

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

**ANÁLISIS ECONÓMICO DEL MODELO DE CONTRATO DE PRESTACIÓN
DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE
HIDROCARBUROS CONFORME LA LEY REFORMATORIA A LA LEY DE
HIDROCARBUROS DEL AÑO 2010**

JULIÁN GIUSSEPPE PÁSTOR SOTO

DIRECTOR: Dr. Wladimir García Vinuesa

Quito, 2017

Dedicatoria

A mis amados padres y hermanos por su apoyo y amor incondicional.

Un sencillo gesto en honor a su incansable abnegación.

Abstracto

El presente trabajo de investigación se enfoca en el estudio de la relación contractual entre el Estado y las empresas petroleras en el marco de la prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador a partir de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010, desde la perspectiva teórica de los fundamentos básicos del análisis económico del derecho.

La investigación comienza su estudio con un panorama general de la industria petrolera en el Ecuador desde sus inicios y evolución hasta la actualidad, con una breve revisión de la normativa aplicable y los modelos de contratación. Posteriormente, se orienta en la Ley petrolera vigente y el modelo de contrato de prestación de servicios enfocado en los principios y cláusulas más importantes, junto con una explicación de los fundamentos de la doctrina del análisis económico del derecho.

Finalmente, sobre la base de los resultados de la disertación se establece que el contrato de prestación de servicios es una herramienta que sirve para alcanzar la eficiencia entre el Estado y los contratistas. Por lo tanto, a través de la elección racional de los individuos, adecuadamente orientados, es posible obtener resultados beneficiosos para las partes contratantes y la sociedad en general.

Palabras clave: *hidrocarburos, servicios petroleros, eficiencia, racionalidad, análisis económico del derecho.*

Tabla de Contenidos

INTRODUCCIÓN	6
1. Marco jurídico de la industria hidrocarburífera en el Ecuador	9
1.1. Breve historia del petróleo en el Ecuador.	9
1.1.1. Panorama económico de la época.	14
1.1.2. Bonanza petrolera de los años setenta.	15
1.1.3. Reflexiones Preliminares.	17
1.2. La ley de hidrocarburos (1978).	20
1.2.1. Ideas generales del contrato de prestación de servicios original.	21
1.2.2. Efectos de la aplicación de la ley.	24
1.2.3. Otras reformas realizadas.	25
1.3. La ley de hidrocarburos con la Ley de Reformatoria del año 2010.	26
1.3.1. Situación política y social.	29
1.3.2. Régimen Tributario.	30
1.3.3. Aproximación inicial al modelo económico.	31
2. El modelo de contrato de prestación de servicio y el cambio de modelo económico según la ley reformatoria a la ley de hidrocarburos.	34
2.1. Ámbito de aplicación y alcance de la Ley Reformatoria.	34
2.1.1. Cambios institucionales.	37
2.1.2. Principios.	42
- Legalidad	43
- Seguridad jurídica	45
- Equilibrio económico	48
- Desarrollo sostenible	52
2.1.3. Cambios económicos.	53
2.2. El nuevo modelo de contrato de prestación de servicios.	57
2.2.1. Características generales y especiales.	58
2.2.2. Efectos económicos.	69

2.2.3. Aplicación del nuevo contrato.	75
2.3. Renegociación de contratos.	77
2.3.1. Propuestas iniciales.	77
2.3.2. Cálculo de la tarifa.	78
2.3.3. Acuerdos y desacuerdos.	80
3. Fundamentos generales del análisis económico del derecho en el contrato de prestación de servicios aplicado para la exploración y explotación de petróleo en el Ecuador.	83
3.1. Del Análisis Económico del Derecho.	83
3.1.1. Premisas del Análisis Económico del Derecho.	86
3.1.2. Presupuestos Teóricos del Análisis Económico del Derecho	90
3.2. Acercamiento a los fundamentos del análisis económico del derecho en el contrato de prestación de servicios petrolero utilizado en el Ecuador.	97
3.2.1. Fundamento de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos.	98
3.2.2. Del contrato.	101
3.2.3. La racionalidad del contrato.	103
3.2.4. Eficiencia del contrato.	106
CONCLUSIONES.	110
BIBLIOGRAFÍA.	114
ANEXOS.	121

Introducción

La presente disertación se enmarca dentro de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010, publicada en el Registro Oficial Suplemento 244. Esta ley establece cambios al marco contractual, estructural y económico del sector hidrocarburífero del Ecuador, con la incursión del nuevo modelo de contrato de prestación de servicios, y la reestructuración de las autoridades a cargo del sector petrolero del país.

Bajo este panorama, es importante estudiar ¿cómo que esta norma afectó a la industria petrolera, mediante la adopción de un nuevo modelo de contrato y la reestructuración hidrocarburífera del país y causó impacto directo al presupuesto general del Estado y la manera de distribuir de las ganancias obtenidas de la extracción petrolera?.

El sector hidrocarburífero se ha caracterizado por ser sumamente dinámico en el ejercicio de su actividad, remontándose su desarrollo a lo largo de su historia, la cual alcanzó realce a partir del ‘boom’ de la década de los años ochenta.

A la Facultad de Jurisprudencia, como academia de derecho, le corresponde dar una respuesta a los problemas sociales que surgen a consecuencia de cambios en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Es así, que los contratos petroleros, como instrumentos fundamentales de la política económica del país, requieren un análisis relevante, para comprender el comportamiento del individuo y las consecuencias sociales, dentro del alcance de la actividad hidrocarburífera y la normativa aplicable en el estudio de esta disertación.

En este contexto, esta disertación se desarrolla bajo la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo el cambio de modelo de contrato de prestación de servicio constituye un beneficio o un perjuicio económico para las partes contratantes, teniendo en consideración el alto impacto económico en la sociedad ecuatoriana que tienen los hidrocarburos, y el interés mutuo de las partes en garantizar condiciones favorables para el ejercicio de su actividad a largo plazo?

En este sentido, las partes pueden ser afectadas en su contrato o en la celebración de este, por las externalidades que influyen en una situación especificada durante su ejecución contractual, sean estas beneficiosas o perjudiciales. (Calabresi, 1993) “Todo basándose en los derechos de propiedad de las partes que se interrelacionan y que determinan reglas claras sobre responsabilidad, propiedad e inalienabilidad” (p.24). Por lo tanto, la eficiencia que se genere en la relación contractual será necesariamente causada por las condiciones pactadas por las partes y que permitan evitar contingencias que afecten al modelo económico.

El Análisis Económico del Derecho, entre muchos de los beneficios que conlleva su aplicación, sirve para comprender los efectos y consecuencias de las normas, logrando así su eficiencia. Bajo esta premisa, las reformas a la Ley de Hidrocarburos no son únicamente una tipificación literal, sino que también son incentivos para una determinada conducta, ya que el impacto de la norma sobre la sociedad tiene efectos y consecuencias distintas que no pueden ser analizadas ciegamente desde el punto de vista legal.

Al respecto, se podría afirmar que, en el derecho, especialmente en aquellas normas relacionadas con la distribución de los recursos estratégicos del Estado, (Zúñiga, 2009) “no existe norma de derecho que no contenga una pretensión económica, tratase estas de relaciones individuales, grupales, o de región”.

Dentro de la presente disertación se contempla un análisis del contrato a través del método deductivo, partiendo de la realidad jurídica económica del Ecuador antes y después de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos para un posterior análisis del nuevo contrato de prestación de servicios a través de los fundamentos del análisis económico.

Es así, que en el primer capítulo de la investigación se revisará el marco jurídico de la actividad hidrocarburífera, a través de una breve historia de la industria en el Ecuador y los diferentes cambios normativos que existieron, pasando por la bonanza petrolera hasta aterrizar en la reflexión sobre la ley de hidrocarburos y sus reformas hasta el año 2010.

En un segundo capítulo, se realizó una síntesis de los antecedentes y el contexto aplicable de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, con la correspondiente revisión de los cambios institucionales, los principios aplicados a la industria petrolera y un estudio más profundo de las características y cualidades del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos adoptado a través de esta ley.

Finalmente, en el tercer capítulo se llevó a cabo una exposición de la escuela del análisis económico del derecho, en el cual se examinó los fundamentos y presupuestos de esta disciplina que permiten comprender las decisiones de los individuos y el alcance de los efectos de las normas jurídicas, los cuales sirvieron para estudiar la esencia del contrato de servicios petrolero bajo una perspectiva económica.

1. MARCO JURÍDICO DE LA INDUSTRIA HIDROCARBURÍFERA EN EL ECUADOR

1.1. Breve historia del petróleo en el Ecuador.

Para el Ecuador el inicio de la explotación hidrocarburífera ocurre en el año de 1911, cuando la empresa Anglo, de nacionalidad inglesa, efectuó la perforación del primer pozo petrolero¹ en la ciudad de Ancón, provincia de Santa Elena. Este hecho simbolizó el comienzo de una industria hidrocarburífera en el país, que se fue desarrollando poco a poco con el descubrimiento de otros yacimientos de petróleo, con la generación del incremento de la mano de obra, el comercio y los servicios que la industria demandaba.

A pesar que, durante los primeros años la producción petrolera no alcanzaba niveles altamente comerciales, los grandes intereses de compañías dedicadas a la exploración de petróleo alrededor del mundo identificaron al Ecuador como un lugar atractivo para la inversión y con buenas posibilidades geológicas para el hallazgo de nuevos yacimientos, considerando su rentabilidad y el riesgo inherente en este tipo de actividades en zonas inexploradas.²

En las décadas posteriores, como parte de la corriente liberal y reformista que recorrían el Ecuador, dentro del país se consumaron interesantes iniciativas petroleras y avances normativos, entre los cuales destacan la promulgación del Código de Minería en el año 1911 que declaró al petróleo y demás sustancias sólidas como propiedad del Estado, la promulgación de la Ley de Yacimientos o Depósitos Hidrocarburíferos en el año de 1921 que establece una utilidad módica pero razonable, así como también diferentes decretos que

¹ NOTA: Este pozo fue denominado Ancón 1, en virtud de estar localizado en la ciudad de Ancón en la península de Santa Elena (actualmente provincia de Santa Elena).

² NOTA: Un claro ejemplo de esta inversión con alto riesgo, fue el caso de la compañía The Shell Company of Ecuador, que en el año de 1948 después de adquirir 10 millones de hectáreas² en la Amazonía a la compañía Anglo Saxon Petroleum Cia. Ltda., decidió revertir parte de dichas hectáreas a favor del Estado ecuatoriano, bajo el argumento que no existía petróleo en la zona o por la falta de resultados satisfactorios.

se emitieron para reglamentar contratos, concesiones y regalías, y la creación de la Dirección General de Minas y Petróleos en el año 1933, como la primera entidad pública encargada de controlar y regularizar el sector.

Posteriormente, la Ley de Petróleos promulgada el 9 de agosto de 1937 estableció que “Son bienes del dominio directo del Estado los (...) depósitos naturales del petróleo; los hidrocarburos gaseosos que se encuentran en el subsuelo o que se escapan de la superficie de la tierra; (...)” (artículo 1). Y adicionalmente señalaba que “el dominio directo del estado sobre las substancias enumeradas en el artículo anterior es inalienable e imprescriptible; en consecuencia, los derechos que se otorguen conforme a esta Ley en ningún caso constituirán una propiedad absoluta y definitiva” (artículo 2). A la vez que se declaraba de “utilidad pública la industria del petróleo en sus ramas de exploración, explotación, almacenamiento, refinación y transporte; por consiguiente, procede la expropiación en su favor” (artículo 3).

Es importante destacar lo citado, pues es notable, que en la primera norma relativa a la actividad hidrocarburífera expedida en el país expresamente se mencione la propiedad inalienable e imprescriptible del Estado sobre el petróleo y la declaratoria de utilidad pública sobre los distintos segmentos de la industria. Elementos que se mantienen presentes dentro de la normativa vigente.

En la Ley de Petróleos, el gobierno ya no aprobaba los precios de los productos derivados de los hidrocarburos, sino que los precios de estos productos se fijaron en base a los costos de producción, es decir, teniendo en consideración la inversión realizada por las compañías. Concepto que es de alguna manera similar con las tarifas de servicios que paga el Estado en la extracción del crudo, considerando la amortización de las inversiones durante la vigencia del contrato.

Durante estos años, se entregaron miles de hectáreas en concesiones a compañías para la explotación petrolera en el Ecuador, pero indudablemente un hecho que evidencia el avance de la industria fue la construcción de la refinería La Libertad en el año de 1940 (actualmente

todavía en funcionamiento) con dos plantas de destilación primaria para procesar mil barriles por día de crudo. (Guerra, 2003)

Según los datos históricos de la empresa pública Petroecuador, las cifras indican que durante el año de 1928 al año de 1957 el país exportó alrededor de 42 millones de barriles de petróleo. (Petroecuador, 2001) Cifra similar al volumen total de las exportaciones que realizó el Ecuador durante los primeros meses del año de 1972, iniciando así la denominada bonanza petrolera de los años setentas que consideraré más adelante.

Martínez-Acosta Padilla (1995) afirma que con esta Ley se promovió las concesiones de tierras para la exploración de hidrocarburos con la enorme tarea de encontrar yacimientos de petróleo en el territorio ecuatoriano. El 15 de marzo de 1964 el Consorcio Texaco Golf (Ecuador) obtiene una concesión por parte del gobierno militar de aquella época, con un período exploratorio de 5 años prorrogables y 40 años de explotación prorrogable por 10 años más, de conformidad con los artículos 5 y 8 de la Ley de Petróleo de marzo de 1964.

En el año de 1967, según una crónica relativa al petróleo del oriente ecuatoriano se indica que:

El 29 de marzo de 1967, se registró el primer brote de petróleo dentro de la Región Oriental, al haberse constado que era productivo el Pozo Lago Agrio No. 1, en la concesión otorgada a las compañías TEXACO y GULF. Luego se continuó la explotación y perforación en las estructuras de Lago Agrio, Charapa y Bermejo, habiéndose perforado hasta el 11 de junio de 1968, ocho pozos con una producción promedio diaria de 10.003 barriles lo que representa el doble de la que se obtiene de todos los pozos actualmente en producción dentro de la Península de Santa Elena, en donde existen 854 pozos que producen diariamente 4.881 barriles, al 30 de abril de 1968. (Centro Andino de Integración, 2012).

Este hecho fue histórico, porque en ese momento existía una acelerada declinación de la producción del petróleo que se extraía en la península de Santa Elena³, y por lo tanto era

³ NOTA: En ese momento la Compañía Anglo anunciaba el agotamiento de las reservas en Sta. Elena. (Martínez-Acosta, 1995, p.30)

ineludible el descubrimiento e incremento de nuevas reservas de hidrocarburos con el fin de garantizar por lo menos el consumo interno de combustibles. A partir de este momento se otorgaron múltiples concesiones a las empresas extranjeras en el golfo de Guayaquil, en la región amazónica y en la parte continental de la costa ecuatoriana, iniciando una intensa actividad petrolera en estas dos regiones del Ecuador.

Por su parte, en el año de 1968 el Ministro de Industrias y Comercio, Galo Pico Mantilla, afirmó en su Informe a la Nación que “acaso uno de los hechos más significativos que registra la historia económica del Ecuador sea el descubrimiento de importantes yacimientos petrolíferos en la Región Oriental”. Y no estaba equivocado, considerando la relevancia actual que tiene la producción de hidrocarburos para el Ecuador y el mundo entero, ratificando que “la fuente más importante de la economía del Ecuador es la exportación de crudo y derivados, que en los últimos 10 años ha oscilado entre un 43 y 66% del total de exportaciones del país” (Guaranda Mendoza, 2010). Que en el caso de nuestro país representa “alrededor del 25 por ciento del Presupuesto General del Estado” (EFE, 2010), crudo que casi en su totalidad proviene de los yacimientos existentes en la región amazónica ecuatoriana explorados hace ya medio siglo.

Con este escenario preliminar, el Estado enfocó sus esfuerzos en fortalecer la industria petrolera con el objetivo de aprovechar el potencial de los descubrimientos. Una forma de realizar esto, fue la promulgación de normas y el constante ejercicio de políticas públicas que flexibilizaba la inversión extranjera en la exploración y explotación de petróleo. En este sentido, en el año de 1971 se promulga la Ley de Hidrocarburos sustituyendo a la Ley de Petróleos, aboliendo las concesiones existentes y creando un nuevo sistema de contratación petrolera (El Comercio, 2012).

Acto seguido, mediante Decreto Ejecutivo del 6 de junio de 1972 se creó la Corporación Estatal Petrolera (CEPE), hecho importante dentro de la industria dado que “por primera vez, el Gobierno Nacional contaba con un instrumento que le permitía llevar a la práctica la voluntad nacional de administrar y controlar por su propia cuenta en beneficio del país” (Unidad de Relaciones Institucionales, 2004, pág. 35). Con el paso de los años CEPE se

convertiría en el antecesor de Petroecuador⁴, quien se encargaría de administrar y operar los campos petroleros durante las siguientes décadas hasta la reestructuración del sector en el año 2012 con la creación de Petroamazonas EP.

Es curioso que como uno de los resultados de los diferentes cambios políticos y normativos que ocurrieron “entre los años de 1969 y 1972, el Estado pasó a recibir regalías del 6% al 16% de la explotación petrolera, y se determinó la facultad del Estado para retener el 20% de la producción de las compañías para el consumo interno de derivados” (El Comercio, 2012).

Además, en el año de 1973 mediante Decreto Supremo 317 se emite el Contrato Tipo para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, donde se establecen nuevas condiciones como las primas de entrada y los pagos o aportes de compensación, que hasta la presente fecha siguen siendo materia de análisis y negociación en cada uno de los contratos que se suscriben.

Finalmente, en el año de 1978 se expide una nueva Ley de Hidrocarburos, con reformas en las modalidades contractuales, que revisaremos más adelante, pero que evidencia como la industria hidrocarburífera ecuatoriana fue madurando, aprendiendo de los escenarios riesgosos que la geología ecuatoriana presenta, y adaptándose a las distintas necesidades del país. Por lo tanto, es posible decir que el avance de la industria está marcado por su natural vinculación con el discurso del poder económico e interés político de turno, vinculación que se mantiene hasta la actualidad y que determina el ritmo de las políticas hidrocarburíferas el día de hoy.

⁴ NOTA: El 26 de septiembre de 1989, mediante la Ley Especial No. 45, durante el gobierno del Dr. Rodrigo Borja Cevallos, se crea la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) con la intención de mejorar la administración de los recursos petroleros estatales y dinamizar la industria hidrocarburífera, dotándola de mecanismos que le permitan competir en el mercado, con eficiencia y rentabilidad.

1.1.1. Panorama económico de la época.

En este acápite, únicamente mencionaré pequeños rasgos de la economía ecuatoriana antes del popularmente denominado “boom petrolero”, con el afán de plasmar brevemente el importante y significativo impacto que tuvo la industria hidrocarburífera en el Ecuador luego de esa época, y como hasta ahora se ha arraigado dentro de las políticas públicas como un eje central de decisiones del gobierno electo.

En el inicio del siglo XX, la exploración de los primeros yacimientos en la Costa ecuatoriana reveló que sí existía el ambiente requerido para inversiones extranjeras distintas a las acostumbradas, considerando que para ese entonces el Ecuador era eminentemente agrícola, seguía manteniendo serios rezagos coloniales y aún le costaba abrir sus puertas a la modernidad.

Cabe mencionar con certeza que, durante las décadas sucesivas hasta inicios de los setentas, los gobiernos de turno nunca dieron una importancia prioritaria al sector petrolero, y como Reyes Salazar (2006) indica:

Hasta ahora no hay claridad sobre cuáles fueron las razones por las que no se impulsó la producción hidrocarburífera como un mecanismo de obtener recursos para el Estado. El escaso y nunca bien desarrollado sector manufacturero probablemente no necesitó de los derivados para movilizar sus máquinas o para impulsar la transportación entre ciudades, a lo que se debió sumar el tamaño pequeño y mediano de las empresas, así como la existencia del ferrocarril, como medio de transporte de carga (p.85).

Para la década de 1960 hasta 1970, la exportación de banano fue el eje de la economía ecuatoriana, cuando fue suplantada por el petróleo, debido a que dentro de este periodo se hizo la primera reforma agraria en el Ecuador con el fin de redistribuir las tierras y aprovechar el potencial agrícola. Este periodo se caracterizó porque el Ecuador vivió años de reformas y transformaciones sociales conducentes a la construcción de un Estado moderno en un contexto internacional complejo.

Para el año de 1968, se inicia la liberación de áreas para la explotación hidrocarburífera, reflejándose que tan solo en cuatro meses se otorgaron concesiones a siete empresas por cerca de 4 millones de hectáreas. En tal sentido, Ayala Mora (2008) afirma que:

La crisis de la exportación bananera precipitó el descalabro de la estabilidad constitucional, pero abrió también paso a un conflictivo proceso de modernización y cambios de corte reformista. Desde los años sesenta hasta el fin de los setenta o inicios de los ochenta, se dieron profundas transformaciones de la sociedad ecuatoriana. No se trataba solamente de un cambio en el producto básico de exportación (banano por petróleo), sino de un agotamiento del modelo agroexportador y del surgimiento e inicial consolidación de un nuevo modelo de dominación (p.51)

1.1.2. Bonanza petrolera de los años setenta.

Con el descubrimiento de grandes reservas de petróleo, la Ley de Petróleos promulgada décadas atrás perdía su fuerza hasta llegar a ser caduca. Los avances tecnológicos y la confusión de las estipulaciones y obligaciones sobre la exploración y explotación en los contratos ponían en jaque mate a la normativa hidrocarburífera existente, complicando la situación económica que atravesaba el país.

En el año de 1971, el presidente Velasco Ibarra promulgó la nueva Ley de Hidrocarburos, que establecía una nueva situación jurídica para la industria petrolera ecuatoriana. Esta ley excluyó los contratos de concesiones, reafirmó el principio de que los yacimientos hidrocarburíferos pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado; instituyó los contratos de asociación facultando al Estado para asociarse con terceras empresas para la exploración de hidrocarburos, y declara como derecho exclusivo del Estado la explotación de hidrocarburos en todas sus fases, mediante la administración directa o celebrando contratos, mediante la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE).⁵

⁵ NOTA: Creada mediante Decreto N° 522 publicado en el Registro Oficial N° 88 de 26 de junio de 1972, fue la primera entidad pública formada para ejecutar la política petrolera nacional, y encargarse de todas las fases de la industria hidrocarburífera.

Esta serie de hechos pueden ser considerados como una reacción del Estado ante el constante aumento de poder de las grandes empresas petroleras internacionales, que presionaban a los gobiernos de turno para el otorgamiento de concesiones con alta rentabilidad a cambio de su capacidad de desarrollar las diferentes fases de una industria, al mismo tiempo que el gobierno trataba de establecer marcos jurídicos que aseguren un mayor equilibrio jurídico y económico entre dichas empresas y el Estado.

En tal sentido, y con el fin de posicionar a la nueva empresa estatal recientemente creada, se emitieron las bases para la contratación de contratos de prestación de servicios y contratos de asociación, publicados respectivamente en los registros oficiales N° 280 y 281 del 5 y 6 de abril de 1973, reformados a su vez, el 3 de agosto y el 2 de octubre del mismo año, y bajo los cuales la empresa estatal CEPE inició negociaciones de los nuevos contratos.

Según el historiador Enrique Ayala Mora (2008),

El Gobierno Nacionalista y Revolucionario de las Fuerzas Armadas, presidido por el general Guillermo Rodríguez Lara, comenzó en 1972, justo en el momento en que se abría la mayor expansión económica que registra la historia nacional. La exportación petrolera se inició en una coyuntura internacional de elevación sostenida de los precios de los hidrocarburos. Eso dio al gobierno recursos que nunca antes había manejado, y que fueron dedicados, a veces en forma superflua o mal planificada, al robustecimiento y modernización del Estado y el aparato productivo. El gobierno tuvo iniciativas progresistas, especialmente en su política internacional, puesto que defendió la soberanía del país sobre sus recursos naturales. El Ecuador ingresó a la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) e impulsó el control estatal de la explotación y comercialización petrolera (p.52).

Con la corriente militar al frente de la política nacional, el Ecuador inició una nueva época de desarrollo mediante la exportación de petróleo crudo al mercado internacional, y posicionando al petróleo como uno de sus principales bienes de exportación. En este contexto, (Gordillo, 1984) manifiesta que “mientras en 1973, que fue el primer año completo de actividad institucional, percibió apenas 134 millones de sucres, en 1983 esta cifra

sobrepasa los 29 mil millones de sucres y para 1984 se aproxima a los 43 mil millones de sucres, lo cual implica un ritmo de crecimiento anual de 69% en promedio” (p.13).

Con esta perspectiva, el Ecuador finalizó la década de los setentas lleno de reformas y transformaciones que reflejaban al resto del mundo una economía aparentemente estable, sin mayores complicaciones económicas. No obstante, el ferviente crecimiento de la industria petrolera, en paralelo con el aumento del gasto público, generó el desequilibrio en la balanza de pagos y a su vez una importante deuda externa acumulada⁶ que con el transcurso de los años se convertiría en la incapacidad de pago, piedra en el zapato de la década de los noventa, cuyas consecuencias duran hasta el día de hoy.

1.1.3. Reflexiones Preliminares.

El despliegue de las inversiones en el Ecuador con el descubrimiento de petróleo hizo que el progreso y el desarrollo llegaran al país rápidamente, a una sociedad que no estaba preparada totalmente para aprovechar los beneficios económicos de la industria hidrocarburífera y agobiada con constantes conflictos políticos y sociales que generarían inestabilidad a finales del siglo XX.

Indiferente de la situación económica del país, conforme establece el Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, el Ecuador está sujeto a una política basada en el aprovechamiento de “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” (numeral 2 art. 15). Por lo tanto, los lineamientos de desarrollo hidrocarburífero actuales y futuros deben orientarse a buscar la eficiencia económica considerando nuevos factores como la sustentabilidad y soluciones intergeneracionales.

⁶ NOTA: Sigüenza & Silva (2007) afirman que “aunque resulta paradójico, la riqueza petrolera ecuatoriana fue también un motivo para el inicio de un endeudamiento agresivo, así la deuda creció de 260.8 millones de dólares en 1971, a 5. 869,8 millones para 1981, es decir en 10 años creció 22 veces más” (p. 37).

No obstante, los Estados y las empresas para lograr la eficiencia en la producción de hidrocarburos deberán analizar con profundidad el funcionamiento y la variabilidad de los factores que forman parte de la economía global, y que hacen muy vulnerable al precio del barril del petróleo en el mercado internacional.

Como hemos visto durante los últimos años, los incrementos en los precios del crudo producen mayor beneficio a la población en general, pero un evento de precios bajos trae consigo consecuencias difíciles de superar al corto y mediano plazo, generándose un ambiente que exige tanto a los Estados como a las empresas la reformulación de presupuestos y planes de inversión para los próximos años, además de afectar el resto de sectores directa e indirectamente vinculados con la industria petrolera.

La economía del petróleo, es un tema que forma parte del análisis profundo y permanente de economistas y analistas que buscan pronosticar con el menor margen de error posible los precios del mercado de petróleo y sus derivados durante los próximos años, basados en un sinnúmero de factores con comportamientos históricos y otros cuantos factores impredecibles, estudiando la oferta y demanda local e internacional del crudo, y el aprovechamiento de las rentas y demás beneficios que dejan la venta del crudo, los combustibles y los derivados.⁷

Como un ejemplo a lo antes mencionado, podemos citar a Morris Albert Adelman que, en el año de 1972 en su obra *The World Petroleum Market*, concluyó que “los precios del crudo declinarán porque la oferta excederá a la demanda, incluso a precios menores, y porque una mayor competencia hará gravitar los precios hacia los costos”. Una afirmación que cinco años atrás no era creíble por muchos analistas pero que durante el año 2015 se convirtió en una realidad. Cabe señalar que realizar este tipo de afirmaciones tiene una enorme

⁷ NOTA: Cuando hablo de factores históricos me refiero a elementos que tienen un comportamiento variado pero sostenible en el tiempo y que permite comparar y generar proyecciones como por ejemplo la producción de petróleo histórica de un país en un año, la capacidad de exportación o de almacenamiento, entre otros. Cuando hablo de factores impredecibles me refiero a aquellos que no pueden ser previamente examinados por los analistas como sucedió cuando aumentaron los costos de transporte en 1970-71 por una interrupción del oleoducto Trans-árabe, que va desde Arabia Saudita hasta el Líbano.

complejidad, mucha ponderación y medida, en especial cuando el ingreso de la exportación de crudo tiene un sustancial efecto en los presupuestos de los países productores como el Ecuador.

Como dice Smith & Meza (s.f.), “en términos de volumen físico intercambiado, el mercado del petróleo se constituye, por el lado de la oferta, por las empresas que extraen petróleo y, del lado de la demanda, por las que compran y refinan el crudo para ofrecer sus derivados: gasolina, nafta, diésel y combustóleo, principalmente” (p.85). Sin embargo, a pesar del intenso intercambio de petróleo que se realiza en el mercado internacional existen factores que generan incertidumbre y que podrían afectar en el futuro a los países productores. Puedo mencionar como ejemplos de estos factores, algunos como: el incremento del uso del gas natural como sustituto progresivo del petróleo en su uso industrial y como insumo en la generación de electricidad basado en una menor emisión de contaminación y operación eficiente; las innovaciones tecnológicas en la exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales que generan una rentabilidad mayor de energía captando el mercado tradicional de petróleo; la disponibilidad de reservas recuperables en el mundo junto con el ritmo de producción y el aumento o disminución en el consumo.

Según lo mencionado por Sigüenza & Silva (2007) “en 1980, el petróleo se constituía en el 63% de los productos que se exportaban. Para 1989, el petróleo representaba el 48.8% de las exportaciones totales, el 21.2% del PIB y el 47.3% de los ingresos del presupuesto” (p. 30). Con estas cifras, es posible aseverar que el Ecuador en un periodo de 15 años pasó de ser un país agrícola a ser un país netamente petrolero.

Por lo tanto, este pequeño, pero conciso resumen de la historia petrolera del Ecuador nos permite comprender que el petróleo fue y seguirá siendo un elemento clave en la economía de las sociedades, y, por lo tanto, un factor estratégico para la toma de decisiones en el Ecuador presente y futuro. En este sentido, el debate económico que muchos gobiernos afrontan no sólo se centra en la proyección de los precios del petróleo, sino también en la influencia que tiene este precio en la inversión extranjera frente a conceptos como la

propiedad estatal de los recursos naturales, la utilidad razonable, y las consecuencias domésticas que tienen externalidades dentro de la política económica de un país.⁸

Quizás el reto actual de la economía del petróleo se enfoca en consolidar una política transversal que abarque todos los aspectos necesarios para que permita un desarrollo permanente de la industria hidrocarburífera sin afectar los elementos que proporcionan un equilibrio financiero para el Estado y para las empresas, permitiendo obtener una ganancia sensata sobre el riesgo y el monto de inversión comprometido, y sin comprometer los recursos para el futuro.

1.2. La ley de hidrocarburos (1978).

Mediante decreto ejecutivo N° 2967 del Consejo Supremo de Gobierno emitido el 15 de noviembre de 1978, según registro oficial número 711, se dicta la Ley de Hidrocarburos vigente. Esta Ley contiene disposiciones fundamentales para el desarrollo de la industria, entre los más importantes, la norma establece la dirección y ejecución de la política de hidrocarburos, las formas contractuales, la conceptualización y el manejo del petróleo crudo y gas natural, el manejo de los ingresos estatales, el transporte, la comercialización, la fijación de precios, la caducidad, sanciones y transferencias, disposiciones generales y disposiciones transitorias.

Según el artículo primero de esta Ley, los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en cualquier estado físico que se encuentren situados en el territorio nacional, incluyendo las zonas cubiertas por las aguas del mar territorial, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado, y su explotación se ciñe a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente.

⁸ NOTA: Un ejemplo de externalidades fue la crisis financiera del año 2008, debido al colapso de la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos en el año 2006, que provocó que las economías de los países no afectados directamente tomen estrictas medidas preventivas para mitigar los efectos de una crisis externa.

A su vez, el artículo 44 de esta Ley de Hidrocarburos, establecía que “El Estado percibirá, por concepto de exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, por lo menos: primas de entrada, derechos superficiarios, regalías, pagos de compensación y aportes en obras de compensación; y por el transporte: participaciones en las tarifas”. El concepto primas de entrada es una noción que ha resurgido últimamente por parte Petroamazonas EP bajo un criterio de “derecho contractual”.

Con esta ley se codificó las normativas existentes dentro del sector e impulsó el desarrollo de la industria en base a un marco jurídico más claro, a la vez que se incrementaba del aparataje Estatal y se promovían una serie de rondas petroleras para la adjudicación de campos promocionando la inversión extranjera.

1.2.1. Ideas generales del contrato de prestación de servicios original.

Es importante recordar que los acuerdos en los cuales se autoriza la producción de petróleo han pasado por una serie de fases desde la aparición del petróleo como un commodity. Históricamente, los derechos sobre el petróleo se otorgaron mediante "concesiones" que autorizaron a una empresa a explorar, desarrollar y comercializar petróleo durante un número determinado de años. Las concesiones más tempranas se firmaron en virtud de un pago inicial y un derecho, y el Estado transfirió enteramente todos los derechos de gestión y de toma de decisiones sobre la exploración y producción de petróleo a la empresa o consorcio respectivo.

La codificación de la Ley de Hidrocarburos del año 1978 estableció en el artículo número 17 que “son contratos de prestación de servicios aquellos en que personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, debidamente calificadas, se comprometen a efectuar por cuenta o encargo de CEPE, obras o servicios específicos aportando tecnología, capitales, equipos o maquinarias necesarios para el desarrollo de los trabajos contratado”. Y continúa señalando que “El pago de los servicios será pactado por las partes contratantes en la forma que estimen conveniente”.

En tal sentido, los autores Baby, Rivadeneira & Barragán (2004) aseguran:

En agosto de 1982, con la Ley 101 de 13 de agosto de 1982 se abre nuevamente la posibilidad de que compañías extranjeras entren a compartir con CEPE la actividad exploratoria en el territorio ecuatoriano, al legislarse una nueva modalidad contractual denominada de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. Esta modalidad contractual, que en su aplicación ha sido severamente cuestionado, consistía en que la compañía contratada prestaba sus servicios durante las etapas de exploración y explotación, y recibía a cambio el reembolso de costos y gastos más una tasa de servicio. En la práctica, debido a que se declaró la comercialidad para campos marginales y se privilegió los pagos a la compañía, el Estado que quedaba al final del reparto recibió montos mucho menores que los inicialmente concertados.

Por medio de este contrato, en caso de hallar hidrocarburos comercialmente explotables el contratista tendrá derecho al reembolso de sus inversiones, costos, gastos y pagos por sus servicios. A diferencia del contrato de operaciones hidrocarburíferas en que había una exención general de impuestos, en los contratos de prestación de servicios para exploración y explotación hidrocarburífera, las exoneraciones son detalladas y específicas.

Esta modalidad de prestación de servicios fue recibida con algunas críticas, en complicidad con el uso de otros modelos de contratación que se realizaban alrededor del mundo, ya sea a través de contratos de asociación, de operaciones, o de participación. No obstante, el contrato de servicio estaba específicamente diseñado para el desarrollo de reservas de petróleo, es decir, es un contrato de servicios de riesgo, que probablemente encuentra su uso más amplio en América Latina.⁹

El concepto general del contrato de servicio es que la compañía petrolera acuerda explorar un área específica y evaluar su potencial para buscar nuevos yacimientos. Las obligaciones de trabajo normalmente se detallarán, como se hace con concesiones y licencias modernas.

⁹ Nota: Al respecto se puede revisar: Joao Santos C. Neto, Risk-Bearing Service Contracts in Brazil, 3 J. ENERGY & NATURAL RESOURCES p. 114 (1986)

Durante período exploratorio inicial, la empresa invierte sólo su propio dinero sin expectativas de pago, a menos que se produzca la producción comercial.

Dependiendo de los diferentes países que utilizan el contrato de servicios, existen diferencias o condiciones que matizan las cláusulas de esta figura contractual, como por ejemplo, en virtud del contrato brasileño de servicios de riesgo, los costos de exploración se reembolsan sin intereses, mientras que los costos de desarrollo se reembolsan con intereses, al tipo de cambio especificado en el contrato o vinculado a la tasa prime de los Estados Unidos (Joao Santos, 1986, p.114); Sin embargo, la empresa no adquiere "derechos de propiedad" sobre la producción.

No obstante, la mayoría de los países que utilizan contratos de servicios de riesgo no pueden pagar por dichos servicios en dólares estadounidenses (moneda reconocida por la que se vende el petróleo) por lo que suelen dar al contratista una opción para recibir el reembolso de sus gastos y utilidad en petróleo o en forma de un derecho a "comprar" el crudo producido de manera preferente. Asumo que tal "compra" es meramente una transacción de contabilidad.

Unos pocos contratos de servicios de riesgo evitan este tipo de problemas en conjunto y prevén el pago directo en petróleo. Este es caso del contrato de servicios aplicado por la petrolera estatal del Ecuador, la Corporación Ecuatoriana del Petróleo (CEPE) que otorgaba a la empresa derechos mucho más favorables en la producción.

Posteriormente, en el mes de noviembre de 1993, se promulga la ley No. 44, que introduce el Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la Ley de Hidrocarburos. Esta modalidad de contrato se convirtió por política estatal en el principal contrato que suscribió el Estado ecuatoriano, y que establece que el Estado al ser el propietario del producto del subsuelo tiene derecho recibir un porcentaje de participación de la producción de crudo que obtengan las compañías petroleras. En este contrato, el porcentaje de participación negociado a favor del Estado es fijo y calculado en relación a los volúmenes de producción proyectados por la contratista para cada campo.

1.2.2. Efectos de la aplicación de la ley.

El principal aporte de esta ley fue el sentar las bases para la convocatoria a rondas petroleras con el afán de adjudicar contratos de exploración y explotación de hidrocarburos dentro del nuevo marco constitucional y democrático que existía en el país.

En este sentido, según Baby, Rivadeneira & Barragán (2004):

Entre 1983 y 1995, se efectuaron ocho Rondas de Licitación Internacional para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la Cuenca Oriente. Se convocó la Primera en junio de 1983 y la Segunda en febrero de 1985. En los meses de mayo y agosto de 1986, se convocaron la Tercera y Cuarta Rondas, esta última dedicada exclusivamente a empresas estatales. En junio de 1987, se convocó la Quinta Ronda Petrolera, la Sexta en enero de 1990, la Séptima en enero de 1994, y finalmente la Octava Ronda en junio de 1995.

Con estas ocho rondas se promocionó el potencial geológico de la Amazonía ecuatoriana, buscando principalmente la explotación de campos descubiertos y la realización de sísmica en áreas no exploradas dentro de los bloques petroleros existentes.

Por otro lado, (Guaranda Mendoza, 2010) señala que:

Es así, que desde 1985 hasta 1996 ha habido 8 rondas petroleras que ocupan un área de aproximadamente 4.2 millones de hectáreas de los 13 millones de hectáreas que conforman la Amazonía Ecuatoriana ésta a su vez, representa el 46% del territorio nacional. La novena ronda se produjo en 2002 donde se licitó los campos de la Costa, excluyendo los de la Amazonía. Para fines del 2002 se termina de construir el Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) como parte de la estrategia de expansión de la frontera petrolera. Desde el 2003 el gobierno anunció la décima ronda petrolera para la concesión de áreas en los territorios de Napo, Pastaza y Zamora Chinchipe, además de la continuación del proyecto ITT (Ishpingo, Tambococha, Tiptutini) que está situado en el Parque Nacional Yasuní y la Reserva Faunística Cuyabeno.

Con la intensiva actividad exploratoria y la explotación de los yacimientos existentes durante la vigencia de la ley, sus reformas y las demás normas jurídicas que se emitieron, el Ecuador tuvo ingresos extraordinarios que sirvieron para el incentivo de otros sectores productivos del país, la defensa nacional, y el desarrollo de las ciudades.

Si bien las modalidades contractuales que permitía la ley, dieron flexibilidad a los gobiernos para adaptar sus políticas a las necesidades de cada periodo de gobernabilidad, en mi opinión considero que con las ganancias que se generaron en aplicación de esta ley, el Estado debió utilizar esos recursos de distinta manera, más eficiente y sin desatender a los pueblos asentados en las zonas petroleras, que es justamente una de las debilidades que ha tenido la industria petrolera y que se resaltaron durante los últimos años donde existieron sonados casos o arbitrajes condenando las malas prácticas de las empresa y el Estado.

1.2.3. Otras reformas realizadas

Entre las modificaciones y regulaciones del sector se expidieron durante la vigencia de esta ley las siguientes normas: el Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas, Reglamento de Establecimientos de Comercialización de Derivados, el Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado, entre otros.

Esta serie de normas que complementan las actividades reguladas por la Ley permitieron estandarizar las operaciones de los distintos campos existentes, al mismo tiempo que permitía a la Dirección Nacional de Hidrocarburos, como organismo de control del sector, controlar el cumplimiento de los programas de actividades y los presupuestos de inversión comprometidas por las compañías para cada año de vigencia de los contratos, y de esta manera cuantificar la inversión, así como los mecanismos para la fiscalización a través de las mejores prácticas internacionales.

El Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas permitió establecer un sistema de control y prevención ambiental en las actividades petroleras, obligando a las compañías a manejar adecuadamente sus desechos, obtener autorizaciones y permisos ambientales previo a la ejecución de actividades, establecer las sanciones y multas en caso de contaminación.

En el año 2006, se emite la Ley 42 – 2006 reformativa a la Ley de Hidrocarburos de gran importancia e impacto en la industria de los hidrocarburos en el Ecuador al incluir como parte de los ingresos estatales una participación en los Ingresos Extraordinarios generados por la diferencia de precios entre el valor establecido en el Contrato y el valor real de venta del petróleo, que será en por lo menos el 50% de dichos Ingresos Extraordinarios hasta que se emita el correspondiente reglamento estableciendo el porcentaje de participación estatal.

En el año 2007, se emite Decreto Ejecutivo No. 1402 mediante el cual se establece que la participación de los valores correspondientes a los Ingresos Extraordinarios obtenidos por la venta del petróleo corresponderá un 99% al Estado y 1% a las compañías contratistas generando una situación incómoda para las empresas que estaban acostumbradas a un esquema contractual distinto. No obstante, en el año 2008, se agregó que aquellos contratos que se firmen a partir del primero de agosto de 2008, la participación del Estado prevista será del 70%, forzando a las empresas a una renegociación contractual.

1.3. La ley de hidrocarburos vigente con la Ley de Reformativa del año 2010.

Con la promulgación de la nueva Constitución vigente desde octubre del año 2008, el sector energético en el Ecuador adquiere un nuevo enfoque y se sustenta en una serie de nuevos principios, entre ellos, la conceptualización de los sectores estratégicos, incluyendo en dicha categoría a los recursos naturales no renovables.

El artículo 408 de la Constitución establece que: “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...”, el segundo inciso del mismo artículo citado dice que “El Estado participará de los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota”.

Como complemento a estas disposiciones el Art. 313 señala que “el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos...” los mismos que son de “decisión y control exclusivo del Estado, debido que por su trascendencia y magnitud tiene decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”.

Como parte de esta nueva concepción de sectores estratégicos, se encuentran los recursos naturales no renovables como habíamos mencionado, y entre los cuales se encuentra el petróleo, el mismo que durante décadas se constituyó en la principal fuente de ingresos económicos para nuestro país. Por tal razón, y debido a su importancia para el gobierno este sector requirió de un marco jurídico e institucional moderno que permita un mayor control y participación del Estado en la industria hidrocarbúfera.

Partiendo de lo dispuesto en la Constitución, se implementa una nueva política, en la que el Estado hace prevalecer sus derechos de propiedad sobre los hidrocarburos y adquiere un control exclusivo del sector como parte del plan de recuperación de la soberanía energética del país, se promulgó la “Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno” cuerpo normativo que fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 244 del 27 de julio de 2010, tras haber entrado en vigencia por el ministerio de la ley.

Por medio de esta Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, se modificó la estructura administrativa del área petrolera, conservando el Ministerio Sectorial su capacidad de rectoría de la industria, por encima de las dos nuevas entidades autónomas administrativamente (aunque adscritas al Ministerio Sectorial), cuyo objetivo es efectuar y cumplir con las labores de control, administración y fiscalización de los actividades

petroleras, según las facultades que determina la ley y las directrices del Ejecutivo a través del Ministerio.

La Secretaria de Hidrocarburos (SH) es el ente público que actuara como interlocutor con las compañías o contratistas del Estado. Es la encargada de ejecutar las actividades de suscripción, modificación y administración de áreas y contratos petroleros, así como de los recursos hidrocarburíferos del país.

Y la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos, es el 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 o extranjeras que ejecuten actividades hidrocarburíferas en el Ecuador.

Uno de los principales cambios que realiza esta Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos es la estandarización de contratos adoptando un nuevo modelo de contrato para la prestación de servicios de explotación y exploración de hidrocarburos, a través de la Primera Disposición Transitoria y un plazo perentorio para adoptar el nuevo modelo de contrato. Algunas empresas decidieron no continuar y terminar de mutuo acuerdo los contratos vigentes, revertir el área al Estado y firmar una liquidación por las inversiones y gastos no amortizados; y otras empresas renegociaron exitosamente el contrato y cambiaron de modalidad contractual fijando una tarifa por los servicios de exploración y explotación acorde a un plan de inversiones y actividades comprometidas y negociadas con el Estado.

Esta nueva norma desarrolló varios principios como complemento al contenido de la misma, en los que se destaca que la protección del medio ambiente debe ir de la mano con la explotación de los recursos hidrocarburíferos; la explotación de los recursos no renovables no puede ser una mera explotación sino que también se debe convertir en una fuente de trabajo que permita el desarrollo de los ecuatorianos; promover el desarrollo tecnológico y científico, a través de la capacitación a los ecuatorianos que trabajen en este sector; la explotación de hidrocarburos debe ser equilibrada en el sentido de que las empresas

nacionales sean competitivas frente al mercado internacional; preservar las reservas descubiertas y las que ya están siendo explotadas; y, garantizar el abastecimiento de hidrocarburos dentro del país.

1.3.1. Situación política y social

Durante los últimos 10 años, el Ecuador ha vivido una época de estabilidad política en donde el sector energético fue protagonista del plan de gobierno dedicado a la transformación de la matriz energética. Así mismo, como parte de esta matriz, las políticas hidrocarburíferas se orientaron a dos objetivos prioritarios: el incremento de las reservas de petróleo y el aumento de la producción de los campos, considerando que la exportación de crudo es una de las mayores fuentes de ingresos económicos y que el Estado es el propietario de los recursos naturales no renovables.

Según lo publica el Banco Mundial (2016) en su portal, “Entre 2006 y 2014, el PIB promedió un crecimiento del 4,3% impulsado por los altos precios del petróleo y por importantes flujos de financiamiento externo. Este avance permitió un mayor gasto social e inversiones destacadas, en particular en los sectores de energía y transporte, y además en educación”.

Cabe resaltar que las reformas normativas y la promoción de inversiones en sectores energéticos también han venido acompañados de preocupaciones por los temas sociales y ambientales, en la que la autoridad nacional ambiental junto con los ministerios sectoriales ha desarrollado conjuntamente mecanismos de protección ambiental y de participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades ubicadas en las áreas de influencias de los proyectos. Un ejemplo, es la ejecución de procedimientos para el efectivo ejercicio del derecho a la consulta previa por parte de la Secretaría de Hidrocarburos y el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables previo a la convocatoria de la Décimo Primera Ronda del Sur Oriente ecuatoriano.¹⁰

¹⁰ NOTA: Para la convocatoria a la XI Ronda petrolera del Sur Oriente se realizó un proceso de consultas a las comunidades que conviven en las zonas de influencia, dentro de la cual se realizaron talleres y conferencia

A pesar de los avances alcanzados durante estos años acompañados afortunadamente por los altos precios de petróleo que han servido como pilar fundamental para el desarrollo del Ecuador, en la actualidad existen nuevos retos y riesgo que deben afrontarse debido a la desaceleración y, más recientemente, la contracción económica que experimenta el país como consecuencia de la caída del precio del petróleo desde fines de 2014 y la apreciación del dólar. Estos retos hacen más importante al modelo de contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos adoptado en el año 2010 con el fin de plantear alternativas que permitan alcanzar los objetivos antes mencionados.

1.3.2. Régimen Tributario

Un aspecto a considerar para tener una visión general de la industria es la normativa tributaria aplicable antes y después de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos. Como hemos mencionado en esta disertación, el Estado y la empresa compartían la producción de los campos petroleros y de la venta de esta producción se repartían las ganancias conforme las condiciones económicas pactadas contractualmente. A partir de este hecho como es normal, las empresas petroleras pagaban el impuesto a la renta sobre los ingresos obtenidos por la ejecución del contrato.

Posteriormente y debido al alto precio que alcanzó el petróleo en el mercado internacional durante la primera década del siglo XXI, el Estado tuvo la necesidad de normar los ingresos extraordinarios con la promulgación de la Ley 42 en el año 2006. Este ingreso se entiende de manera general como aquel excedente de la diferencia entre el precio de venta real y el precio de venta que el Estado y la empresa fijaron contractualmente, en función del cual se acordaron dichas condiciones económicas.

sobre los proyectos a desarrollarse. Se firmaron acuerdos que incluyeron compromisos de compensación social por parte del Estado, en caso de que dichas áreas sean adjudicadas a una empresa. Los oferentes debieron considerar los montos de compensación dentro de las propuestas económicas e inversiones iniciales previo al inicio de cualquier actividad en la zona, sin perjuicio de los desacuerdos internos que existan dentro de las comunidades.

La Ley 42 atribuía a favor del Estado ecuatoriano un porcentaje del 50 % del total de los ingresos extraordinarios de las petroleras, en concepto de compensación por incremento del precio de petróleo, apreciado por el gobierno de la época como un evento imprevisto y no considerado por las partes que afectaba al equilibrio económico del contrato, pero que para alguna empresas constituía una violación del principio de seguridad jurídica y de los tratados o acuerdos bilaterales sobre inversiones suscritos entre Estados.

En el año 2007 (reglamentada en el año 2008-09), mediante la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador se crea el impuesto a los ingresos extraordinarios obtenidos por las empresas que han suscrito contratos con el Estado para la exploración y explotación de recursos no renovables. Este impuesto grava las utilidades generadas por los incrementos imprevistas en los precios del petróleo, gas y minerales.

Esta normativa emitida en los últimos años de vigencia de los contratos de participación para el sector petrolero causó predisposición para la reforma a la Ley de Hidrocarburos del año 2010 el cambio de modalidad contractual que eliminaba de entrada la aplicación de estas normas, más aun cuando las participaciones de los ingresos extraordinarios determinados en la Ley 42 pasaron de los porcentajes de 50-50 al 99-1 y luego al 70-30, sin contar con el impuesto a los ingresos extraordinarios, que en cualquier caso generaba incertidumbre al momento de planificar y vulneraba la estabilidad financiera necesaria para la inversión en este tipo de proyectos y contratos de 20 años.

1.3.3. Aproximación inicial al modelo económico

A pesar que este tema lo abarcaremos con mayor profundidad en el siguiente capítulo, es importante recordar, como mencioné anteriormente, que la ley del año 2010 trajo consigo la adopción de un nuevo modelo de contrato, denominado Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, aunque existen varios modalidades en la ley, fue está modalidad la forma contractual por la cual el gobierno buscó el cumplimiento de los objetivos propuestos dentro en su agenda de desarrollo del país.

Cabe también señalar que antes de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, los contratos petroleros vigentes estaban divididos principalmente en contratos de participación, en los cuales el Estado compartía la producción y recibía un porcentaje por los ingresos extraordinarios, y los contratos de servicios específicos suscritos por la empresa pública Petroecuador con operadoras privadas o estatales extranjeras con el fin de encargar la operación y producción de algunos campos a su cargo, a cuenta y riesgo de la contratista.

La modificación de los contratos existentes al nuevo modelo de contrato propuesto por el gobierno se dispuso por mandato de la ley, otorgando un plazo tajante para adoptar el nuevo contrato. En tal sentido, cito la Primera Disposición Transitoria de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010, que dispone:

PRIMERA.- Los contratos de participación y de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que se encuentren suscritos se modificarán para adoptar el modelo reformado de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos contemplado en el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos en el plazo de hasta 120 días, y los contratos suscritos bajo otras modalidades contractuales incluidos los contratos de campos marginales y los contratos de prestación de servicios específicos suscritos entre Petroecuador y/o su filial Petroproducción (actual EP PETROECUADOR) con las empresas (...) en el plazo de hasta 180 días. Plazos que se contarán a partir de la vigencia de la presente Ley; caso contrario, la Secretaría de Hidrocarburos dará por terminados unilateralmente los contratos y fijará el valor de liquidación de cada contrato y su forma de pago.

Con la entrada en vigencia de esta ley, se inició un proceso en el cual las empresas realizaron una evaluación de sus contratos e inversiones, considerando que había un plazo definitivo tanto para iniciar el proceso de renegociación con el Estado o, en su defecto, atenerse a la terminación unilateral del contrato de acuerdo a la liquidación que establezca la Secretaría de Hidrocarburos.

Mencionaré brevemente que este nuevo contrato, en armonía con la Constitución del año 2008, establece como concepto general que el Estado conserva toda la propiedad del crudo

por ser un recurso estratégico, y paga a la compañía – prestador del servicio – una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado en el punto de fiscalización.

En este tipo de contrato, el cien por ciento del riesgo exploratorio y de la producción de hidrocarburos está en la cancha de la contratista, quien recibe un pago único por cada barril extraído, sin importar el precio final de venta del crudo. La tarifa acordada para cada contrato se fija considerando las inversiones que se comprometa a realizar conforme el plan de desarrollo presentado, evaluando la amortización de dichas inversiones, los costos y gastos del proyecto, e incluyendo una utilidad razonable más el riesgo de la operación como se analizará posteriormente en otro capítulo.

2. EL MODELO DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO Y EL CAMBIO DE MODELO ECONÓMICO SEGÚN LA LEY REFORMATORIA A LA LEY DE HIDROCARBUROS.

El presente capítulo tiene como objetivo orientar la presente disertación en el análisis de las características, consecuencias y componentes del contrato de prestación de servicios incorporado a partir del año 2010, analizando el ámbito de aplicación de la ley, los cambios generados en su implementación, y como sucedió el proceso de transición de los contratos anteriores al nuevo modelo contractual.

Adicionalmente, es prudente examinar algunas de las cláusulas de ciertos de los contratos celebrados entre el Estado y las empresas, con el fin de entender claramente la realidad jurídica existente en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador, en razón de los cambios sustanciales en la vida social, económica y política del país, y el desarrollo científico y tecnológico de la industria. La adopción de este modelo de contrato requirió de un marco jurídico e institucional que permita un mayor participación y control del Estado ecuatoriano en las actividades petroleras a diferencia del modelo de contrato de participación que fue utilizado previo a la reforma.

2.1.Ámbito de aplicación y alcance de la Ley Reformatoria.

Como hemos mencionado en el capítulo anterior, la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno se publicó el 27 de julio de 2010 con el objetivo de modificar el marco jurídico vigente de la industria hidrocarburífera en el país y armonizar dichas normas a los principios constitucionales proclamados en la constitución del 2008. En tal sentido, es importante recordar los motivos de la presentación de esta Ley por parte de la Presidencia de la República, cuyo texto enviado a la Asamblea Nacional, en su prólogo establecía lo siguiente:

Las reformas previamente realizadas a la Ley de Hidrocarburos han atendido parcialmente las necesidades de cambio que requiere la dinámica del manejo de los hidrocarburos y

sustancias asociadas; sin embargo, para atender las circunstancias actuales del sector resulta necesario reformar la Ley de Hidrocarburos, introduciendo disposiciones que permitan impulsar la actividad hidrocarburífera, incrementando los niveles de producción de los campos petroleros, dentro de un esquema contractual de prestación de servicios, que devuelva la titularidad de la totalidad de la producción nacional a favor del Estado, estableciendo únicamente el reconocimiento de una tarifa por barril producido a favor de las Contratistas, que no fluctúe en función del precio del petróleo, del cual se han beneficiado desproporcionadamente las compañías operadoras.

Adicionalmente, resulta indispensable reestructurar el sector hidrocarburífero para que, al amparo de las normas constitucionales, se establezcan las relaciones entre el Ministerio Sectorial, sus entidades adscritas, las empresas públicas, y la participación de empresas mixtas y públicas, delimitando sus atribuciones y actividades para la correcta ejecución de la política hidrocarburífera, así como de la gestión y administración de los recursos naturales, de las operaciones hidrocarburíferas, y su control y fiscalización.

Se evidencia del texto citado, que la reforma presentada ante la Asamblea Nacional tenía como finalidad modificar sustancialmente tres importantes aspectos de la industria petrolera, con son la reorganización institucional del Estado en asuntos hidrocarburíferos, la modalidad contractual y los ingresos del Estado. Dentro del desarrollo de esta disertación, en párrafos posteriores al hablar sobre los cambios en la organización institucional, explicaré la reestructuración sectorial que se dio a través de la reforma con la creación de nuevas instituciones gubernamentales con roles y funciones independientes entre sí; así mismo, posteriormente en esta tesis expondré los aspectos más importantes del nuevo modelo de contrato adoptado por el Ecuador, y como este mecanismo contractual afecta a los ingresos petroleros tanto para el Estado como las contratistas.

En este punto, cabe indicar que el alcance de estas modificaciones a la Ley de Hidrocarburos, a su vez nacen también de la necesidad de dar respuesta a la creciente demanda nacional de derivados junto con la limitada capacidad de producción de las refinerías locales, que obligaba al país a realizar significativas importaciones¹¹ que

¹¹ Nota: Para el 2010, las importaciones de derivados alcanzaron los 3.708 millones de dólares.

comprimían la balanza comercial frente a la exportación de crudo, tema de importancia para los gobiernos de turno dada la gran dependencia de la economía ecuatoriana con la exportación de crudo, y la inminente necesidad de importar derivados para cumplir con la demanda local. Con el cambio de modelo de contrato, se entendería que el Estado tendría más ingresos de la exportación de crudo que los que venía teniendo años atrás.

Adicionalmente, con la reforma realizada, el gobierno buscó devolver el protagonismo al Estado dentro del sector petrolero, fortaleciendo la noción de soberanía sobre los recursos naturales no renovables, y estableciendo cambios en la forma de administración, regulación y control de la industria que permitan conservar y atraer a la inversión privada nacional y extranjera.

Como parte del objetivo para devolver el protagonismo al Estado, y con el fin de centralizar el manejo de la producción nacional de petróleo, el gobierno tomó la decisión de transformar, crear y fortalecer a las empresas públicas, como son EP Petroecuador y Petroamazonas EP, convirtiendo a dichas empresas en el actor principal de la operación petrolera nacional mediante la administración de la mayoría de bloques hidrocarburíferos del país. Según cifras del Banco Central del Ecuador del año 2012, el Ecuador alcanzó un volumen aproximado de 184,3 millones de barriles de crudo, correspondiendo el 27% a las compañías privadas, y el 73% a las empresas públicas EP Petroecuador, Petroamazonas EP y Río Napo, es decir 133,6 millones de barriles.¹²

Finalmente, con la reforma a la Ley de Hidrocarburos y la suscripción de los contratos modificatorios respectivos, la normativa conexas a la actividad hidrocarburífera se refrescó y adquirió más importancia dentro de la operación petrolera, debiendo las autoridades y contratistas ya no solo acatar las disposiciones de la Ley, sino también dar cumplimiento a normativa secundaria relacionada con la protección a la naturaleza, a las comunidades, con

¹² Nota: Información publicada por parte del Banco Central de Ecuador en lo correspondiente al cuadro 4.1.1 de producción nacional de petróleo crudo y sus derivados, en este cuadro la información presentada solo se desagrega entre producción pública y privada.

nuevos principios consagrados en la constitución y en otras leyes, como la Ley de Gestión Ambiental y el Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas.¹³

Como ejemplo, la Agencia de Control Hidrocarburífero a partir de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, de conformidad con su atribución de regular, controlar y fiscalizar las operaciones de hidrocarburos, ha expedido diferente normativa con el fin de controlar la correcta aplicación de la Ley, sus reglamentos y demás normativa aplicable en materia hidrocarburífera tanto para las empresas dedicadas a la exploración y explotación de hidrocarburos así como para otras, que a mi parecer en algunos casos no siempre ha sido oportuna.

2.1.1. Cambios institucionales.

Previo a entrar a analizar los cambios que se realizaron en asuntos institucionales, es necesario recordar la organización administrativa existente en la industria petrolera previo a la reforma a la Ley de Hidrocarburos. En este punto coincido con algunas personas que consideran que las funciones a cargo de las entidades públicas en el sector a menudo eran confusas, contradictorias y ajenas a los objetivos establecidos en su creación.

Anteriormente a la reforma, el sector estuvo organizado a través del Ministerio de Energía y Minas (o Ministerio de Minas y Petróleos) y en especial, la Dirección Nacional de Hidrocarburos (DNH), adscrita al ministerio y que se encargaba de fiscalizar y sancionar los incumplimientos de los contratos.

Según la Ley Especial de Creación de la empresa estatal petróleo del Ecuador (Petroecuador) y sus filiales (1989), quien en verdad ejercía la política y actividad petrolera

¹³ Nota: Estos cambios normativos deben entenderse dentro del contexto constitucional del sistema económico consagrado en la Asamblea Constituyente. “Art. 283.- *El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. (...)*”. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, 449 de 20 de octubre de 2008.

en el país era la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador Petroecuador, conformada por un directorio en el cual participaban los ministros de Energía y Minas, de Finanzas, de Industrias, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el Gerente del Banco Central, el Secretario General de Planificación y un representante de los trabajadores de Petroecuador. Y dentro dicha empresa pública se creó la denominada Dirección Nacional de Hidrocarburos (DNH) para que realice el control técnico-operativo, de acuerdo con lo que dispone la Ley de Hidrocarburos y sus reglamentos.

Petroecuador, asumió todos los derechos y obligaciones de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), y como la única empresa estatal de hidrocarburos existente en la época, administraba el patrimonio petrolero del país y asignaba las áreas para la operación de las empresas operadoras privadas mediante la suscripción de contratos de servicios específicos.

Quizás con un tinte más político, las críticas a Petroecuador y a la Dirección Nacional de Hidrocarburos durante la década de los años noventa se fueron juntando junto con los demás problemas financieros que atravesó el Ecuador, en la cual aparecieron escándalos de sospechosos privilegios sindicales a varias personas (*ahora politiqueros*), y procedimientos de contratación sin ofrecer las correspondientes garantías, entre otros aspectos, que generaron el desgaste institucional de estas entidades que dedicaron al sector petrolero hasta antes de la reforma del 2010.

Por su parte con la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos el gobierno busco refrescar la institucionalidad de la industria mediante el establecimiento de nuevas instituciones en reemplazo de las anteriores, separando los roles y brindando diferentes atribuciones dentro de un nuevo organigrama sector petrolero.

En este sentido, lo primero que hizo la Ley reformativa fue establecer como ente rector de la política petrolera al Ministerio de Recursos Naturales No Renovables (actualmente Ministerio de Hidrocarburos), encargado de instrumentar la política y directrices del sector hidrocarburífero definida por el presidente de la República, en armonía con la política

económica del país, y por lo tanto el artículo 7 de la Ley de Hidrocarburos (2010) determina que le corresponden las siguientes atribuciones:

Art. 7.- Corresponde al Ministro del Ramo someter a consideración del Presidente de la República la política nacional de hidrocarburos, en los siguientes aspectos:

- a) Aprovechamiento óptimo de los recursos de hidrocarburos;
- b) Conservación de reservas;
- c) Bases de contratación para los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que proponga el Comité de Licitaciones;
- d) Comercio exterior de los hidrocarburos;
- e) Bases de contratación que proponga el Comité de Licitaciones;
- f) Inversión de utilidades de los contratistas; y,
- g) Régimen monetario, cambiario y tributario relacionados con los hidrocarburos.

Con respecto a las materias referidas, el Ministro establecerá la coordinación necesaria con los organismos pertinentes.

Consecuentemente, la reforma a la Ley estableció la creación de la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador (SHE) y la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), como dos nuevas instituciones con personería jurídica y patrimonio propios, en reemplazo de la antigua Dirección Nacional de Hidrocarburos, y que se encargarán de ejecutar las políticas hidrocarburíferas.

Por un lado, se crea a la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador (SHE) para que se encargue de asignar las áreas para el desarrollar las actividades petroleras por parte de las empresas públicas y las empresas privadas, lleva adelante los procesos de licitación petrolera, suscribe contratos y los administra al amparo de la ley y del nuevo modelo de contrato.

A continuación, con base a la Ley de Hidrocarburos (2010), cito las facultades otorgadas a 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. 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.

Y, por otro lado, también crea la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH) como una institución técnica encargada de controlar y fiscalizar la actividad hidrocarburífera en todas sus fases, además de tener la facultad de aplicar multas o sanciones

a los sujetos de control en caso de incumplimiento a la ley, los reglamentos, y las estipulaciones contractuales.

- 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.

Ante esto último, cabe mencionar la potestad normativa que se le otorga a la ARCH mediante esta Ley con el fin de emitir normativa especializada, concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados, en el ámbito de su competencia.

A mi comprensión, la reorganización del organigrama estatal petrolero del Ecuador busca que la ARCH y la SHE trabajen conjuntamente con el fin de ejecutar las políticas y

disposiciones del ministerio sectorial, en conjunto con las demás entidades del Estado como son el Servicios de Rentas Internas, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Finanzas, el Ministerio de Sectores Estratégicos y los gobiernos autónomos descentralizados, todos estos ligados directamente con la operación petrolera. Vale la pena indicar también que la ARCH dentro de su control y fiscalización (tanto pública como privada), exige a las contratistas el cumplimiento de los estándares internacionales reconocidos por la industria, y en cambio la SHE planifica junto con las contratistas los respectivos programas de inversión y actividades con el fin de proyectar la producción petrolera para los meses venideros.

Actualmente, después varios años de vigencia del nuevo organigrama sectorial, las actividades han encontrado su equilibrio con el trabajo conjunto de las entidades públicas y de las empresas contratistas, siendo estas últimas las más interesadas en que las autoridades tomen decisiones ágiles y eficientes como exige la industria, con seguridad y certeza. Sin embargo, de mi experiencia conozco que aún existen asuntos pendientes que no se han resuelto o que no se han querido resolver por cuestiones ajenas a la voluntad de las contratistas, y que son parte del reto que deberá afrontar el próximo gobierno.

Así mismo, la reforma orientó a las empresas públicas EP Petroecuador y Petroamazonas EP para que desempeñarán estricta y exclusivamente en el campo empresarial como el resto de operadoras y compañías petroleras con el fin de desarrollar y explotar eficientemente los recursos petroleros en nombre del Ecuador. Con esta lógica, mediante Decreto Ejecutivo 1351-A del año 2012, el presidente de la República procedió a enfocar a las empresas estatales en dos líneas de negocio claras, encargando a Petroamazonas EP la exploración y producción de crudo a nivel nacional y, a EP Petroecuador las actividades de transporte, refinación y comercialización de los hidrocarburos.

2.1.2. Principios.

En este punto, procederé a analizar cuatro principios que considero esenciales para el desarrollo de la industria petrolera, y que aplicaré a continuación para comprender Ley

Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y posteriormente al Contrato de Servicios adoptado a partir de dicha reforma. A continuación, brevemente se exponen dichos principios:

- **LEGALIDAD:**

El principio de legalidad se refiere de manera general a que toda acción del Estado y de sus autoridades debe someterse al ordenamiento jurídico vigente, es decir, la supremacía de la ley sobre el resto de los actos, sin considerar la discrecionalidad o subjetividad que puede existir en cada algunos casos.¹⁴ En este sentido, se debe entender al principio de legalidad como un eje central del sistema jurídico, el cual a la vez establece limitaciones al Estado para que en el ejercicio de su potestad asegure a los ciudadanos los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Así lo determina la Constitución del Ecuador (2008), que en el artículo 226, dice:

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

De la lectura de este articulado se desprende que todas las atribuciones que pueden tener las entidades estatales, así como sus funcionarios, provienen únicamente por la bondad de la Constitución y la ley. En este orden de ideas se puede citar a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (2010), que se ha pronunciado al respecto señalando que:

Lo que es evidente es que la noción de acto administrativo, está íntimamente relacionada con la sumisión de la administración pública a un determinado régimen de derecho o dicho en otras palabras al principio de legalidad, verdadera cláusula regía dentro de un estado de

¹⁴ Nota: Esta afirmación no debe entenderse como absoluta, en realidad existen franjas autorizadas de discrecionalidad mediante ley, y que permite el desarrollo de las entidades públicas y la participación de los ciudadanos.

derecho. Al respecto cabe citar al tratadista español Eduardo García de Enterría, quien manifiesta que: "el acto administrativo nace como una expresión necesaria de una potestad que es lo que conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma". (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Octava Edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 539). El acto administrativo al expedirse, nacer o crearse ha de expresar una de las potestades previamente especificadas por el ordenamiento jurídico, entonces el acto no nacerá si no hay una norma específica que lo autorice y prevea ya que el acto administrativo se diferencia sustancialmente del negocio jurídico privado por cuanto es esencialmente típico desde el punto de vista legal, nominado, no obedece a ningún genérico principio de autonomía de voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley. (*Lo subrayado me pertenece*)

Un ejemplo evidente de la aplicación del principio de legalidad se manifiesta en la materia tributaria, cuando se expresa que los impuestos solo pueden ser creados por mandato de la ley; parte de la dualidad del principio de legalidad denominado reserva de ley. En tal sentido, si existe norma legal que establece una imposición tributaria, pues los ciudadanos y las autoridades deberemos acatar dicha norma legal, pero de no haberla no es posible recaudar dicho tributo. En tal caso, el principio de legalidad sirve como cimentación para la existencia de la seguridad jurídica en cada Estado, principio del cual también hablare en la siguiente sección.

Aplicando el principio de legalidad en el contexto de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010, podemos entender que toda disposición, facultad o cláusula a la debe estar sujeta a las normas establecidas dentro de la legislación vigente, por lo tanto, ninguna estipulación convenida entre las instituciones del Estado y un contratista podrá ser considerada como válida si ésta se aparta de lo lícito y de lo jurídico.

Una forma en la cual se manifiesta el principio de legalidad con la reforma a la Ley de Hidrocarburos es lo dispuesto en la Primera Disposición Transitoria, que estableció un plazo para que los contratos vigentes adopten el contrato de prestación de servicios. En dicha disposición legal, se otorga a la Secretaría de Hidrocarburos la facultar de suscribir los

contratos modificatorios, sí así fuera conveniente para el Estado, o en su defecto dar por terminados unilateralmente los contratos y fijar el valor de liquidación.

Cabe indicar que dicha disposición es una norma de cumplimiento obligatorio por parte de las autoridades y sus administrados, y por lo tanto al principio de legalidad también se aplica la presunción de que la ley es conocida por todos, sin que su ignorancia exima su incumplimiento¹⁵, tal como establece nuestro Código Civil.

- **SEGURIDAD JURÍDICA:**

En breves palabras, y recordando una frase que recorre los oídos de los estudiantes de derecho durante su paso por la facultad de jurisprudencia, la seguridad jurídica es el saber a qué atenerse. Formalmente la Constitución del Ecuador (2008) en el artículo 82, establece de manera expresa que “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

En este sentido, coincido con el concepto de seguridad jurídica emitido por el Tribunal Constitucional del Ecuador en el año 2007, que mediante una resolución manifestó que:

la seguridad jurídica es la calidad del ordenamiento jurídico, que produce la certeza y confianza en el ciudadano, sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica establece ese clima de confianza en el ordenamiento jurídico fundada en pautas razonables de previsibilidad que es el presupuesto y función de los estados de derecho, impone el conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento jurídico. (Caso No. 0001-2007-RA).

¹⁵ Nota: El artículo 6 del Código Civil Ecuatoriano, dispone: “Art. 6.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces. Podrá, sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación.” Y el artículo 13 por su parte: “Art. 13.- La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna.” Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Para el jurista Miguel Hernández Terán, la seguridad jurídica trata sobre:

la certeza que tiene todo sujeto de Derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico del Estado, o reconocido por éste con eficacia jurídica, y la garantía de que, en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad del país impulsa la materialización de la responsabilidad correspondiente. (p. 17)

Al mismo tiempo, me gustaría resaltar que la seguridad jurídica está contemplada de diferentes maneras a lo largo de la Constitución de la República (2008), como a continuación cito:

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

Adicionalmente, el artículo subsiguiente establece como responsabilidad de los ciudadanos el cumplimiento de las leyes vigentes. Más adelante nuestra Constitución (ibid.) establece la jerarquía de las normas legales, señalando lo siguiente:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. *(Lo subrayado es mío)*

Como se desprende de lo citado, a este concepto general de seguridad jurídica, hay que agregar su estrecha vinculación con los principios de justicia, igualdad y debido proceso, y sobre todo la noción acogida en el año 2002 por la jurisprudencia ecuatoriana conforme la

Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (2012), que cito:

Sobre la garantía constitucional a la seguridad jurídica, esta Sala ya expresó en los fallos citados que comparte el criterio expresado por Alberto Wray en el sentido de que el concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribiera cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado. Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica, lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas; de la existencia de normas que atenten directamente contra la seguridad jurídica y que nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica, ya que esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo. *(Lo subrayado me pertenece)*

Se deduce, por lo tanto, que el principio de seguridad jurídica radica en la correcta aplicación y cumplimiento de la ley. Esto indefectiblemente se traduce en una generación de confianza de los particulares hacia el Estado y sus autoridades como consecuencia de la celebración de un acto o contrato, quienes en su momento sabrán aplicar las normas correspondientes para evitar el quebrantamiento del equilibrio económico, como parte del ejercicio racional de los derechos y obligaciones que tiene cada parte.

Bajo estas premisas, podemos indicar que la Primera Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos es clara al determinar las consecuencias legales que tendrían aquellos contratos que no adopten el modelo reformado de prestación de servicios

dentro de los plazos otorgados para el efecto por la Ley. Al respecto, la Secretaría de Hidrocarburos tenía la obligación de dar por terminado unilateralmente dichos contratos y fijar el valor de liquidación correspondiente, caso contrario los contratistas no sabrían a qué atenerse. Quizás el único asunto que podría litigarse, vencido dicho plazo, sería la forma en la cual se define la liquidación en caso de existir desacuerdos respecto de los activos y las inversiones realizadas por las contratistas.

- **EQUILIBRIO ECONÓMICO:**

La finalidad de este principio es compensar las relaciones entre las partes contractuales, a través de la retribución mutua, que en el caso del Estado se manifiesta en lograr un beneficio colectivo o social, y en el caso de la contratista mediante una recompensa o la obtención de lucro económico o un beneficio individual. No está demás indicar que esta relación de compensación está basada en la obligación del Estado de alcanzar el bien común a favor de todos los ciudadanos del país, y que por la misma razón acude a los mismos ciudadanos para proveerse de aquellos bienes y servicios que le permitirán conseguir dicho fin.

Basado en esta lógica, la Constitución del Ecuador (2008) también acoge el principio de equilibrio económico a lo largo de su texto, quizás no de manera directa, pero si intrínsecamente, en especial cuando se refiere a la compensación justa, tal como señala el artículo 33, que dice:

el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. *(Lo subrayado me pertenece)*

En tal sentido, creo fundamental concebir el alcance de este principio dentro del ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 66 de la Constitución (ibid), que en los numerales 15, 16 y 17, el Estado reconoce y garantiza a las personas:

15. *El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.*
16. *El derecho a la libertad de contratación.*
17. *El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.*

En este punto, creo oportuno citar lo enunciado por el tratadista argentino Roberto Dromi en su obra respecto de las “Ecuaciones de los Contratos Públicos” (2001), en la que señala que:

en la ecuación contractual de los contratos públicos la ecuación económica está destinada a mantener un equilibrio entre las prestaciones que debe cumplir el contratista, en especial a la inversión comprometida y efectivamente realizada, y las obligaciones a cargo de la administración, a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originalmente en la formulación estática del contrato. (p. 231) *(Lo subrayado me pertenece).*

En virtud de lo citado, es innegable señalar que en efecto coexisten intereses distintos entre sí dentro de una relación contractual entre el Estado y una contratista. Justamente esa coexistencia de intereses individuales llega a regularse mediante el equilibrio mutuo generado por las partes con el fin de obtener un beneficio determinado, sea este el pago de una tarifa o el ingreso por la venta de crudo.

Bajo este esquema, podemos entender al principio de equilibrio económico como un respeto intrínseco a la reciprocidad de los beneficios pactados, elemento esencial de la relación contractual, y que en ningún caso el quebrantamiento de dicho equilibrio podrá ser justificado por una de las partes, más aún cuando se genera una afectación a la retribución económica que la otra parte esperaba obtener. No obstante, considero que el principio de equilibrio económico debe ir de la mano con la obligación del Estado de velar y garantizar el efectivo derecho de las personas, el cual permitirá la preservación del equilibrio entre las partes o restablecimiento del mismo ante cualquier evento inesperado que genere afectación.

Al respecto María José Luna (2009), señala que:

La doctrina y la jurisprudencia han expuesto el criterio de la intangibilidad del precio frente a la aleatoriedad que deviene por la inflación, los mayores costos tanto de materiales como de mano de obra y/o de imposiciones tributarias; las provenientes de las modificaciones del contrato, o de los mismos incumplimientos de las mutuas obligaciones contractuales que pueden desequilibrar el valor real de la prestación contratada en la fijación del precio original, en el que obviamente se incluye el adecuado margen de utilidad. El objetivo es que frente a las aleas generadas durante la ejecución del contrato, las prestaciones mutuas retomen la adecuada equivalencia.(p. 22) *(Lo subrayado me pertenece)*

En la actualidad existen muchos criterios respecto a cuál es el verdadero alcance de la ecuación contractual, en especial cuando existen circunstancias de emergencia económicas por parte de un país si consideramos la prevalencia del interés colectivo por sobre el interés individual. Añadiendo a estas circunstancias la preocupación generalizada de las empresas si consideramos que uno de los motivos esenciales para que éstas últimas hayan celebrado un contrato con el Estado, fue justamente por la certeza que existen o existirán los fondos suficientes para pagar la prestación de su servicio, en base a un equilibrio económico previamente pactado.

Sobre este último tema mencionado en el párrafo anterior la discusión jurídica sigue en pleno desarrollo en las cortes y tribunales internacionales en los donde los magistrados y árbitros han debido desenredar los argumentos entre la intangibilidad del equilibrio económico y sus excepciones. Estas últimas debido a actos del Estado o por factores exógenos del negocio, basados en teorías como de la imprevisión y del hecho del príncipe, y que son muy bien argumentadas oportunamente por las empresas y los Estados dentro de los procesos que llevan a cabo internacionalmente.

Para fines meramente académicos en asuntos relacionados con el principio de equilibrio económico, cuando los tratadistas se refieren al Hecho del Príncipe¹⁶, están describiendo a un evento en el cual el Estado desequilibra la ecuación económica de los contratos debido al ejercicio de sus potestades normativas, que también puede incluir el reconocimiento de una indemnización debido al aumento en el costo o una reducción de la utilidad de la contratista. Por el contrario, cuando se habla sobre la Teoría de la Imprevisión se debe entender como circunstancias extraordinarias e imprevisibles, que posterior a la suscripción de un contrato, alteran la ecuación económica y desgastan la relación entre las partes poniendo en riesgo el cumplimiento del contrato.¹⁷

Retornando a la aplicación del principio de equilibrio económico en la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010, debo señalar que a pesar que existía un equilibrio económico acordado anteriormente en los contratos de participación y servicios específicos suscritos previo a la reforma, dicho equilibrio se vio reemplazado por un nuevo equilibrio económico que las partes acordaron en los contratos modificatorios suscritos posterior a la reforma. No obstante, aquellos que vieron un quebrantamiento del principio de equilibrio económico podrán acogerse a una de las teorías antes mencionadas con el fin de hacer prevaler sus derechos para la liquidación contractual correspondiente conforme la Disposición Transitoria Primera de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos. Por otro lado, para posteriormente analizar las consecuencias económicas del nuevo contrato de prestación de servicios, por sentido común entenderíamos que las contratistas que si adoptaron el nuevo modelo de contrato dentro del proceso de renegociación, encontraron iguales o mejores condiciones o beneficios a los existentes en los contratos anteriores.

¹⁶ Nota: Léase más sobre la aplicabilidad de la teoría del hecho del príncipe en: Calixto González, C. K. (2016). *La teoría del hecho del Príncipe en sede arbitral*. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia;

¹⁷ Léase más sobre las características de la teoría de la imprevisión en: MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.; Vega, A. (2016). *Imprevisión en contratos aleatorios: una revisión analítica a la teoría de la imprevisión bajo el artículo 868 del Código de Comercio.*; Morato, N. R. (2016). *La teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional*. Derecho y Realidad, 2(7).

- **DESARROLLO SOSTENIBLE:**

He considerado analizar este principio en mi disertación debido a la gran importancia que considero que debe tener para el desarrollo del mundo la búsqueda de la participación activa y continua de los gobiernos, del sector privado, la sociedad civil y los ciudadanos con el fin de implementar y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), aprobados por las Naciones Unidas en septiembre de 2015. Personalmente, considero que es esencial que, a partir de ahora, como parte de los trabajos de investigación, desarrollo de proyectos, entre otros, abarquemos este principio como elemento de medición de las actuaciones de nuestros representantes, y de nosotros mismos.

El desarrollo sostenible¹⁸, es un concepto transversal e intergeneracional que abarca múltiples disciplinas y actores de la sociedad, y que se define como el desarrollo capaz de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades. Esta concepción que fue acogida por la Agenda 2030¹⁹ aprobada en la Asamblea de las Naciones Unidas de Desarrollo Sostenible, la cual plantea sus objetivos con carácter de universalidad para todos los países (entre los países firmantes el Ecuador), y que exige a los Estados su adaptación al contexto internacional y la estructuración de un modelo económico diferente.

Nuestra Constitución de la República (2008) expresamente reconoce y garantiza esta conceptualización transversal y obligatoria, como se desprende de la lectura del artículo 395 que cito a continuación:

Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:

¹⁸ Nota: El concepto de desarrollo sostenible proviene de la Comisión Brundtland, constituida por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1983. Su informe, “Nuestro Futuro Común” (1987) presentó por primera vez el término “desarrollo sostenible” con el fin de impulsar la voluntad internacional por crear el cambio, con necesidades ambientales, sociales y económicas que deben ser concebidas y ejecutadas en un proceso integral de desarrollo.

¹⁹ Notas: Los Estados miembros de la Naciones Unidas aprobaron una resolución en la que reconocen que el mayor desafío del mundo actual es la erradicación de la pobreza y afirman que sin lograrla no puede haber desarrollo sostenible. La Agenda plantea 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental. La nueva estrategia regirá los programas de desarrollo mundiales durante los próximos 15 años.

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.
2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional. (...)”(Lo subrayado es mío)

En este sentido, este principio busca la plenitud del desarrollo en base a la sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia en el uso de los recursos garantizando una explotación petrolera social y ambientalmente sustentable, con una estricta mitigación de riesgos ambientales y la redistribución prioritaria de la renta petrolera para las comunidades localizadas en las zonas del área de influencia hidrocarburífera, y los grupos más vulnerables.

Este principio busca consolidar efectivamente el grado de compromiso que adquiere el Estado y las empresas al momento de suscribir los contratos de exploración y exportación de hidrocarburos, en el cual ambas partes deben estar conscientes que asumen las consecuencias de sus acciones, que desde mi punto de vista no solo debe apegarse a una adecuada gestión de la responsabilidad social conforme establece la obligación contractual, sino tratar de ir más allá, mediante mecanismos que permitan fortalecer los vínculos y beneficios con la comunidad mediante la inclusión de los programas de desarrollo que promuevan el uso de sostenible de recursos y la promoción de economías circulares dentro de la sociedad, que si bien pueden generar un gasto o inversión adicional (según la perspectiva) no significarían ningún riesgo económico para el Estado y las empresas en relación a la renta neta que obtienen por la producción de hidrocarburos.

2.1.3. Cambios Económicos.

Como hemos mencionado anteriormente, la vigencia de la nueva Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos significo para la industria petrolera la implementación de modificaciones al modelo económico existente, en especial en asuntos relativos a la

participación de la producción, los ingresos extraordinarios y deducciones al impuesto a la renta. Uno de los cambios más significativos que generó la Ley fue la eliminación de la participación de la producción petrolera por parte de la empresa privada.

Con la publicación de la Ley de Hidrocarburos en 1978, se utilizó inicialmente el contrato de prestación de servicios con el fin de incentivar la inversión extranjera en zonas con riesgo exploratorio, pero durante la década de los años 90 fueron modificados a contratos de participación en el cual el Estado confería a la operadora privada la posibilidad de explotar un área a cambio de un participación en la producción generada sin el pago de regalías.

Con los antiguos contratos de participación, los beneficios en la explotación de petróleo se dividían en promedio en un 20% a favor del Estado y el 80% al sector privado, que a simple vista significaba un gran atractivo para los inversionistas, quienes a su vez obtenían más ingresos a los previstos por el incremento del precio del barril de petróleo en el mercado internacional. Como mencioné en el capítulo anterior, estos ingresos no previstos fueron denominados como extraordinarios, debido a la ganancia adicional que obtenían las contratistas sin hacer inversiones, es decir, sin que sus acciones influyan de ninguna manera en el incremento del barril de petróleo en el mercado internacional.

La participación de la contratista se calculaba en base a la producción fiscalizada del área del contrato multiplicado por el porcentaje correspondiente acordado con el Estado. Cabe señalar, según el Reglamento de Contabilidad en Contratos de Participación (2004), este modelo de contrato establecía un parámetro de corrección con relación a la calidad del crudo producido, que en algunos casos era a favor del Estado y en otros a favor de la contratista dependiendo del grado API del petróleo.

También el contrato de participación estableció un rango de participación mínima del Estado que pasaba del 12,5% al 18,5% dependiendo de la cantidad de barriles producidos, es decir, mientras más barriles más participación mínima del Estado.

Con la nueva ley, se modifica el modelo económico que se venía utilizando, y mediante la adopción del nuevo modelo de contrato de prestación de servicios el Estado se asegura de recibir la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios generados por la venta de la producción de petróleo, suba o baje el precio del barril, para lo cual la empresa contratista recibirá el pago de una tarifa por cada barril que haya producido durante un periodo determinado.

El nuevo modelo económico, terminó con la participación de la empresa privada de los ingresos extraordinarios de la producción petrolera ecuatoriana, el cual bajo el modelo anterior significaba una pérdida para el Estado dado que la empresa contratista era la que se benefició del aumento del precio del petróleo en el mercado internacional.

Se debe entender como ingresos extraordinarios a la diferencia de precio, entre precio promedio mensual efectivo de venta del petróleo en el mercado internacional y el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato, multiplicada por el número de barriles producidos. Por lo tanto, según la Ley No. 42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (2006), son ingresos extraordinarios los ingresos percibidos por las empresas generados por ventas a precios superiores a los pactados o previstos en los respectivos contratos.

Al respecto, Javier Bustos (s.f) escribe:

La nueva figura contractual, distinta a la que hasta ese momento era aplicada, buscó distribuir de mejor manera las regalías obtenidas por el alza en el precio internacional del petróleo. Esto se puede verificar en la exposición de motivos de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, donde se establece que las ganancias ocasionadas por fluctuación en el valor de venta barril producen un beneficio desproporcional para el contratista privado, ocasionando un menoscabo en los ingresos del Estado. (p.9)

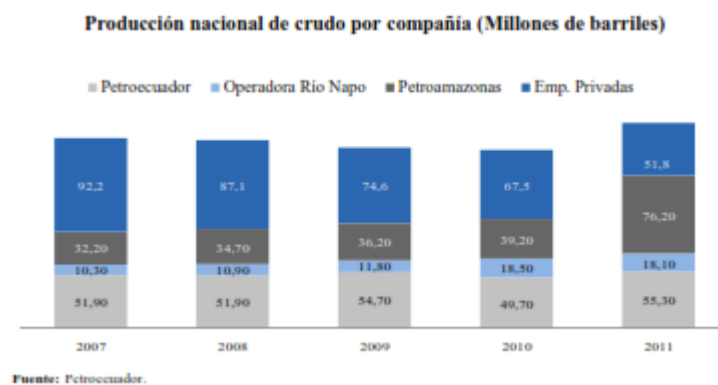


Ilustración 1 - Producción nacional de crudo por compañía 2007 - 2011²⁰

Adicionalmente, y como veremos en la siguiente sección de esta disertación, con la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos se incorporó el concepto de “margen de soberanía”, y se fijaron tarifas a favor de las contratistas. Estas tarifas fueron determinadas (Collaguazo, 2013) en función de:

las inversiones a realizar, de los costos de producción y de una utilidad razonable, utilidad que estará en función del riesgo. A mayor riesgo geológico de encontrar nuevas reservas o de producirlas, mayor utilidad. La tarifa fija por barril incentiva a la empresa a aumentar la producción y también beneficia al Estado ecuatoriano (p.16)

Las reformas a la Ley de Hidrocarburos regularon también el porcentaje de las utilidades que recibían los trabajadores petroleros, incluyendo cambios en la participación laboral: del 15% del porcentaje de las utilidades, 12% estará destinado a proyectos de inversión social en las zonas de influencia de los proyectos hidrocarburíferos, y 3% será para los trabajadores de las empresas petroleras privadas. (Pastor Morris, 2011)

Finalmente, vale la pena indicar que, a partir de la suscripción de los nuevos contratos, el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios que existía con los contratos de participación se vuelve inaplicable e inexigible, y por lo tanto, también se vuelve inaplicable ese pago como

²⁰ Nota: “La tendencia a la baja de la producción privada también se relaciona con el cambio de los contratos suscritos por el estado y las empresas petroleras privadas de participación a prestación de servicios, la salida de Occidental Petroleum Company (OXY) del país, la revisión del régimen tributario de las empresas petroleras, entre los más importantes”. Cita y gráfico tomado del Reporte de Consistencia Macroeconómica – Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador., p.8, Edición junio 2012 – No.07

gasto deducible de la base imponible al impuesto a la renta, del cual tendré la oportunidad de hablar más adelante.

2.2.El Nuevo Modelo de Contrato de Prestación de Servicios

Conforme hemos revisado en esta disertación, el nuevo escenario de inversiones que surge a partir de la reforma legal del año 2010, acogió como modelo de contrato la modalidad de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos en base a una tarifa por barril, con el fin de acogerse por parte del gobierno a los principios económicos, sociales y ambientales que propone la Constitución.

La mencionada Ley de Hidrocarburos del Ecuador vigente (2010), en el artículo 16 define a este modelo de contratos de la siguiente manera:

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. [...].

Es decir, bajo este contrato el inversionista es el encargado de realizar todas las actividades con el fin de aumentar la producción, descubrir nuevas reservas y obtener una tarifa adecuada que le permita cubrir los costos y obtener una utilidad razonable por el servicio prestado, recordando lo que dice la Constitución (2008) en el artículo 408 sobre la

explotación de los recursos naturales, señalando que “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.”

Bajo este panorama a continuación revisaremos las peculiaridades más importantes que trae consigo este modelo de contrato de prestación de servicios a la industria petrolera, y los rasgos que permiten al Estado y a la contratista mantener la armonía de la relación contractual en la búsqueda de beneficios mutuos por la contraprestación del servicio de exploración y explotación.

2.2.1. Características generales y especiales.

En esta parte hablaré muy concisamente de las características más relevantes con el fin de que dar una perspectiva general del contrato de prestación de servicio, para luego enfocarme en las cláusulas que son de mi especial interés para esta disertación como son la cláusula de pago a la contratista y la cláusula de factores de corrección.

- **CARACTERÍSTICAS GENERALES**

Como se mencionó a lo largo de este texto, el objeto principal de este contrato se determina porque el Estado asigna un área o bloque a un contratista, y éste a su cuenta y riesgo, ejecuta actividades de exploración y/o explotación (acordadas en un Plan de Actividades) a cambio del pago de una tarifa por cada barril producido. Esta tarifa es acordada contractualmente considerando un estimado de la amortización de las inversiones comprometidas, de los costos y gastos y de una utilidad razonable en relación al riesgo de cada proyecto. Este pago se constituye en el ingreso bruto de la contratista.

Adicionalmente, si así acuerdan las partes, el contrato establece la posibilidad de fijar una nueva tarifa para la producción de hidrocarburos provenientes de actividades adicionales que comprometa la contratista, con el fin de impulsar el descubrimiento de nuevas reservas o técnicas de recuperación de las reservas existentes. (Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, 2010, cláusula 5.3)

La contratista por su parte garantizará la realización de las inversiones comprometidas mediante la presentación de las garantías previstas en la ley, y por su parte el Estado Ecuatoriano, al igual que en otros contratos, garantiza a la contratista el derecho exclusivo de llevar a cabo sus actividades. Cabe indicar que esto en ningún caso implicará una cesión de los derechos de titularidad que corresponden al Estado, que como sabemos son inalienables, imprescriptibles e inembargables. (ibid., 2010, cláusula 8.1)

Como parte de sus obligaciones, de conformidad con los preceptos ambientales que tiene la Constitución ecuatoriana y la normativa secundaria, es obligación de la contratista cumplir con todo lo establecido en los planes de manejo ambiental para lo cual deberá priorizar la gestión ambiental y comunitaria en el área del proyecto. Respecto a este asunto, para la XI Ronda Petrolera Suroriente para la licitación de bloques bajo el mismo modelo de contrato, la Secretaría de Hidrocarburos, en ejercicio de su atribución para administrar las áreas hidrocarburíferas del Estado, en coordinación con el Ministerio del Ambiente, Ministerio Coordinador de Desarrollo Social y Secretaría de Pueblos, implementaron un procedimiento de consulta previa con alrededor de 278 comunidades participantes y se suscribieron convenios estableciendo un Fondo de Inversión Social²¹, como instrumento de compensación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del área de influencia de los bloques, cuya aplicación será obligatoria durante toda la fase de exploración.

Adicionalmente, en la adopción del nuevo modelo de contrato se establece la obligación de la contratista de dar preferencia a la mano de obra local²², y a la contratación de industria ecuatoriana con el fin de estimular a las compañías nacionales, siempre y cuando las compañías nacionales ofrezcan condiciones de calidad, oportunidad y disponibilidad comparables con las ofrecidas por compañías extranjeras. Esta preferencia se aplicará aun

²¹ Nota: El Estado estableció que dentro del programa exploratorio de cada bloque licitado se contemple el componente de contribución para el desarrollo social de la Amazonia ecuatoriana, para el efecto la Contratista destinará un Fondo de Inversión Social por compensación por una suma entre 5 a 15 millones de dólares como beneficios directos invertidos en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del área de influencia del bloque, suma que será entregada al Estado ecuatoriano a la firma del respectivo Contrato.

²² Nota: El contrato ratifica lo estipulado en la Ley de Hidrocarburos respecto a que la contratista deber emplear un porcentaje mínimo de personal ecuatoriano para obreros y administrativo (95%) y en personal técnico (75%), a menos que no hubiere técnicos nacionales disponibles.

cuando los precios de las compañías ecuatorianas sean superiores hasta un 15%. (ibid., 2010, cláusula 22)

Por otro lado, un aspecto importante para cuantificar los costos de operación es la determinación de la responsabilidad de la contratista sobre la custodia de los hidrocarburos extraídos. En el caso de los contratos de prestación de servicios es claro que esa responsabilidad o custodia de la contratista se limita hasta la entrega del petróleo o gas en el centro de fiscalización y entrega, cuya ubicación se establece en cada contrato. En este centro miden los volúmenes en barriles de petróleo crudo neto producido por el contratista, y se transfiere la custodia del hidrocarburo al Estado, quien se encargará de transporte y comercialización o refinación.

Una vez fiscalizada la producción, la contratista emitirá mensualmente y por los servicios prestados en el mes inmediato anterior una factura por el valor que le corresponda, y que será pagado por la Secretaría según la forma de pago acordada previamente.

De conformidad con el artículo 30 de la Ley de Hidrocarburos, se establece que la Contratista no podrá enajenar, gravar o retirar los bienes destinados exclusivamente para la prestación de servicios objeto del contrato, sin la autorización expresa de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH). También se ratifica el contenido del artículo 29 del mismo cuerpo legal, que señala la obligación de entregar los bienes a la Secretaría al término del contrato.²³

Respecto a la transferencia de los derechos, el contrato insiste expresamente en que la Contratista no podrá transferir o ceder los derechos y obligaciones derivados de este Contrato, total o parcialmente a favor de cualquier persona, sin previa autorización del Ministerio.²⁴

²³ Nota: Sobre este tema, personalmente estoy en desacuerdo con la actuación y posición de la ARCH respecto de la propiedad de los bienes de la contratista, que, si bien son considerados por la ley como propiedad virtual del Estado, dicha virtualidad es una condición suspensiva, y la disposición de la propiedad solo se perfecciona cuando se termina el contrato conforme establece el artículo 29 de la Ley, y no como se aplica actualmente.

²⁴ Nota: Se deja expresa constancia con el fin de que no se repitan situaciones análogas a relacionado con el motivo por el cual se emitió la declaratoria de caducidad del contrato de Occidental Petroleum en el año 2006.

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.

Una estipulación interesante y que el resto de instituciones públicas se resisten aceptar es el concepto de no discriminación que tiene este modelo contrato, que establece que "La Secretaría en la interpretación y ejecución de este Contrato, considerando las particularidades de cada caso, garantizará un tratamiento no discriminatorio a todos los contratistas de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que hubieren suscrito sus respectivos contratos de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos [...]"(ibid., 2010, cláusula 4.5). En la práctica esta cláusula es útil tanto para el inversionista como para el Estado, sin embargo, algunas empresas públicas no visualizan el beneficio de aplicar una cláusula de este estilo que permite garantizar el equilibrio económico entre el estado y el resto de sus contratistas.

- **CARACTERÍSTICAS ESPECIALES**

A propósito de las características especiales, como mencioné anteriormente, centrare la atención en el análisis de las cláusulas que en mi opinión son medulares para entender este el contrato de prestación de servicios adoptado en el año 2010, siendo estas: la cláusula de pago a la contratista y la cláusula de factores de corrección.

La Cláusula de Pago:

Al respecto, debemos entender a la cláusula de pago como el mecanismo por el cual la contratista recibe la retribución acordada con el Estado una vez que haya cumplido con la entrega de la producción en el centro de fiscalización y entrega determinado por las partes, y donde se cuantifica el volumen de petróleo que la contratista ha logrado explotar cada día y que el Estado recibe para su refinación interna o exportación.

Como es elemental, dentro las obligaciones de la contratista y de la Secretaría de Hidrocarburos que se encuentran enumeradas en las cláusulas 8.2 y 8.3. del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, resaltan entre ellas, la cláusula 8.2.5. que establece la obligación de la contratista de “Entregar la Producción Fiscalizada en el Centro de Fiscalización y Entrega, cesando en ese momento la responsabilidad de prestación de servicios por la Contratista según este Contrato” (2010), y la cláusula 8.3.1. que establece la obligación de la Secretaría de Hidrocarburos de “Pagar a a Contratista por sus servicios de exploración (exploración adicional) y explotación, la tarifa conforme se determina en la cláusula décima cuarta de este contrato” (2010).

Cabe mencionar que la fijación de la tarifa por barril y consecuente el pago a la Contratista se sustenta en el compromiso de la Contratista de cumplir o ejecutar todas las actividades o inversiones previstas en el Plan de Actividades, siendo este último, “el conjunto de actividades comprometidas de cumplimiento obligatorio e inversiones estimadas de exploración y/o explotación, a ser ejecutadas por parte de la Contratista, por su cuenta y riesgo aportando la tecnología, los capitales, y los equipos, bienes y maquinarias necesarios, en el área del contrato y durante todo el plazo de vigencia, detalladas en el Anexo B del Contrato” (ibid., 2010, cláusula 4.3.66); dicho en otras palabras, si la contratista no cumple con lo previsto el plan de actividades se deberá reliquidar el pago a la contratista de conformidad con las inversiones no ejecutadas.

Ahora bien, para entender la Cláusula Décimo Cuarta del contrato respecto del Pago a la Contratista, se necesita comprender las siguientes definiciones que encontramos dentro del texto modelo del Contrato de Prestación de Servicios:

- *Ingreso Bruto del Contrato*: Es el valor en Dólares que resulta de multiplicar la Producción Fiscalizada entregada por la Contratista por el Precio Promedio Mensual, corregido de acuerdo a la calidad equivalente a la producida por la Contratista en el Área del Contrato. La corrección por la calidad del Petróleo Crudo se realizará de conformidad con el Anexo C. El Petróleo Crudo del Área del Contrato destinado

para consumo interno del Estado u otros fines será valorado con el Precio Promedio Mensual.

- *Ingreso Bruto de la Contratista*: Es el valor en Dólares que recibirá la Contratista por la prestación de sus servicios, sobre la base de la tarifa acordada en este Contrato por cada Barril neto producido y entregado al Estado.
- *Margen de Soberanía*: Es el veinticinco por ciento (25%) de los ingresos brutos provenientes de la producción correspondiente al Área del Contrato, que el Estado ecuatoriano se reserva de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos.
- *Costos de Transporte*: Son los costos razonables, sustentados, directamente imputables en los que efectivamente incurre el Estado para el transporte por Ductos Principales del Petróleo Crudo producido en el Área del Bloque Contratado, desde los Centros de Fiscalización y Entrega hasta los terminales de exportación o centros de industrialización en el Ecuador.
- *Costos de Comercialización*: Son los costos razonables, sustentados, directamente imputables y efectivamente incurridos por el Estado para la comercialización del Petróleo Crudo, tanto en el mercado interno como en el externo, incluyendo los egresos que se originen por el almacenamiento necesario para tales operaciones de comercialización y otros imprescindibles para el perfeccionamiento de dichas operaciones de comercialización.
- *Ingreso Disponible*: Es el valor en Dólares resultante de la diferencia entre el Ingreso Bruto del Contrato y la suma de los siguientes conceptos: (i) Margen de Soberanía; (ii) Costos de Transporte del Estado; (iii) Costos de Comercialización; y (iv) los Tributos establecidos en la Codificación de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo

Regional Amazónico²⁵ y la Ley de Creación de Rentas Sustitutivas para las provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos²⁶, si los mismos resultaren aplicables.

- *Tarifa por Barril*: Es el valor que se paga a la Contratista en Dólares, por cada Barril de Petróleo Crudo neto, o unidad de hidrocarburos correspondiente, producido y entregado por la Contratista en el Centro de Fiscalización y Entrega y se paga a la Contratista de acuerdo a lo establecido en la cláusula Décimo Cuarta.

Con estas definiciones podemos expresar que la Contratista podrá recibir el pago de la Tarifa por Barril que le corresponda, una vez que la Secretaría de Hidrocarburos tenga el Ingreso Disponible. Es decir, cuando haya restado del Ingreso Bruto del Contrato todos los valores relacionado con el margen de soberanía, los costos de transporte y comercialización, y los tributos aplicables de la Ley 010 y Ley 40.²⁷ En tal sentido, la Secretaría de Hidrocarburos comunicará a la Contratista el Ingreso Disponible para cada mes, y de ser el caso, el detalle de los valores que se acumularán. (ibid., 2010, cláusula 14.2)

Cabe señalar que el Contrato prevee que en el caso que existan incrementos a los valores relacionados a los costos de transporte y comercialización, y los tributos aplicables de la Ley 010 y Ley 40 o la creación de gravámenes de cualquier naturaleza que generen incrementos en dichos valores, estos incrementos se cubrirán luego de efectuar el Pago a la Contratista, a través de valores que provendrán del Presupuesto General del Estado. (ibid)

Adicionalmente, debemos señalar que la Tarifa por Barril que recibe la Contratista por cada barril de petróleo que produce está estimada en relación a las inversiones, los costos y gastos de producción, así como una utilidad razonable considerando el riesgo incurrido. Este

²⁵ Nota: El Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico se alimenta con los ingresos provenientes del impuesto equivalente a un dólar de los Estados Unidos de América (USD 1.00), por cada barril de petróleo que se extraiga en la Región Amazónica, y se comercialice en los mercados interno y externo. (Registro Oficial 222 de 01-dic.-2003 Última modificación: 04-ene.-2008).

²⁶ Nota: El gravamen de cinco centavos de dólar por cada barril de petróleo crudo que se transporte por el oleoducto Transecuatoriano, adicional a la tarifa del transporte, excluyéndose únicamente el destinado al consumo interno.

²⁷ Nota: A la Ley de Creación de Rentas Sustitutivas para las provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos se le conoce como Ley 010, y a la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico como Ley 40.

tratamiento que tiene el contrato del 2010 es diferente al mantenido en los antiguos contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación, en los cuales las inversiones, costos y gastos eran valores reembolsables por parte del Estado, considerados de manera diferente al pago de la tarifa por servicios. (ibid., 2010, cláusula 12)

Por su parte, el contrato es sumamente claro al indicar que “*los valores correspondientes a la Tarifa por Barril (...) serán los únicos pagos que efectuará la Secretaría de Hidrocarburos a la Contratista como contraprestación por la prestación de servicios objeto de este Contrato*”. Y en tal razón el contrato establece una fórmula para el pago en relación a factores como: la tarifa por barril, el volumen de producción del campo y el ajuste por inflación de los costos operativos

Retornando al concepto de Ingreso Disponible, como se indicó en párrafos anteriores, en el caso que no exista suficientes ingresos para el Pago a la Contratista, la Secretaría de Hidrocarburos comunica a la contratista los valores que acumularán. En tal sentido, la cláusula 14.5. del modelo de Contrato de Prestación de Servicios establece:

14.5. Acumulación. - En caso que el Ingreso Disponible no sea suficiente para cubrir el pago de la Tarifa por Barril, el saldo faltante mensual se acumulará durante el mes o Año Fiscal pertinente. La diferencia entre los montos pagados por concepto de la Tarifa por Barril y el Ingreso Disponible del mismo mes o Año Fiscal se trasladará al siguiente mes o Año Fiscal, sin intereses y en caso de que no hubiese podido ser cubierto durante el respectivo o subsiguiente mes o Año Fiscal se acumulará sucesivamente durante la Vigencia de este Contrato. Cualquier diferencia trasladada, originada por insuficiencia del Ingreso Disponible, que no haya sido pagada por la Secretaría a la terminación de este Contrato, se extinguirá y no será pagada a la Contratista, quedando la Secretaría automáticamente liberada de esta obligación de pago en ese momento.

Como se puede evidenciar, esta cláusula protege y libera de responsabilidad al Estado en el caso que durante la vigencia del Contrato no existan fondos suficientes para el pago a favor de la Contratista. Esta cláusula difiere de la cláusula de acumulación existente en los contratos de antiguos contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación,

en los cuales a pesar que de igual manera las obligaciones de reembolso y pago de CEPE a favor de la Contratista se extinguían, en dicha cláusula también se estableció una salvedad en el caso que existieren saldos de petróleo crudo producido en el área del contrato antes de la terminación, y que servirían para liquidar las obligaciones pendientes. (Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 17, 1987, cláusula 12.8).

Finalmente, para el pago a la Contratista, deberá emitir mensualmente una factura por los servicios prestados en el mes inmediato anterior, equivalente al pago calculado conforme la fórmula respectiva y la Tarifa por Barril. No obstante, en el caso que la Secretaría no hubiere realizado el pago pertinente, la Contratista podrá utilizar ese crédito pendiente de pago para cancelar las obligaciones con la Secretaría de Hidrocarburos. Cabe decir, que dicho crédito no puede ser utilizado por los saldos acumulados (Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, 2010, cláusula 14.7). Esto último es un asunto que vamos a revisar más adelante, cuando reflexionemos sobre la situación de no pago de la Secretaría de Hidrocarburos de la totalidad del Pago a la Contratista, y la acumulación que ha existido de pagos pendientes durante los últimos meses debido a la caída del precio del petróleo que afecto al Ingreso Disponible.

Además, el Contrato también establece el pago de intereses²⁸ a favor de la Contratista, siempre y cuando habiéndose generado Ingreso Disponible suficiente para el pago a la Contratista, la Secretaría de Hidrocarburos no lo hubiere hecho dentro de los 60 días que tiene para el pago de la factura emitida por la Contratista.

La Cláusula de Factores de Corrección:

Una vez que hemos entendido la forma de pago a la Contratista, es importante conocer que sucede si dicha forma de pago se ve afectada por factores no contemplados por las partes

²⁸ Nota: Los intereses se calculan en base a la Tasa Prime publicada por el Banco Central del Ecuador en los medios impresos o electrónicos pertinentes, vigente para cada jornada de valoración. En caso de que el Banco Central del Ecuador deje de publicar dicha Tasa Prime, será la tasa anual de interés, en fracción decimal, determinada sobre la base del promedio del prime rate fijado por los siguientes bancos de los Estados Unidos de América: Citibank N.A. y Morgan Guaranty Trust Company of New York, vigente para cada jornada de valoración.

al momento de firmar el contrato de prestación de servicios bajo la reforma a la Ley de Hidrocarburos del año 2010.

Ante esta situación el mencionado contrato, estableció una cláusula denominada “Factores de Corrección” con el objetivo de mitigar las afectaciones que pudieran suceder con posterioridad a la fecha de suscripción del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (2010), y que a continuación cito en la parte pertinente:

17.1. En caso de que se presentare cualquiera de los eventos que se describen a continuación, con posterioridad a la fecha de suscripción de este Contrato, a pedido motivado de cualquiera de las Partes se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga económica si como efecto directo de dicho evento se hubiese producido un desequilibrio económico para la Parte solicitante:

17.1.1. Modificación de los porcentajes de los Tributos aplicables, creación de nuevos Tributos, eliminación de Tributos;

17.1.2. Modificaciones a la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta, como consecuencia de cambios legales o reglamentarios;

17.1.3. Modificación al crédito tributario previsto en la Ley de Régimen Tributario Interno;

17.1.4. Modificación del porcentaje de participación laboral sobre las utilidades líquidas;

17.1.5. Modificación a la legislación de hidrocarburos;

17.1.6. Modificación a la legislación ambiental;

17.1.7. Imposición, eliminación o modificación de gravámenes, regalías, primas de entrada, derechos superficiarios, pagos de compensación y/o cualquier otro tipo de gravamen, contribuciones o participaciones no tributarias; y,

17.1.8. Reducción de la Tasa Máxima de Producción.

Este factor de corrección tendrá como único propósito compensar el desequilibrio económico presentado.

Como se desprende del texto citado, y recordando el principio económico revisado anteriormente, la Cláusula de Factores de Corrección del Contrato de Prestación de Servicios

para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (2010), en efecto busca que las partes mantengan o compensen el equilibrio económico alcanzado en las negociaciones y que permitieron que la Tarifa por Barril que determina el Pago a la Contratista no sea afectado incontrolablemente y esto afecte a una de las partes; e incluso más adelante, la misma cláusula establece que la Contratista tiene pleno derecho a:

17.2.1. Recibir el Pago en Dólares y a disponer de los Dólares recibidos por concepto de pago de la Tarifa por Barril.

17.2.2. Mantener, controlar y operar cuentas bancarias en Dólares, tanto en el Ecuador como en el exterior, y a mantener en el exterior los fondos depositados en dichas cuentas sin restricción alguna.

17.2.3. Disponer libremente, distribuir, remesar o retener en el exterior, sin restricción alguna, sus utilidades netas anuales después de todas las obligaciones, deducciones legales y tributarias establecidas en la Ley Aplicable.

No obstante, si existen modificaciones al régimen monetario u otra ley que cambie los derechos de la Contratista (Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, 2010), ésta podrá:

17.3. Si se modificare el régimen monetario u otra ley de manera que se modifique alguno de los derechos de la Contratista referidos en la Cláusula 17.2, la Contratista tendrá derecho a:

17.3.1. Si se modificare el régimen cambiario: A seguir recibiendo el Pago en Dólares.

17.3.2. Si se modificare alguno de los otros derechos referidos en la Cláusula 17.2, que se incluya un factor de corrección que absorba el impacto económico que tal modificación tuviese.

17.4. De igual forma, si se presentare una modificación del régimen cambiario u otra ley que resulte en un desequilibrio económico a favor de la Secretaría se incluirá un factor de corrección que absorba el impacto económico que tal modificación tuviese.

17.5. En el evento que se incremente el Margen de Soberanía las Partes, de mutuo acuerdo, deberán identificar las posibles afectaciones al equilibrio económico de este Contrato, así como las modificaciones contractuales y/o los factores de corrección que deberán ser aplicados.

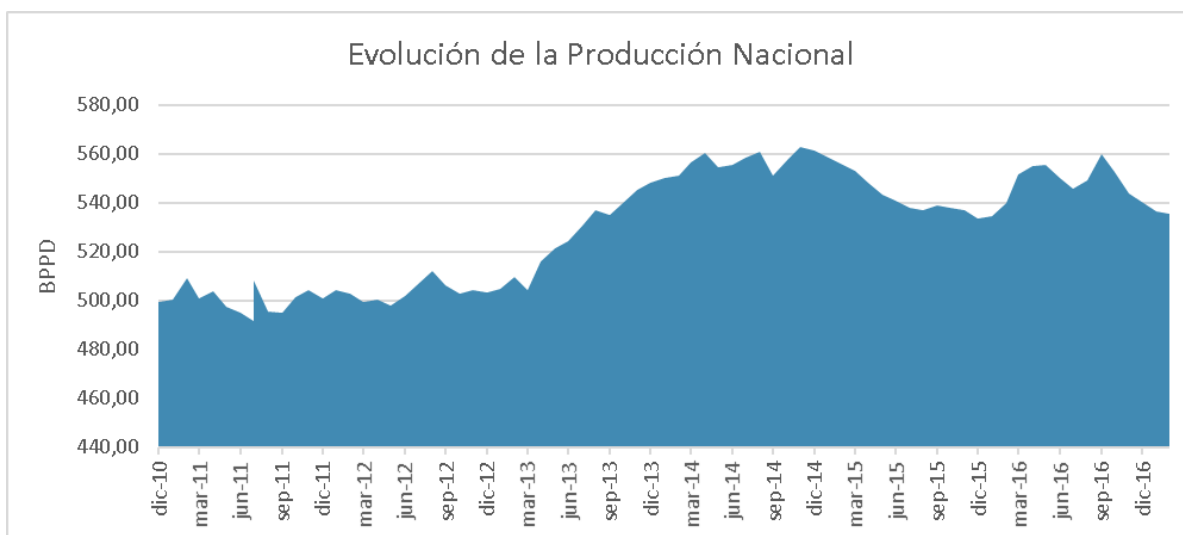
17.6. En caso de discrepancia entre las Partes con respecto al cálculo y/o el valor del respectivo factor de corrección, la Contratista podrá solicitar la intervención de un Consultor de conformidad con la Cláusula 31.3.

De lo establecido en esta cláusula, es posible determinar que tanto el Estado como la Contratista tienen previsto vías por las cuales exigir a la otra parte que se compense el equilibrio económico causado por hechos o actos futuros., sin embargo, está pendiente analizar con profundidad la practicidad de aplicar esta cláusula en la realidad, cuando existen situaciones políticas y económicas que se sobreponen en la aplicación del principio de legalidad, y que obstaculizan la exigencia de la compensación del equilibrio económico. Empero, esta cláusula del contrato modificadorio ha sido la manera en la cual las partes buscaron prevenir y controlar aquellos hechos imprevistos que se generen en la ejecución del contrato, sin perjuicio de las demás acciones legales pertinentes y aplicables.

2.2.2. Efectos económicos.

El principal efecto económico de este contrato es el pago de la Tarifa por Barril, que corresponderá a la amortización de las Inversiones, los costos y gastos, y una utilidad razonable considerando el riesgo incurrido por parte de la contratista. Sin embargo, para profundizar el análisis respecto del impacto producido con la adopción del modelo de contrato de prestación de servicios del año 2010, tomaremos como referencia las cifras económicas emitidas mensualmente por el Banco Central del Ecuador para observar la evolución de los índices petroleros durante los años de vigencia del nuevo contrato.

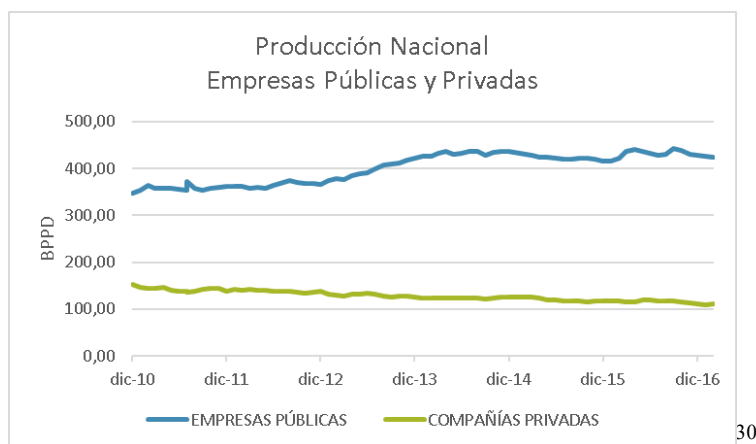
A razón, podemos observar los siguientes gráficos²⁹:



En este gráfico se observa como el Ecuador aumentó su producción petrolera a partir del año 2013, aumentando de una producción total de 499,33 mil bppd a finales del 2010 a un total de 535mil bppd para el año 2017.

Este periodo representado en la gráfica anterior resalta que la producción nacional, a pesar de la reforma en el año 2010, tuvo un descenso en julio de 2011 con una producción de 491,5mil bppd para luego retomar el progresivo incremento hasta llegar a un pico de producción máxima de 562,8mil bppd en noviembre de 2014, para luego volver a tener un descenso durante el año 2015.

²⁹ Nota: Los gráficos fueron elaborados por el autor de esta disertación en base a los reportes de cifras petroleras existentes en la base de datos del repositorio digital del Banco Central del Ecuador (BCE) tomando como periodo de estudio desde diciembre 2010 hasta diciembre 2016.



Por su parte, en este gráfico se puede apreciar la tendencia decreciente de la producción petrolera privada que pasó de producir 152mil bppd en el mes de diciembre del año 2010 hasta llegar a una producción de 109,2mil bppd a inicios del año 2017. Así mismo, consecuentemente se evidencia el aumento de la producción estatal, la cual llegó a un pico de producción de 442mil bppd para el mes de septiembre del año 2016, tomando como referencia su producción mínima la cantidad de 346,8mil bppd en diciembre de 2010.

Un detalle que llama la atención revisando las cifras de este periodo, es que el mes de diciembre de 2010, coincidencia o no, es el último mes en el cual las empresas privadas llegaron a su pico producción antes de su progresivo descenso, y a su vez, es el último mes en el cual la producción estatal tuvo su producción más baja para luego iniciar su aumento hasta llegar los volúmenes actuales.

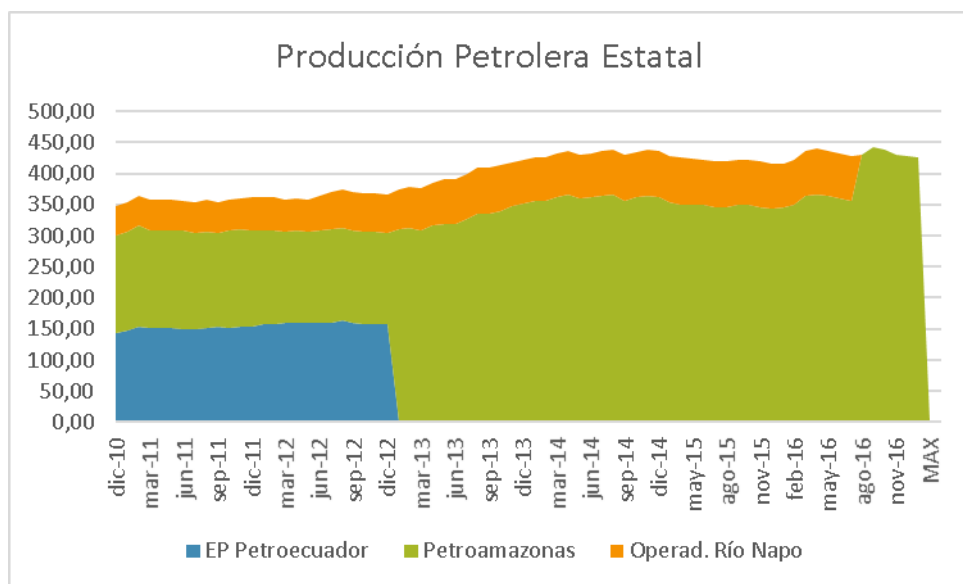
Según la edición del mes de noviembre de 2011 del Reporte de Consistencia Macroeconómica de la Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador una “variable importante que influyó sobre el comportamiento de las compañías privadas fue la renegociación de los contratos petroleros en noviembre del 2010 y enero del 2011” (2011, p.8). Y, según esta publicación, determinan que “la nueva modalidad contractual ha incidido en la composición de la producción total, debido a que ahora el

³⁰ Ibid.

petróleo crudo es de propiedad del estado ecuatoriano, lo que implica que en el tiempo la producción privada tenderá a cero.” (ibid., 2013, p. 9)

Al respecto sobre esta última afirmación, no coincido plenamente. La propiedad sobre el petróleo extraído en el Ecuador no cambió con la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010, ni con la adopción de la nueva modalidad contractual. Como se mencionó en el primer capítulo de esta disertación, el carácter inalienable e imprescriptible del Estado sobre la propiedad del petróleo ha sido un elemento que se ha mantenido intangible desde la expedición de la primera referencia al petróleo en 1911, la Ley de Petróleo de 1937, así como en las demás leyes que se han emitido en adelante ya derogadas, y la Ley de Hidrocarburos vigente con sus múltiples reformas.

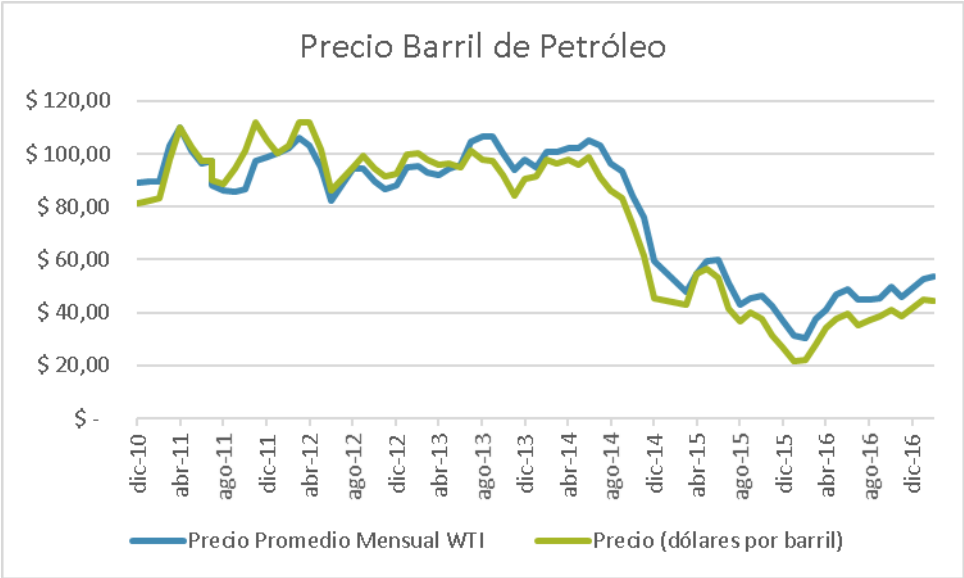
Por otro lado, el incremento inmediato de la producción por parte del Estado en su producción y al revés la disminución de la producción privada, si es una consecuencia de la renegociación de los contratos, siempre y cuando se considere, que en algunos casos no se alcanzaron acuerdos entre el Estado y la contratista, debiendo por lo tanto esos bloques petroleros que estaban en manos de la empresa privada retornar al Estado para su operación y producción, dentro de un proceso denominado como la reversión.



³¹ Ibid.

Adicionalmente, y en virtud de las políticas del gobierno a partir de la reforma a la Ley de Hidrocarburos, un efecto posterior fue la reorganización de los roles de las empresas públicas para cumplir diferentes tareas dentro de la industria, dejando la participación a Petroamazonas EP la tarea de explotación de los yacimientos petroleros, como se refleja en la gráfica superior.

Esta transición como habíamos indicado anteriormente en otra sección, se realizó mediante el Decreto Ejecutivo 1351-A de 1 de noviembre de 2012, a través del cual los intereses económicos de propiedad de EP Petroecuador dedicados a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, pasaron a formar parte de Petroamazonas EP, incluyendo, el control del 70% del paquete accionario de Operación Río Napo, Compañía de Economía Mixta y el consecuente control operacional del Bloque 60 (Sacha), cambio que se desarrolló a partir de agosto del año 2016.



32

Por último, con las cifras analizadas es posible también apreciar la evolución del precio de barril de petróleo durante el mismo periodo de estudio, el cual es un elemento fundamental para determinar el Ingreso Disponible que tiene el Estado para el pago de la tarifa a favor de

³² Ibid.

la contratista dentro del contratos de prestación de servicio de exploración y explotación de petróleo que es materia de esta disertación.

De la gráfica se desprende que el precio del barril de petróleo llego a tener un valor máximo de 112 dólares en marzo de 2012 y un mínimo de 21,60 dólares en enero de 2016, incluso por encima del precio del WTI.

Por otro lado, la caída del precio del barril de petróleo a finales del año 2014 y las intermitentes fluctuaciones durante el año 2015, hicieron que el Estado y las contratistas realicen ajustes a sus planes de inversiones y desarrollo. Según el Reporte de Consistencia Macroeconómica, una clara consecuencia directa fue el anuncio emitido por Petroamazonas EP a la agencia Reuters, en febrero de 2015, en el cual comunicó su decisión de disminuir el 3% de su producción y reducir sus inversiones para evitar que los bajos precios influyan el flujo de caja del Estado. (ibid., 2015, p. 9)

Al respecto, la misma publicación indica que de acuerdo “con datos del Banco Central de Ecuador los ingresos por ventas de petróleo a febrero del presente año representaron cerca de 478 millones de dólares, mientras para el mismo mes del año anterior los ingresos llegaron a 1.090 millones de dólares” (ibid.). Como se indicó anteriormente, “los ingresos petroleros soportan en promedio el 40% de la Inversión del Gobierno Central, mientras que el 60% restante es compensado con mayor endeudamiento público interno y externo” (ibid., 2014, p. 9).

Sobre estos escenarios, la tarifa fija pactada bajo el modelo de prestación de servicios adoptado a partir del año 2010 es adversa frente a elementos exógenos al contrato y la realidad volátil del precio del barril de petróleo, lo cual en consecuencia debe ser asumido por el Estado y la contratista según los términos y condiciones legales firmados.

2.2.3. Aplicación del nuevo Contrato

Ahora bien, el inversionista que celebre un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos con la Secretaria de Hidrocarburos debe conocer que en su calidad de contratista con el Estado tiene obligaciones que cumplir en relación con el ordenamiento jurídico vigente, en especial existen aquellas obligaciones que son parte del elemento económico del contrato.

Uno de los cambios generados con la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos es la modificación de la participación de los trabajadores en las utilidades generadas por la actividad hidrocarburífera. Al efecto, el artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos establece que del 15 % que corresponde a las utilidades, el 3% será destinado para los trabajadores vinculados³³ y el 12% será pagado al Estado para la ejecución de obras en las áreas de influencia de cada contrato (Ley de Hidrocarburos, 2010, art. 94). Estos proyectos de inversión social se canalizan a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y por la empresa pública Ecuador Estratégico EP.

Adicionalmente, la contratista debe considerar dentro del cálculo de su modelo económico el respectivo pago anual al impuesto a la renta, y que según el artículo 27 de La Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen tributario, 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. Así mismo las contratistas deben considerar el pago de los tributos locales como son la patente municipal y el 1.5 por mil sobre los activos totales, de conformidad con el cantón en el cual ejerza la actividad económica.

³³ Nota: “Para todos los efectos del artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos, se entenderán como trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera a aquellos directamente relacionados con la ejecución del proyecto de exploración y/o explotación de hidrocarburos, dentro de la respectiva área del contrato.” Art. 57 del Reglamento de aplicación de la Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Decreto Ejecutivo No. 546 publicado en el Registro Oficial 330 de 29 de noviembre de 2010.

Como parte de las actividades hidrocarburíferas, el contratista también pagará las contribuciones por utilización de aguas y materiales naturales de construcción durante el periodo de explotación (Ibid., art. 52); por la promoción de la investigación, el desarrollo y los servicios científicos y tecnológicos; para el desarrollo de la educación técnica nacional y para el otorgamiento de becas (Ibid., art. 54). Sin embargo, la contratista está exenta del pago de primas de entrada, derechos superficarios, regalías y aportes en obras de compensación, lo cual si era aplicable en otros modelos de contratos previamente vigentes.

En todo caso, para el pago de la tarifa, la contratista facturará por los servicios prestados a la Secretaría de Hidrocarburos, la Tarifa por Barril de petróleo crudo neto fiscalizado, agregando el monto que corresponda por el Impuesto al Valor Agregado [IVA]. La contratista, por el IVA pagado en sus compras locales e importaciones de bienes y servicios, tendrá derecho a crédito tributario; en consecuencia, el valor del IVA no tiene que ser considerado para la definición del valor de las inversiones, costos y gastos, así como para establecer la Tarifa por Barril de petróleo crudo neto entregado en el Centro de Fiscalización y Entrega.

Por otro lado, en caso de que con posterioridad a la fecha de suscripción del contrato se modificare la legislación hidrocarburífera u ocurriere otro evento específicamente descrito en el contrato, se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga económica si como efecto directo de dicho evento se hubiese producido un desequilibrio económico para la parte solicitante. (Modelo de contrato de las bases de Contratación de la Licitación de la Ronda Suroriente, 2012, cláusula 30)

Actualmente, el principal obstáculo que tienen las empresas no se trata del efectivo cumplimiento del contrato de prestación de servicios per se, que en realidad ha funcionado bastante bien, o mejor de los que se esperaba, sino se trata de asuntos relacionados con la aplicación del contrato por parte de las autoridades. Ejemplos de estos obstáculos, son los cambios en las tasas por servicios que cobran la Secretaría de Hidrocarburos y la Agencia de Regulación Hidrocarburífera, y el aumento del porcentaje del Impuesto a la Salida de Divisas al 5%, que evidentemente afectan a los presupuestos de actividades e inversiones de las

contratistas y que no han sido reconocidos por la Secretaría mediante el procedimiento de establecido en el contrato dentro de la Cláusula de Factores de Corrección que anteriormente explique.

2.3. Renegociación de Contratos.

Como hemos analizado previamente, la Disposición Transitoria Primera determinó un plazo de 120 días para que los contratos de participación y 180 días para que contratos de campos marginales y de servicios específicos, que se encontraban vigentes, sean modificados para adoptar el modelo de contratación de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos estipulado en la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010.

Es así que durante el segundo semestre del año 2010 se llevó adelante el proceso de renegociación de contratos petroleros, en la cual varias empresas aceptaron el nuevo modelo y negociaron una tarifa por sus servicios, mientras otras empresas decidieron terminar sus contratos e iniciaron el proceso de reversión como establece el artículo 29 de la Ley.

2.3.1. Propuestas Iniciales

Al inicio de la etapa de renegociación se presentaron las primeras posturas por parte de las compañías que tenían que recuperar las inversiones comprometidas en los campos petroleros, y por lo tanto, al establecer la tarifa de servicios como mecanismo de compensación por las actividades realizadas por la contratista, ese valor debía reflejar todas las amortizaciones, costos y gastos, al mismo tiempo que las contratistas estuvieron obligadas analizar la continuidad de sus proyectos en el Ecuador con sus respectivos inversionistas, los más afectados por las medidas legales promulgadas.

En este sentido, un ejemplo es lo mencionado por el economista Alberto Acosta, en su artículo de la revista Análisis Político (2011), al señalar que:

la brasileña Petrobras que operaba en consorcio con otras compañías en el Bloque 18 y en el Campo Unificado Palo Azul, poseedora de un 30% de participación en esos campos. La empresa brasileña extraía unos 20.000 barriles diarios de crudo. Su falta de acuerdo, según la versión oficial, se debería a que “su política no es operar como prestadora de servicios” y habría manifestado, además, que no existen garantías para realizar inversiones a largo plazo (p.100).

El argumento general del gobierno consistió en que, con este nuevo modelo de contrato de prestación de servicios, la contratista privada podría reducir sus costos con la tarifa fija siendo más eficiente en la operación y así lograr obtener mayores utilidades. Con este modelo, ambas partes se beneficiarían de la ejecución de los compromisos de inversión y el aumento de la producción permitiría cubrir las tarifas acordadas.

Un claro interés que manifestó el gobierno durante el proceso de renegociación fue la necesidad de exigir a las empresas privadas que presenten planes de inversiones con el objetivo de incrementar la recuperación de reservas y planes adicionales para explorar zonas no explotadas, dado que por la declinación natural de los yacimientos existente en dichos bloques era necesario la presencia de tecnología e inversiones fuertes con el fin de aumentar la producción.

2.3.2. Cálculo de la tarifa

Según la Secretaría de Hidrocarburos el cálculo de la tarifa por barril se basó en dos límites y tres intervalos de producción. Esta tarifa se define al momento de la licitación, que significara el monto por barril que está dispuesta aceptar para cada momento de producción, entendiéndose esto, como los valores de volumen de producción que tendría la contratista (valor ponderado) a un rango estimado de rentabilidad de entre el 15 % y 30% para el proyecto.³⁴

³⁴ Nota: Este rango se obtiene de las bases de contratación emitidas por la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador en la presentación para la licitación de bloques en el año 2013, denominada la Ronda Suroriente.

El cálculo del sistema tarifario de cada contrato se estableció de forma individual, sobre la base de las características específicas de cada bloque y en función de la amortización de las inversiones, los costos y gastos del proyecto, y una utilidad razonable que se acuerda en función del riesgo. En ese sentido, la idea del contrato es reconocer al inversionista una rentabilidad libre del riesgo de mercado, lo cual asegura una rentabilidad acorde al riesgo del negocio y al riesgo de inversión. Por lo tanto, el Estado asume los riesgos del mercado como es la fluctuación de precios que puede existir pero que no cambiará el valor de la tarifa. Por otro lado, el riesgo de la Contratista recae en la inversión y la geología del campo.

En este sentido, la tarifa de los contratos suscritos bajo la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos se compone por la siguiente fórmula:

$$PC_t = [TAR \times Q_t] \times FA_t$$

PC_t = Pago a la contratista en el periodo t

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

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

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

$FA_t = FA_{t-1} \times [\Delta PPI_i \times X + \Delta CPI_i \times Y + Z]$

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

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

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

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

$Z = 1 - X - Y$

De la misma fórmula establecida en las Acta Resumida de Negociación para cada contrato, se establece que los factores X y Y de la fórmula, son estimaciones promedio de

los costos con relación a la tarifa, durante la vigencia del contrato, debiéndose estos factores mantenerse inalterables durante la vigencia del mismo.

Por su parte, el periodo *t* para el pago a la contratista (PCT), se refiere a una periodicidad mensual sin embargo el factor de ajuste FAt debe permanecer inalterable a lo largo de todo el año calendario, ya que este ajuste tiene una periodicidad mensual, y se calculará todos los años tomando como referencia los índices publicados para el mes de febrero del año fiscal respectivo. En este sentido, el factor PPI se refiere al Índice de Precios del Productor para la rama de servicios petroleros publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales de los Estados Unidos, así como el factor CPI se refiere al Índice de Precios de Consumidor emitido por la misma entidad norteamericana.³⁵

2.3.3. Acuerdos y Desacuerdos.

Finalmente, una vez que se realizó el proceso de renegociación de los contratos mediante múltiples jornadas de trabajo con cada una de las contratistas con el fin de negociar los términos y condiciones entre el Estado y las contratistas, con el fin de cumplir con lo dispuesto por la Disposición Transitoria Primera de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, se obtuvieron los acuerdos y desacuerdos.

Resultados de la renegociación de los contratos petroleros en virtud de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010			
Nombre de la Contratista	Área asignada	Régimen contractual anterior	Tarifa por barril bajo nuevo contrato
Agip	Bloque 10	Prestación de servicios	US 35,00
Repsol	Bloque 16	Participación	US 35,95
Andes Petroleum	Bloque Tarapoa	Participación	US 35,00
Petrooriental	Bloque 14	Participación	US 41,00
Petrooriental	Bloque 17	Participación	US 41,00

³⁵ Nota: Para más información se debe revisar la página oficial del Departamento de Estadísticas Laborales de los Estados Unidos - U.S. Bureau of Labor Statistics: (<https://www.bls.gov/ppi/>)

Enap	MDC	Servicios Específicos	US 16,72
Enap	PBHI	Servicios Específicos	US 20,77
Petrosud-Petroriva	Pindo	Campo Marginal	US 28,50
Consortio Pegaso	Puma	Campo Marginal	US 21,10
Petrosud-Petroriva	Palanda	Campo Marginal	US 31,90
Pacifpetrol	Gustavo Galindo	Servicios Específicos	US 58,00
Repsol	Tivacuno	Servicios Específicos	US 27,25
Petrobell	Tiguíno	Campo Marginal	US 29,60
Tecpecuador	Bermejo	Campo Marginal	US 24,00

Según anuncios de la época por parte del gobierno, la renegociación de los contratos descritos en el cuadro anterior garantizó al Estado una renta del 80% en promedio e inversiones por 1.385 millones de dólares en el sector. (El Universo, 2011)

De las tarifas expuestas, se puede calcular que en promedio el Estado paga a las contratistas un valor de US 31,84 por cada barril de petróleo explotado por las empresas privadas en el marco de la adopción del nuevo modelo de contrato.

Por otro lado, debido a varias circunstancias no necesariamente ligadas a asuntos relacionados con la modalidad contractual ni a la tarifa, algunas empresas decidieron no llegar a un acuerdo con el Estado ecuatoriano para los bloques 18 – Palo Azul, Bloque 3, Bloque 1, Bloque 11, y Armadillo, Charapa, Pucuna y Singue y, por lo tanto, optaron por la terminación del contrato y la fijación de la liquidación respectiva por sus inversiones no amortizadas durante la ejecución del contrato. Estas empresas entraron en el proceso de reversión a cargo de la Secretaría de Hidrocarburos mediante el cual devuelven los activos de operación conforme el artículo 29 de la ley de Hidrocarburos que dispone:

Art. 29.- 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 Secretaría de Hidrocarburos, 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 Secretaría de

Hidrocarburos señale, a los sitios que ella determine. Si la terminación del contrato se produjere en el período de exploración, el contratista o asociado entregará a la Secretaría de Hidrocarburos, sin costo y en buenas condiciones, los pozos, campamentos y obras de infraestructura.

Finalmente, según el Morales Villagómez (2012, p. 123) “los ingresos para el Estado llegarían a 8 640 millones de dólares, con una estimación del precio internacional del barril de 78 dólares. La cifra representaría un incremento de 3 171 millones de lo previsto con los contratos de participación anteriores. El Estado participaría en la Renta Petrolera, un 10 % más, esto es del 70% al 80%, a partir del 1 de enero de 2011. (...) y, por cada dólar de incremento en el precio internacional del petróleo el Estado recibiría 245 millones de dólares adicionales y por esfuerzo exploratorio se incrementaría la producción en 126 millones de barriles.”

3. FUNDAMENTOS GENERALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS APLICADO PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE PETROLEO EN EL ECUADOR.

En el capítulo final de la presente disertación, se estudiará de manera general los alcances, principios y aplicaciones del Análisis Económico del Derecho, con el fin de exponer los efectos del contrato de prestación de servicios, los costos y beneficios como consecuencia del cumplimiento a las disposiciones de la ley reformativa a la ley de hidrocarburos del año 2010.

Cabe indicar, que en este capítulo se tratará de brindar una breve explicación, a través de las nociones preliminares del análisis económico del derecho, respecto a ¿Cómo se relaciona el impacto de las cláusulas contractuales antes revisadas con aquellas circunstancias y conductas, del Estado y/o las contratistas, y que podría a futuro desembocar en un pleito o un litigio?.

En esta disertación se seleccionó a la escuela del análisis económico del derecho debido a que conjuga dentro de su construcción de pensamiento las premisas de la ciencia jurídica junto con el estudio económico, brindando una perspectiva diferente de la realidad, y que, en el caso del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, permite examinar los elementos y cláusulas que lo conforman según la naturaleza misma de la industria petrolera abarcando sus espectros normativo, contractual y los modelos económicos.

3.1. Del Análisis Económico del Derecho

Es innegable que el derecho y la economía son ciencias estrechamente vinculadas. Sin embargo, “hasta la década de 1960 las relaciones entre derecho y economía se limitaban solamente a aquellos sectores donde la ley tenía fuertes implicaciones económicas en sentido ortodoxo, áreas del derecho tales como el tratamiento de monopolios, las patentes, los impuestos, etc.” (Stordeur, 2011)

Al respecto, la economía y el derecho se han fortalecido mutuamente mediante esta escuela de análisis por su estudio respecto del comportamiento humano en formas en las que tradicionalmente no se reflexionaba, dando respuestas a problemas jurídicos basados en fundamentos de la economía, y que según Richard Posner (2002), es la razón para que “algunos la han llamado la corriente más influyente del pensamiento legal contemporáneo” (p.37). En otras palabras, “el análisis económico del derecho utiliza las herramientas tradicionales de la microeconomía para analizar la eficiencia de las normas” (Aguilar, 2009, p.120).

Con el fin de comprender de mejor manera esta escuela de pensamiento, es importante conocer que la relación entre la economía y el derecho se remontan muchos siglos atrás, si consideramos las discusiones de las teorías de Hobbes³⁶ (sobre la propiedad) y Adam Smith (con su “mano invisible”), pasando por las diferentes doctrinas asociadas con el estudio de la competencia y el monopolio, y sin olvidar del análisis de Bentham en sus estudios sobre crimen y castigo del siglo XVIII.

Cabe indicar que, “no fue sino hasta 1961, en que el artículo de Ronald Coase sobre el costo social fue publicado, más o menos en la misma época en que apareció el primer artículo sobre responsabilidad extracontractual de Guido Calabresi, que pudo vislumbrarse una teoría sobre el análisis económico del derecho común” (Posner, 2002, p. 39).

Al respecto, el artículo de Ronald Coase denominado “The Problem of Social Cost” publicado por el Journal of Law and Economics en el año 1961 (pp. 1-44.), se enfocó en los costos de transacción o externalidades dentro de una relación social entre dos o más individuos, determinando que los costos de transacción³⁷ pueden dar lugar a una distribución más eficiente de los recursos entre las partes. En base a este argumento, expuso que los

³⁶ Nota: Este filósofo consideraba que los individuos viven en un constante estado de temor por lo que son incapaces de llegar a acuerdos eficientes ya que el propio interés eliminaría cualquier posibilidad de un pacto que beneficiaría a ambas partes.

³⁷ Nota: Coase se refiere a los costos de transacción como aquellos costos asociados a las negociaciones de las Partes para alcanzar un acuerdo, por ejemplo: la redacción del contrato, realizar inspecciones, etc.

tribunales al encontrarse con este tipo de situaciones externas deberán guiarse por la solución más eficiente, proponiendo que los jueces y tribunales sean responsables de realizar un análisis de los costos y beneficios previo a dictar una sentencia. Este estudio se generalizó en la academia económica y jurídica con el denominado “Teorema de Coase”, y por lo cual se le conoce a este tratadista como el padre del Análisis Económico del Derecho.

Por otro lado, Guido Calabresi (2011) señaló que “El Derecho no solo adopta, sino que regula al mercado corrigiendo sus imperfecciones”. En efecto, el artículo publicado por Calabresi emplea la teoría económica para examinar el alcance que pueden tener los distintos significados implícitos en la noción de distribución del riesgo para la imputación de responsabilidad que se desarrolla en el derecho de daños. Así mismo, Calabresi afirmó que “Richard Posner representa lo mejor del Análisis Económico del Derecho ¿Qué nos dice Richard? Desde una perspectiva teórica –por si acaso, no como juez y sí como académico–, él toma la teoría económica y la utiliza para analizar, criticar, confirmar y cambiar la ley” (p.362).

Bajo estos antecedentes, coincido con Posner (2002) con respecto a que “El análisis económico del derecho tiene aspectos tanto positivos (esto es, descriptivos) como normativos. Trata de explicar y predecir el comportamiento de los participantes en el sistema legal, e inclusive la estructura doctrinaria, procesal e institucional del sistema. Pero, además, trata de mejorar el derecho al señalar aquellos aspectos en que las leyes existentes o los proyectos de leyes generan consecuencias no deseadas o no propuestas y al formular reformas prácticas” (p. 39).

Por lo tanto, podemos indicar que el Análisis Económico del Derecho consiste en estudiar las normas jurídicas aplicando los conocimientos proporcionados por la economía, con el objetivo de plantear los problemas jurídicos como si fueran problemas económicos; lo que ha generado que en la actualidad el Análisis Económico del Derecho cobre cada vez mayor importancia entre los tratadistas jurídicos; a pesar que existan críticas respecto de la aplicabilidad de esta disciplina en otros sistemas jurídicos distintos al common law debido

principalmente a la influencia que tienen los jueces en los procesos de formación de las normas y precedentes.

En mi opinión, esta escuela de pensamiento permite acercar las concepciones del derecho tradicional a los problemas reales de la sociedad, incrementando la influencia de la doctrina y pensamiento académico en las instituciones que crean o aplican el derecho; a la vez que genera conciencia en el pensamiento del abogado o economista expandiendo su análisis a temas que van más allá de la simple aplicación de una ley, cláusula o regla.

3.1.1. Premisas del Análisis Económico del Derecho

El análisis económico del derecho es positivo y normativo. Es positivo porque intenta explicar o describir la conducta de los individuos, y por lo tanto, “supone emplear economía para explicar el sistema legal o predecir las consecuencias del cambio en las reglas legales” (Stordeur, 2011, p. 37). Y en cambio, esta disciplina también es de carácter normativo debido a que “persigue sugerir cambios al sistema legal con la finalidad de lograr la eficiencia o, aun cuando menos frecuente, cualquier otra meta o resultado deseable, como por ejemplo cierta distribución de la riqueza” (ibid.), es decir, tiene como fin evaluar la legislación para ver si cumple las expectativas de la sociedad.

Bajo este panorama, sería muy difícil generalizar con absoluta seguridad -o sin equivocarse- las características del análisis económico del derecho, y que se aplicarían a todas las diferentes derivaciones que existen de esta disciplina, como es el caso del derecho de los monopolios y la competencia, el derecho de daños, el derecho a la propiedad, la economía del delito y del derecho penal, entre otros. Sin embargo, con el fin de emplear esta escuela de pensamiento dentro de la orientación que tiene la presente disertación, tomaré como punto de referencia lo determinado por el profesor de la Universidad de Valencia, doctor Gabriel Doménech Pascual, en su trabajo sobre “*Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho*”, en el cual este autor se aventura a determinar ciertas premisas en las cuales el análisis económico del derecho tiene su aplicación, y que a continuación expongo:

a) El Derecho influye sobre la conducta humana.

Al respecto, Gabriel Doménech (2014) señala que:

las normas constituyen incentivos o desincentivos a los efectos de que sus destinatarios realicen o dejen de realizar tales actividades. En tal sentido, las personas reaccionan de manera distinta según sea el contenido y la naturaleza de las normas (leyes, reglamentos, doctrinas jurisprudenciales, etc.) que regulan su comportamiento. Ello no significa que cualquier cambio normativo vaya a provocar necesariamente una alteración de la conducta de todos los afectados. Los grupos humanos no son perfectamente homogéneos. Algunos individuos seguirán actuando más o menos igual que antes, pero otros modificarán sus pautas de comportamiento, disminuyendo o incrementando el volumen de realización de la actividad regulada, aumentando o reduciendo el nivel de cuidado con el que la llevan a cabo, etc. (p.102).

Para entender la idea de lo antes citado, se puede utilizar como ejemplo el caso cotidiano de la imposición de multas de tránsito. Que pasa si el día de mañana los legisladores decidieran presentar un proyecto de ley con el fin de aumentar las penas de las infracciones por exceso de velocidad, ¿Cuáles serían los efectos que tendrían en el comportamiento de las personas? ¿acaso habría menos infracciones? O en su defecto ¿aumentaría el monto de la recaudación por parte de las autoridades de tránsito?

Bajo esta premisa, lo lógico es utilizar las herramientas que brinda el análisis económico del derecho para que los legisladores, determinen cuales son los costos y beneficios de la normativa que han decidido presentar antes de efectivamente aplicarla, o después de su promulgación con el objetivo de valorar los cambios realizados para llegar a mejoras sociales significativas.

Es lo correcto pensar que las leyes en el Ecuador intentan concretar los objetivos del Estado, a través de la orientación de la conducta de los ciudadanos con la finalidad de obtener una mejora social. Si bien esta escuela pretende ofrecer un análisis más profundo de la

aplicación de las normas y de las conductas humanas, lo que sucede realmente en este tipo de circunstancias como en el caso del ejemplo de las multas de tránsito, según Vicente Jaime, es que “Tradicionalmente, la manera de resolver estas cuestiones ha sido siempre la misma: con base en la intuición y la experiencia”(Jaime, s.f., p1), refiriéndose -sin generalizar- que en efecto para dictar normas que afecten a los individuos no se analizan seriamente los costos y beneficios correspondientes.

Sin embargo, para efectos de esta disertación, la reforma a la Ley de Hidrocarburos del año 2010 si afecto -directa o indirectamente- a todas las personas y compañías que se dedican a realizar actividades petroleras, upstream o downstream, en Ecuador.

b) La influencia del derecho es explicable y predecible.

Esta conjetura, se basa en el supuesto de que las personas toman decisiones de manera racional, es decir, basados en la lógica, preferencias e intereses. Esto es conocido en la economía como “la elección racional”. En tal sentido, parafraseando a Friedman (1986), “los individuos se comportan con el fin de llegar a determinados objetivos, y para lo cual, a su criterio los individuos seleccionarán la opción más adecuada para alcanzarlo”.

Doménech (2011) argumenta que esta premisa es aplicable en un escenario de elección racional, en el cual los individuos, dentro de un ejercicio mental de costos y beneficios, elegirán siempre aquella opción que maximiza su utilidad esperada (p.102). Sin embargo debo señalar que no siempre la maximización de la utilidad es la mejor opción debido a la posibilidad que existan otras alternativas que a pesar que no generan una máxima utilidad si pueden brindar una mejor eficiencia, menos riesgos, disminuyen los costos, evitan contingentes, entre otros.

Es importante conocer los objetivos que los individuos persiguen con el fin de entender mejor su elección racional. Al respecto Ramírez (2011) señala que “si no sabemos cuáles son los objetivos que persiguen (maximizan) litigantes, jueces y otros operadores, poco podremos

decir con relación a las decisiones que tomarán dado el marco institucional y de incentivos en el que se mueven” (p. 18).

En este sentido, la reforma a la Ley de Hidrocarburos del año 2010 no solo determinó una hoja de ruta a seguir, sino que puso de manifiesto el interés del Estado para incrementar la producción petrolera, devolver la totalidad de la producción al Estado y determinar un pago a la contratista indiferente de la fluctuación del precio del petróleo. Por su parte, es obvio que las empresas privadas perseguían mantener una utilidad razonable adaptándose a un nuevo modelo de contrato siempre que este instrumento no permita externalidades.

c) Las decisiones se adoptan en condiciones de escasez.

Basada en las presunciones anteriores, esta proposición determina que no es posible tomar decisiones que satisfagan de manera simultánea la totalidad de preferencias e intereses que persigue un individuo (incluyendo al Estado). Es decir, para la toma de decisiones, lo lógico es que una persona previamente realice un ejercicio en el cual priorice sus distintos intereses con el fin de elegir la opción que más le conviene. En este sentido, en un mundo en donde coexisten millones de individuos, no es posible configurar a las normas legales de tal modo que satisfagan a todos los individuos con sus diferentes preferencias.

Esta idea se comprende mejor con el ejemplo que presenta Doménech (2014) aplicado al Estado, y que cito:

La Constitución española fija diversos fines que el legislador debe atender (la libertad e igualdad efectivas de todos los ciudadanos, su participación en la gestión de los asuntos públicos, la protección de la salud y del medio ambiente, etc.). El legislador tiene la posibilidad de dictar normas que muevan a la gente a comportarse de una manera u otra, satisfaciendo en mayor o menor medida cada uno de los referidos fines. Pero sus posibilidades de influir así en los individuos y lograr sus objetivos son inexorablemente limitadas, escasas (p. 103).

Vale la pena que indicar que la noción de escasez está atada estrechamente con la economía. Al respecto, Stordeur (2011) manifiesta que “Siempre que haya escasez y dos o más alternativas rivales, hay precios. Las reglas que componen el sistema legal afectan el valor relativo de las alternativas disponibles y, por lo tanto, sus efectos en la conducta” (p.25).

Al utilizar elementos económicos para visualizar la realidad jurídica, y viceversa, es posible entender las distintas formas en que reaccionarán los individuos o el Estado frente a cada normativa, contrato o regulación, identificando los costes y beneficios (sociales e individuales) de cada una de ellas, y cuál de estas diferentes alternativas es la que optimiza el cumplimiento de las normas legales.

3.1.2. Presupuestos Teóricos del Análisis Económico del Derecho

En este segmento de la disertación, explicaré brevemente algunas ideas que han surgido durante el desarrollo del análisis económico del derecho, que son aplicados y estudiados por varios tratadistas, en diferentes situaciones, basado en las nociones que fueron explicadas de manera previa en este capítulo.

Cabe indicar, que la intención de esta parte estar orientada únicamente a entender y repasar las nociones más relevantes de esta materia y que servirán más adelante para realizar análisis del contrato de prestación de servicios que es parte de estudio del presente trabajo.

A continuación, expongo los siguientes presupuestos teóricos:

a) El individualismo

El individualismo se concibe como el presupuesto básico del Análisis Económico, fundamentado en el estudio del comportamiento de los individuos. En este presupuesto, las conductas de las personas se orientan a determinados fines u objetivos, trazados por sus preferencias personales, que los lleva a tomar elecciones racionales con el fin de maximizar su bienestar, considerando la escasez.

En este sentido, (Stordeur, 2011) “se asume que esta meta se logra cuando las personas pueden satisfacer mayor cantidad de preferencias, con independencia de su contenido” (p.20). Por lo tanto, para que el individuo consiga su propósito está obligado a elegir entre sus preferencias, debiendo priorizar sus intereses y metas, basados en los costos y beneficios de tomar una u otra decisión.

Al respecto, Fernández Vásquez (s.f.) señala que;

Al perseguir este propósito, cada sujeto ordena sus preferencias, deja algunas de lado porque compara los costos de elegir una u otra acción (coste de oportunidad), considera los costos de la decisión tomada (costos de transacción) y actúa. Cada individuo está condenado a elegir, porque los bienes son escasos, y no hay posibilidad de satisfacer todas las preferencias. Cada decisión puede ser o no consciente, pero el análisis económico construye un modelo sobre esta premisa (p.8).

En este caso, la factibilidad para predecir o analizar las conductas de los individuos se fundamenta en las probabilidades estadísticas para que una persona elija una u otra opción, al tener conocimiento de sus preferencias racionales, y siempre que no existan factores exógenos no previstos.

En consecuencia, indiferente si se aplica en los mercados de bienes y servicios o cualquier otro, esta hipótesis asume “que las personas incrementan su utilidad cuando pueden satisfacer mayor cantidad de preferencias y que, por ese motivo, escogen aquellas alternativas disponibles que le permiten alcanzar sus objetivos a menores costos, es decir, sacrificando la menor cantidad de alternativas disponibles” (Stordeur, 2011, p. 21).

Considero importante resaltar lo mencionado por Rodrigo Tena Arregui (2010), quien al hacer una referencia a Knigh, señaló que:

a menos que el mercado funcione de la misma forma precisa en que lo hace en el modelo teórico, la posibilidad de que surjan importantes conflictos distributivos se incrementará

exponencialmente. De ahí que volvamos necesariamente al tema de los costes de transacción y hasta qué punto perturban el funcionamiento de la economía (p. 38).

Se concluye entonces que, “Si las preferencias fuesen demasiado cambiantes en el transcurso del tiempo, cualquier análisis o predicción resultaría inútil en tanto los actuales precios no estarían representando las preferencias actuales relevantes.”(Stordeur, 2011, p.25) Consecuentemente, no siempre las personas estarán interesadas en su propio bienestar, sino que es posible que estén interesadas en maximizar el bienestar otras personas, lo cual dentro de este presupuesto teórico generaría excepciones a los casos respectivos.

b) El mercado

Al revisar la doctrina ha sido citada en el presente trabajo, no es extraño a esta disciplina que las argumentaciones económicas o jurídicas que cada autor ha elaborado se ilustren o desarrollan a través de ejemplos y situaciones en los cuales el mercado juega un rol importantísimo, siendo el mercado una creación de un mundo predeterminado por cada autor. Con esta idea hago referencia a las diferentes formas a través de los cuales los tratadistas del análisis económico del derecho han generado situaciones y ejemplos para plasmar sus teorías y críticas, determinando cada autor sus reglas y condiciones con el fin de explicar de mejor manera sus conocimientos.

Para estudiar las premisas antes expuestas, y jugar con supuestos y condiciones, el análisis económico del derecho utiliza el concepto del “mercado” como un escenario ideal para establecer hipótesis y plasmar diferentes imperfecciones que se encuentran en el sistema legal y en las relaciones entre los individuos.

Un ejemplo de esto último son las condiciones de mercado que estableció el economista Ronald H. Coase al definir el teorema que enunciaremos más adelante, empero, cabe a la vez señalar “no es la primera vez que el derecho adopta modelos, ya que lo ha hecho con el de la sociedad originaria de HOBBS, o el contractualista de ROUSSEAU, o los más modernos

de RAWLS" (Fernández, s.f., p. 8). Es decir, el mercado es un mecanismo imaginario que permite desarrollar las teorías económicas, y ahora también desarrollar el derecho.

En este contexto, debe entenderse al mercado como un modo de asignación de preferencias escasas, que se basa en el intercambio y relaciones entre los individuos que lo conforman. "La utilidad del modelo reside en su maleabilidad y su capacidad de predicción. Su carácter sistemático exhibe una interrelación, de modo que la modificación de uno de sus elementos permite observar de qué modo se transforma el conjunto" (ibid.).

Por su parte, Coloma (2014) manifiesta que "el mecanismo de asignación de recursos conocido como "mercado" es fundamentalmente una creación jurídica que consiste en una serie de normas más o menos generales que permiten que los potenciales compradores y vendedores de un bien o servicio se pongan en contacto entre sí para comerciarlo" (p.5).

Así el mercado, como un concepto general y transversal, es el que orienta las necesidades y las oportunidades de la asignación de recursos, y por lo tanto, es un elemento relevante para el derecho al momento que permite, de manera general, establecer hipótesis y suposiciones para determinar los costos y beneficios en la creación, aplicación o modificación de una norma jurídica para regular las conductas de las personas, y que sirve a los sujetos involucrados como molde para buscar la optimización a través de las condiciones más convenientes.

c) La eficiencia

Trata sobre el estudio de aquellas situaciones a través de las cuales los mercados alcanzan un equilibrio mediante los diferentes mecanismos que establece la sociedad para la distribución o asignación de la escasez, en consideración a los intereses y prioridades de los individuos que la conforman.

En economía, se dice que una situación es eficiente si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de otra. Este concepto se inspira en la premisa

de Pareto³⁸, conocida comúnmente como “óptimo de Pareto”. Cabe indicar que la propuesta de Vilfredo Pareto “analiza las condiciones en las cuales la solución de un modelo de equilibrio general puede ser la óptima.” (Méndez, 2008, p.40)

Posteriormente, dentro de este modelo de equilibrios y con el fin de realizar los ajustes necesarios para asignar el bien (o los recursos escasos) a quien más lo valora, los autores Nicholas Kaldor y John Hicks (Kaldor-Hicks) expusieron que una:

situación final es preferible a la situación inicial si los beneficiados por el cambio pueden compensar a los perjudicados por el cambio; y a su vez, una situación final es preferible a una situación inicial si los perjudicados por el cambio no pueden convencer económicamente a los beneficiados por el cambio a fin de que no se manifieste el mismo. (Méndez, 2008, p. 56)

Con el fin de plasmar una idea más clara sobre el criterio de Kaldor -Hicks, cito el ejemplo que expone Eduardo Stordeur (2011), quien señala que:

Un estado de cosas X es superior en los términos de Kaldor-Hicks a otro “Z” si y sólo si quienes se benefician en “X” estarían en condiciones de compensar a quienes se perjudican y mantener todavía su calidad de ganadores. Se lo denomina criterio de la compensación potencial en tanto dicha compensación es hipotética y no necesariamente debe proceder en la realidad de los hechos y constituye una mejora potencial en el sentido de Pareto en tanto hipotéticamente quienes ganan en X habrían estado en condiciones de compensar antes del cambio a quienes pierden, de modo tal que éstos habrían hipotéticamente aceptado X; puesto en otros términos que los perdedores de X quedan indiferentes entre la elección entre X e Y. (p.25)

Por lo tanto, si bien existen relaciones que permiten satisfacer las elecciones racionales de las partes dichas relaciones pueden alcanzar un modelo más eficiente, y que en algunas circunstancias, se sustentan en la capacidad de compensación de quienes valoran más los bienes escasos (intereses o preferencias); que permite indemnizar a aquellos individuos que

³⁸ Nota: Vilfredo Federico Damaso Pareto (1848-1923), fue un economista italiano que hizo aportaciones a la teoría del equilibrio, desarrollando los principios de una teoría económica del bienestar (*óptimo de Pareto*).

con el fin de alcanzar el equilibrio óptimo dejan de lado sus preferencias iniciales y se someten a las nuevas condiciones en virtud de otro bienestar.

d) El costo de transacción

En relación con los postulados anteriores, hay que agregar que aquellas decisiones racionales que se desarrollan dentro del mercado o realidad, se generan -muchas veces- como un sistema de interrelaciones de individuos. Para efectos de esta disertación, la relación del Estado con la contratista se plasma y desenvuelve a través del contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, bajo este presupuesto de transmisiones de recursos –indiferente del recurso- entre individuos con el fin de saciar sus intereses personales, nace la tesis de Coase (1960) que determina que, “si los derechos de propiedad están bien definidos y no existen costos de transacción, entonces el equilibrio de mercado es eficiente”. Al respecto, Coloma (2014) señala que:

Por “derechos de propiedad bien definidos” este teorema interpreta una situación en la cual todos los bienes y recursos económicos tienen dueño y está claro cuáles son las limitaciones que existen para su goce y qué puede hacerse para remover dichas limitaciones. Por “ausencia de costos de transacción”, en cambio, lo que se entiende es que no existen costos de negociar la transferencia de derechos entre las partes ni de monitorear el cumplimiento de dichas transferencias. (p. 29)

Por lo tanto, los costos de transacción son aquellos necesarios para alcanzar acuerdos que satisfagan los intereses o preferencias de las partes a través de sus relaciones contractuales. En tal sentido, (Fernández, s.f.) los costos de transacción pueden ser por ejemplo aquellos “costos de saber con quién se va a contratar, de informar a las demás partes qué se quiere contratar, de conducir las negociaciones, delinear el contrato y exigir su cumplimiento” (p.8).

Este concepto es importante para el derecho porque permite identificar a los individuos cuales son los costos que necesitan despejar o no, para un funcionamiento conveniente del

mercado respectivo, mediante la incorporación de reformas, emisión de nuevas regulaciones o la imposición de sanciones a los individuos.

Siguiendo con esta idea, Coloma (2014) manifiesta que “si los costos de transacción no son nulos, lo que el teorema de Coase nos dice es que una adecuada asignación de los derechos de propiedad puede servir para: a) reducir tales costos, y b) hacer innecesarias transacciones costosas.” (p.33). En razón de esto, Cooter y Ulen (1997) dice que “el derecho debe estructurarse de modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados, y debe estructurarse de modo que se minimice el daño causado por las fallas de los acuerdos privados”.

Por lo tanto, dentro de una relación contractual, los costos de transacción serán aquellos costos que están conexos con la composición, negociación y definición del contrato, así como con aquellos costos de administración y mantenimiento, por controversias legales y el aseguramiento del cumplimiento de los compromisos alcanzados en el correspondiente contrato.

Dado que los individuos responden a los costos y beneficios que establece el marco jurídico, para comprender los efectos de las reglas, leyes y cláusulas es necesario comprender cuales son los costos de transacción que generan.

e) El costo de oportunidad

Este concepto se relaciona con la elección de decisiones del individuo para maximizar su bienestar, alcanzar una eficiencia u alcanzar un objetivo específico, expresado como aquel valor en que se incurre al tomar una decisión. Es decir, es aquel valor o utilidad que se sacrifica por elegir una opción y desatender otra.

Miller y Meiners (1988), definieron al costo de oportunidad como:

el valor de un recurso en su mejor uso alternativo, puede ocurrir que esa opción «sustitutiva» que se sacrificaría para poder disponer de la tenencia de un bien determinado no existiera, lo cual significaría que el costo de oportunidad fuese cero (p. 290).

Al respecto Donoso (2011) señala que para la ciencia jurídica esta noción influye en la valoración que cada persona realiza sobre sus intereses y preferencias, generando utilidad práctica en la elección racional, dado que:

ciertas decisiones para las que la inclusión de los costes de oportunidad aporta información relevante; nos referimos a decisiones tales como: fijar precios de un producto, cerrar o no una unidad de negocio, aceptar o no un pedido, abrir una nueva línea de producción, etc. (p.472).

Por lo tanto, este criterio es importante para el análisis económico del derecho porque sirve para predecir los comportamientos de los individuos, así como para medir los valores que pueden ser compensables debido a externalidades en el modelo legal y económico, que hacen que las personas asuman comportamientos basados en derechos y costos que no reflejan la realidad, que consecuentemente generan ineficiencias, desequilibrios o litigios.

3.2. Acercamiento a los fundamentos del análisis económico del derecho en el contrato de prestación de servicios petrolero utilizado en el Ecuador.

A lo largo de la presente investigación se ha estudiado al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de petróleo utilizado durante los últimos años en el Ecuador, basado en los principios que he considerado esenciales para el desarrollo de la industria petrolera (legalidad, seguridad jurídica, equilibrio económico y desarrollo sostenible); las características generales (garantía de inversiones, preferencia de mano de obra local, fiscalización) y las cláusulas especiales (cláusula de pago y de factores de corrección); así como asuntos relacionados a la modificación de las utilidades de los trabajadores (15% a 3% empleados y 12% al estado), y los pagos de impuestos y contribuciones respectivas, y el cálculo de la tarifa respectiva.

Así mismo, previamente se explicó brevemente las ideas y los enfoques que tiene el análisis económico del derecho, como una escuela moderna que pretende dar soluciones a aspectos sociales a través de la investigación y uso analítico del derecho y la economía, como ciencias complementarias que conjugan sus principios y criterios con el fin de brindar una mayor comprensión a las situaciones que enfrentan los individuos.

En los acápites siguientes, se reflexionará sobre el contrato adoptado por el Ecuador mediante la Disposición Transitoria Primera de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010 bajo las premisas y los presupuestos teóricos del análisis económico del derecho.

Tomando las palabras de Germán Coloma (2014) según esta escuela de pensamiento se podría señalar que:

cualquier norma que afecte de algún modo los costos o beneficios (objetivos o subjetivos, ciertos o contingentes) de un grupo importante de personas es susceptible de ser analizada desde un punto de vista económico –tanto positivo como normativo–, y puede ser parte del objeto de estudio del análisis económico del derecho. (p.3)

Por lo tanto, es factible aplicar las nociones teóricas estudiadas en esta disertación para aplicarlas al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, enfocando la teoría en las cláusulas de ejecución y cumplimiento previamente examinadas en el segundo capítulo.

3.2.1. Fundamento de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos.

En los contratos de participación vigentes previo a la reforma a la ley de hidrocarburos del año 2010, una de las características fundamentales, como señala muy bien Bustamante y Zapata (s.f.), era que “todo incremento del precio por sobre el nivel establecido originalmente al inicio del contrato, no acarrea un aumento de la participación estatal” (p.109).

Esta situación, como mencioné en los capítulos anteriores, derivó en la necesidad de realizar cambios legales con el objetivo que el Estado participe de las ganancias extraordinarias por el aumento del precio del barril de petróleo.

Bajo este contexto, este tipo de circunstancias de insatisfacción social son consideradas por ciertos autores del análisis económico del derecho, como Cristian Carvalho (2011), como aquellas “situaciones en la que la interacción racional y auto interesada de los agentes económicos no lleva a resultados eficientes, bajo el punto de vista del beneficio social” (p. 49), o denominadas como fallas de mercado.

Según el mismo Carvalho “Dentro de tales fallas, se encuentran determinados bienes que no obstante ser necesarios y muchas veces imprescindibles para el bienestar de todos, no son producidos de forma eficiente (o suficiente) por el mercado” (ibid.). Es decir, existen ineficiencias por las anomalías que existen en la transferencia o explotación de los bienes asignados a cada individuo que consecuentemente generan un resultado no tan beneficioso para la sociedad.

Bajo esta perspectiva, el Estado y los contratistas del contrato de participación - inintencionalmente- convivieron con la existencia de una falla de mercado sobre la base de la falta de regulación respecto a la distribución de los ingresos extraordinarios por el aumento en el precio del barril de petróleo en el mercado internacional.³⁹

Al respecto, Bustamante y Zapata (s.f.) señalan que hay claramente dos tipos de contrato en el que el Estado tiene mayor participación como son el contrato de campos marginales y de prestación de servicio, y otros modelos contractuales en el que las empresas privadas se benefician con relativa diferencia en el caso de contratos de participación y campos unificados.

³⁹ Nota: Cabe indicar que no todos los contratos tenían estas lagunas regulatorias, por ejemplo, en el contrato modificatorio entre Petroecuador y City Investing Company Limited de julio de 1995, se determinaba que si el precio de venta del crudo excedía los 17 usd por barril, los beneficios adicionales que se generan por el incremento real en el precio (calculado a valores constantes de 1995), se distribuirán en partes iguales entre la operadora y el Estado.

Cuadro No. 12 Participación del Estado en cifras porcentuales y volúmenes según tipo de contrato			
Tipo de contrato	Participación porcentual promedio del Estado	Volumen total recibido por el Estado (barriles)	Volumen total recibido por el Estado (m ³)
Participación	24,01%	44.174.994	7.023.824
Prestación de Servicios	46,30%	28.959.993	4.604.639
Campos Marginales	65,68%	21.342.584	3.393.471
Campos Unificados	29,63%	28.134.741	4.473.424
Fuentes: Petroecuador 2004, Llanes 2006			

40

Por lo tanto, siguiendo esta línea de pensamiento, cuando existen anomalías en el mercado es necesario que la sociedad realice las correcciones respectivas con el fin de evitar ineficiencias o como lo denomina MANCUR OLSON el problema del oportunista (free rider) (1965, p.12), especialmente cuando estas fallas tienen relación con los recursos públicos o estratégicos. En palabras de Carvalho (2011) “el oportunista es aquel que se beneficia del bien sin haber pagado por él” (p.49).

Sin ahondar más en esta concepción económica, para el caso de los Contratos de Participación suscritos por el Estado ecuatoriano es lógico interpretar que aquellos contratistas se beneficiaron del incremento del precio del crudo a nivel mundial sin haber pagado o efectuado una inversión directamente dirigida a producir estas circunstancias, sin embargo, obtuvieron ingresos extraordinarios a costo cero.

Este comportamiento oportunista que debe ser regulado. Y en tal sentido se manifiesta la exposición de motivos de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, indicando que las reformas necesarias se realizan:

⁴⁰ Nota: gráfico obtenido de Teodoro Bustamante y Oscar Zapata, “Características de los contratos petroleros”, Programa de Estudios Socioambientales de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Sede Ecuador, p. 122.

introduciendo disposiciones que permitan impulsar la actividad hidrocarburífera. incrementando los niveles de producción de los campos petroleros, dentro de un esquema contractual de prestación de servicios, que devuelva la titularidad de la totalidad de la producción nacional a favor del Estado, estableciendo únicamente el reconocimiento de una tarifa por barril producido a favor de las Contratistas, que no fluctúe en función del precio del petróleo, del cual se han beneficiado desproporcionadamente las compañías operadoras.

Por lo tanto, se evidencia que la reforma a la ley de hidrocarburos no sólo se basó en el cambio de modelo de contrato para optimizar la producción nacional y estructurar adecuadamente a la industria petrolera, sino también para corregir aquellas fallas existentes que los contratos anteriores no vaticinaron -del cual se beneficiaron las compañías operadoras en su momento-, con el fin de corregir una ineficiencia y permitir al Estado tener más ingresos para el cumplimiento de los objetivos sociales.

3.2.2. Del contrato.

A razón de establecer una definición de los contratos, Louis Kaplow y Steven Shavell (1999) en su libro sobre el análisis económico del derecho, señalan que:

Un contrato es una especificación de las acciones que tomarán las partes en distintas ocasiones, en función de las condiciones que ellos obtengan. Las acciones suelen incluir la entrega de bienes, prestación de servicios y pagos de dinero, y las condiciones incluyen contingencias inciertas, acciones pasadas de las partes y mensajes enviados por ellos. (p. 29)

La cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos determina que es un contrato administrativo regulado por la Ley Aplicable, y que se interpretará conforme las Ley Aplicable y las disposiciones del Título Décimo Tercero (XIII), Libro Cuarto (IV), del Código Civil, que tratan sobre la interpretación de los contratos. Por otro lado, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo en su artículo 75 determina que contratos administrativos “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más

personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”.

Adicionalmente, Louis Kaplow y Steven Shavell (1999) profundizan el concepto de contrato manifestando que “un contrato está completo si la lista de condiciones en las que se basan las acciones es exhaustiva, es decir, si el contrato establece explícitamente todas las condiciones posibles” (p.29). Por deducción entonces, un contrato será incompleto porque no incluye formalmente todas aquellas circunstancias o escenarios posibles para el cumplimiento o incumplimiento del contrato.

De esta manera, el contrato de prestación de servicios estará catalogado como un contrato completo porque produce efectos para al Estado y la contratista conforme lo estipulan sus cláusulas, determinando acciones y condiciones relacionados a derechos y obligaciones, a la interpretación, a la ejecución de las actividades e inversiones comprometidas, a la falta de cumplimiento del contrato, a la aplicación de casos de fuerza mayor, al sometimiento de controversias a un consultor y/o arbitraje, así como a los eventos de terminación y caducidad correspondiente en caso de incumplimientos en el desarrollo de la exploración y explotación hidrocarburífera.

Un ejemplo que refleja la intención del enunciar la mayor cantidad de circunstancias es lo dispuesto en la Cláusula 26.2. sobre la responsabilidad de la contratista y la obligación de resguardar y mantener a salvo o indemne a la Secretaría de Hidrocarburos. En esta cláusula se establecen condiciones relacionados a las pérdidas o daños de equipos, lesiones personales, incumplimiento de permisos, incumplimiento de la ejecución del contrato, reclamaciones de propiedad intelectual, contaminación ambiental, gravámenes, invalidación de pólizas entre otras situaciones previstas contractualmente.

Otros ejemplos, son la incorporación en los contratos modificatorios a contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos de más de cuarenta definiciones distintas a las inexistentes en los contratos anteriores, o la cláusula de revisión de la forma de pago.

Al respecto, José Antonio Bejarano (1999) señala que un contrato completo es “donde se prevean todas las contingencias sobre el riesgo asociado a la negociación, se asigne eficientemente entre las partes toda la información relevante y ésta se comunique, de modo que nada puede salir mal” (168). Es decir, las partes en la negociación definen los riesgos que asumen en virtud del compromiso de ejecutar un contrato, y que son enunciados en las diferentes cláusulas o disposiciones contractuales.

Tomando en cuenta esta realidad, los contratos de prestación de servicio para la exploración y explotación de hidrocarburos previeron diferentes situaciones en la cual el Estado como la contratista se encargarían de desarrollar sus roles. El contratista como proveedor de un servicio asumiendo la totalidad del riesgo en la inversión y operación, y el Estado encargado de administrar y velar por el cumplimiento de la normativa aplicable, y en especial de realizar el pago por la contraprestación correspondiente.

3.2.3. La racionalidad del contrato

En relación con las premisas del análisis económico del derecho previamente enunciadas en acápite superiores, con la publicación de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno en julio del año 2010 se incorporó al ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma legal que necesariamente tenía previsto afectar el comportamiento de las empresas contratistas del Estado.

Es decir, aquellas contratistas que previo a esta ley mantenían contratos de participación, servicios específicos u otro tipo para explotación y exploración de petróleo con el Estado ecuatoriano, a partir de la promulgación de la ley debieron afrontar la aplicación, por mandato de la ley, de la Disposición Transitoria Primera con el fin de cumplir con la adopción del contrato de prestación de servicios reformado. En tal sentido, esta realidad jurídica posicionó a las contratistas en una encrucijada al tener las empresas la necesidad de asumir la decisión de modificar o terminar el contrato con cual venían operando, en base obviamente a las preferencias e intereses que en su momento tenía cada una de ellas.

En este aspecto, vale la pena recordar que cada contrato tiene sus peculiaridades, especificaciones y antecedentes (como son el área de actividades, inversiones, producción, plazo de vigencia, entre otros), que obligan a ser analizados de manera individual. En otras palabras, con el fin de que una empresa resuelva continuar la relación con el Estado mediante un nuevo modelo o dar por terminado el contrato que tenía vigente, debió analizar necesariamente todos los aspectos intrínsecos de cada bloque petrolero, calcular el modelo económico que incorporó el nuevo contrato y determinar inversiones estimadas a comprometer, y de esta manera, encontrar los costos y beneficios que le permitirán llegar a dicha decisión.

Esta elección de racionalidad, por supuesto, también deberá basarse en la búsqueda de obtener una situación igual o mejor a la que se mantenían en el contrato anterior, sino no tendría ningún sentido que una contratista acepte un nuevo modelo de contrato en deterioro de sus condiciones previas.

Por otro lado, compartiendo la opinión de Navarrete (2012), “la premisa del gobierno es la administración de los recursos escasos, y con base en este parámetro, la racionalidad se enfoca en obtener los mejores resultados con el menor costo, lo cual es el dilema importante en las políticas públicas” (p.91), el gobierno ante la misma situación de elección racional debió analizar las ofertas de los contratistas con el fin de determinar una tarifa proporcional con las inversiones comprometidas, el riesgo asumido y un margen de utilidad razonable.

Adicionalmente, cabe recordar la teoría al indicar que cuando se elige una opción se renuncia a otra opción o excluye a todas las demás. En el caso de la Disposición Transitoria Primera de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, al adoptar el contrato de prestación de servicios o la terminación del contrato, los contratistas establecieron su opción y su costo de oportunidad.

Por consiguiente, quienes racionalmente no llegaron a un acuerdo con el Estado ecuatoriano y, por ende, no suscribieron un contrato modificadorio en virtud de la ley,

indiferente de los *deal breaking issues*, tuvieron que considerar el costo de oportunidad de tomar dicha decisión, que en este caso estará representado en el valor resultante de la tarifa que dejaron de percibir por cada barril de petróleo extraído del bloque menos los costos que tenían de operación.

Por otro lado, aquellas empresas que racionalmente eligieron la opción de adoptar el nuevo contrato de prestación de servicios y suscribieron el respectivo contrato modificatorio con el Estado ecuatoriano, así mismo, tuvieron necesariamente que analizar el costo de oportunidad de dicha decisión, representado en el valor resultante de la liquidación de las inversiones no amortizadas del contrato anterior que fijaría la Secretaría de Hidrocarburos más una estimación de los costos por cerrar sus operaciones (liquidación de empleados, impuestos, etc.).

En cualquiera de los dos escenarios, los costos de transacción estarán reflejados en todos aquellos gastos en los cuales las empresas petroleras tuvieron que incurrir con el fin de tomar una de las dos decisiones antes descritas, como son los gastos de honorarios de abogados y negociadores, análisis de los modelos económicos para los distintos cálculos de las tarifas, viajes de trabajo, estudios técnicos, entre otros.

Basado en la premisa que las decisiones se toman en escasez, era de cierta manera estimado que algunos contratistas optarán por la terminación del contrato, considerando que bajo las condiciones de negociación determinados por la Disposición Transitoria Primera de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, el Estado no estaba en la capacidad de satisfacer a todos los contratistas con todos sus requerimientos en la negociación.

Como dice Stordeur (2011), los contratos se celebran porque “maximizan el bienestar de las partes contratantes, puesto que cada parte revela por medio de sus actos que valora más el derecho sobre el bien recibido que el entregado a cambio: cada contratante recibe al que más valora, es decir, se verifica un excedente a favor de ambas partes” (p.275). Es decir, los contratos deben resultar para las partes en una situación ganar-ganar.

En consecuencia, los individuos celebran contratos para mejorar su situación actual considerando los costos y beneficios relacionados con los compromisos y obligaciones asumidas en el contrato, con el fin de asegurar el pago o contraprestación y para evitar comportamientos oportunistas que pudieran ocurrir en el transcurso de la relación contractual.

3.2.4. Eficiencia del contrato

Previamente he definido la noción de eficiencia, y bajo esa misma concepción, debe entenderse a la eficiencia como un valor deseado por todos los individuos mediante el cual se alcanzará una optimización en la distribución de los recursos que posteriormente se traducirá en un beneficio social.

Sobre la base de este entendimiento, Carvalho (2011) señala que “una ley será más eficiente que otra si fuera capaz de alcanzar los mismos resultados a través de costos menores. Estos costos incluyen los costos sociales, transaccionales y de oportunidad” (p.39). Al respecto, un contrato será más eficiente si tiene los mismos resultados con menos costos.

Si bien sería una falacia aventurarse a decir categóricamente que el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de petróleo en el Ecuador ha logrado una eficiencia inmejorable, si es innegable que las partes, por su propia voluntad y en base a los criterios de la elección racional durante la etapa de negociación, alcanzaron un punto de eficiencia que en correlación con la teoría del análisis económico del derecho sería considerado como una manifestación del óptimo de Pareto.

Con referencia a lo anterior, Louis Kaplow y Steven Shavell (1999) manifiestan que “un contrato es eficiente para Pareto si es imposible modificarlo de una manera que eleve la utilidad esperada de ambas partes” (p. 29). Por lo tanto, la tarifa acordada entre el Estado y los contratistas se convierte en el punto de eficiencia para las dos partes, y que en cualquier caso de modificación generaría algún tipo de pérdida o detrimento económico para una de ellas, es decir, al Estado o a la contratista.

Es importante recordar que la tarifa no es un valor fortuito o del azar. La tarifa del contrato está sujeta a una fórmula matemática que a su vez se encuentra indexada a varios factores revisados y acordados por las partes. Por lo tanto, si existen un incremento de la tarifa de manera unilateral se produciría una afectación al Estado, y si la tarifa disminuye sin justificación se afectaría a la contratista. Por tal razón es comprensible que el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos incluya la cláusula de factores de corrección, antes estudiada, y que tiene el propósito de reestablecer el equilibrio económico en caso de externalidades.

Conforme lo anterior, la cláusula 17.4 del modelo de contrato de prestación de servicios respecto a los factores de corrección, a su vez establece una salvedad para el Estado ecuatoriano estipulando que “si se presentare una modificación del régimen cambiario u otra ley que resulte en un desequilibrio económico a favor de la Secretaría se incluirá un factor de corrección que absorba el impacto económico que tal modificación tuviese”.

Bajo este escenario, Rose (1998) indica que “El principal problema del gobierno es cómo afrontar las externalidades (afectación)” (p.36). Es decir, el Estado ecuatoriano como las empresas contratistas, aparte de cubrir los elementos generales y específicos que abarcan el cálculo de las tarifas, por la misma naturaleza del contrato y la industria, también debieron revisar parámetros extra legales que permitan llegar a dichos acuerdos.

Ante esto, las empresas que renegociaron los contratos si bien adoptaron el modelo de contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos modificado por la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010, para lo cual determinaron una tarifa así como actividades e inversiones comprometidas para los primeros años, también en dicha renegociación se realizaron modificaciones de carácter técnico, económico y de otros asuntos en relación a la particularidad de cada contrato, bloque y compañía.

A continuación, se observa un cuadro ejemplificativo que contiene un detalle de los cambios que se incorporaron dentro de dos contratos modificatorios con el fin de alcanzar una eficiencia entre el Estado y las respectivas compañías, con el objeto de establecer compromisos mutuamente beneficiosos para las partes.

MODIFICACIONES Y ACUERDOS NEGOCIADOS CON EL ESTADO ECUATORIANO			
Bloque	Acuerdo Negociado	Referencia	Antes
BLOQUE 10	Establecimiento de una tarifa por el transporte de petróleo crudo por el Oleoducto Triunfo Nuevo - Condijsua.	Cláusula 34.8 y anexo P del Contrato Modificatorio del año 2010	El contrato anterior a pesar que establecía ciertas regulaciones sobre la tarifa que la contratista podría fijar para el transporte de crudo por el Oleoducto V-B, no establece ni reconoce ningún tipo de reembolso por inversiones adicionales para el transporte de petróleo crudo de terceros.
	Distribuida mensualmente: a) La Contratista retendrá un 20% del valor de la tarifa (no menos de USD 0,36 por barri), en reconocimiento de los costos de operación y utilidad razonable. b) Reembolso a la contratista de las inversiones que realizare para ampliar la capacidad del oleoducto, amortizadas con cargo a la tarifa que se cobre por 10 años, y en caso de que el plazo restante para la terminación del contrato sea menor, se reconoce a la Contratista un 10% anual de utilidad sobre la inversión. c) Saldo entregado directamente a la Secretaría.		
PARAISO, BIGUNO, HUACHITO E INTRACAMPOS (PBHI)	Modificación del Objeto Contractual	Cláusula 5 del Contrato Modificatorio del año 2010	El objeto del contrato anterior consistía únicamente en el Desarrollo, Confirmación de Reservas y Producción de Petróleo Crudo del área del contrato.
	Se extiende el objeto del contrato, determinando la prestación de servicios, con sus propios recursos y a su solo riesgo, para la exploración y explotación de hidrocarburos en el área del contrato.		
	Ampliación del plazo de vigencia del contrato	Cláusula 6 del Contrato Modificatorio del año 2010	El contrato anterior tenía vigencia hasta que el Contratista haya recuperado 20,1 millones de barriles de petróleo, en un plazo de 15 años. Prorrogables 5 años más hasta la extracción del volumen acordado.
	Desde la fecha de inscripción de este Contrato Modificatorio en el Registro de Hidrocarburos hasta el 31 de diciembre de 2025.		
Incremento en el Área del Contrato	Anexo A del Contrato Modificatorio del año 2010	El Contrato anterior no consideraba al área del Campo INTRACAMPOS dentro del área del contrato.	
Se incluyó dentro del contrato al Campo INTRACAMPOS, adyacente al Bloque Paraíso-Biguno-Huachito (PBH), en el			

Estos cambios, así como otros acuerdos negociados entre las partes, tienen su fundamentación legal en el Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos del 2010 que determina que la modificación contractual que acuerden las partes podrá involucrar asuntos de carácter técnico, económico, financiero o de otra índole.

En fortalecimiento de este criterio, dentro de un examen especial realizado por la Dirección de Auditoría 3 de la Contraloría General del Estado al proceso de renegociación y suscripción de contratos de exploración y explotación en virtud de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos conforme la Disposición Transitoria Primera de la mencionada ley, se

observa el Informe General DA3-0037-2012 en el cual se acepta la capacidad de la Secretaría de Hidrocarburos para cumplir con el mandato legal de efectuar el proceso de renegociación para la modificación de los contratos petroleros, de conformidad con las atribuciones legales y reglamentarias, incluyendo a las atribuciones determinadas en el reglamento de aplicación a la ley antes citado.

Si bien durante el proceso de modificación contractual, la Secretaría de Hidrocarburos podía (al igual que los contratistas) no continuar con el contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, en cuyo caso la operación de los bloques petroleros habrían pasado a una de las empresas públicas de hidrocarburos existentes a tal fecha, EP Petroecuador o Petroamazonas EP, y serían éstas empresas públicas -a nombre del Estado- quienes hubieran estado obligadas a efectuar la totalidad de las inversiones que hasta la fecha han realizado las empresas privadas y asumir los costos de operación respectivo por cada bloque.

Finalmente, Morales (2012) señala que “Las petroleras asumen la responsabilidad de colocar los fondos que comprometan ejecutar, caso contrario, en el pago de la tarifa anual se descontará la actividad que no sea realizada”. (p. 122)

Consecuentemente, bajo el esquema de eficiencia planteado por el contrato de prestación de servicios petroleros adoptado en el año 2010, si los contratistas tuvieran el interés de obtener mayores utilidades tendrán que reducir los costos operacionales con el fin de aprovechar los márgenes de utilidad que establece el modelo económico de la tarifa fija, que no obstante significaría a su vez en un aumento en la recaudación del Impuesto a la Renta para el Estado ecuatoriano.

CONCLUSIONES.

Tal como se ha evidenciado a lo largo del presente trabajo de investigación, el Estado se manifiesta a través de sus actuaciones que en la mayoría de ocasiones se representan en la promulgación de normas jurídicas. Estas leyes buscan perseguir un fin mediato, tanto para orientar el comportamiento de los individuos como para la obtención de beneficios sociales.

En el caso de la industria petrolera ecuatoriana, ésta ha tenido una evolución basada en el desarrollo del mercado mundial de hidrocarburos y en los cambios normativos que han existido desde el inicio de la exploración y explotación de petróleo en el Ecuador, reformas legales que se fundamentaron en decisiones políticas y la necesidad de regulación propia de los Estados.

A pesar de haber la emisión de leyes durante los más de 100 años de explotación petrolera, hay elementos que se mantienen intangibles como la propiedad inalienable e imprescriptible del Estado sobre el petróleo y la declaratoria de utilidad pública sobre los distintos segmentos de la industria. Elementos que se mantienen presentes dentro de la normativa vigente.

No obstante, los intentos de regulación de la industria, la especialización e interdisciplinariedad de la industria del petróleo, es necesario profundizar en el estudio de las leyes, reglamentos y contratos aplicados a este sector con el fin de comprender las relaciones entre el Estado, las contratistas y la sociedad en general; para ello es importante la utilización de disciplinas que permitan interconectar conceptos y premisas desde una perspectiva más amplia, es decir, que no se limite exclusivamente a los preceptos tradicionales del derecho.

En este sentido, el análisis económico del derecho es una herramienta valiosa a la hora de buscar comprender y entender el motivo, objeto y fin de las normas jurídicas así como la actuación de los individuos a los cuales les regula el ordenamiento jurídico, y que, sin lugar a dudas, puede ser aplicado para examinar desde otro punto de vista a las disposiciones legales y las cláusulas que enmarcan las actividades de las personas, que en el caso de esta

disertación se centró en el estudio de las empresas petroleras y su relación con el Estado a través del contrato de prestación de servicios petroleros adoptado por mandato legal de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010.

Adicionalmente, el profundizar en el conocimiento de principios tradicionales y modernos que se tratan diariamente dentro de la doctrina jurídica hacen que el desarrollo del análisis académico se enfoque no solo en un mero estudio literal de la norma, sino que genera de manera positiva un nivel de reflexión más amplio acerca de las bondades del derecho y de las demás ciencias con las cuales se relaciona. Un ejemplo de esto es la estrecha relación que existe entre las leyes y el comportamiento del individuo, que en algunos casos se derivan en acciones predecibles y calculables a través de un análisis de costos y beneficios.

Por otro lado, el principio de equilibrio económico de los contratos conjugado con la noción de eficiencia proveniente de la economía permite contrastar con mayor precisión las preferencias e intereses reales de los sujetos que conforman la relación jurídica, los cuales, si son orientados adecuadamente, mediante incentivos o desincentivos legales o económicos, pueden brindar como resultado tanto en beneficio individual como en beneficio social.

Las diferentes modalidades contractuales en materia petrolera han permitido a los gobiernos adaptar sus políticas a las necesidades propias de su plan de gobierno y las circunstancias de la realidad económica del país y del mundo, sin embargo, dicha flexibilidad contiene un riesgo reflejado en una incorrecta optimización de los recursos la cual causaría anomalías en la relación contractual entre el Estado y sus contratistas. Es deber del Estado saber corregir las fallas a tiempo con el fin de mitigar las pérdidas que se produzcan.

Cabe indicar que los modelos de contratos utilizados previamente por el Ecuador fueron positivos para el desarrollo de la industria y el crecimiento de la economía del país. Tanto el contrato de participación, de servicios específicos y de prestación de servicios celebrados anteriormente han permitido que el Estado obtenga ingresos realmente significativos durante todas las décadas de extracción de petróleo, sin cuestionar la validez de cada contrato. Sin embargo, un aspecto negativo de estos contratos fue la falta de previsión de contingencias o

imprevistos en los mismos, que definitivamente son muy difíciles de prever, y que han generado más de un litigio en contra del Estado, ya sea por la ambigüedad de las disposiciones contractuales, por los cambios normativos del momento que han afectado el equilibrio de dichos contratos, e inclusive por la celebración de tratados internacionales de protección de inversiones.

La adopción del contrato de prestación de servicios petroleros en el Ecuador a partir de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos del año 2010, si bien buscaba una armonía con la Constitución del año 2008, tuvo como finalidad la reestructuración del sector petrolero fortaleciendo su institucionalidad a través de la creación de nuevas entidades con funciones y roles claros que permita realizar una modificación de la relación contractual para incrementar los ingresos del Estado con la extracción de crudo y arreglar las ineficiencias que existían con los anteriores contratos petroleros.

El contrato de prestación de servicios petroleros estudiado en esta disertación establece que el cien por ciento del riesgo exploratorio y de la producción de hidrocarburos está a cargo de la contratista, quien recibe un pago único por cada barril extraído, sin importar el precio final de venta del crudo. La tarifa acordada es el punto de eficiencia de cada contrato y que se fija considerando las actividades e inversiones comprometidas, los costos y gastos del proyecto, el riesgo geológico y una utilidad razonable a favor de la contratista.

En caso de existir aspectos que afecten el punto de eficiencia alcanzado a través de la tarifa por parte del Estado y las compañías petroleras, el mismo contrato determina una serie de presupuestos a aplicarse, que servirán para reestablecer el equilibrio económico pactado inicialmente. Estos presupuestos denominados factores de corrección deberán ser aplicados por ambas partes con el fin de mantener el contrato dentro de los parámetros económicos, técnicos y legales previamente negociados.

Por su parte, en el caso de que la Secretaría de Hidrocarburos, por cualquier razón o motivo, no pague el total de la tarifa debido a la falta de ingresos suficientes para cubrir la tarifas de las empresas, la diferencia entre la tarifa pactada y la “tarifa pagada” será acumulada sin

causar intereses, empero, dicha acumulación se extinguirá al fenecer el contrato en caso de no haber sido pagado por el Estado; esta última previsión contractual, debe ser considerada como una forma de blindar al Estado -y proteger los intereses de la sociedad- de las externalidades que se encuentran afuera de su control como es por ejemplo aquellos eventos de precios bajos del barril del petróleo a nivel internacional.

Si bien el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos es una herramienta jurídica que brinda al Estado y los contratistas de un marco legal claro y transparente, donde se estipulan los derechos y obligaciones de cada parte así como los diferentes mecanismos para hacer respetar sus derechos, el punto débil de este contratos no será su contenido sino la voluntad política del Estado para cumplir con las obligaciones que asumió a través de este modelo contractual, lo cual siempre será un riesgo oculto que debe considerar el inversionista nacional o extranjero que haga negocios con el país.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. La reforma a la ley de hidrocarburos y la renegociación de los contratos petroleros (Política pública). En La Tendencia. Revista de Análisis Político. Balance político. Consulta popular. Quito: FES-ILDIS, (no. 11, febrero-marzo 2011): Pág. 100.
- Acuerdo Ministerial N° 1311, publicado en el Registro Oficial N° 681, de 8 de Mayo de 1987.
- Acuerdo Ministerial N° 347, publicado en el Registro Oficial N° 998, de 29 de Julio de 1996.
- Aguilar Gonzalez Juan, El análisis económico del derecho de propiedad: una aproximación; Análisis Jurídico y Económico Escorialense, XLII (2009) 117-128 / ISSN: 1133-3677, Universidad Complutense de Madrid, p. 120.
- Ayala Mora, Enrique. Resumen de Historia del Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional, Quito. 2008. Pág. 52.
- BABY, Patrice (dir.) ; RIVADENEIRA, Marco (dir.) ; y BARRAGÁN, Roberto (dir.). La Cuenca Oriente: Geología y petróleo. Nueva edición [en línea]. Lima: Institut français d'études andines, 2004 (generado el 04 noviembre 2016). Disponible en Internet: <<http://books.openedition.org/ifea/2971>>. ISBN: 9782821840454. DOI: 10.4000/books.ifea.2971.
- Banco Mundial. (2016) Ecuador: panorama general, © 2016 Grupo Banco Mundial. <http://www.bancomundial.org/es/country/ecuador/overview>
- Bayón, Juan Carlos (1994), «Eficacia e inalienabilidad», Doxa, 15-16, págs. 971-991;
- Bejarano, Jesús Antonio, “Revista de Economía Institucional”, Universidad Externado de Colombia, Vol. 1 Num. 1 (1999), P. 168.
- Bustamante Teodoro y Zapata Oscar, “Características de los contratos petroleros”, Programa de Estudios Socioambientales de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Sede Ecuador, p. 109-122.
- Bustos, Javier. Una aproximación al Impuesto a los Ingresos Extraordinarios, Law Review. USFQ, 2014, p.9.

- Cabrillo Rodríguez, Francisco, Albert López-Ibor. Rocío, “El análisis económico del derecho en la encrucijada”, *Ekonomiaz* N.º 77, 2.º cuatrimestre, 2011, p. 209.
- Calabresi Guido & Melamed. *Property Rules, Liability rules and inalienability*, Law, economics and philosophy review. USA, 1993.
- Calabresi, Guido “Análisis económico del derecho y el derecho y economía en el sistema del common law y el derecho civil”; *Revista de Derecho – THEMIS* No. 60, p. 362, 2011. Este artículo recoge una entrevista realizada a Calabresi en el “Seminario de análisis económico del Derecho: ¿Solución al problema?” organizada por la Asociación Civil T HEMIS.
- Calixto González, C. K. (2016). *La teoría del hecho del Príncipe en sede arbitral*. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia;
- Calsamiglia Albert (1987), «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, 4, págs. 267 y ss
- Calsamiglia, Albert. “Racionalidad y Eficiencia del Derecho”. México: Fontamara. 1997. p. 28.
- Caso No. 0001-2007-RA, Resolución Tribunal Constitucional 1, Registro Oficial Suplemento 63, 11 de Julio del 2008.
- Centro Andino de Integración, *El petróleo en el oriente ecuatoriano*. Internet: <http://centroandinodeintegracion.org/petroleo-en-el-oriente-ecuatoriano/> Acceso: 21 de agosto de 2012, 09h34.
- Coase, R.H. "The Problem of Social Cost". En: *journal of Law and Economics*, No. 3. 1960.
- Código Civil Ecuatoriano, Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código Civil, Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. 10ma codificación.
- Collaguazo, M. (2013). *Análisis de la participación del Ecuador en la Organización de Países Exportadores de Petróleo OPEP y su incidencia en el crecimiento nacional, periodo 2005-2010*. (Tesis de Ingeniería Comercial). P. 16. Universidad Salesiana. Quito.

- Coloma, Germán “Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino”, (Universidad del CEMA) Revista de Administración Pública 126 ISSN: 0034-7639, núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre (2014), págs. 3, 5, 29, 33.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, 449 de 20 de octubre de 2008.
- Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 17, año 1987.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas (1997). Law and Economics, 2da edición. Reading, Addison-Wesley (Hay versión en castellano: Derecho y economía; México, Fondo de Cultura Económica.
- Cristian Carvalho, “Análisis Económico del Derecho Tributario”, Colección de Derecho Tributario Moderno, Editorial Grijley, 2011, p.39, 49
- Decreto Ejecutivo 2428, “Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva”, Registro Oficial No. 536 de fecha 18 de marzo de 2002.
- Decreto Ejecutivo N° 3989, publicado en el Registro Oficial N° 1002 de 2 de Agosto de 1996.
- Decreto Ejecutivo No. 1402, publicado en el R.O. No. 193 de 18 de octubre de 2007
- Decreto N° 522 publicado en el Registro Oficial N° 88 de 26 de junio de 1972
- Decreto Supremo 317 Registro Oficial 283 de 10 de abril de 1973.
- Departamento de Estadísticas Laborales de los Estados Unidos - U.S. Bureau of Labor Statistics: (<https://www.bls.gov/ppi/>)
- Diario El Comercio. Breve reseña sobre la historia petrolera del Ecuador. Internet: http://www.elcomercio.com.ec/negocios/Breve-resena-historia-petrolera-Ecuador_0_725927457.html. Acceso: 30 de agosto de 2012, 12h34.
- Diario El Universo, “Ecuador logró renegociar 15 de sus 24 contratos petroleros”, lunes 24 de enero, 2011, <http://www.eluniverso.com/2011/01/24/1/1356/ecuador-firma-nuevos-contratos-servicios-campos-marginales.html> (acceso el 25/06/2017 a las 14h24)
- Doménech Pascual, Gabriel, “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho”, Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre (2014), p. 125 -126.

- Donoso, Rafael y Donoso, Alberto, “Sistemas de costes e información económica”. Madrid: Pirámide. (2011). p. 472.
- Dromi, Roberto. Las ecuaciones de los contratos públicos, Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires Argentina 2001, p. 231.
- Eduardo Stordeur, “Análisis económico del derecho. Una introducción”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 20, 21, 25, 37, 44 y 275.
- EFE Agencia. Comienzan las negociaciones entre Ecuador y las petroleras para el cambio de contratos, Internet:<http://www.google.com/hostednews/epa/article/ALeqM5gtAyeiVi2uVRbGS8fGey4WTEFdUw>. Acceso: 28 de Agosto de 2010, 15h00.
- Fernández Vásquez, José Arquímedes, El análisis económico del derecho, s/f. p.8.
- Friedman, David. 1986. Price Theory: An Intermediate Text. South Western Publishing Co. USA. Disponible en Línea: http://www.daviddfriedman.com/Academic/Price_Theory/PThy_ToC.html
- Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3428. (Quito, 11 de julio de 2002)
- Gordillo Montalvo, José, Rol de CEPE en la economía ecuatoriana. CEPE, 1984. Pág. 13.
- Guaranda Mendoza Wilton. Apuntes sobre la explotación petrolera en el Ecuador. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos Internet:
- Guerra, Edmundo (2003). Trabajo de investigación. Las Relaciones Sociales, Ambientales y Culturales en la Región Amazónica: las empresas petroleras, las etnias y el Estado. Quito.
- Hernández Terán, Miguel (2004). Seguridad Jurídica: Análisis, Doctrina y Jurisprudencia. Guayaquil, Ecuador. Edino.p.17
- <http://ec.kalipedia.com/historia-ecuador> Acceso: 31 de agosto de 2012, 21h45.
- http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=288:explotacion-petrolera-en-el-ecuador&Itemid=126. Acceso: 27 de Agosto de 2010, 11h36.
- Jaime Vicente, Introducción al análisis económico del derecho; Universitat de Valencia, S/f. p.1.

- Kaplow Louis and Shavell Steven, “Economic Analysis of Law”, 1999, p 29. (cita traducida por el autor de la disertación).
- Ley de Hidrocarburos 1978. Decreto Supremo 2967, Registro Oficial 711 de 15 de Noviembre de 1978.
- Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978.
- Ley de Hidrocarburos. Decreto Supremo N° 1459 del 27 de septiembre de 1971, publicado en el Registro Oficial N° 322 del 19 de octubre de 1971.
- Ley especial de creación de la empresa estatal petroleos del ecuador (Petroecuador) y sus filiales. Registro Oficial No. 283, de martes 26 de septiembre de 1989.
- Ley No. 42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial 257 Suplemento de 25 de abril de 2006, y La reformatoria a la Ley de Equidad Tributaria.
- Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Régimen Tributario Interno, Registro Oficial Suplemento 244 de 27 de Julio del 2010.
- Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, publicada en el R.O. Suplemento No. 257, de 25 de abril de 2006
- Luna Lara, María José. Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública. Quito, 2009, 82 p. Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Administrativo). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho. Pág. 22.
- Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.;
- Martínez-Acosta Padilla, Julio. La privatización de la comercialización hidrocarburífera y la inversión extranjera. Quito, 1995. Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Económico). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho. Pág. 30.
- Mediante Decreto Ejecutivo 1351-A suscrito el 1 de noviembre de 2012, publicado en el Registro Oficial No. 860 de 2 de enero de 2013,
- MILLER, Roger y MEINERS, R, “Microeconomía”, Colombia: McGraw Hill, 1988, p. 290.

- Modelo de contrato de las bases de Contratación de la Licitación de la Ronda Suroriente, 2012.
- Modelo de Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. (2010).
- 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, febrero 2012, página 122- 123.
- Navarrete Vela Juan Pablo, “Política Económica”, Red Tercer Milenio, México, 2012, p. 91.
- Olson, Mancur, La lógica de la acción colectiva, Harvard University Press, Estados Unidos, 1965, p. 12
- Pastor Morris, Wilson. Hechos, Desafíos y Perspectivas de la Industria Petrolera Ecuatoriana, Ministro de Recursos Naturales No Renovables. Julio 2011.
- Petroecuador. El Petróleo en el Ecuador., octubre 2001. Págs. 5-11
- Pico Mantilla, Galo. Informe a la Nación. Ministro de Industrias y Comercio. Quito-Ecuador. 1968.
- Portal Kalipedia. Historia del Ecuador. Nuestros Tiempos, Santillana. Internet:
- Posner Richard A., “The Law and Economics Movement: From Bentham to Becker”; Revista de Derecho – THEMIS No. 44, Traducida por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 37, 39.
- PUCE-Q, Facultad de Economía, Reporte de Consistencia Macroeconómica, “Precio del Petróleo e inversión pública motores del crecimiento”, Edición No. 01, noviembre de 2011, página 8.
- PUCE-Q, Facultad de Economía, Reporte de Consistencia Macroeconómica, “Petróleo pone nuevamente en alerta a la economía ecuatoriana”, Edición No. 13, febrero de 2013, página 9.
- PUCE-Q, Facultad de Economía, Reporte de Consistencia Macroeconómica, “El precio de petróleo se estabiliza, un respiro para la economía ecuatoriana”, Edición No. 32, abril de 2015, página 9.

- PUCE-Q, Facultad de Economía, Reporte de Consistencia Macroeconómica, “Petróleo a la baja: el modelo económico a prueba”, Edición No. 27, octubre de 2014, página 9.
- Ramírez Villaescusa, Rafael, Derecho y economía de la transparencia judicial [Tesis], Universidad Complutense de Madrid, (2011), p. 18.
- Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, modificado con Decreto Ejecutivo 1215 publicado en el Registro Oficial de febrero 13 del 2001.
- Reglamento de Aplicación de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, publicado en Registro Oficial No. 330 de 29 de noviembre de 2010
- Reglamento de Contabilidad en Contratos de Participación, 2004.
- Reyes Salazar, Natacha. Relaciones Estado-Compañías Petrolera, Estudio de Caso: Caducidad de Contrato entre Petroecuador y Occidental Exploration and Production Company. Universidad Andina Simón Bolívar. 2006. Pág. 85.
- Rose, Richard, El gran gobierno. Un acercamiento desde los programas gubernamentales, FCE, México, 1998, p. 36
- Rubén Carlos B. Méndez Reátegui, El Análisis económico del derecho: principales escuelas que han influenciado en el Perú, aportes y su contraposición conceptual, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima (2008) p. 40-56.
- Santos C., Joao, Neto, Risk-Bearing Service Contracts in Brazil, 3 J. ENERGY & NATURAL RESOURCES p. 114 (1986)
- Siguenza Fabián y Silva Ronald, El petróleo ecuatoriano y su incidencia en la economía nacional, Universidad de Cuenca, 2007, Cuenca, pág. 37.
- Tena Arregui, Rodrigo (2010) Instinto jurídico contra análisis económico (con un comentario sobre las modificaciones estructurales), Universidad Complutense de Madrid, (2010), p. 38.
- Unidad de Relaciones Institucionales, 2004, pág. 35
- Walter J. Smith Villavicencio y Humberto Meza Arévalo, El mercado petrolero internacional, Pag. 85
- Zúñiga Romero Carlos. Manual de Derecho Económico. Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia, 2009.

ANEXOS

(Documentos de soporte al trabajo de investigación)

CIFRAS DE PRODUCCIÓN PETROLERA DEL ECUADOR DE DICIEMBRE 2010 A FEBRERO 2017							
FECHA	dic-10	ene-11	feb-11	mar-11	abr-11	may-11	jun-11
PRODUCCIÓN DE PETRÓLEO							
TOTAL NACIONAL							
NACIONAL	499,30	500,20	508,90	501,00	503,70	497,30	494,90
EMPRESAS PÚBLICAS							
EMPRESAS PÚBLICAS	346,80	354,50	364,20	357,20	358,30	357,20	356,00
<i>EP Petroecuador</i>	142,40	148,40	154,20	150,80	150,70	150,60	149,00
<i>Petroamazonas</i>	157,40	158,80	162,10	157,10	157,50	157,60	158,30
<i>Operad. Río Napo</i>	47,10	47,30	47,90	49,30	50,10	49,00	48,70
COMPAÑÍAS PRIVADAS							
COMPAÑÍAS PRIVADAS	152,50	145,80	144,70	143,80	145,40	140,10	138,90
REFERENCIAS DE PRECIO							
Precio Promedio Mensual WTI	\$ 89,20	\$ 89,40	\$ 89,50	\$ 102,90	\$ 110,00	\$ 101,30	\$ 96,30
Diferencia	\$ 7,70	\$ 7,20	\$ 6,20	\$ 5,00	\$ (0,10)	\$ (1,40)	\$ (1,10)
Precio (dólares por barril)	\$ 81,50	\$ 82,20	\$ 83,30	\$ 97,90	\$ 110,10	\$ 102,70	\$ 97,40

Fuente: Banco Central del Ecuador

CIFRAS DE PRODUCCIÓN PETROLERA DEL ECUADOR DE DICIEMBRE 2010 A FEBRERO 2017

may-12	jun-12	jul-11	ago-12	sep-12	oct-12	nov-12	dic-12	ene-13	feb-13
497,80	501,70	507,90	512,00	506,40	502,90	504,20	503,40	504,90	509,50
357,90	363,10	371,50	373,80	370,70	368,00	368,90	366,20	374,00	379,10
159,10	159,30	159,90	163,60	159,40	158,10	156,90	158,70	0,00	0,00
146,10	148,00	150,00	149,00	148,10	147,30	148,40	146,10	309,90	312,60
52,70	55,80	60,70	61,20	63,10	62,60	63,50	61,40	64,00	66,50
140,00	138,60	136,40	138,20	135,80	134,90	135,30	137,10	131,00	130,40
\$ 94,70	\$ 82,40	\$ 87,90	\$ 94,20	\$ 94,60	\$ 89,60	\$ 86,80	\$ 88,30	\$ 94,90	\$ 95,30
\$ (7,00)	\$ (3,70)	\$ (1,90)	\$ (0,90)	\$ (4,90)	\$ (5,00)	\$ (4,60)	\$ (4,30)	\$ (4,90)	\$ (4,80)
\$ 101,70	\$ 86,10	\$ 89,80	\$ 95,10	\$ 99,50	\$ 94,60	\$ 91,40	\$ 92,60	\$ 99,80	\$ 100,10

Fuente: Banco Central del Ecuador

CIFRAS DE PRODUCCIÓN PETROLERA DEL ECUADOR DE DICIEMBRE 2010 A FEBRERO 2017

jul-11	ago-11	sep-11	oct-11	nov-11	dic-11	ene-12	feb-12	mar-12	abr-12
491,50	495,50	494,90	501,50	504,10	500,60	504,20	502,90	499,30	500,40
353,10	357,30	352,80	357,90	360,50	361,70	362,40	361,90	358,10	359,60
149,00	151,60	152,80	151,60	154,30	154,40	157,60	158,50	159,30	159,50
155,10	155,60	150,30	156,40	155,30	154,70	150,70	150,30	146,50	148,60
48,90	50,00	49,60	49,90	50,90	52,60	54,20	53,00	52,20	51,60
138,40	138,20	142,20	143,60	143,60	138,90	141,80	141,00	141,30	140,70
\$ 97,30	\$ 86,30	\$ 85,60	\$ 86,40	\$ 97,30	\$ 98,60	\$ 100,30	\$ 102,20	\$ 106,20	\$ 103,30
\$ (0,10)	\$ (2,20)	\$ (8,60)	\$ (15,00)	\$ (14,60)	\$ (6,70)	\$ 0,30	\$ (1,00)	\$ (5,80)	\$ (8,50)
\$ 97,40	\$ 88,50	\$ 94,20	\$ 101,40	\$ 111,90	\$ 105,30	\$ 100,00	\$ 103,20	\$ 112,00	\$ 111,80

Fuente: Banco Central del Ecuador

CIFRAS DE PRODUCCIÓN PETROLERA DEL ECUADOR DE DICIEMBRE 2010 A FEBRERO 2017

mar-13	abr-13	may-13	jun-13	jul-13	ago-13	sep-13	oct-13	nov-13	dic-13
504,20	516,00	521,50	524,00	530,30	536,70	535,10	539,90	545,20	548,20
375,70	383,90	389,90	390,70	399,30	408,60	408,70	412,70	418,50	422,40
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
308,20	316,10	318,70	318,40	326,40	334,90	335,40	340,10	346,80	350,60
67,50	67,70	71,20	72,30	72,90	73,70	73,30	72,50	71,70	71,80
128,50	132,10	131,60	133,30	131,00	128,10	126,40	127,20	126,70	125,80
\$ 92,90	\$ 92,00	\$ 94,60	\$ 95,70	\$ 104,50	\$ 106,60	\$ 106,30	\$ 100,40	\$ 93,80	\$ 97,70
\$ (4,80)	\$ (3,80)	\$ (1,80)	\$ 0,90	\$ 3,40	\$ 8,70	\$ 8,90	\$ 8,20	\$ 9,40	\$ 7,30
\$ 97,70	\$ 95,80	\$ 96,40	\$ 94,80	\$ 101,10	\$ 97,90	\$ 97,40	\$ 92,20	\$ 84,40	\$ 90,40

Fuente: Banco Central del Ecuador

CIFRAS DE PRODUCCIÓN PETROLERA DEL ECUADOR DE DICIEMBRE 2010 A FEBRERO 2017

ene-14	feb-14	mar-14	abr-14	may-14	jun-14	jul-14	ago-14	sep-14	oct-14
550,10	550,80	556,60	560,20	554,30	555,30	558,30	560,60	550,90	557,20
426,10	426,80	433,10	437,10	430,60	432,00	435,70	437,00	429,00	434,50
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
356,00	356,50	360,90	365,90	360,10	361,00	363,50	365,90	356,60	361,20
70,10	70,30	72,10	71,20	70,50	71,00	72,20	72,10	72,40	73,30
124,10	124,00	123,60	123,10	123,70	123,20	122,60	123,60	121,80	122,70
\$ 94,90	\$ 100,80	\$ 100,50	\$ 102,00	\$ 102,00	\$ 105,20	\$ 102,90	\$ 96,40	\$ 93,40	\$ 84,40
\$ 3,50	\$ 2,80	\$ 4,00	\$ 4,20	\$ 6,10	\$ 6,30	\$ 11,70	\$ 10,40	\$ 10,10	\$ 11,00
\$ 91,40	\$ 98,00	\$ 96,50	\$ 97,80	\$ 95,90	\$ 98,90	\$ 91,20	\$ 86,00	\$ 83,30	\$ 73,40

CIFRAS DE PRODUCCIÓN PETROLERA DEL ECUADOR DE DICIEMBRE 2010 A FEBRERO 2017

nov-14	dic-14	mar-15	abr-15	may-15	jun-15	jul-15	ago-15	sep-15	oct-15
562,80	561,10	552,80	547,90	543,20	541,00	537,80	537,10	539,00	538,00
437,50	436,20	427,30	425,10	423,60	421,90	419,50	419,80	421,40	422,60
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
364,00	361,30	352,90	350,00	348,60	348,70	344,80	345,60	349,10	348,60
73,40	74,90	74,50	75,10	74,90	73,20	74,80	74,20	72,30	74,00
125,40	124,90	125,40	122,80	119,60	119,10	118,30	117,30	117,60	115,40
\$ 76,00	\$ 59,50	\$ 47,80	\$ 54,40	\$ 59,30	\$ 59,80	\$ 51,20	\$ 42,80	\$ 45,50	\$ 46,30
\$ 14,40	\$ 14,10	\$ 5,00	\$ (0,40)	\$ 2,80	\$ 6,60	\$ 9,70	\$ 6,00	\$ 5,40	\$ 8,70
\$ 61,60	\$ 45,40	\$ 42,80	\$ 54,80	\$ 56,50	\$ 53,20	\$ 41,50	\$ 36,80	\$ 40,10	\$ 37,60

Fuente: Banco Central del Ecuador

CIFRAS DE PRODUCCIÓN PETROLERA DEL ECUADOR DE DICIEMBRE 2010 A FEBRERO 2017

nov-15	dic-15	ene-16	feb-16	mar-16	abr-16	may-16	jun-16	jul-16	ago-16
537,00	533,30	534,20	539,60	551,50	555,10	555,60	550,10	545,50	548,90
419,90	416,30	416,50	422,60	436,00	439,90	436,40	431,50	428,00	430,90
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
345,10	342,40	344,60	350,50	363,20	366,80	363,30	359,20	355,60	430,90
74,80	73,90	71,90	72,10	72,80	73,20	73,10	72,20	72,40	0,00
117,10	116,90	117,70	117,00	115,50	115,20	119,20	118,60	117,50	118,00
\$ 42,70	\$ 37,20	\$ 31,50	\$ 30,30	\$ 37,80	\$ 41,00	\$ 46,80	\$ 48,70	\$ 44,90	\$ 44,80
\$ 11,60	\$ 10,40	\$ 9,90	\$ 8,20	\$ 9,70	\$ 6,90	\$ 9,40	\$ 9,10	\$ 9,70	\$ 7,90
\$ 31,10	\$ 26,80	\$ 21,60	\$ 22,10	\$ 28,10	\$ 34,10	\$ 37,40	\$ 39,60	\$ 35,20	\$ 36,90

Fuente: Banco Central del Ecuador

**CIFRAS DE PRODUCCIÓN PETROLERA DEL ECUADOR DE
DICIEMBRE 2010 A FEBRERO 2017**

sep-16	oct-16	nov-16	ene-17	feb-17
559,90	552,40	543,80	536,20	535,20
442,10	438,00	430,70	427,10	424,80
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
442,10	438,00	430,70	427,10	424,80
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
117,80	114,30	113,10	109,20	110,40
\$ 45,20	\$ 49,90	\$ 45,70	\$ 52,50	\$ 53,40
\$ 6,40	\$ 9,00	\$ 6,90	\$ 7,70	\$ 9,10
\$ 38,80	\$ 40,90	\$ 38,80	\$ 44,80	\$ 44,30