazo o por cualquier otra causa ocurrida durante el período de explotación, el contratista o asociado deberá entregar a la SH, sin costo y en buen estado de producción, los pozos que en tal momento estuvieren en actividad; y, en buenas condiciones, todos los equipos, herramientas, maquinarias, instalaciones y demás muebles e inmuebles que hubieren sido adquiridos para los fines del contrato, así como trasladar aquéllos que la SH señale, a los sitios que ella determine.[139]

4.8.1.4. Garantías y Seguros.-

En cuanto a las garantías y seguros que obligatoriamente debe otorgar la compañía contratista en esta modalidad contractual están las siguientes:

1. Previo a inscribirse el contrato en el Registro de Hidrocarburos, la contratista rendirá a favor de la SH una garantía bancaria incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, en dólares de los Estados Unidos de América, de conformidad con el Artículo 27 de la Ley de Hidrocarburos, por un valor equivalente al veinte 20% de las inversiones estimadas, para ejecutar el programa exploratorio, cuyas actividades son de cumplimiento obligatorio.[140]La garantía será devuelta a la

[139] Op. Cit. 133, Art. 29.

[140] *Art. 27y* Art. 2 Ley de Hidrocarburos, Publicada en el R. O. No. 711 de 15 de noviembre de 1978. Última modificación de fecha 24 de noviembre de 2012.*: Antes de inscribirse el contrato, el contratista o asociado rendirá una garantía en dinero efectivo, en bonos del Estado o en otra forma satisfactoria, equivalente al veinte por ciento de las inversiones que se comprometa a realizar durante el período de exploración. La garantía será devuelta al contratista o asociado al pasar al período de explotación y una vez que hubiere demostrado que ha cumplido con todas las obligaciones del período de exploración o cuando se diere por terminado el contrato, previa justificación de no haber tenido resultados favorables en la exploración. Esta garantía se hará*

contratista al pasar al período de explotación, una vez que hubiere cumplido las actividades y obligaciones del período de exploración, o cuando se diere por terminado el contrato, previa justificación aceptada por la Secretaría de Hidrocarburos de no haber tenido resultados favorables en el período de exploración. Esta garantía se hará efectiva en caso de incumplimiento de una o más actividades contenidas en el programa exploratorio.

2. Dentro del plazo de los treinta 30 días siguientes a la iniciación del Período de Explotación, la Contratista rendirá a favor de la SH, una garantía bancaria, incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, por un valor equivalente al veinte 20 % de las inversiones que se comprometa a realizar en los 3 primeros años del período de explotación. Esta garantía se reducirá anualmente en proporción directa al cumplimiento de las actividades de los tres 3 primeros años del período de explotación. La SH, al final del tercer año, ejecutará la totalidad o el saldo reducido de la garantía de los tres primeros años del período de explotación, según corresponda, si la contratista no hubiese cumplido las obligaciones contempladas en los tres 3 primeros años del período de explotación.[141]

3. La contratista será exclusivamente responsable de contratar antes de realizar cada actividad todas las pólizas de seguro requeridas por la ley aplicable. Las copias de las pólizas que constan en el proyecto de contrato, deberán ser emitidas y presentadas a la SH antes de la adquisición de los bienes y ejecución de sus actividades, según corresponda.[142]

4.8.1.5. Obligaciones referentes al Medio Ambiente.-

1. La compañía contratista será responsable, dentro del área contratada, del cumplimiento de las obligaciones, compromisos y condiciones ambientales

---

efectiva en caso de incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones estipuladas para este período.

[141] Art. 28 Ley de Hidrocarburos: *Dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del período de explotación, el contratista o asociado rendirá, en una de las formas señaladas en el artículo anterior, una garantía equivalente al veinte por ciento de las inversiones que se comprometa a realizar en los tres primeros años de este período, la cual se reducirá en proporción directa al cumplimiento total del programa anual comprometido o se devolverá a la terminación del contrato por falta de producción comercial, debidamente justificada por el contratista y aceptada por Secretaría de Hidrocarburos.*

[142] Resolución No. COLH-0047-22-11-2012 Del Comité de Licitaciones Hidrocarburíferas de fecha 22 de noviembre de 2012. Internet: http://www.rondasuroriente.gob.ec/portal/html/themes/rondasuroriente/documentos/BASES_DE_CONTRATACION.pdf Acceso: 22 de julio de 2013.

previstas en la legislación aplicable y los estándares de la industria petrolera internacional, incluyendo las obligaciones provenientes del Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas (Decreto 1215), y deberá responder, de conformidad con la ley aplicable y el contrato, por los daños tanto sociales como daños ambientales que pueda causar por la prestación de los servicios.[143]

2. La compañía contratista conducirá las operaciones regida bajo los lineamientos del desarrollo sostenible, de la conservación y protección del ambiente, de acuerdo a la ley aplicable.

3. La contratista tomará las precauciones necesarias para minimizar el impacto al ambiente y a la sociedad.

4. La compañía contratista utilizará las técnicas disponibles y económicamente aplicables y los estándares de la industria petrolera internacional, aplicando los principios de prevención, precaución y con observancia de la ley aplicable sobre la prevención y control de la contaminación ambiental, preservación de la diversidad biológica, de los recursos naturales y la preservación de la seguridad y salud de la población y de su personal.[144]

5. En los casos tanto de daños sociales como daños ambientales que surjan, se originen, o sean causados por la compañía contratista y/o sus subcontratistas en la ejecución de este contrato, la contratista deberá efectuar de inmediato los trabajos para controlar los efectos contaminantes, así como para la reparación y restauración de las áreas afectadas, sin perjuicio de su responsabilidad frente a terceros de conformidad con la ley aplicable y el contrato.

6. Para asegurar los compromisos y obligaciones de la compañía contratista en relación a la protección ambiental, la compañía contratista contratará los respectivos seguros y garantías establecidos en la ley aplicable y el contrato, a satisfacción de la autoridad ambiental nacional y para conocimiento de la SH con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

[143] Ibídem.
[144] Ibídem.

7. La compañía contratista cumplirá estrictamente lo establecido en los planes de manejo ambiental, priorizando su gestión hacia la prevención, mitigación, minimización y compensación de los impactos ambientales, culturales, económicos y sociales en la área del bloque contratado. El plan de relaciones comunitarias y los proyectos comunitarios deben enmarcarse en los correspondientes planes de desarrollo local.[145]

4.8.1.6. Transporte y almacenamiento.-

Las compañías contratistas construirán, a su costo y riesgo, las facilidades de transporte, entre los pozos y la estación de separación, tratamiento y almacenamiento de petróleo crudo, hasta el centro de fiscalización y entrega.

4.8.1.7. Tributos, Gravámenes, Participación Laboral y Contribuciones.-

En cuanto a este ítem, las obligaciones que la compañía contratista debe cumplir de conformidad con las bases de contratación de la Ronda Suroriente de noviembre de 2012, son las siguientes:

1) La compañía contratista pagará el impuesto a la renta del 22% a partir del Año Fiscal, de conformidad con la ley aplicable.

2) La compañía contratista reconocerá en beneficio de sus trabajadores que por la ley aplicable les corresponda, el tres 3% de las utilidades, y el 12% restante será entregado al Estado.

3) La compañía contratista pagará, de conformidad con el artículo 52 de la Ley de Hidrocarburos[146], por concepto de utilización de aguas y materiales naturales de construcción que se encuentren en el área del bloque contratado, que pertenecen al Estado ecuatoriano, las cantidades mínimas de veinte y cuatro mil dólares (USD 24,000), durante el período de exploración, y de sesenta mil dólares (USD

[145] Op. Cit. 142.

[146] Art. 52 Ley de Hidrocarburos, Publicada en el R. O. No. 711 de 15 de noviembre de 1978. Última modificación de fecha 24 de noviembre de 2012.: *Para los fines del contrato, por concepto de utilización de las aguas y de los materiales naturales de construcción que se encuentren en el área del contrato y que pertenezcan al Estado, los contratistas o asociados pagarán anticipadamente, dentro de los primeros treinta días de cada año, a partir de la inscripción del contrato, las cantidades mínimas de veinte y cuatro mil dólares, durante el período de exploración, y se sesenta mil dólares durante el período de explotación, al cambio oficial vigente. Ambos valores tendrán el carácter de no reembolsables en los contratos de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos.*

60,000) durante el período de explotación; y, sus prórrogas respectivamente, de ser el caso.

4) La compañía contratista pagará al Estado, conforme se establece en el artículo 54 de la Ley de Hidrocarburos, desde el inicio del período de explotación la contribución equivalente al 1% del monto de pago por los servicios previa deducción de la participación laboral y del impuesto a la renta, destinada a promover la investigación, el desarrollo y los servicios científicos y tecnológicos por parte del Ministerio Sectorial.

5) La compañía contratista facturará por los servicios prestados a la SH, la Tarifa por Barril de petróleo crudo neto fiscalizado, agregando el monto que corresponda por IVA.

6) La compañía contratista actuará como agente de retención del impuesto a la renta sobre los pagos que ésta hiciere a sus subcontratistas y a sus trabajadores, así como de cualquier otro impuesto.

4.8.1.8. Obligaciones Contables.-

El artículo 30 de la Ley de Hidrocarburos, en este punto, manifiesta algunas obligaciones:

1. Presentar para la aprobación de la SH, hasta el primero de diciembre de cada año, un detallado programa de las actividades a realizarse en el año calendario siguiente, incluyendo el presupuesto de inversiones.
2. Llevar en Idioma Castellano y en forma actualizada la contabilidad financiera y de costos, con los respectivos registros y comprobantes, y conservarlos durante el período del contrato, y diez años después, de acuerdo con las normas legales, los principios de contabilidad generalmente aceptados y las normas específicas que imparta la ARCH.

3. Adicionalmente se presentará una copia de la contabilidad que utilice la contratista en el idioma de su país de origen, si fuere del caso.

4. Presentar a la SH, dentro del primer trimestre de cada año, el balance general, la cuenta de resultados y los inventarios, correspondientes al ejercicio económico del año calendario inmediato anterior.

5. Invertir un mínimo del 10% de sus utilidades netas, según los resultados de los estados financieros, en el desenvolvimiento de la misma o de otras industrias de hidrocarburos en el País.

6. Esta inversión podrá también efectuarse en la forma de adquisición de bonos del Estado o de suscripción de acciones para la formación de nuevas empresas o de aumentos de capital en empresas nacionales que, a juicio de la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica, sean de interés para el desarrollo económico del País.

4.8.1.9. Otras Obligaciones.-

1. Los contratistas o asociados deberán dar las facilidades necesarias para los controles y fiscalizaciones por parte de la ARCH, el que podrá proceder a la revisión retroactiva de los datos y registros, según los requerimientos del caso.

2. La SH cederá a la compañía contratista el derecho de uso de los activos y de la infraestructura, en caso de existir, que se encuentren en los bloques contratados, de conformidad con el inventario y valoración de activos elaborados por la SH. La compañía contratista se obliga a su custodia, mantenimiento, buen uso y reposición, de tal manera que a la finalización del contrato devuelva a la SH en las mismas o mejores condiciones que lo recibieron, salvo el desgaste por uso normal.

3. Emplear en el plazo de seis meses de iniciadas las operaciones, sea que las realicen directamente o a través de contratos, un mínimo de ecuatorianos de: noventa y cinco por ciento en el personal de obreros, noventa por ciento en el personal de empleados administrativos y setenta y cinco por ciento en el personal técnico, a menos que no hubiere técnicos nacionales disponibles. En el plazo de dos años el noventa y cinco por ciento del personal administrativo deberá ser ecuatoriano.

4. Adicionalmente el contratista de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos, realizará un programa de capacitación técnica y administrativa, en todos los niveles, a fin de que en el lapso de los primeros cinco años del período de explotación, la ejecución de las operaciones sea realizada íntegramente por trabajadores y empleados administrativos ecuatorianos y por

mínimo de 90% de personal técnico nacional. EL 10 % de personal técnico extranjero fomentará la transferencia de tecnología al personal nacional.

5. Emplear maquinaria moderna y eficiente, y aplicar los métodos más apropiados para obtener la más alta productividad en las actividades industriales y en la explotación de los yacimientos observando en todo caso la política de conservación de reservas fijada por el Estado.

6. Sujetarse a las normas de calidad y a las especificaciones de los productos, señaladas por la ARCH.

7. Contribuir, durante el período de exploración, para el desarrollo de la educación técnica nacional y para el otorgamiento de becas, en el País o en el extranjero, de estudios especializados en la industria de hidrocarburos. Este aporte será administrado por el Instituto de Crédito Educativo.

8. Construir viviendas higiénicas y cómodas para los empleados y obreros en los campamentos estables de trabajo, según planos y especificaciones aprobados por la SH.

9. Proporcionar facilidades de alojamiento, alimentación y transporte, en los campamentos de trabajo, a los inspectores y demás funcionarios del Estado.

10. Recibir estudiantes o egresados de educación técnica superior relacionada con la industria de hidrocarburos, en el número y por el tiempo que se acuerde con la Secretaría de Hidrocarburos, para que realicen prácticas y estudios en los campos de trabajo e industrias, corriendo por cuenta de las empresas los gastos de transporte, alojamiento, alimentación y atención médica.

4.8.2. Derechos de la Secretaría de Hidrocarburos.-

a. Suscribir, a nombre del Estado ecuatoriano, los contratos de exploración y explotación, industrialización y transporte, previa adjudicación por parte del Ministerio Sectorial.

b. Podrá celebrar contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas

contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También se podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el País.[147]

c. El Estado percibirá, por concepto de la exploración y explotación de yacimientos hidrocarburíferos, por lo menos los siguientes ingresos: primas de entrada, derechos superficiarios, regalías, pagos de compensación, aportes en obras de compensación, participación en los excedentes de los precios de venta del petróleo y por concepto de transporte, participación en las tarifas.[148]

d. La SH podrá delegar las actividades de transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos, su refinación e industrialización celebrando contratos de asociación, consorcios, de operación o mediante otras formas contractuales vigentes en la Legislación ecuatoriana. También podrá constituir compañías de economía mixta.[149]

e. La delegación por parte de la Secretaría de Hidrocarburos en ningún caso implicará transferencia de dominio de los bienes e instalaciones.

f. En todo contrato de asociación se establecerá el derecho de la Secretaría de Hidrocarburos de 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. [150]

g. Bajo la modalidad de contratos de operación, podrá contratar con empresas nacionales o extranjeras, de reconocida competencia en la materia, legalmente establecidas en el país, las que podrán formar entre sí asociaciones, la construcción y operación de oleoductos, poliductos, y gasoductos principales, terminales y plantas de procesamiento de hidrocarburos.[151]

[147] Ley de Hidrocarburos, Publicada en el R. O. No. 711 de 15 de noviembre de 1978. Última modificación de fecha 24 de noviembre de 2012, Art. 2.
[148] Ibídem, Art. 44.
[149] Ibídem, Art. 3.
[150] Op. Cit. 147, Art. 15.
[151] Ibídem, Art. 17-A.

h. Autorizar la prórroga de los períodos de exploración o explotación, según corresponda.[152]

i. Celebrar contratos adicionales con sus respectivos contratistas o asociados o nuevos contratos con otros de reconocida capacidad técnica y financiera para utilizar gas proveniente de yacimientos petrolíferos, con fines industriales o de comercialización, y las Empresas Públicas de Hidrocarburos podrán extraer los hidrocarburos licuables del gas que los contratistas o asociados utilizaren en los casos indicados en el artículo anterior.[153]

j. Cobro de regalías en especie o en dinero, o parte en especie y parte en dinero.[154]

k. Autorizar que las compañías contratistas de explotación construyan oleoductos secundarios para el transporte de petróleo hasta los centros de recolección, o para conectarse con oleoductos principales.[155]

l. De los ingresos provenientes de la producción correspondiente al área objeto del contrato, el Estado ecuatoriano se reserva el 25% de los ingresos brutos como margen de soberanía. Del valor remanente, se cubrirán los costos de transporte y comercialización en que incurra el Estado.[156]

m. Solicitar al Ministerio Sectorial, mediante informe motivado, la caducidad de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, o la revocatoria de autorizaciones o licencias emitidas por el Ministerio Sectorial en las demás actividades hidrocarburíferas.

4.8.3. Obligaciones de la Secretaría de Hidrocarburos.-

Dentro de las principales obligaciones que tiene la Secretaría de Hidrocarburos encontramos las que a continuación detallo:

[152] Ibídem, Art. 23.
[153] Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Publicada en el R.O. No. 244 del 27 de julio de 2010, Art. 35.
[154] Ibídem, Art. 50.
[155] Ibídem, Art. 60.
[156] Op. Cit. 153, Art. 16.

1. Administrar la gestión de los recursos naturales no renovables hidrocarburíferos y de las sustancias que los acompañen, encargada de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros.[157]

2. Definir las áreas de operación directa de las empresas públicas y las áreas y actividades a ser delegadas a la gestión de empresas de economía mixta y excepcionalmente a las empresas privadas, nacionales e internacionales, sometidas al régimen jurídico vigente, a la Ley de Hidrocarburos y demás normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen.[158]

3. Diseñar, evaluar y realizar estrategias de promoción de la exploración y explotación, industrialización y transporte de hidrocarburos y divulgarlas con las mejores prácticas internacionales.

4. Evaluar el potencial hidrocarburífero del país.

5. Mantener y conservar el Registro de Hidrocarburos.

6. Administrar los contratos que suscriba y controlar su ejecución.

7. Administrar las áreas hidrocarburíferas del Estado y asignarlas para su exploración y explotación.

8. Administrar la participación del Estado en los volúmenes de hidrocarburos que le corresponda en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

9. Apoyar al Ministerio del Ramo en la formulación de la política gubernamental en materia de hidrocarburos.

10. Administrar la información de las áreas y contratos de exploración y explotación, industrialización y transporte de hidrocarburos y asegurar su preservación, integridad y utilización.

[157] Ibídem, Art. 6-A.
[158] Ibídem.

11. Administrar y disponer de los bienes que por cualquier concepto se reviertan al Estado, por mandato de la Ley de Hidrocarburos.

12. Fijar las tasas de producción de petróleo de acuerdo con los contratos y los reglamentos.

13. Emitir informe previo a la autorización del Ministerio Sectorial para la transferencia o cesión de derechos de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, así como para las autorizaciones inherentes a las actividades de transporte, almacenamiento, industrialización y comercialización, cuando corresponda.

4.8.4. Derechos y Obligaciones del Ministerio Sectorial.-

1. La adjudicación de los contratos la efectuará el Ministerio Sectorial mediante licitación, con excepción de los que se realicen con empresas estatales o subsidiarias de estas, con países que integran la comunidad internacional, con empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria y los de obras o servicios específicos.[159]

2. Para las adjudicaciones, el Ministerio Sectorial conformará un Comité de Licitaciones.

3. Para las licitaciones el Ministerio Sectorial promoverá la concurrencia del mayor número de ofertas de compañías de probada experiencia y capacidad técnica y económica.[160]

4. Podrá declarar la caducidad de los contratos.

5. Previamente a la declaración de caducidad de un contrato, el Ministerio del Ramo notificará al contratista fijándole un plazo no menor de treinta ni mayor de sesenta días, contado desde la fecha de la notificación, para el cumplimiento de las obligaciones no atendidas o para que desvanezca los cargos.[161]

[159] Op. Cit. 153., Art. 19.
[160] Ibídem.
[161] Op. Cit. 153, Art. 76.

6. A petición de una empresa contratista o de la Secretaría de Hidrocarburos, podrá el Ministerio del Ramo, previa declaratoria de utilidad pública, expropiar a favor de la Secretaría de Hidrocarburos, para que ésta ceda su uso a la empresa interesada, terrenos u otros bienes inmuebles, o constituir servidumbres, que fuesen indispensables para el desarrollo de cualquier aspecto de la industria petrolera. Todos los gastos y pagos que deban efectuarse para estos fines correrán por cuenta de la empresa interesada o de la Secretaría de Hidrocarburos.[162]

7. El Ministerio del Ramo, efectuada la inspección que fuere necesaria, fijará la cantidad de dinero que estime suficiente para indemnizar al propietario.

[162] Ibídem, Art. 91.

CAPÍTULO V

5. EFECTOS JURÍDICOS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS.

Se necesita iniciar este capítulo de la presente investigación, mencionando que las reformas de julio de 2010 a la Ley de Hidrocarburos trajeron algunos cambios estructurales-administrativos, y otros de fondo ya, específicamente, centrados en el modelo contractual de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador. Como consecuencia de estos cambios, las cláusulas de los contratos referidos han sido modificadas, en los previamente suscritos, y añadidas en los nuevos contratos a suscribirse.

A continuación se detallará detenidamente el régimen jurídico vigente de las reformas a la Ley de Hidrocarburos, a la luz de su regulación normativa.

5.1. Sistema Especial de Licitación para los Contratos de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos en Ecuador.

Como se ha dicho en la primera parte de esta investigación, la contratación petrolera es autónoma y difiere en muchos aspectos de las formas de contratación pública generales, pues n o se ampara bajo los lineamientos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino más bien por el régimen jurídico de la Ley de Hidrocarburos, sus reglamentos y normas aines aplicables a la industria petrolera dentro del marco contractual.

Así pues, la contratación petrolera supone un sistema propio para adjudicar contratos en el Ecuador, y la Ley de Hidrocarburos, con sus reformas, y el reglamento a referidas reformas, a más del reglamento del sistema especial de licitaciones vigente

determinan el marco, mediante el cual, se va a desarrollar este sistema de licitaciones precontractual, para realizar, mediante él, adjudicaciones y suscripción de contratos para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador.

En este orden de ideas, la Ley de Hidrocarburos vigente establece, es su artículo 3, que la adjudicación de los contratos hidrocarburíferos en el Ecuador se desarrollará a la luz del artículo 19 del mismo cuerpo normativo; y este a su vez, manifiesta que la adjudicación de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos la efectuará el Ministerio Sectorial mediante licitación, con excepción de los que se realicen con empresas estatales o subsidiarias de estas, con empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria y los de obras o servicios específicos. Para las adjudicaciones, el Ministerio Sectorial conformará un Comité de Licitaciones que se integrará y funcionará de conformidad con el Reglamento.

Las bases, requisitos y procedimientos para las licitaciones serán determinados por el Comité de Licitaciones de conformidad con la Constitución y la Ley. Para las licitaciones el Ministerio Sectorial promoverá la concurrencia del mayor número de ofertas de compañías de probada experiencia y capacidad técnica y económica.

El reglamento de la Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos[163], para dar operatividad, desarrollar y establecer las funciones del Comité de Licitaciones referidos en el texto del artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos, ha determinado el accionar de dicho Comité, refiriéndose, en primer lugar, a su conformación.

El Comité de Licitaciones Hidrocarburíferas estará conformado por:

1. El Viceministro de Hidrocarburos, que lo preside.
2. El Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos.
3. El Coordinador General Jurídico del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables.

Asimismo, al artículo 41 del mismo cuerpo normativo determina las atribuciones que tiene el COLH en esta fase precontractual, entre las más importantes están las siguientes:

[163] Reglamento a la reforma a la Ley de Hidrocarburos, Publicado en el R.O. No. 330 del 29 de noviembre de 2010, Art. 40.

1) Determinar las bases, requisitos y procedimientos para las licitaciones y modificaciones.

2) Convocar a las licitaciones.

3) Nombrar comisiones de análisis de ofertas y designar a los funcionarios que conformarán los equipos negociadores o de modificación de los contratos.

4) Recomendar al Ministro Sectorial la aprobación de las negociaciones, modificaciones y terminación de mutuo acuerdo de los contratos.

5) Analizar las ofertas y recomendar la adjudicación de los contratos al Ministro de Recursos Naturales no Renovables.

6) Calificar y seleccionar firmas especializadas para la realización de estudios técnicos, económicos y legales, si fuere del caso.

7) Descalificar ofertas en forma motivada.

8) Declarar desiertas las licitaciones, en los casos establecidos en el reglamento.

9) Recabar informes o aclaraciones de las empresas oferentes o de instituciones públicas relacionadas con las ofertas o contratos.

10) Proveer la información necesaria a las empresas oferentes y absolver las consultas o ampliaciones de información presentadas por las empresas participantes.

11) Mantener estricta reserva respecto de los documentos y hechos que no deban ser conocidos públicamente.

12) Conocer y aprobar los documentos precontractuales del respectivo proceso.

Por su parte, el Reglamento Especial de Licitaciones Petroleras[164] vigente establece las condiciones generales que regirán la licitación y la adjudicación de los contratos a que hacen relación la Ley de Hidrocarburos, y determina, de manera específica, el procedimiento previo a las adjudicaciones. Además que ayudará a definir la forma, requisitos y los procedimientos ordenados, que permitan seleccionar a la oferente y a la oferta que más convenga a los intereses nacionales y adjudicar un contrato satisfactorio para las partes.

5.1.1. Documentos de la Licitación.-

Referido cuerpo normativo establece, en su artículo 27 los documentos necesarios para iniciar el concurso licitatorio y, posteriormente, la adjudicación de un contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador. El COLH debe contar con los siguientes documentos entregados por la SH:

1. Texto de la convocatoria a licitación.

2. Bases de contratación aprobadas por el Ministerio del Ramo y la SH por delegación del Presidente de la República.

3. El modelo de contrato que será aplicado.

4. Información técnica, económica y ambiental sobre los bloques, campos, oleoductos, poliductos, gasoductos o instalaciones de refinación, industrialización o almacenamiento y comercialización cuyas contrataciones sean objeto de las licitaciones según el caso.

5. Los programas mínimos de actividades de exploración y explotación valorados.

6. Las instrucciones sobre la forma y contenido de las ofertas; la manera como las propuestas deberán ser presentadas; y, el señalamiento del día, hora y dirección donde deberán presentarse las ofertas.

7. El método de evaluación de las ofertas.

[164] Reglamento Especial de Licitación Petrolera, Publicado en el R.O. No. 181 del 1 de octubre de 2003.

8. Las condiciones legales que debe cumplir el oferente para poder suscribir el contrato y la determinación de los requisitos necesarios para trabajar en el Ecuador.

9. Consulta prelicitatoria o certificación de la Subsecretaría de Protección Ambiental.

10. Los instructivos que sean necesarios según la naturaleza del proceso.

5.1.2. Bases de Contratación.-

Asimismo, el artículo 28 del Reglamento referido anteriormente determina que las bases de contratación deberán al menos contar con la siguiente información:

a. La localización e identificación del área que se licita.

b. Las características y condiciones del contrato.

c. Los criterios de adjudicación aplicables al tipo de proyecto y el método de valoración de las ofertas.

d. En cada licitación se ponderará los criterios de adjudicación. Se tendrán como criterios de adjudicación los siguientes:

1.- Exploración y explotación hidrocarburífera en áreas nuevas.

I. Programa exploratorio mínimo.
II. Participación del Estado en la producción,

2.- Explotación hidrocarburífera en áreas en producción (producción incremental)

III. Programa de inversiones.
IV. Participación del Estado en la producción.

3.- Construcción de infraestructura petrolera.

1. Participación del Estado en las rentas del proyecto.

2. Integración de la industria nacional durante la construcción.

3. Determinación del monto de la garantía de seriedad de la oferta.

4. El valor de la prima de entrada.

5. Las causas específicas por las cuales las ofertas pueden ser descalificadas.

5.1.3. Convocatoria.-

En cuanto a la convocatoria para el concurso licitatorio, el artículo 30 del mismo reglamento establece que la licitación deberá ser publicada publicará una sola vez por lo menos en dos diarios de amplia circulación nacional.

Así, esta convocatoria contendrá la descripción del objeto de la licitación, las condiciones generales de participación, la forma y lugar de presentación de las ofertas y un extracto de las especificaciones técnicas necesarias para identificar el contrato que se licita. Además del obligatorio anuncio en la prensa nacional, el COLH está facultado para invitar a participar, mediante la publicación de avisos en diarios o medios de comunicación extranjeros, por medio de comunicación a las delegaciones diplomáticas y comerciales acreditadas en el país, por medios electrónicos, internet o por cualquier otro medio. El COLH fijará el plazo que regirá entre la publicación de la convocatoria a licitación y la recepción y apertura de las ofertas. Este plazo podrá ampliarse, según las necesidades de la licitación, sea por pedido de los participantes de la licitación o por iniciativa del COLH.

Los documentos de licitación completos con todos sus anexos y complementos deben estar disponibles para los interesados, desde el día de la publicación de la convocatoria a licitación.

5.1.4. Oferentes.-

Por tanto, antes de llevarse a cabo el procedimiento licitatorio como tal se requieren éstos documentos por parte del COLH, así, además se debe aclarar qué compañías podrían participar en una licitación hidrocarburífera. Para tal efecto, el reglamento del Sistema Especial de Licitaciones y las bases de contratación determinan que podrán intervenir en la licitación las compañías o empresas nacionales o extranjeras, estatales o privadas interesadas en participar en la licitación, podrán hacerlo solas o asociadas, como compañías y empresas matrices, por sus propios derechos; compañías y empresas

filiales o sucursales, con la garantía solidaria de su matriz; y, compañías y empresas subsidiarias, con la garantía solidaria de su filial y de su matriz.

Como contraste, se establece también prohibiciones o inhabilidades para participar como oferentes en un concurso licitatorio, las mismas que se detallan a continuación, en referencia al artículo 7 de la misma reglamentación.[165]

No podrán participar en el concurso licitatorio en calidad de oferentes quienes:

1. Tengan prohibición para contratar con el Estado conforme a las leyes del Ecuador.
2. Se encuentren inhabilitados por sentencia judicial.

3. Se hallen en estado de quiebra o liquidación ordenada por la Superintendencia de Compañías o autoridad competente.

4. Sean evasores o deudores morosos del Fisco según conste en sentencia judicial o resolución administrativa firme; y,

5. Empresas nacionales o extranjeras, estatales o privadas, cuyos representantes legales se encontraren comprendidos en dichas causales o se hubieren desempeñado como representantes legales en sociedades que se encuentren comprendidas en dichos supuestos, dentro del año anterior a la participación en la licitación.

6. Las empresas oferentes deberán presentar una declaración juramentada en la que manifiesten no hallarse bajo ninguno de los impedimentos anteriormente señalados.

Conociendo, así, quienes pueden considerarse como oferentes y los documentos que debe otorgar el COLH para la licitación, hay que desarrollar el procedimiento del concurso licitatorio como tal.

En primer lugar los documentos de licitación serán entregados en el lugar que el COLH indique en la convocatoria de la licitación. Asimismo, el COLH, fijará el valor de

[165] Op. Cit. 164.

derecho a participar en la licitación, el mismo que le permitirá acceder a la interesada a la información disponible para el proceso licitatorio. El pago de los derechos de participación es requisito indispensable para intervenir y presentar las propuestas, excepto para la empresa estatal, privada nacional o extranjera, consorcio o asociación que proponga la celebración de contratos.[166]

Así también, los participantes que hubieren pagado los derechos respectivos, podrán solicitar al COLH, la aclaración de los documentos de licitación, por escrito a través de carta o intercambio electrónico de datos enviado a la dirección postal indicada en los documentos de licitación, hasta veinte días antes de la fecha fijada para la presentación de las ofertas. El COLH responderá por escrito a toda solicitud de aclaración o modificación de los documentos de licitación que reciba, a más tardar diez días antes de que venza el plazo para la presentación de las ofertas fijado en la convocatoria. La respuesta será enviada sin identificar la procedencia de la pregunta, a todas las personas participantes. De la misma manera, el COLH por su propia iniciativa podrá aclarar o modificar los términos de los documentos de licitación, que serán puestos en conocimiento de los participantes en la misma forma prevista en el inciso precedente hasta diez días antes de la fecha señalada para el cierre de presentación de ofertas. Las consultas o peticiones referentes a las licitaciones presentadas fuera de los plazos o términos establecidos en este reglamento o en los documentos de licitación no serán recibidas ni procesadas.[167]

5.1.5. Ofertas.-

Ahora, dentro de la preparación de las ofertas y todos los documentos necesarios en la licitación se debe considerar que ellos deberán estar en idioma español, salvo excepciones admitidas en los documentos de licitación. Así también son una excepción los documentos complementarios y literatura impresa que proporcione el oferente podrán estar redactados en otro idioma, con la condición de que vayan acompañados de una traducción al castellano, la que se utilizará para efectos de la interpretación de la oferta.[168]

5.1.5.1. Contenido de las Ofertas.-

[166] Op. Cit. 164, Art. 33
[167] Ibídem, Art. 34
[168] Ibídem, Art. 36

Las ofertas deberán ser presentadas en dos sobres que deben llevar de manera clara y ordenada lo siguiente[169]:

Sobre No. 1:

1. Los documentos relacionados con la identificación y capacidad legal del oferente.

2. El poder amplio y suficiente en favor de su representante legal o apoderado legalmente constituido en el Ecuador.

3. El convenio de consorcio o asociación de las empresas oferentes, de ser el caso.

4. Los documentos demostrativos de los antecedentes técnicos, financieros y económicos del oferente, en la forma como se indiquen en los documentos de licitación; tratándose de consorcios o asociaciones, la información será sobre cada uno de sus integrantes.

5. Información suficiente para determinar la competencia del oferente.

6. Datos generales del personal técnico y administrativo involucrado en la oferta, de ser el caso.

7. Datos generales de los posibles subcontratistas, de ser el caso.

8. La declaración juramentada en la que se indique que no se encuentra con ninguna prohibición para ser considerado como oferente.

Este sobre no deberá contener ningún precio, listas de precios u otras referencias a tarifas y precios relacionados. Las ofertas que presenten en el sobre No. 1, alguna información sobre precios serán rechazadas.

Sobre No. 2.-

a. La oferta económica en el formulario diseñado para el efecto y su resumen según formulario.

[169] Op. Cit. 164, Art. 37

b. La garantía de seriedad de la oferta a favor de la SH por un valor de USD $100.000.

c. La participación del Estado en la producción del área.

d. Los programas mínimos para exploración y/o desarrollo valorados.

e. Cronograma de actividades e inversiones para cada etapa, según el caso.

f. Otros documentos que fueren requeridos.

La oferta será preparada en original y con el número de reproducciones indicado en los documentos de licitación, marcando claramente cada ejemplar como "ORIGINAL" y "COPIA", respectivamente. En caso de discrepancia, el texto del original prevalecerá sobre la copia. El original y la copia o copias de la oferta serán escritas en papel, mecánica o electrónicamente, con tinta indeleble y firmadas por el representante legal o apoderado del oferente, debidamente autorizado para contraer a su nombre las obligaciones del contrato. Todas las páginas de la oferta, excepto las que contengan material impreso que no haya sido modificado, llevarán las rúbricas de las personas que firmen la oferta

Así, las ofertas serán válidas por el plazo especificado en los documentos de licitación, a partir de la fecha de apertura de las ofertas. Toda oferta con un período de validez menor que el requerido será rechazada por el COLH, por no ajustarse a los documentos de licitación.

El COLH, podrá solicitar el consentimiento de los oferentes para prolongar el período de validez de sus ofertas. La solicitud y las respuestas se formalizarán por escrito. La garantía de seriedad de la oferta se prorrogará por el mismo período. Los oferentes podrán rechazar esa solicitud sin que se les ejecute la garantía de sus ofertas. Los oferentes que acepten prorrogar la validez de sus propuestas no podrán modificarlas.[170]

[170] Op. Cit. 164, Art. 39

5.1.5.2. Apertura de Ofertas.-

Las ofertas se deben abrir en acto público, con presencia de los medios de comunicación, en el lugar, fecha y hora señalados en la convocatoria de la licitación. En ese momento y en presencia de los oferentes o de sus representantes autorizados para ese acto, se leerá el nombre del oferente de cada una de las ofertas, se verificará el número de folios y la documentación de cada oferta que será rubricada por el Secretario, un miembro del COLH y un representante de los oferentes. De la apertura de los sobres se levantará un acta, que será suscrita por los miembros del COLH y los representantes de los oferentes asistentes al acto de apertura. El Secretario del comité dará fe de lo actuado.[171]

5.1.5.3. Evaluación de las Ofertas.-

Presentadas las ofertas, esta etapa de evaluación supone dos fases, de conformidad con el artículo 43 del Reglamento del Sistema Especial de Licitaciones, las mismas que establecen, en primer lugar, la constatación de los documentos del sobre No.1; y, en segundo lugar, el proceso de evaluación de la propuesta contenida en el sobre No.2

El COLH designará una Comisión de Calificación y Evaluación (CCE), integrada por técnicos de probada experiencia, la que actuará bajo la dirección y políticas del Ministro del Ramo. Dicha comisión estará conformada por:

a. Dos economistas;
b. Dos ingenieros que serán especialistas del área a que se refiera la licitación.; y,
c. Un abogado.

Apertura, evaluación y calificación del sobre No. 1:

La apertura del sobre Nro. 1 tiene por objeto la constatación de los documentos solicitados y verificación de que las empresas tengan la solvencia financiera, capacidad técnica, operativa y ambiental para desarrollar los respectivos proyectos, con estándares de calidad, durante el plazo de duración de los contratos correspondientes. Solamente las empresas, consorcios o asociaciones de empresas que demuestren su solvencia y capacidad para continuar en el proceso de la licitación. En el día y hora fijado en los

[171] Ibídem, Art. 45

documentos de licitación y de acuerdo con las normas establecidas para el efecto, se abrirán los sobres Nro. 1 de las ofertas presentadas.[172]

La evaluación comprenderá el análisis de los documentos presentados a fin de determinar si se ajustan o no a lo estipulado en los documentos de la licitación. El COLH rechazará toda oferta que no se ajuste a los documentos solicitados en la licitación, sin responsabilidad alguna ante el oferente. La determinación de que una oferta se ajusta a la licitación se basará en el contenido de la propia oferta, sin recurrir a pruebas externas.

Apertura, evaluación y calificación del sobre No. 2

Para la apertura del sobre Nro. 2 se observará el siguiente procedimiento[173]:

1.- En la sesión convocada para este efecto, el COLH), de acuerdo con, procederá a:

1.1 Devolver el sobre 2 de las ofertas no calificadas.

1.2 Abrir el sobre Nro. 2 de las ofertas calificadas.

1.3 Dar lectura a los resúmenes de las ofertas, de acuerdo al formulario establecido.

1.4 Designar a las personas que, en ese mismo acto, deben rubricar todas las fojas de los documentos incluidos en las ofertas.

1.5 Designar a los miembros de la Comisión de Calificación y Evaluación del sobre No. 2.

1.6 Fijar el plazo dentro del cual la Comisión de Calificación y Evaluación del sobre No. 2 analice los documentos y presente el informe acompañado de los cuadros comparativos de las ofertas y el posible orden de prelación, de acuerdo al instructivo de evaluación de ofertas. Los cuadros comparativos contendrán los criterios de adjudicación. La sumatoria de las calificaciones de cada oferta,

[172] Op. Cit. 164, Art. 46
[173] Ibídem, Art. 48

respecto de los criterios de adjudicación, determinará su posible ubicación en el orden de prelación.

1.7 A la empresa que obtenga la mayor calificación, en la evaluación realizada por la Comisión de Calificación y Evaluación se le otorgará el puntaje más alto y las restantes participantes recibirán el puntaje proporcional de acuerdo a la evaluación de su oferta, comparada con la que obtuvo el máximo puntaje.

Después de realizado lo referido en el párrafo anterior, de conformidad con el COLH deberá conformar, con los delegados de sus miembros, un equipo negociador, se designará al Jefe del equipo y se dispondrá el inicio de la negociación con la empresa que figure en el primer lugar de la lista de prelación.

El equipo negociador, dentro del plazo que señale el COLH sostendrá negociaciones tendientes a la obtención de un contrato satisfactorio para las partes, con las empresas según el orden de prelación. De no lograrse un acuerdo satisfactorio, el equipo negociador informará de este particular al COLH y el procedimiento se repetirá con la siguiente empresa oferente que figure en el orden de prelación. De persistir los desacuerdos el COLH declarará desierta la licitación. En el caso de existir una sola oferta y no se llegarse a un acuerdo satisfactorio en el proceso de negociación, el COLH declarará desierta la licitación. Al declararse desierta la licitación, las empresas oferentes no tendrán derecho de reclamo alguno ante ningún organismo ni jurisdicción.

El COLH, en las siguientes sesiones que traten sobre la negociación del contrato analizará los informes del avance del equipo negociador hasta su finalización y la obtención de un acuerdo satisfactorio; cuando sea del caso, dispondrá que el Secretario de Hidrocarburos solicite el informe al Procurador General del Estado sobre la contratación y el dictamen del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Así, el COLH, una vez recibido el informe y dictamen precedentes, aprobará y adjudicará el contrato para ser suscrito con la Secretaría de Hidrocarburos.

Una vez celebrado el contrato con todas las formalidades, la contratista procederá a la inscripción del contrato en el Registro de la Secretaría de Hidrocarburos, dentro de

los 30 días siguientes a su suscripción. La compañía contratista remitirá a la Secretaría de Hidrocarburos, diez copias certificadas inscritas del contrato.[174]

Todo lo dicho en este apartado configura el sistema especial de licitaciones para adjudicaciones de contratos de exploración y explotación hidrocarburífera, confirmando así, una vez más, que se trata de una industria autónoma, sometida a diferentes procedimientos y requisitos diferentes a los de la contratación pública "general".

5.2. Régimen Jurídico y Reforma Ambiental.-

En concordancia con las disposiciones constitucionales referentes a que los hidrocarburos son recursos naturales no renovables y, además, considerados como un sector estratégico, la reforma a la Ley de Hidrocarburos pretende dar fiel cumplimiento a estas disposiciones y establecer para la explotación de hidrocarburos una garantía de un modelo sustentable de desarrollo, que sea ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad, la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas y que, además, asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.[175] Con esta motivación, el legislador consideró necesario introducir disposiciones que permitan impulsar la actividad hidrocarburífera, incrementando los niveles de producción de los campos petroleros en un marco sustentable y respetuoso de la comunidad y del medio ambiente.

En este sentido, la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de 2010, nos plantea una reforma que pretende dar sentido a lo dicho en el párrafo anterior, así la reforma ambiental de la ley reformatoria a la ley de hidrocarburos se expresa en los siguientes términos:

> ***Art. 12**.- Añádase al final del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos el siguiente numeral:*
>
> *"14. Provocare, por acción u omisión, daños al medio ambiente, calificados por el Ministerio Sectorial; siempre que no los remediare conforme a lo dispuesto por la autoridad competente".*

Así, para dar el alcance y sentido necesarios al precedente artículo, la Ley de Hidrocarburos manifiesta en el artículo pertinente lo siguiente:

---

[174] Op. Cit. 164 , Art. 48

[175] Internet: http://lists.accionecologica.org/pipermail/boletin-accionecologica.org/2010-July/000017.html Acceso: 4 de agosto de 2013.

Art. 74.- *El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista: (…)*

*(…)**14.** Provocare, por acción u omisión, daños al medio ambiente, calificados por el Ministerio Sectorial; siempre que no los remediare conforme a lo dispuesto por la autoridad competente.*

Ahora, para entender el contenido de la reforma previamente establecida debemos entender a la caducidad como a *"una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, hecho que hace necesaria la intervención rápida de la administración a fin de garantizar que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesiona a la comunidad en general. Es decir, la caducidad del contrato es una potestad que se le reconoce al Estado como parte en él, para darlo por terminado*".[176]

Por tanto, la ley reformatoria establece que el Estado ecuatoriano podrá, entonces, dar por terminado el contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, o cualquier otro, si considera que la compañía contratista puede provocar o provocare, de hecho, por acción u omisión daños al medio ambiente siempre y cuando no fueren remediados y que, además, sean calificados como tales por el Ministerio Sectorial. Sin embargo, la inquietud que salta respecto de esta reforma ambiental es a partir de la viabilidad de esta nueva causal de caducidad del contrato, pues no creo que sea eficiente y operativo que el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, siendo el ente encargado de promover la explotación petrolera, sea el que califique como tal a un eventual o potencial daño ambiental con la posibilidad latente de declarar la caducidad de un contrato. Por tanto, sería mucho más óptimo y eficaz, que ese trabajo lo hiciera el Ministerio especializado en el tema ambiental, es decir el Ministerio del Ambiente.

En tal virtud, se podría decir que la intención de presentar esta nueva causal de caducidad de los contratos hidrocarburíferos en cuanto se verificare un daño ambiental es congruente con el régimen de responsabilidad objetiva establecida en nuestra Constitución; sin embargo, como ya se ha dicho, considero que para hacerlo más

[176] Gaceta de la Corte Constitucional Colombiana No. SENTENCIA T-569 DE 1998 de fecha 8 de octubre de 1998.

eficiente y especializado, quien debe determinar si existió o no un daño ambiental a causa de la industria, es el Ministerio del Ambiente.

5.3. Régimen Jurídico y reforma laboral.

La Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de julio de 2010, en cuanto a la reforma laboral establecida en ella se manifiesta en relación a la participación laboral de la siguiente manera en el artículo 16 de la ley reformatoria y concordantemente plasmado en el artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos vigente.

La reforma laboral se refiere, específicamente, a la participación laboral en cuanto a las utilidades anuales que tienen derecho los trabajadores de acuerdo al régimen del Código de Trabajo ecuatoriano vigente. En tal virtud, la reforma laboral previamente dicha se establece en los siguientes términos:

> "***Art. 16.-*** *Añádase el siguiente Art. 94 a la Ley de Hidrocarburos:*
>
> ***Art. 94.- Participación Laboral:*** *En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado, que lo destinará, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social en salud y educación, a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados que se encuentren dentro de las áreas delimitadas por cada contrato, donde se lleven a cabo las actividades hidrocarburíferas, en partes iguales. Dichos proyectos deberán estar armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo. El dinero correspondiente al 12% destinado a proyectos de inversión social será canalizado a los Gobiernos Autónomos Descentralizados a través del Banco del Estado. Para que el Banco del Estado efectúe los desembolsos correspondientes, los Gobiernos Autónomos Descentralizados deberán contar con proyectos debidamente aprobados por el Ministerio Sectorial correspondiente al área en que se quiera ejecutar el proyecto".*

Esta disposición reformatoria es muy clara en su texto, pues establece que como utilidades, los trabajadores tendrán derecho para participar en el 3% del total de las ganancias anuales y que el 12% restante se destinará a proyectos de inversión social, educativa y de salud, los mismos que serían canalizados por los GADs a través del Banco del Estado.

Considero importante la intención de reformar este tema en la Ley de Hidrocarburos, pues es evidente que, durante años, las utilidades que percibían los trabajadores que se desempeñaban laboralmente en compañías hidrocarburíferas, eran millonarias en comparación con otras actividades del sector privado; sin embargo considero que la disposición no es muy clara y resultaría inconstitucional pues al decir

que la utilidades serán establecidas en el 3% y no en el 15% como el Código de Trabajo manifiesta, se estaría restringiendo ese derecho ya adquirido por parte de los trabajadores; ahora, si bien el artículo 328 de la Carta Constitucional detalla que las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables; en este caso la Ley de Hidrocarburos con esta reforma lo ratifica.

A pesar de lo referido en el párrafo anterior, surge una interrogante que la ley reformatoria ni su reglamento logran determinar, esto es, el establecer si la disposición de la Ley reformatoria, referente a la participación laboral se entenderá retroactiva, es decir para los trabajadores que firmaron su contrato de trabajo antes del 10 de julio de 2010, o, en su defecto, regirán para lo venidero; es decir, para los trabajadores que se contraten a partir de la promulgación y publicación de la Ley reformatoria. Todo esto, evidentemente, entendiendo que, según los principios de aplicación de los derechos, de conformidad con el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, no pueden ser regresivos y que por tanto, prohíbe toda discriminación por razones de etnia, lugar de nacimiento, condición socio económica ni por cualquier otra distinción.[177]

Asimismo, el hecho de modificar el porcentaje reconocido en la legislación laboral para el pago de las utilidades a los trabajadores privados, sería un hecho atentatorio al artículo 84 de la Constitución de la República, en cuanto éste dispone que en ningún caso, una reforma constitucional, las leyes, otras normas jurídicas u otros actos de poder público, podrán atentar contra los derechos que la Carta Constitucional garantiza; y en este sentido, el modificar el porcentaje de la participación laboral conculca los derechos ya adquiridos por los trabajadores hasta antes de la reforma a la Ley de Hidrocarburos en julio de 2010.

5.4. Régimen Jurídico y Reforma tributaria

En materia tributaria, la reforma a la Ley de Hidrocarburos establece un nuevo régimen sobre el impuesto a la renta en las ganancias que produzcan las compañías contratistas en la exploración y explotación de hidrocarburos. Así la Ley reformatoria establece en su articulado las siguientes modificaciones tributarias a la Ley de Régimen Tributario Interno:

[177] Op. Cit. 176.

Art. 25.- *Elimínese del inciso cuarto del artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno, lo siguiente: "salvo que por la modalidad contractual estén sujetas a las tarifas superiores previstas en el Título Cuarto de esta Ley.".*

Art. 26.- *En el artículo 10 agréguese un segundo inciso en el numeral innumerado agregado a continuación del numeral 6 (que fue agregado por el Art. 4 de la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial Suplemento 94 de 23 de diciembre de 2009), con lo siguiente : "En contratos de exploración, explotación y transporte de recursos naturales no renovables, en los gastos indirectos asignados desde el exterior a sociedades domiciliadas en el Ecuador por sus partes relacionadas se considerarán también a los servicios técnicos y administrativo.".*

Art. 27.- *Sustitúyase el artículo 90 de la Ley de Régimen Tributario Interno por el siguiente:*

*"**Art. 90.-** Los contratistas que han celebrado contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos pagarán el impuesto a la renta de conformidad con esta Ley.*
La reducción porcentual de la tarifa del pago del impuesto a la renta por efecto de la reinversión no será aplicable. No serán deducibles del impuesto a la renta de la contratista, los costos de financiamiento ni los costos de transporte por oleoducto principal bajo cualquier figura que no corresponda a los barriles efectivamente transportados. En caso de que una misma contratista suscriba más de un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, para efectos del pago de impuesto a la renta no podrá consolidar las pérdidas ocasionadas en un contrato con las ganancias originadas en otro.".

En suma, las reformas previamente establecidas se refieren, entonces, a la reducción del porcentaje del impuesto a la renta por las utilidades que la compañía contratista perciba que debía ser pagado, es decir, se pasó de un pago del 44% a un pago del 25% a partir de la transición del modelo contractual de Participación al de Prestación de Servicios para la exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador.

Asimismo, se modifica la deducción de los gastos de las compañías contratistas; es decir, éstas últimas no van a poder computar como gastos deducibles los costos financieros ni los que se generen a causa del transporte del crudo por el oleoducto; así también, entonces, se establece una base máxima o límite tope del 5% del impuesto gravado para la deducción de gastos por concepto de gasto en servicios administrativos y técnicos.

Con todo esto, concuerdo con el criterio del Abogado de la Procuraduría del Estado ecuatoriano, el Dr. Mario Zambrano Simball en decir que estas reformas previamente establecidas, a la postre, generan una especie de discriminación al dar un trato preferente en el pago del impuesto a la renta a las compañías contratistas en la

industria petrolera, pues se deberá pagar solo el 25% de los ingreso gravables; en virtud de los cual, se violaría el artículo 300 de la Constitución de la República al referirse, entre otros principios del régimen tributario, al de equidad y progresividad, pues de un pago del 40%, se reduce al pago del impuesto a la renta por las Operadoras a un 25%.

5.5. Régimen Jurídico y reforma económica.-

A mi criterio, la reforma económica de la Ley de Hidrocarburos encuentra su fundamento en la principal reforma; es decir, en el cambio de base contractual para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador, pasando de un contrato de Participación a un contrato de Prestación de Servicios para realizar dicha actividad.

> ***Art. 7.-*** *Sustitúyase el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos, por el siguiente:*
>
> *"**Art. 16.-** Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquéllos 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, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados. Cuando existieren o cuando el prestador de servicios hubiere encontrado en el área objeto del contrato hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista, se fijará contractualmente tomando en cuenta un estimado de la amortización de las inversiones, los costos y gastos, y una utilidad razonable que tome en consideración el riesgo incurrido.*
> *De los ingresos provenientes de la producción correspondiente al área objeto del contrato, el Estado ecuatoriano se reserva el 25% de los ingresos brutos como margen de soberanía. Del valor remanente, se cubrirán los costos de transporte y comercialización en que incurra el Estado. Una vez realizadas estas deducciones, se cubrirá la tarifa por los servicios prestados. La contratista tendrá opción preferente de compra de la producción del área del contrato, a un precio que en ningún caso será inferior al precio de referencia definido en el artículo 71, no obstante se adjudicará a la empresa que ofertare a un precio en mejores condiciones.*
> *El pago de la tarifa indicada será realizado en dinero, en especie o en forma mixta si conviniere a los intereses del Estado. El pago en especie se podrá efectuar únicamente después de cubrir las necesidades de consumo interno del país. El precio de hidrocarburos para el caso de pago en especie se fijará de acuerdo con el último precio promedio mensual de ventas externas de hidrocarburos de calidad equivalente, realizadas por PETROECUADOR. Podrá haber una tarifa adicional para privilegiar producciones provenientes de actividades adicionales comprometidas por la contratista, a fin de impulsar el descubrimiento de nuevas reservas o la implementación de nuevas técnicas para la recuperación mejorada de las reservas existentes. Las contratistas garantizarán la realización de las inversiones comprometidas en el respectivo plan de desarrollo o plan quinquenal.*

La definición de la comercialidad de los yacimientos constará en las bases de contratación."

Este artículo de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos determina, así algunas modificaciones económicas, las mismas que se detallarán a continuación:

1. El Estado ecuatoriano es el propietario legítimo y soberano de toda la producción petrolera en las áreas de los contratos.

2. Con la modificación del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos se establece únicamente el pago de una tarifa por cada barril producido y entregado al Estado en un punto de Fiscalización. En este orden de ideas, la reforma establece que esa tarifa se negociará con la parte contratista, considerando para el efecto, un valor estimado de la amortización de las inversiones, los gastos, costos y la utilidad razonable que considere el riesgo incurrido.

3. Así también se establece el margen de soberanía, con el que el Estado siempre participará en un 25% del ingreso bruto generado a través de la explotación de cualquier área destinada para el efecto.

4. Para efectos del cálculo del ingreso bruto del contrato, todo el petróleo crudo del área de los contratos será valorado con el precio promedio mensual del petróleo durante el mes correspondiente a los servicios prestados.[178]

5. Realizadas todas las deducciones, previamente referidas, se establece una tarifa fija, la misma que puede ser cancelada en dinero o en especie siempre que no se afecte el abastecimiento interno de las refinerías del país al escoger la segunda posibilidad de pago.

Con estas reformas de los párrafos precedentes, se configura un nuevo sistema económico de la industria petrolera al establecer una tarifa fija que pagará el Estado ecuatoriano por cada barril producido y entregado en un Centro de Fiscalización, pues el hecho de que el Estado ecuatoriano sea el dueño absoluto y no solo "participe" en parte

[178] Reglamento a las reformas a la Ley de Hidrocarburos, Publicada en el R.O. No. 330 del 29 de noviembre de 2012.Última modificación 5 de noviembre de 2012, Art. 55

de la producción es un avance sustancial para el desarrollo económico del país; sin embargo de ello, la transición en el cambio de modalidad contractual ha hecho, como ya se dijo en páginas anteriores, que los contratos celebrados con anterioridad a las reformas tengan que renegociarse, replantear las especificaciones de la ley en un lapso corto de tiempo, dándose terminaciones unilaterales de contratos, indemnizaciones millonarias y campos improductivos hasta que se efectúen nuevas licitaciones petroleras y posteriores adjudicaciones.

5.6. Régimen Jurídico y reforma administrativa.-

Con la publicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos en el Ecuador en julio de 2010, se crea una nueva organización institucional de administración y también de control a todo cuanto se refiera a la exploración y explotación de hidrocarburos en el Estado ecuatoriano.

En este orden de ideas, la Ley reformatoria crea dos organismos administrativos para la estructura y buen funcionamiento de la industria petrolera ecuatoriana con las siguientes funciones, al tenor literal del articulado reformado:

Art. 6.- *Añádase el siguiente artículo a continuación del Art. 12 de la Ley de Hidrocarburos:*

> *"**Art. 6-A.- Secretaría de Hidrocarburos (SH).-** Créase la Secretaría de Hidrocarburos, SH, como entidad adscrita al Ministerio Sectorial, con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y operativa, que administra la gestión de los recursos naturales no renovables hidrocarburíferos y de las sustancias que los acompañen, encargada de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros. Para este efecto definirá las áreas de operación directa de las empresas públicas y las áreas y actividades a ser delegadas a la gestión de empresa de economía mixta y excepcionalmente a las empresas privadas, nacionales e internacionales, sometidas al régimen jurídico vigente, a la Ley de Hidrocarburos y demás normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen.*
> *El representante legal de la Secretaría de Hidrocarburos será el Secretario de Hidrocarburos, designado por el Ministro Sectorial.*
>
> ***Atribuciones.-*** *Son atribuciones de la Secretaría de Hidrocarburos, las siguientes:*
>
> ***a)*** *Suscribir, a nombre del Estado ecuatoriano, los contratos de exploración y explotación, industrialización y transporte, previa adjudicación por parte del Ministerio Sectorial;*

b) *Aprobar planes y programas técnicos y económicos para la correcta ejecución de las actividades y de los contratos de exploración y explotación, industrialización y transporte, de conformidad con la presente Ley;*

c) *Diseñar, evaluar y realizar estrategias de promoción de la exploración y explotación, industrialización y transporte de hidrocarburos y divulgarlas con las mejores prácticas internacionales*

d) *Evaluar el potencial hidrocarburífero del país;*

e) *Mantener el Registro de Hidrocarburos;*

f) *Administrar los contratos que suscriba y controlar su ejecución;*

g) *Administrar las áreas hidrocarburíferas del Estado y asignarlas para su exploración y explotación;*

h) *Administrar la participación del Estado en los volúmenes de hidrocarburos que le corresponda en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos;*

i) *Apoyar al Ministerio Sectorial en la formulación de la política gubernamental en materia de hidrocarburos;*

j) *Administrar la información de las áreas y contratos de exploración y explotación, industrialización y transporte de hidrocarburos y asegurar su preservación, integridad y utilización;*

k) *Administrar y disponer de los bienes que por cualquier concepto se reviertan al Estado, por mandato de esta Ley;*

l) *Fijar las tasas de producción de petróleo de acuerdo con los contratos y los reglamentos;*

m) *Emitir informe previo a la autorización del Ministerio Sectorial para la transferencia o cesión de derechos de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, así como para las autorizaciones inherentes a las actividades de transporte, almacenamiento, industrialización y comercialización, cuando corresponda;*

n) *Solicitar al Ministerio Sectorial, mediante informe motivado, la caducidad de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, o la revocatoria de autorizaciones o licencias emitidas por el Ministerio Sectorial en las demás actividades hidrocarburíferas; y,*

o) *Las demás que correspondan de conformidad con esta Ley y el Reglamento.*

Con el aparecimiento de la Secretaría de Hidrocarburos y sus nuevas atribuciones y funciones, considero que la facultad más importante y sustancial es la de suscribir,

administrar y controlar la ejecución, a nombre del Estado ecuatoriano, de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador; relegando así, de esta función, a EP PETROECUADOR, que hasta antes de estas modificaciones legales, era quien venía desempeñándose como parte contratante en este tipo de contratos hidrocarburíferos. El estatuto por procesos de la Secretaría de Hidrocarburos[179] desarrolla las atribuciones de la SH; y, además, afirma y reitera en su artículo 19, esta calidad que ostenta la Secretaría de Hidrocarburos como parte contratante, en cuanto manifiesta que la misión de esta institución en la industria petrolera ecuatoriana es: administrar y asignar áreas correspondientes al mapa petrolero del Ecuador, administrar Contratos Hidrocarburíferos y proporcionar el soporte técnico, económico, legal y socio-ambiental en procesos licitatorios y de contratación.[180]

Asimismo, la disposición transitoria segunda de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de julio de 2010 establece, al respecto, lo siguiente:

> *Todos los contratos de exploración y explotación vigentes, suscritos con PETROECUADOR y PETROPRODUCCION, que hasta la presente fecha han sido administrados por las Unidades de Administración de Contratos de PETROECUADOR y de PETROPRODUCCION, indistintamente de su modalidad contractual pasarán a ser administrados por la Secretaría de Hidrocarburos hasta la finalización del plazo y hasta que opere la reversión de las respectivas áreas, responsabilidad que se extiende para las áreas y bloques, con respecto a los cuales se haya declarado la caducidad.*

Otra de las reformas administrativas y estructurales de la Ley reformatoria es la eliminación de la Dirección Nacional de Hidrocarburos, la misma que fue sustituida y mejorada por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero ARCH. Así la Ley reformatoria establece lo siguiente al respecto:

> ***Art. 5.-*** *Sustitúyase el Art. 11 de la Ley de Hidrocarburos por el siguiente:*
>
> *"**Art. 11.- Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH).-** Créase la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, ARCH, como organismo técnico-administrativo, encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera, que realicen las empresas públicas o privadas, nacionales, extranjeras, empresas mixtas, consorcios, asociaciones, u otras formas contractuales y demás personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que ejecuten actividades hidrocarburíferas en el Ecuador. La Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero será una institución de derecho público, adscrita al Ministerio*

[179] Estatuto por Procesos de la Secretaría de Hidrocarburos, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 433 del 19 de abril de 2013.
[180] Ibídem, Art. 19,

Sectorial con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio.
La Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero tendrá un Directorio que se conformará y funcionará según lo dispuesto en el Reglamento.
El representante legal de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero será el Director designado por el Directorio.

Atribuciones.- *Son atribuciones de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, las siguientes:*

a) *Regular, controlar y fiscalizar las operaciones de exploración, explotación, industrialización, refinación, transporte, y comercialización de hidrocarburos;*

b) *Controlar la correcta aplicación de la presente Ley, sus reglamentos y demás normativa aplicable en materia hidrocarburífera;*

c) *Ejercer el control técnico de las actividades hidrocarburíferas;*

d) *Auditar las actividades hidrocarburíferas, por sí misma o a través de empresas especializadas;*

e) *Aplicar multas y sanciones por las infracciones en cualquier fase de la industria hidrocarburífera, por los incumplimientos a los contratos y las infracciones a la presente Ley y a sus reglamentos;*

f) *Conocer y resolver sobre las apelaciones y otros recursos que se interpongan respecto de las resoluciones de sus unidades desconcentradas;*

g) *Intervenir, directamente o designando interventores, en las operaciones hidrocarburíferas de las empresas públicas, mixtas y privadas para preservar los intereses del Estado;*

h) *Fijar y recaudar los valores correspondientes a las tasas por los servicios de administración y control;*

i) *Ejercer la jurisdicción coactiva en todos los casos de su competencia;*

j) *Solicitar al Ministerio Sectorial, mediante informe motivado, la caducidad de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, o la revocatoria de autorizaciones o licencias emitidas por el Ministerio Sectorial en las demás actividades hidrocarburíferas; y,*

k) *Las demás que le correspondan conforme a esta Ley y los reglamentos que se expidan para el efecto.*

Esta reforma añadida a la Ley de Hidrocarburos vigente hace posible que se cree un organismo encargado, básicamente, de la fiscalización de la industria petrolera en el

Ecuador; así, todo esto se corrobora mediante las disposiciones pertinentes del Estatuto por Procesos de la ARCH, las mismas que al respecto manifiestan lo siguiente:[181]

> ***Art. 1****.- MISION.- Garantizar el aprovechamiento óptimo de los recursos hidrocarburíferos, propiciar el racional uso de los biocombustibles, velar por la eficiencia de la inversión pública y de los activos productivos en el sector de los hidrocarburos con el fin de precautelar los intereses de la sociedad, mediante la efectiva regulación y el oportuno control de las operaciones y actividades relacionadas.*
>
> ***Art. 3****.- OBJETIVOS INSTITUCIONALES PERMANENTES*
>
> ***1)*** *Asegurar el buen funcionamiento de los mercados, la oportuna prestación de los servicios públicos hidrocarburíferos y la calidad de los productos y de los servicios conexos.*
>
> ***2)*** *Contribuir para el uso eficiente de los recursos hidrocarburíferos en cada una de las fases de la industria.*
>
> ***3)*** *Incrementar los niveles de satisfacción de los usuarios internos y externos, mediante procesos de calidad y de coordinación interinstitucional.*
>
> ***4)*** *Incrementar la productividad institucional en beneficio de sus usuarios.*
>
> ***5)*** *Garantizar la estabilidad del talento humano en base a su desarrollo, aporte profesional y experticia a la institución.*
>
> ***6)*** *Obtener información hidrocarburífera confiable y oportuna, para procesarla y atender los requerimientos de los usuarios internos y externos.*
>
> ***7)*** *Asegurar el mejoramiento continuo de la Agencia.*

Así, con el establecimiento de las atribuciones de la ARCH, la propia reforma establece la creación de un Directorio, a través del Director, que será quien haga posible la realización y puesta en marcha de todas las facultades de la reforma y las demás comprendidas en el mismo estatuto por procesos. En este sentido, entonces, el Directorio sería conformado por el Ministro de Recursos Naturales No Renovables, o su delegado permanente, quien lo presidirá; el Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos, o su delegado permanente y un miembro designado por el Presidente de la República.

El reglamento a la Ley reformatoria de la Ley de Hidrocarburos[182] sobre esta reforma administrativa desarrolla también las atribuciones y facultades del Directorio y del Director:

[181] Estatuto por Procesos de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, Publicado en el R.O. Suplemento No. 153 del 3 de junio de 2011. Última modificación de fecha 20 de mayo de 2013.

***Art. 21**.- Atribuciones del Directorio.- El Directorio de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero tendrá las siguientes atribuciones:*

1. *Dictar las normas relacionadas con la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados, en el ámbito de su competencia.*

2. *Fijar los valores correspondientes a las tasas por los servicios de fiscalización y control.*

3. *Nombrar al Director de la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos, de una terna propuesta por el Presidente del Directorio, y sustituirlo.*

4. *Establecer las políticas y objetivos de la agencia, en concordancia con la política nacional en materia de regulación y control hidrocarburífero y evaluar su cumplimiento.*

5. *Aprobar los planes estratégicos, objetivos de gestión, presupuesto anual, estructura organizacional y responsabilidad social, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo y evaluar su ejecución, sobre la base de las propuestas presentadas por el Director.*

6. *Aprobar y modificar el Reglamento de Funcionamiento del Directorio.*

7. *Establecer los montos de competencia del Director de la Agencia, para la contratación de obras, bienes y servicios y la enajenación de bienes.*

8. *Conocer y resolver sobre el informe de gestión institucional y financiera del Director de la Agencia, cortados al 31 de diciembre de cada año.*

9. *Las demás que le asigne el Reglamento Orgánico Funcional de la Agencia y las decisiones del Directorio.*

***Art. 24**.- Atribuciones.- Corresponde al Director de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero ejercer las atribuciones establecidas en la Ley de Hidrocarburos y en los reglamentos; además de las siguientes:*

1. *Ejecutar las regulaciones de las actividades técnicas y operacionales, en las diferentes fases de la hidrocarburífera, que realicen las empresas públicas o privadas, nacionales, extranjeras, empresas mixtas, consorcios, asociaciones, u otras formas contractuales y demás personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que ejecuten actividades hidrocarburíferas en el Ecuador.*

2. *Ejecutar las regulaciones para garantizar el abastecimiento de los combustibles en condiciones normales y emergentes, así como para establecer interrelaciones entre los diferentes actores y mercados de la*

[182] Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el Registro Oficial No. 244 del 27 de julio de 2010

industria hidrocarburífera, para evitar prácticas que distorsionen la libre competencia.

3. *Dictará los instructivos, que sean necesarios para el normal funcionamiento de la agencia y para la aplicación del modelo de gestión.*

4. *Ejercerá el control de todas las actividades relacionadas con el uso, manejo, tratamiento, exploración, producción, comercialización, almacenamiento y transporte de hidrocarburos, para cuyo efecto, todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras son sujetos de control.*

En suma, las atribuciones de la ARCH son el control y fiscalización de todas las etapas de la industria petrolera en el Ecuador, desde la exploración hasta la refinación y comercialización del crudo y cualquier otro hidrocarburo.

Con todas las reformas establecidas en el presente Capitulo, han surtido algunos problemas en cuanto a su aplicación dentro de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos; esto ha hecho que me replantee la posibilidad de una modificación, ajuste o reordenamiento de las cláusulas ambientales, tributarias, laborales y administrativas, para que el sistema de contratación petrolera no se torne suntuoso y no se tenga que pasar, además, por otros contingentes como los ocurridos a causa de la renegociación de los contratos por la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de 2010.

CAPÍTULO VI

6. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

6.1. Cláusulas en los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en Legislación comparada

Para poder determinar una solución o alternativa de posibles buenos resultados en la aplicación de las reformas a la Ley de Hidrocarburos que han traído algunos problemas, creo que es necesario comparar la aplicación de las cláusulas en cuestión con cláusulas plasmadas en contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en base de legislación comparada; en este sentido, el siguiente apartado va a mostrar modelos de cláusulas de países afines que podríamos adaptar a la cláusulas ecuatorianas sin apartarnos del sentido de las reformas a la Ley de Hidrocarburos de 2010, sino más bien solventando los contingentes a partir de ellas.

En tal virtud, he tomado modelos de contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en Estados latinoamericanos tales como Perú, Bolivia y Colombia, pues son países que, de alguna manera, tienen un cierto parecido en el modo de concepción de la industria petrolera dentro de sus legislaciones, y que, además, dicha concepción ha sido plasmada en los contratos firmados para realizar las actividades hidrocarburíferas de exploración y explotación.

6.1.1. *Cláusulas ambientales.-*

La legislación boliviana, no establece como causal de caducidad y resolución del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, el daño ambiental que no haya sido remediado; sin embargo, considero interesante el resaltar, que, a diferencia de nuestra reforma a la Ley de Hidrocarburos en materia de daño ambiental, la legislación boliviana[183] se refiere a la restauración y a la remediación, no como términos excluyentes, sino más bien vinculados y entrelazados, con el único fin de mitigar y reparar el daño causado por la realización de actividades hidrocarburíferas en alguna área determinada para tal efecto. Así el contrato de prestación de servicios

[183] Reglamento Ambiental para el Sector Hidrocarburífero, Publicado el 22 de abril de 1996.

para la exploración y explotación de hidrocarburos en Bolivia establece, al respecto, lo siguiente:

> *CLÁUSULA 9*
>
> *9.3. El titular cumplirá con todas las obligaciones ambientales y las disposiciones contenidas en leyes aplicables, conforme a las prácticas prudentes de la industria.*

Y, el Reglamento de Prevención y Control Ambiental[184] boliviano, en cuanto a la autoridad competente en la determinación de existencia de un posible daño ambiental en Bolivia dispone lo siguiente:

> *ARTICULO 3º.*
> *Las instancias técnico-administrativas, mediante las cuales se realizarán los procesos de Evaluación de Impacto y Daño Ambiental y de Control de Calidad Ambiental, para los proyectos, programas, planes, obras y actividades públicos o privados, se establecen en lo que sigue del presente Reglamento, en función a la jurisdicción y competencia que corresponde a las autoridades nacionales, departamentales y locales.*
>
> *ARTICULO 4º.*
> *El Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente (MDSMA), como autoridad nacional, tendrá competencia en todos los proyectos, obras o actividades que tengan impactos ambientales. Esta autoridad llevará a cabo los respectivos procedimientos técnico-administrativos, en caso de que surjan discrepancias respecto a procesos de Evaluación de Impacto Ambiental y de Control de Calidad Ambiental, sobre proyectos, obras o actividades, públicos o privados.(…)*

En este sentido, considero muy interesante la aplicación de este articulado al modelo contractual en cuanto al daño ambiental se refiere en Bolivia, pues la autoridad competente para determinar la existencia o inexistencia de un posible daño ambiental en la industria petrolera es el Ministerio de Medio Ambiente en coordinación con el Ministerio de Desarrollo Sostenible, los que permiten que, de una manera especializada y efectiva, establezcan la presencia de daño ambiental.

6.1.2. *Cláusula Laboral.-*

En la legislación peruana, en cuanto al porcentaje de las utilidades a repartir entre los trabajadores, se encuentra determinado en función de la actividad económica que

[184] Reglamento de Prevención y Control Ambiental, MODIFICADO Y COMPLEMENTADO POR EL D.S. 28592 (17-I-2006), 17 de enero de 2006, República boliviana.

desarrolla la empresa, es así que para actividades mineras y de hidrocarburos el monto se regula en un 8% de la utilidad total que la empresa obtenga en un año producido.

En este sentido, el contrato de exploración y explotación de hidrocarburos en Perú establece la corresponsabilidad entre lo que manifiesta la norma constitucional peruana y la legislación hidrocarburífera en cuanto al cumplimiento y goce efectivo de su derecho de participar de las utilidades de sus empresas a las cuales prestan su servicio. Al respecto un ejemplar de contrato de actividades hidrocarburíferas en el Perú, lo corrobora en este sentido:

> *"13.11 Conforme a lo establecido en el artículo 2º del Decreto Legislativo No. 367, el Contrato garantiza cumplir con las obligaciones que le correspondan respecto a los derechos humanos, laborales y sociales consagrados en la Constitución Política del Perú en relación con los trabajadores."*[185]

De esto se colige y se evidencia que la legislación hidrocarburífera peruana garantiza el derecho laboral de participar en las utilidades de la industria petrolera de conformidad con la Constitución y la ley, sin menoscabar los derechos adquiridos de los trabajadores.

6.1.3. *Cláusulas Tributarias.-*

Las legislaciones latinoamericanas, en su mayoría, en países como Colombia, Perú, Venezuela y Bolivia, han desarrollado su normativa sobre el impuesto a la renta petrolera considerando el desarrollo de la industria desde su aparecimiento hasta lo que es hoy, en este sentido han nacionalizado los recursos hidrocarburíferas y han modificado y adaptado, dentro de la legislación de cada Estado, normas que han incrementado el porcentaje del impuesto a la renta paulatinamente, pues han sido concordantes con la necesidad soberana de nacionalizar la industria hidrocarburífera; así pues, como ejemplo tenemos a la legislación venezolana, que ,a partir de la "política de nacionalización del petróleo" en 1943, ha establecido como porcentaje de pago por concepto de impuesto sobre la renta petrolera en ese país un el 67.7%, pasando de un 34% hasta llegar al primero.

[185] Contrato de Operaciones de Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Zócalo Continental, Lote Z-2B, PETRÓLEOS DEL PERÚ S.A. con PETROTECH PERUANA S.A., Perú, 1993.

El contrato de Operaciones de exploración y explotación de hidrocarburos peruano, equivalente al de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador, al respecto del pago sobre el impuesto a la renta petrolera que debe efectuar la compañía contratista establece lo siguiente:

> *9.3 El Contratista, pagará en la forma y plazos que establezcan las normas tributarias, directamente y con sus propios recursos, la totalidad de los Tributos que le sean de aplicación. El Contratista entregará a PETROPERÚ en un punto de Fiscalización de la producción los Hidrocarburos que correspondan por el pago del impuesto a la renta.*[186]

Con lo dicho en el párrafo anterior, el Estado peruano cobra a la contratista por concepto del impuesto a la renta un porcentaje del 34.1%, que también se ha incrementado hasta llegar a este valor, partiendo de un 25% inicialmente.[187] Todo esto en función de una política petrolera que persiga y cimente el nacionalismo de la extracción.

6.1.4. *Cláusulas Económicas.-*

El modelo contractual boliviano de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, al igual que en el caso ecuatoriano, contempla una tarifa de pago a la compañía contratista por prestar sus servicios en el desarrollo de la actividad hidrocarburífera. Así, los contratos bolivianos de la referencia establecen que los ingresos obtenidos por YPFB (Empresa Pública que suscribe los contratos a nombre del Estado boliviano), por la comercialización de hidrocarburos en punto de fiscalización, primero es destinado al pago de Regalías (12%), Participación del Tesoro General de la Nación (6%) e Impuesto Directo a los Hidrocarburos (32%). Luego del pago de la renta, el monto remanente se destina al pago de costos recuperables a las empresas petroleras que entregaron la producción en propiedad a YPFB. Después de pagar la renta y los costos reportados, queda un monto denominado Ganancia a Distribuir, que es repartido entre YPFB y las empresas petroleras, de acuerdo con la tarifa negociada establecida dentro del Anexo F de los contratos de prestación de servicios.[188]

---

[186] Ibídem.

[187] Estudio Comparativo sobre la Distribución de la Renta Petrolera en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/BANCO MUNDIAL, Washington, D.C. 20433, EE.UU., agosto de 2005, Internet: http://www.esmap.org/sites/esmap.org/files/FR30405FR27965_Mexico_Energy%20Policies%20and%20the%20Mexican%20Economy%20January%202004_SpanishFinal.pdf Acceso: 16 de agosto de 2013.

[188] Raúl Velásquez, *Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos*, Fundación Jubileo, La Paz-Bolivia, 2012.

6.1.5. *Cláusulas administrativas.-*

El contrato de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos boliviano y la legislación hidrocarburífera de ese Estado contemplan los órganos administrativos de control, administración y fiscalización de los contratos y, en general, de la actividad hidrocarburífera. En este sentido, los organismos encargados de una actividad administrativa en la industria se determinan de la siguiente manera:

> *ARTÍCULO 22º*[189] *(Estructura y Atribuciones de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos). Se refunda Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) como Empresa Autárquica de Derecho Público, bajo la tuición del Ministerio de Hidrocarburos. YPFB estará constituida por un Directorio, un Presidente Ejecutivo y dos Vicepresidencias. La primera de Administración y Fiscalización y la segunda Operativa para que participen de todas las actividades petroleras.*
>
> *I. YPFB a nombre del Estado Boliviano ejercerá el derecho propietario sobre la totalidad de los hidrocarburos y representará al Estado en la suscripción de Contratos Petroleros y ejecución de las actividades de toda la cadena productiva establecido en la presente Ley.*
>
> *II. La estructura, funciones y la conformación del Directorio, con participación de los Departamentos Productores, se establecerá en sus Estatutos, los mismos que serán aprobados conforme a las normas vigentes.*
>
> *III. El Presidente Ejecutivo es la máxima autoridad de YPFB y Preside el Directorio.*
>
> *IV.* ***La Vicepresidencia de Administración y Fiscalización*** *tendrá las siguientes competencias:*
>
> *a) Negociar la suscripción de los Contratos Petroleros establecidos en la presente Ley, con personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, de derecho público o privado, los que serán aprobados por el Directorio y suscritos por el Presidente de YPFB.*
>
> *b) Administrar los Contratos Petroleros.*
>
> *c) Fiscalizar las actividades de Exploración y Explotación, previniendo daños a los yacimientos y maximizando la producción.*
>
> *d) Fiscalizar la producción de hidrocarburos en calidad y volumen para efectos impositivos, regalías y participaciones.*

En definitiva, los órganos de administración y control de los contratos de hidrocarburos en Bolivia están creados bajo la tutela del Ministerio del ramo, es decir,

[189] Ley de Hidrocarburos, Bolivia, Publicada en la Gaceta Oficial No. Del 19 de mayo de 2005.

bajo los lineamientos y administración del Ministerio de Hidrocarburos boliviano. Esta característica de que el ente regulador y fiscalizador esté bajo el mandato del Ministerio del Ramo se presenta en algunas legislaciones latinoamericanas tales como la colombiana, la peruana y la boliviana; lo que nos hace pensar que, de manera reiterada, el "control" se parcializa, pues al ser los suscriptores los mismos que fiscalizan las actividades hidrocarburíferas, estarían comportándose como jueces y parte, lo que implicaría una falta de prolijidad en la ejecución de las actividades petroleras plasmadas en y concretizadas en los contratos.

6.2. Propuesta de reformas a las cláusulas del contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador.

Ahora bien, habiendo conocido legislaciones afines a la nuestra, y habiéndose reflejado esa legislación en los contratos de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en algunos países citados, considero que las reformas a nuestra Ley de Hidrocarburos tienen algunas falencias y problemas técnicos y de fondo; para lo cual se propone en el siguiente apartado de la presente investigación, una reforma a la Ley de Hidrocarburos, para, posterior a ellas, modificar las cláusulas contractuales afectadas, y que de esta manera, ninguna de las partes que intervienen en los contratos resulten, a la postre, afectadas o conculcadas en sus derechos.

6.2.1. *Cláusula Ambiental.-*

Habiéndose demostrado que la redacción de la reforma ambienta en la Ley de Hidrocarburos vigente es deficiente en su fondo y estructura, al no contemplar al Ministerio del Ambiente como un organismo estatal especializado para la calificación de un daño ambiental en el área de incidencia del contrato de Prestación de Servicios; y la posible posterior declaratoria de caducidad del contrato por el Ministerio del Ramo, implicaría, conduciría a hablar de una incompetencia en cuanto a las funciones de cada Ministerio.

Considero que la manera más efectiva de cumplir con el compromiso de protección ambiental establecido en la Constitución ecuatoriana dentro de explotación de recursos naturales; y en este caso de determinar la existencia de daño ambiental en el área del contrato, es a partir de la actuación especializada del Ministerio de Ambiente, el

mismo que, dentro de sus funciones generales, es el encargado de velar por la protección y mitigación de un daño sobre el medio ambiente, así como la reafirmación del compromiso con la naturaleza y en la ejecución de contratos de exploración y explotación hidrocarburífera; pues, a mi criterio, esta causal de caducidad del contrato (contenida en la cláusula 29 del modelo del contrato) sería efectivizada de una manera más proactiva con la actuación competente del Ministerio del Ambiente.

La legislación boliviana, respecto de la protección ambiental y la declaratoria de existencia de daño e impacto ambiental en áreas de extracción petrolera, demuestra su real compromiso al determinar de manera especializada y competente para hacerlo al Ministerio de Medio Ambiente y al de Desarrollo Sostenible. Tomando este caso, la reforma a la ley de Hidrocarburos debería modificarse, además de ser incluida en la cláusula 29 del modelo de contrato en los siguientes términos:

> ***Art. 74.-*** *El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista: (…)*
>
> *(…)**14.** Provocare, por acción u omisión, **daños al medio ambiente, calificados por el Ministerio del Ambiente;** siempre que no los reparare y remediare conforme a lo dispuesto por la autoridad competente.*

6.2.2. *Cláusula Laboral.-*

De lo referido en el Capítulo V sobre la reforma laboral en la Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos del año 2010, se tiene que decir que se evidencia un problema en la redacción de la norma, pues no se establece de manera expresa si la ley en referencia al derecho de los trabajadores de acceder a las utilidades de la empresa en la que se desempeñan se aplicará para el futuro, es decir a partir de la promulgación de la ley. Inclusive en ese caso de aplicación futura, la ley sería regresiva de derechos adquiridos en el pasado (derecho laboral a las utilidades en un 15% según el Código de Trabajo vigente).

Entendiendo la intención del legislador de querer equilibrar los ingresos o beneficios de las contratistas petroleras en cuanto a sus utilidades, por haber sido, durante muchos años, de contenido económico muy elevado, es necesario establecer

que no se puede desconocer los derechos adquiridos y constitucionalmente reconocidos para los trabajadores en virtud del porcentaje general que les corresponde sobre las utilidades; pues, además, de la redacción del artículo 94 de la ley reformatoria se desprende que del 15% que en principio se recibiría, el 3% de la utilidad de la empresa contratista será destinado a los trabajadores, y el 12% restante será destinado para proyectos de inversión social y desarrollo territorial.

El artículo 16 de la Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, en su tercer inciso establece un margen de soberanía del 25% al que el Estado tiene derecho a reservarse de los ingresos brutos, frutos de la producción petrolera por parte de la contratista.

Lo que se propone es que, para no afectar los derechos adquiridos por los trabajadores en virtud del 15% del porcentaje constitucionalmente reconocido, que por derecho les corresponde recibir por concepto de utilidades, y la redacción de la norma no sea tomada como una medida regresiva de derechos, se incremente el porcentaje del margen de soberanía del Estado por un valor adicional del 15%; pues, finalmente, quien realiza las actividades extractivas en su beneficio son las empresas operadoras no los trabajadores que se desempeñan realizando sus actividades en relación de dependencia.

Se propone, entonces, que el porcentaje de utilidad provenga del arca correcta, sin que se menoscaben derechos adquiridos por los trabajadores. Por tanto, lo que se plantea, en definitiva, es una modificación a la ley de hidrocarburos a los artículos 16 y 94 y la plasmación posterior en la cláusula laboral del modelo contractual, en los siguientes términos:

> ***Art. 16.-*** *(…) De los ingresos provenientes de la producción correspondiente al área objeto del contrato, el Estado ecuatoriano se reserva el* ***40%*** *de los ingresos brutos como margen de soberanía. (…)*
>
> ***Art. 94****.- En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera, éstos recibirán el* ***15%*** *del porcentaje de utilidades de conformidad con las disposiciones constitucionales y el Código de Trabajo vigente.*

Todo esto en pro de que se materialicen estas modificaciones en la cláusula laboral del modelo de contrato de prestación de servicios (Cláusula 15.2 del modelo de contrato) y responda así, a las disposiciones constitucionales y legales que no permitan un menoscabo de derechos y no se presenten, además, como causales de

inconstitucionalidad, por ser consideradas disposiciones regresivas conculcadoras de derechos.

Si bien, podría pensarse que esta medida que propongo afecta a la inversión en la industria petrolera en el país, no lo considero así, porque por ejemplo en el caso venezolano, a los trabajadores no se les ha mermado su derecho de recibir utilidades por la operación hidrocarburífera, lo que se hizo fue aumentar el porcentaje de impuesto a la renta que debe pagar la operadora al Estado venezolano. La inversión privada nacional y extranjera en Venezuela no ha disminuido a causa de ello.

Lo que se propone, entonces es que el porcentaje y el valor real que se disminuye del pago de utilidades a los trabajadores de las Operadoras, habiendo adquirido esos derechos antes de la vigencia de la LRLH, sin ser peyorativos, salga del bolcillo correcto, y como una alternativa de solución también podría efectuarse una renegociación, entre le Estado y las Operadoras, de la tarifa que se paga por cada barril producido, todo esto para que los trabajadores y los inversionistas no se ven privados de sus derechos e inseguros de invertir.

6.2.3. *Cláusulas Tributarias.-*

Lo que las reforma tributaria ha plasmado en el Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos en el Ecuador, en síntesis ha sido a la reducción del porcentaje del impuesto a la renta por las utilidades que la compañía contratista perciba que debía ser pagado, es decir, se pasó de un pago del 44.4% a un pago del 25% a partir de la transición del modelo contractual de Participación al de Prestación de Servicios para la exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador.

Considero que esta reforma no es concordante con el sentido de desarrollo del que se ha referido el gobierno ecuatoriano en cuanto a inversión extranjera o nacional al hablarse de producción petrolera puesto que, la manera más eficiente de asegurar los rubros y los ingresos destinados al presupuesto del Estado es mediante la tributación del impuesto a la renta por parte de las empresas operadoras según lo que se establecía en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, en un porcentaje del 44.4%, el mismo que es un porcentaje concordante y justo con las actividades que realizan las contratistas.

Este criterio, de tener un impuesto a la renta medianamente alto para las utilidades provenientes de la extracción petrolera, ha sido tomada, además, en

legislaciones equivalentes como la venezolana, misma que establece como tributo afín, un porcentaje del 60% como pago de impuesto a la renta sobre las utilidades petroleras en relación a la naturaleza económica de las actividades de explotación hidrocarbrífera; todo esto con el fin de responder al sentido de redistribución de la riqueza y utilización de esos porcentajes en gasto público de la mejor manera posible.

En este orden de cosas, lo que se propone es la modificación del artículo 90 de la la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y la aplicación del artículo 242 del Reglamento a dicha Ley en el que se establece el porcentaje del 44.4% del impuesto a la renta.

> ***Art. 242**.- Tarifas aplicables.- A la base imponible determinada con sujeción al artículo anterior se aplicará la tarifa única del 44.4%.*[190]

Esto también implicaría la modificación de la cláusula 15.1 del modelo de contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos en el Ecuador, en donde se debe establecer el único porcentaje de pago por impuesto a la renta petrolera en un 44.4% como ha sido hasta antes de la reforma a la Ley de Hidrocarburos en julio de 2010, siendo concordantes con lo que el artículo 300 de la Constitución de la República establece como principios tributarios: la progresividad y equidad.

6.2.4. *Cláusulas económicas.-*

La redacción del artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos vigente, incorporado con la Ley Reformatoria a la ley de Hidrocarburos, en lo sustancial, como ya se ha dicho, modificó el régimen económico de la contratación petrolera al modificar el modelo contractual base, por política petrolera, y trasladarse de una contratación por participación a un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador. Esto significó una época de inestabilidad para las compañías que habían suscrito contratos de participación con el Estado ecuatoriano y que debían, a consecuencia de la reforma, renegociar los contratos, o, en el peor escenario, dar por terminado los contratos porque no se ajustaba a los intereses de las empresas inversoras en las actividades extractivas. Todo esto se dio en un período de tiempo muy corto, dejado de producir algunos campos hasta que se realicen nuevas licitaciones e inclusive se presentaron indemnizaciones millonarias por la caducidad unilateral de los contratos.

[190] Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, Publicado en el R.O. Suplemento 209 del 08 de junio de 2010, Art. 242.

Esto causó un impacto importante en las compañías que realizaban sus inversiones en el Estado ecuatoriano, pues muchas de ellas no quisieron renegociar los contratos y prefirieron marcharse de los campos con la indemnización a la que tenían derecho por la terminación unilateral del contrato. Sin embargo, esto se hubiera evitado, si dentro del plan de renegociación se hubiese estipulado un lapso de tiempo prudente para determinar las tarifas y verificar el contenido de las cláusulas del nuevo modelo contractual y poder realizar la transición de una manera más efectiva y asegurando el beneficio de las compañías y del Estado ecuatoriano.

Este fue un problema que se ha venido solucionando a lo largo de estos 3 años, sin embargo, no se puede desconocer el hecho de que muchas compañías decidieron dejar de invertir en el Estado, dejando improductivos los campos y esperando y largo período de tiempo hasta que se vuelvan a licitar los campos.

El contenido y la esencia de la reforma económica con la transición contractual, en definitiva, es importante y concordante con las disposiciones constitucionales de que los recursos naturales, y además, los recursos naturales no renovables son de propiedad del Estado, pues reafirma el compromiso de que los recursos se queden en el país y no se exporte a través de compañías petroleras extranjeras privadas. Ahora, la manera operativa en cómo se realizó creo que no fue la conveniente por las razones antes citadas; sin embargo, es un problema que se ha venido solucionando y muchas compañías aún se han quedado para prestar sus servicios de exploración y explotación hidrocarburífera a cambio del pago de una tarifa fija (Cláusula décimo cuarta del modelo contractual) que puede ser negociada por la SH y la Compañía contratista. Lo que se debía realizar es un plan de contingencia que, valga la redundancia, contenga la mayoría de variables o escenarios posibles en cuanto a la renegociación de los contratos.

Inclusive se han venido realizando licitaciones sobre algunos campos que no fueron renegociados en los contratos, y, en la actualidad, ya han sido adjudicados por la SH a nuevas empresas para que presten sus servicios en la exploración y explotación petrolera.

6.2.5. *Cláusulas administrativas.-*

Es importante reconocer que con la creación de la ARCH, sumada, además, la creación de la SH en la Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos lo que se ha hecho es

que las adjudicaciones y el control y fiscalización de las actividades extractivas a cargo de las compañías contratistas, se separen y puedan realizar un trabajo autónomo, independiente e imparcial, pues no se concebía que en un mismo organismo se haya focalizado la suscripción de los contratos y la fiscalización y control de los mismos.

Lo que sí considero importante es incorporar en la cláusula décimo sexta del modelo contractual es las funciones y facultades más representativas de la ARCH como órgano encargado del control y fiscalización de las actividades petroleras, pues de ese modo, las compañías contratistas tendrían un poco más de certeza sobre el control y fiscalización a la que van a estar sujetas:

> ***16.3. Control, Fiscalización y Auditorías.-*** *Las operaciones que realice la Contratista* ***en las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera*** *serán objeto de control técnico, fiscalización y auditorías por parte de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (…)*

Con todo lo dicho, es importante reconocer y establecer cómo la reforma administrativa supone un cambio al cotidiano quehacer fiscalizador en las actividades hidrocarburíferas, el mismo que por muchos años se concentró en un mismo órgano, desconociendo las características del control que supone la industria petrolera en todas sus fases.

Habiéndose así determinado las reformas a la Ley de Hidrocarburos, y su nuevo régimen jurídico y administrativo con algunas particularidades que deben ser reformadas y plasmadas en los contratos para que se pueda hablar de una ley que, en el fondo y forma, responda a los principios constitucionales que regulan la extracción de recursos naturales no renovables y que determinan la propiedad y administración efectiva de ellos en manos del Estado ecuatoriano.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. La actividad petrolera desde sus inicios en el Ecuador ha sufrido muchos cambios sustanciales que han derivado en convertirla, sin duda alguna, en una industria extremamente compleja, pues de ella depende gran parte del desarrollo social y económico del Estado ecuatoriano. Es así como el sector hidrocarburífero ha sido reconocido constitucionalmente como un área estratégica del Estado que requiere de un estricto control sobre las áreas naturales, procurando una mayor rentabilidad en el campo económico sobre los yacimientos, asegurando y corroborando a los recursos naturales no renovables como recursos de propiedad del Estado, lo que hasta antes de la reforma se desconocía o simplemente se llevaba a cabo la actividad respondiendo únicamente a los intereses particulares de las compañías privadas.

2. En épocas en las cuales se inicia la actividad hidrocarburífera en el Ecuador, la contratación para dicha actividad se caracterizó por otorgar concesiones extensas en el área de incidencia y con derechos exclusivos, particularizados respecto de la explotación petrolera, sin que estuviera sujeta a ningún control estatal, y reconociendo el dominio individual sobre la superficie del terreno.

3. El Estado ecuatoriano, al corroborar que existían yacimientos de petróleo en el Litoral y en la Amazonía, y al recordar los fracasos como consecuencia de las concesiones indiscriminadas, hizo que se cree una empresa petrolera nacional CEPE.

4. La creación de CEPE y su duración por 17 años, permitió al Estado ecuatoriano regularizar la exploración y explotación de hidrocarburos al enraizar la soberanía que éste tiene y tuvo sobre los yacimientos de crudo, al organizar la administración del crudo producido mediante un organismo que advierta políticas públicas para hacerlo y que, además, le permita al Ecuador crecer en el manejo

de un recurso natural que, hasta el días de hoy, permite desarrollarnos económicamente como país frente al resto del mundo.

5. La contratación petrolera ecuatoriana, en cada etapa de su desarrollo y progreso, ha respondido a la realidad social, económica y política, es así como se ha ido contratando con las compañías operadoras para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador, en épocas bajo la política del modelo de Participación; y en otras, bajo la modalidad de prestación de servicios.

6. Los contratos petroleros son contratos públicos los que están regidos por un régimen jurídico autónomo, tiene su propio procedimiento de adjudicaciones contractuales; y, además, varias formas de contratar, las mismas que responden, en ocasiones con acierto pero a lo largo de la historia con fracaso, a diversas circunstancias fácticas, económicas, políticas, sociales y otras más que hacen que los procedimientos sean especiales y que, adicionalmente, se requiera de formalidades muy particulares dentro de los procesos contractuales.

7. El reto planteado a partir de esta realidad cambiante en la política petrolera contractual ecuatoriana, entonces, fue la nacionalización de este recurso natural no renovable, mediante lineamientos legales claros y concordantes con las disposiciones constitucionales aplicables para el efecto. De este modo, para alcanzar estas metas lo que Ecuador ha propuesto es una modificación legal que permita reorganizar y volver a articular la industria, considerando los derechos y beneficios de todos los ecuatorianos y de la tierra.

8. Este reto se pretendió cumplir con la expedición de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos en el Ecuador promulgada en el Registro Oficial No. 244 del 27 julio de 2010 la que plantea nuevos retos económicos al presenciar la transición, dentro de la política petrolera ecuatoriana, de un modelo contractual de participación a un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación hidrocarburífera que permita la nacionalización efectiva de los recursos petroleros, sin que el primero haya sido derogado.

9. Asimismo, se ha planteado en dicha ley reformatoria un cambio sustancial en materia laboral, ambiental y tributaria que materialice el fundamento de la migración del modelo contrato de Participación a un contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos como base de la

contratación petrolera ecuatoriana; pues en épocas pasadas, y con la experiencia de hace algunos años atrás, se corroboró que el contrato de participación no respondía a los intereses del Estado en cuanto a desarrollo económico y social, pues los beneficios de la industria se conglomeraron, por muchos años, en manos privadas.

10. Aparece, así, el nuevo contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos que pretende solucionar problemas estructurales-administrativos y de fondo (en actividades durante todo el proceso extractivo) en la industria petrolera, amparado bajo la teoría nacionalista de extracción de recursos naturales no renovables.

11. La teoría nacionalista de extracción petrolera dirige y encamina la política petrolera ecuatoriana; sin embargo, se evidenció que la desviación o el discurso extremo de nacionalismo hidrocarburífero hace que la inversión privada, nacional e internacional, sea cada vez menor, pues no existen todas las garantías económicas y coyunturales para que se pueda invertir en el Ecuador como operadora de yacimientos hidrocarburíferos.

12. La ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de 2010, establece reformas muy precisas en el Contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos en el Ecuador: ambientales, laborales, tributarias, económicas y administrativas que, tienen algunas limitaciones o errores técnicos al momento de haber sido redactadas y, posteriormente plasmadas en las cláusulas del modelo contractual de Prestación de Servicios.

13. En la reforma laboral, se tiene que decir que se evidencia un problema en la redacción de la norma, pues no se establece de manera expresa si la ley en referencia al derecho de los trabajadores de acceder a las utilidades de la empresa en la que se desempeñan se aplicará para el futuro, es decir a partir de la promulgación de la ley. Inclusive en ese caso de aplicación futura, la ley sería regresiva de derechos adquiridos en el pasado (derecho laboral a las utilidades en un 15% según el Código de Trabajo vigente). Y lo que se propone para evitar esta medida regresiva, prohibida constitucionalmente, es que se reforme la Ley de Hidrocarburos en este punto y se incremente el porcentaje del margen de soberanía del Estado (25%) por un valor adicional del 15%, que en total, sería por un porcentaje del 40%; pues, finalmente, quien realiza las actividades extractivas

en su beneficio son las empresas operadoras no los trabajadores que se desempeñan realizando sus actividades en relación de dependencia.

14. La reforma ambiental, dentro de la Ley reformatoria carece de técnica jurídica en cuanto se refiere a la causal de caducidad de los contratos por daño ambiental que no hay sido remediado, pues la autoridad que va a determinar si existe o no daño ambiental es el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, lo cual considero impreciso, pues esta cartera de Estado no está especializada en temas de impacto y daño ambiental. Por tanto, lo que se propone es una reforma a la Ley de Hidrocarburos en la que se modifique la autoridad competente establecida, por el Ministerio de Ambiente que declare la existencia de tal daño ambiental y finalmente se actúe de manera concordante con las disposiciones constitucionales relativas a la protección del medio ambiente en cuanto explotación de recursos naturales no renovables se refiere.

15. La reforma tributaria, en sumo, ha sido la disminución del porcentaje a pagarse del impuesto a la renta por las utilidades que la compañía contratista perciba, es decir, se pasó de un pago del 44.4% a un pago del 25% a partir de la transición del modelo contractual de Participación al de Prestación de Servicios para la exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador. Esta reforma , a mi entender, no es concordante con el sentido de desarrollo del que se ha referido el gobierno ecuatoriano en cuanto a inversión extranjera o nacional al hablarse de producción petrolera puesto que, la manera más eficiente de asegurar los rubros y los ingresos destinados al presupuesto del Estado es mediante la tributación del impuesto a la renta por parte de las empresas operadoras según lo que se establecía en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Lo que se propone es que se modifique la Ley de Hidrocarburos y se vuelva al porcentaje del 44.4% de pago de impuesto a la renta petrolera por parte de las Operadoras de yacimientos hidrocarburíferos.

16. En cuanto a la reforma administrativa, la creación de la ARCH, sumada, además, la creación de la SH, lo que se ha hecho es que las adjudicaciones, el control y fiscalización de las actividades extractivas a cargo de las compañías contratistas, se separen y puedan realizar un trabajo autónomo, independiente e imparcial, pues no se concebía que en un mismo organismo se haya focalizado la suscripción de los contratos y la fiscalización y control de los mismos.

17. La legislación y, consecuentemente, el contrato, requieren de un ajuste en los puntos establecidos con claridad en el capítulo VI del presente documento (caducidad del contrato por daño ambiental, utilidades de los trabajadores, régimen del impuesto a la renta, entre otros), y que estos ajustes se logre que la actividad extractiva se realice con un grado de optimización mayor.

18. La eficiencia de este modelo contractual, en suma, dependerá de las partes que involucran la celebración del contrato, cumpliendo con los objetivos constitucionales que rigen la actividad hidrocarburífera y ratificando que el desarrollo económico y social a partir de esta industria debe estar amparado en el bienestar colectivo de la sociedad ecuatoriana, no sobre los intereses particulares de las empresas contratistas que prestan sus servicios para la extracción petrolera. El tiempo nos revelará si dicha transición contractual fue lo más adecuado en cuanto a política hidrocarburífera se trata.

RECOMENDACIONES

1. Incluir la propuesta del presente estudio, desarrollada en el Capítulo VI de esta investigación, en la posibilidad de un proyecto de reforma a la Ley de Hidrocarburos de 2010 en el ámbito ambiental, laboral, tributario, económico y administrativo.

2. Que se considere la realidad social, económica, política y coyuntural del Estado ecuatoriano al momento de lanzar nuevas rondas de licitación, para que éstas tengan éxito y no se vean perturbadas por problemas estructurales internos que limiten la inversión privada e impidan que se efectúen adjudicaciones contractuales, todo esto para evitar que algunos Bloques y yacimientos hidrocarburíferos se queden sin ser operados por largos períodos de tiempo.

3. Se tiene que considerar un justo medio, un equilibrio entre el beneficio económico-social del Estado y la seguridad de la inversión. Es un punto que no se debe descuidar pues la industria petrolera es el principal rubro de ingreso económico y de progreso del país.

4. Que se considere la posibilidad de que el Ministerio del Ambiente sea el encargado de determinar la existencia o inexistencia de un posible daño ambiental a causa de la actividad hidrocarburífera; añadiendo este particular a la cláusula ambiental (cláusula 29) en el actual modelo contractual de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Ecuador.

5. Que dentro de la reforma laboral, se tome en cuenta y se socialice con los trabajadores sobre la no regresividad de sus derechos y el compromiso de tutela y garantía de los mismos como obligaciones a las cuales el Estado ecuatoriano está sujeto constitucionalmente, para que no se merme el derecho de los trabajadores de recibir el porcentaje legal de utilidades que les corresponde; es decir el 15%. Y que, además, se considere por parte de la SH, la posibilidad de renegociación de la tarifa de pago por cada barril producido en busca de que no merme la inversión privada dentro de la industria hidrocarburífera ecuatorina.

6. Que a partir de la reforma administrativa el incorporar en la cláusula décimo sexta del modelo contractual las funciones y facultades más representativas de la ARCH como órgano encargado del control y fiscalización de las actividades petroleras, pues de ese modo, las compañías contratistas tendrían un poco más de certeza sobre el control y fiscalización a la que van a estar sujetas

7. En relación a la reforma tributaria, que se tome en cuenta la experiencia de legislaciones comparadas, como la legislación venezolana en las que el porcentaje de impuesto a la renta es alto o dicho de otra manera, acorde a las necesidades estatales y a la política de distribución de la riqueza y gasto público.

8. Que se utilice de manera más prudente y consecuente el discurso nacionalista de la industria petrolera, para evitar que se merme la posibilidad de que agentes privados consideren invertir en el país en esta industria, que desde, sus inicios, ha sido muy demandante.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Alessandri Rodríguez Arturo, DE LOS CONTRATOS, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Banco Mundial, *Estudio Comparativo sobre la Distribución de la Renta Petrolera en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/BANCO MUNDIAL, Washington, D.C. 20433, EE.UU., 2005.

Bercaitz Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Segunda Edición, Depalma, Buenos Aires, 1980.

Bohórquez Carlos, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009.

Caballero Alexandra, *La Contratación Petrolera Ecuatoriana*, *El Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos*, Quito, 1994.

Cabezas Rodrigo, *Política Petrolera ecuatoriana*, Nueva Sociedad Nº 14, 1974.

Corte Constitucional Colombiana No. Sentencia No. T-569, 1998.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia No.C-450,1995.

EP PETROECUADOR, *El petróleo en Ecuador*, Quito, Versión 2010.

Fontaine Guillaume, *El precio del petróleo*, Quito, FLACSO, 2003.

García Oviedo Carlos, *Derecho Administrativo*, Novena Edición, E.I.S.A., 1968.

Gordillo Montalvo José, *Rol de CEPE en la Economia Ecuatoriana*, CORPORACION ESTATAL PETROLERA ECUATORIANA, 1984.

Hurtado Oswaldo, *El Poder Político en el Ecuador*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1977.

Julio López, Juan José Herrera, María del Carmen Pantoja, *El Repunte de la Minería y los avances de la Reforma Petrolera en el Ecuador*, Ciudadanía Avanza Coyuntura y Diálogo No. 2, Grupo Faro, Período: noviembre 2010-febrero 2011.

María de Lourdes Solórzano, *Inexistencia y Nulidad Absoluta como Efectos de la falta de formalidades en los actos declaraciones de voluntad*, Universidad de las Américas, 2009.

Marienhoff Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

Mazabanda Carlos, Consulta Previa en la Décimo Primera Ronda Petrolera. ¿Participación Masiva de la Ciudadanía?, Amazon Watch, Quito, 2013.

Mezgravis Andrés A., *Arbitraje Comercial Interno e Internaciona l- Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas, Las Inversiones en Venezuela y El Arbitraje ante el CIADI*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela, 2005.

Mondino Pedro, *Los Contratos de Servicio en la Industria Petrolera Latinoamericana*, OLADE, 1998.

Morales Villagómez Gabriel Geovanny, *Los contratos petroleros utilizados discrecionalmente en el Ecuador, como instrumentos de control político, económico y social: enfoque realizado desde el Estado social de derecho y el neo-constitucionalismo*, FLACSO, Quito, 2012.

Ojeda Salazar María Gracia, *El régimen de Contratación y la renta petrolera en el Ecuador*, Quito, FLACSO, 2009.

Oñate Paulo*, Introducción de los Contratos de Participación a la Legislación ecuatoriana*, Ecuador, Marzo, 2009.

PETROECUADOR, Informe Estadístico 1972-2006, Gerencia de Economía y Finanzas, PETROECUADOR, Unidad de Relaciones Institucionales, *El petróleo en Ecuador su historia y su importancia en la Economía Nacional*,2004.

PETROPERÚ, *Contrato de Operaciones de Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Zócalo Continenta*l, Lote Z-2B, PETRÓLEOS DEL PERÚ S.A. con PETROTECH PERUANA S.A., Perú, 1993.

Velásquez Raúl, *Contratos de Exploración y Explotación de hidrocarburos*, Fundación Jubileo, La Paz-Bolivia, 2012.

Legislación Nacional:

Constitución de la República del Ecuador, Publicada en el R.O. No. 449 del 20 de octubre de 2008.

Decreto Ejecutivo 2845, Publicado en R.O. Suplemento 729 de 3 de julio de 1995.

Decreto Ejecutivo No. 1351-A, publicado en el R.O. 680 del 2 de enero de 2013, fusiona a EP PETROECUADOR con EP PETROAMAZONAS.

Decreto Ejecutivo No. 46 del 14 de septiembre de 2009, publicado en el R.O. No. 36 del 29 de septiembre de 2009.

Estatuto por Procesos de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, Publicado en el R.O. Suplemento No. 153 del 3 de junio de 2011. Última modificación de fecha 20 de mayo de 2013.

Estatuto por Procesos de la Secretaría de Hidrocarburos, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 433 del 19 de abril de 2013.

Ley Constitutiva de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, publicada en el R.O. 88 del 26 de junio de 1972.

Ley de Compañías, Publicada en el Registro Oficial No. 312 del 5 de noviembre de 1999. Reglamento Especial de Licitación Petrolera, Publicado en el R.O. No. 181 del 1 de octubre de 2003.

Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Publicada en el R.O. No. 244 del 27 de julio de 2010.

Reglamento a las reformas a la Ley de Hidrocarburos, Publicado en el R.O. No. 330 del 29 de noviembre de 2012.Última modificación 5 de noviembre de 2012.

Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas, Publicado el 22 de abril de 1996.

Reglamento del Sistema Especial de Licitaciones, CEL, publicado en el R.O. 364 del 21 de enero de 1994.

Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, Publicado en el R.O. Suplemento 209 del 08 de junio de 2010.

Legislación Comparada:

LEY DE HIDROCARBUROS, Bolivia, Publicada en la Gaceta Oficial No. Del 19 de mayo de 2005.

Reglamento de Prevención y Control Ambiental, modificado y complementado por el D.S. 28592 (17-I-2006), 17 de enero de 2006, República boliviana.

Sitios Web:

Araujo Alberto, *Petroecuador entrega su producción al alza pero con cuentas pendientes*, Internet, http://www.elcomercio.com/negocios/Petroecuador-entrega-produccion-cuentas-pendientes_0_862113848.html, Acceso: 13 de marzo de 2013.

Diario La Hora, LA RONDA PETROLERA FRACASÓ, SEGÚN INDÍGENAS, Internet: http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101599469, Acceso: 25 de diciembre de 2013.

El Comercio, *4 Firmas obtuvieron el premio a la calidad.* Internet: http://www.elcomercio.com.ec/negocios/firmas-obtuvieron-premio-calidad_0_634736755.html, Acceso: 23 de diciembre de 2013.

El Comercio, *Bloque 15 dejó 12 700 millones al Fisco.* Internet: http://www.elcomercio.com.ec/negocios/Bloque-petroleo-dejo-millones-Fisco_0_806319582.html, Acceso: 23 de diciembre de 2013.

El Comercio, El CIADI falla contra Ecuador por expropiar ilegalmente a Burlington Internet: http://www.elcomercio.ec/negocios/Ciadi-Ecuador-expropiar-ilegalmente-Burlington_0_832716976.html, Acceso: 24 de diciembre de 2013.

El Universo, *Petroamazonas pasó de ser filial a ocupar el rol de Petroecuado*r, Internet: http://www.eluniverso.com/2013/02/02/1/1355/petroamazonas-paso-ser-filial-ocupar-rol-petroecuador.html, Acceso: 23 de diciembre de 2013.

EP PETROECUADOR, Reseña Histórica, Internet, http://www.eppetroecuador.ec/Empresa/ResenaHistorica/index.htm Acceso: 13 de marzo de 2013.

http://ingenieria-de-petroleo.lacomunidadpetrolera.com/2009/06/trampa-petrolifera.html Acceso: 18 de junio de 2013.

http://lists.accionecologica.org/pipermail/boletin-accionecologica.org/2010-July/000017.html Acceso: 4 de agosto de 2013.

http://www.esmap.org/sites/esmap.org/files/FR30405FR27965_Mexico_Energy%20Policies%20and%20the%20Mexican%20Economy%20January%202004_SpanishFinal.pdf Acceso: 16 de agosto de 2013.

http://www.lacomunidadpetrolera.com/showthread.php/1069-Prospeccion-sismica Acceso: 25 de junio de 2013.

Mariela, Méndez, *Contrato de Prestación de Servicios*, Internet: http://www.marielamendezprado.com/2011_04_01_archive.html, Acceso: 16 de septiembre de 2012.

Méndez Prado Mariela*, La renegociación de contratos petroleros y análisis general de algunas reformas a la Ley de Hidrocarburos*, Internet: http://www.marielamendezprado.com/2011/04/la-renegociacion-de-contratos_25.html Acceso: 19 de junio de 2013.

Ministerio de Recursos Naturales no Renovables. *Petroamazonas EP asume la operación de ocho campos de EP Petroecuador y de la producción de gas natural,* Internet: http://www.recursosnaturales.gob.ec/petroamazonas-ep-asume-la-operacion-de-ocho-campos-de-ep-petroecuador-y-de-la-produccion-de-gas-natural/, Acceso: 23 de diciembre de 2013.

PETROCOMERCIAL, *Guía comercial para el distribuidor de PETROCOMERCIAL*, 2006.
PETROINDUSTRIAL, Internet, http://www.bnamericas.com/company-profile/es/Petroindustrial-Petroindustrial Acceso: 4 de diciembre de 2013.

PETROINDUSTRIAL, Internet, http://www.bnamericas.com/company-profile/es/Petroindustrial-Petroindustrial Acceso: 4 de diciembre de 2013.

Resolución No. COLH-0047-22-11-2012 Del Comité de Licitaciones Hidrocarburíferas de fecha 22 de noviembre de 2012. Internet: http://www.rondasuroriente.gob.ec/portal/html/themes/rondasuroriente/documentos/BASES_DE_CONTRATACION.pdf Acceso: 16 de julio de 2013.