



FACULTAD DE DERECHO

INCIDENCIA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS
MODIFICATORIOS AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA
LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS PARA EL
ESTADO ECUATORIANO, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ECUATORIANO A PARTIR DEL AÑO 2009.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos para optar por
el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía:

Dr. Roque Bustamante Espinosa

Autora:

Cristina García Gutiérrez

Año

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para el adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Roque Bustamante Espinosa

Doctor en Jurisprudencia

C.C.170569522-7

DECLARATORIA DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los de derechos de autor vigentes.”

Cristina García Gutiérrez

C.C. 091733494-8

AGRADECIMIENTO

Le agradezco a Dios por todas las bendiciones que me ha dado. A mis padres, hermanos y novio por sus continuos consejos, apoyo, incentivo y amor incondicional. También quisiera agradecerle a mi director de tesis, el doctor Roque Bustamante, por la dedicación y empeño puesto en este trabajo de tesis.

DEDICATORIA

Ami familia y novio, que con mucho amor me apoyaron durante el desarrollo de la tesis y especialmente mis padres Anita y Diego, que con su esfuerzo, sacrificio y devoción hicieron que llegue a culminar mis estudios universitarios.

RESUMEN

La teoría de las cláusulas exorbitantes, nace en Francia, a partir de la Revolución Francesa en el año 1789, ya que a partir de esta fecha, Francia adquirió un modelo estatal protector y soberano. En el Ecuador, no existe una legislación que reglamente las cláusulas exorbitantes, sino que son efectos del contrato administrativo que son producidos mediante actos administrativos de simple administración, regulados por el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que por su naturaleza, son términos impuestos por el Estado en un contrato administrativo en beneficio de la colectividad ecuatoriana con criterio de interés público.

Las cláusulas exorbitantes, nacen de una disposición legal impuesta para cada tipo de modelo contractual administrativo, ley que obliga a la Administración Pública a insertarla en un contrato firmado con el Estado ecuatoriano. El contrato administrativo deberá obligatoriamente tener un objeto de interés general que deberá estar debidamente motivado por la administración pública y firmado por la autoridad competente, que a su vez, exteriorice la supremacía del Estado contratante y que no podrían existir en contratos entre personas naturales o jurídicas privadas.

En los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, estas son comunes y parte de la discusión dentro de las negociaciones entre los contratistas y los equipos de negociación, designados por la entidad pública y son la razón por la cual muchos inversionistas interesados prefieren suscribir contratos con otros países que, a su criterio, les proveen mayor seguridad jurídica.

Los hidrocarburos, especialmente el petróleo, es un sector económico rentable para el Ecuador, al éste representar un gran porcentaje de ingresos económico para el país, razón por lo que, el Estado ecuatoriano suscribe contratos con compañías de experiencia en el sector petrolero y con tecnologías de punta,

dispuestas a invertir en el país a su propio riesgo, utilizando sus inversiones a cambio de un tarifa pre establecida por las partes contratantes, la cual es pagadera por el Estado ecuatoriano por cada barril neto producido y entregado al Estado ecuatoriano en el centro de fiscalización, conforme la fórmula establecida en la cláusula décima quinta del modelo contractual, tarifa que podrá ser pagada en especie o dinero por medio de la entidad facultada por la Administración Pública para este fin.

ABSTRACT

The theory of exorbitant clauses was born in France, after the French Revolution on 1789, because France became a protector and sovereign state. In Ecuador, there are no laws or regulations restricting exorbitant clauses, but these clauses are effects produced by the administrative contract, regulated by the Statute Of The Administrative Legal Regime Of The Executive Function through administrative acts of simple administration, which by their nature are terms imposed by the State on an administrative contract for the benefit of Ecuadorian collectivity with public interest criteria.

The exorbitant clause, arise of a legal disposition imposed for each kind of administrative contract model, prerogative that requires that the public administration insert the exorbitant clause in a contract that is going to be sign with the Ecuadorian State. The an administrative contract must necessarily have an object of public interest which must be properly motivated by the government and signed by the competent authority that in turn externalizes the supremacy of the Contracting State and could not exist in contracts between natural persons or legal entities private.

On the Contract of Service Provision for Exploration and Exploitation of Hydrocarbons, the exorbitant clauses are common and part of the discussion in the negotiations between the contractors companies and the negotiation teams designated by the competent authority and are the reason why many interested investors prefer to sign contracts with other countries, that by its sole discretion provide greater legal certainty.

Hydrocarbons, especially oil, is a profitable industry for Ecuador, the latter represent a large percentage of economic income for the country, reason why it, the Ecuadorian State signs contracts with companies in the oil sector experience and technologies edge, willing to invest in the country at their own risk, using their investments in exchange for a pre tariff set by the contracting

parties, which is payable by the Ecuadorian State per net barrel produced and delivered to the Ecuadorian State in the fiscalization center, according to the formula established in the fifteenth clause of the contractual model, tariff that can be paid in species or cash through the entity authorized to do it by the Public Administration.

ÍNDICE

Introducción	1
1. Capítulo I: Desarrollo del petróleo en el Ecuador	4
1.1 Hitos Históricos.....	4
1.1.1 Historia del petróleo en el mundo.....	4
1.1.2 Historia del petróleo en América Latina	7
1.1.3 Historia del petróleo en el Ecuador.....	8
1.2 Importancia del Sector Hidrocarburífero para el Ecuador.....	14
1.3 Rondas Licitatorias Petroleras.....	17
1.4 Modificaciones contractuales a través del tiempo	21
2. Capítulo II: Análisis del marco normativo	26
2.1 Las Cláusulas Exorbitantes y la Ley Aplicable.....	26
2.2 La Constitución de la República del Ecuador y los recursos naturales no renovables	29
2.3 Ley Reformatoria a Ley de Hidrocarburos y el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.....	40
2.4 La Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos	43
2.5 Reglamento de Aplicación a la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y Ley de Régimen Tributario Interno.....	46
3. Capítulo III: Las cláusulas exorbitantes en el contrato modificadorio al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos	50
3.1 Los contratos administrativos y las cláusulas exorbitantes. .	50

3.2 Análisis del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.....	59
3.3 Distinción e incidencias de la inclusión de las cláusulas exorbitantes dentro del contrato modificatorio a contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.....	74
4. Capítulo IV: Conclusiones y recomendaciones.....	91
4.1.1 Conclusiones.....	91
4.1.2 Recomendaciones.....	93
4.2 Propuesta alternativa.....	93
Referencias.....	97

INTRODUCCIÓN

Esta tesis, versa sobre las cláusulas exorbitantes dentro del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, que no son más que aquellas cláusulas que, en los contratos administrativos, parecen ser desproporcionadas y fuera de contexto en una relación bilateral. Estas cláusulas generan controversias y litigios, los cuales han producido grandes pérdidas económicas para el Estado ecuatoriano.

Las cláusulas exorbitantes han existido históricamente en el Ecuador y en el mundo a partir de la existencia de contratos administrativos, en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos primordialmente, han sido instrumentadas por el Estado ecuatoriano para salvaguardar los intereses estatales al ser los hidrocarburos un recurso económico muy importante al ser parte de los sectores estratégicos, que produce ganancias sumamente grandes y mantiene la economía del país estabilizada.

Al ser las cláusulas exorbitantes, blancos de críticas por parte de los inversionistas, en las cuales alegan la supuesta falta de seguridad jurídica, es necesario explicarlas, entenderlas y buscar medidas que, sin perder la defensa de los intereses del Estado, mitigue los efectos ya sea positivos o negativos que estas cláusulas generan a las partes del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

A fin de entender estas cláusulas que aparentemente generan un desequilibrio en la relación contractual con los contratistas petroleros, es necesario analizar la historia del petróleo y la evolución en la normativa que se ha ido aplicando en el Ecuador hasta llegar al actual modelo de Contrato de Prestación de Servicios con tarifa fija que es suscrito entre las compañías inversionistas y la nueva institución pública denominada Secretaría de Hidrocarburos SHE, entidad adscrita al Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, la cual a nombre y representación del Estado Ecuatoriano, tiene la facultad de administrar,

suscribir y modificar las áreas y contratos petroleros, cumpliendo con las facultades y potestades que tenía con anterioridad la EP Petroecuador.

El proceso de renegociación de los contratos petroleros se inició a raíz de la expedición de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, en la cual en la Disposición Transitoria Primera se dispone la modificación de los contratos ya suscritos con el Estado ecuatoriano, ya sea de participación como de prestación de servicios en un plazo máximo de 120 días y los que suscribieron contratos de prestación de servicios específicos

En los años 2010 y 2011 se firmaron contratos modificatorios al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, reemplazando a los antiguos contratos de participación, prestación de servicios, prestación de servicios específicos y a su vez los contratos con los campos marginales que se encontraban bajo el régimen previamente mencionado, los cuales tienen preceptos meramente de interés público, que buscan salvaguardar los recursos naturales no renovables del Estado ecuatoriano y a su vez sus intereses económicos.

Este marco contractual parte de premisas interesantes, cláusulas típicas de los contratos administrativos y que no se encuentran normadas por la legislación ecuatoriana; por esta razón, se puede indicar que el tema tratado en el desarrollo de esta tesis es actual y pertinente, al ser éste un contrato que se está ejecutando en este momento y las partes se encuentran con problemáticas que han ido surgiendo a través del tiempo al momento de la aplicación de las cláusulas, por ejemplo a la aplicación del factor de corrección por el incremento en el impuesto de salida de divisas del 2% al 5%; en este caso, ¿qué fórmula se utiliza?.

Por lo antes expuesto, lo que se propone con la tesis, es el crear una normativa referente las cláusulas exorbitantes, que proteja los intereses del Estado ecuatoriano, pero a la vez, brinde la posibilidad de detener las sanciones

impartidas por parte de la Administración Pública hasta que se tome una resolución final de acuerdo a las pruebas aportadas por las partes involucradas es decir los inversionistas y la entidad pública contratante y así promover el desarrollo económico del Estado, creando a su vez, una segunda instancia administrativa que permita recurrir a las partes respecto a la resolución tomada, en este caso, por la máxima autoridad del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables que podría ser el Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos.

CAPÍTULO I

DESARROLLO DEL PETRÓLEO EN EL ECUADOR

1.1 Hitos históricos

1.1.1 Historia del petróleo en el mundo

A principios del siglo XIX, el petróleo crudo fue utilizado para la cocción de alimentos y a su vez para encender lámparas y alumbrar las calles, ya que este no producía humo y el aceite de ballena, usado anteriormente con ese propósito, no era muy conveniente utilizarlo al encontrarse estos animales en peligro de extinción por la gran cantidad de aceite necesitado en la época; sin embargo, las utilidades que se le daban al petróleo eran escasas en aquella época.

“En 1850, un boticario de Pennsylvania llamado Samuel Kier lo comercializó por primera vez alegando propiedades medicinales eficaces para combatir la calvicie, el reumatismo y la gota.” (Lamanna, pág. 29, 2007); pero no fue hasta 1859, que el coronel Edwin L. Drake, financiado por un grupo de inversionistas de la compañía Rock Oil Company, perforó el primer pozo petrolero en el mundo situado en Pensilvania, Estados Unidos. A su vez, sin ser geólogo, descubrió la manera de separar el kerosene del petróleo.

Luego del descubrimiento de petróleo por Edwin L. Drake, este nuevo negocio empezó a tener realce y en 1865, en Pithole Creek, Estado Unidos de América, donde se realizó el primer pozo petrolero en un terreno lleno de vegetación, en el cual descubrió la existencia de gran cantidad de petróleo crudo. Al pensar que el petróleo duraría para siempre, se explotó el pozo petrolero hasta agotarse las reservas de petróleo crudo.

En el año de 1870, John D. Rockefeller crea la compañía Standard Oil de Ohio, en Estados Unidos de América, compañía que monopolizó todas las refinerías de petróleo transportando la producción a un menor costo que el resto del mercado, razón por la que el resto de compradores lo preferían.

Alfred y Ludwing Nobel entran en el negocio petrolero en Rusia en el año 1873 ya que en esa época existía una exportación grande y continua de los Estados Unidos a Europa de kerosene. Para el año 1880 ya había llegado la producción de petróleo ruso equivalente a la tercera parte de la producción Estadounidense.

Por inconvenientes en cuanto al monopolio en el negocio petrolero que existía en el año 1890, el Congreso de los Estados Unidos aprobó el Acta Antitrust Sherman el cual impedía que existan prácticas abusivas por parte de las compañías y que el negocio sea un poco más limpio permitiendo mayor movimiento y desarrollo del sector hidrocarburífero.

En el año 1896 se fabrica el primer automóvil por el empresario estadounidense Henry Ford, por lo que, la necesidad de un combustible apareció y se empezó a utilizar gasolina y la producción petrolífera aumentó rápidamente creando los motores de diésel, cuando se encontró la manera de separar la parte ligera del gasóleo creándose el diésel.

En Persia, en 1908 se realiza la primera perforación de un pozo petrolero. A continuación, en 1910 en México se perfora uno de los mayores pozos petroleros del mundo. Luego de dos años, la compañía Turkish Petroleum Company, en el año 1912 comienza a explorar tratando de encontrar petróleo en Mosul y Bagdad.

Conforme sigue transcurriendo el siglo XX, se fueron descubriendo más yacimientos petroleros en distintos países como Venezuela, Iraq, Noruega, etc. y la producción fue aumentando hasta que iniciaron las crisis petroleras en la

década de los años setentas como consecuencia de la guerra del Yom Kippur y la caída del Sha Mohammad Reza Pahlevien Irán.

En el año 1973, la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) obligó a los países miembros a no exportar petróleo a los países que habían apoyado a Israel en la guerra, castigándolos a su vez, con un sistema de embargo el cual no duró más de cuatro meses. “La OPEP es una organización de defensa de los precios del petróleo y de las reservas de los países miembros para el futuro de la humanidad.” (Cabezas, pág. 28, 1978).

Los precios del petróleo aumentaron drásticamente de cuatro dólares a casi doce dólares produciendo así una crisis energética. En 1979 por revueltas de los iraníes, el Sha Mohammad Reza Pahlevihuye de Irán. La producción del petróleo disminuyó de sobremanera por lo que los precios del petróleo llegaron a subir a finales de los setentas hasta a 41 dólares y los mercados financieros cayeron. Al haberse aumentado el costo del petróleo, la gasolina también subió de precio proporcionalmente.

En 1990, en Iraq el Presidente de esa época, Saddam Hussein, quería que los precios del petróleo subiesen ya que como estaba gastando mucho dinero en la adquisición de armas nucleares para el Estado iraquí no estaba pagando sus deudas internacionales. Razón por la cual, Iraq invadió Kuwait, argumentando que este país era parte de Iraq pero lo que en realidad quería Saddam Husein era anexar Kuwait a Iraq y hacer un solo país para de esa manera obtener los yacimientos petrolíferos pertenecientes al territorio de Kuwait. Lo que quería era que Iraq sea la potencia petrolífera número uno. Se impuso un embargo por parte de las Naciones Unidas y por miedo que continúen las invasiones los países miembros de las Naciones Unidas, aliados a Kuwait, enviaron sus fuerzas militares para defender a Kuwait. En 1991, las Naciones Unidas emitió la Resolución N° 678, en la cual insistía a Iraq cumpla con la Resolución N° 600 y retire sus tropas de Kuwait.

Como consecuencia se inició la Guerra del Golfo Pérsico, el 17 de enero de 1991. Los ataques aéreos contra Iraq duraron un mes aproximadamente. El primer ataque aéreo decreció la posibilidad que Iraq tenía de seguir expandiendo su invasión hacia Arabia Saudita. El precio del petróleo subió a 40 dólares pero acto seguido bajó a 20 dólares por barril de petróleo crudo. Se fueron estabilizando los precios del petróleo y con esto acabando la crisis petrolera.

1.1.2 Historia del petróleo en América latina

La historia del petróleo en la región latinoamericana tiene su inicio en el siglo XIX, con el descubrimiento del pozo Zumaque 1 en el Lagode Maracaibo al sur de Venezuela. El descubrimiento se continuó a partir del siglo XX, a efecto de una evaluación de la riqueza de los suelos donde como consecuencia fue encontrado petróleo crudo, pero hasta el año 1905 sólo tenía importancia internacionalmente por el kerosén que se extraía de las tierras latinoamericanas.

Después de un tiempo, por inconvenientes en cuanto a la falta de comunicación internacional, especialmente por razones geográficas, y a los aranceles desproporcionados se fueron disminuyendo sus ventas, por lo que las compañías latinoamericanas inician sus esfuerzos de crear compañías refinadoras lo que no se lograría hasta mediados del siglo XX.

Las primeras inversiones en América Latina, se dieron después de la primera guerra mundial en países como Venezuela, Colombia, Ecuador y Argentina, claro está, que a inicios del desarrollo del sector hidrocarburífero en Latinoamérica, éste estaba en manos de compañías multinacionales que ingresaban capital extranjero para invertir en los pozos petroleros de la región. La incursión de las compañías privadas y extranjeras en el negocio petrolero en América Latina se realiza a través de la renta de tierras y luego la firma de contratos de concesión. A su vez, las decisiones políticas de los países

productores de hidrocarburos, eran influenciadas por las compañías multinacionales petroleras en cuanto a temas ambientales, tasas, etc. por lo cual se inició, por parte de los Estados, políticas de nacionalización del petróleo.

Durante la segunda guerra mundial, existió una dificultad en cuanto al abastecimiento de minerales y al alza de precios de la época. Para ese entonces la capacidad de la industria petrolera de abastecer el mercado mundial había aumentado y se pudo reemplazar los recursos minerales por los recursos hidrocarburíferos como combustible lo que resultaba más económico y seguro para los usuarios. La producción de petróleo crudo decreció y la demanda aumentaba, lo cual llevo a la nacionalización del petróleo por parte de los Gobiernos de los países petroleros de Latinoamérica.

Antes del inicio del siglo XX ningún gobierno latinoamericano se vio favorecido por la renta petrolera ya que las compañías privadas se llevaban la mayoría de la ganancia de la producción del petróleo. Para evitar que se siga dando esta distribución desmesurada, los países iniciaron la nacionalización del sector hidrocarburífero. Argentina fue el primer país en nacionalizar el petróleo con la empresa nacional, Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) seguido por Brasil y México.

1.1.3 Historia del petróleo en el Ecuador

A mediados del siglo XIX se empieza a conocer sobre la existencia del petróleo en nuestro país (Parafraseo, Guerra V., pág. 11, 2003) pero no fue hasta el año 1878 que se otorgó la primera concesión situada en Santa Elena para la extracción de petróleo, brea y kerosén, a favor de M.G. Mier.

La perforación de pozos petroleros en el Ecuador, no comienza hasta el siglo XX en la región costa, a partir de la reforma al Código Minero en el año 1900 por parte del Presidente de la República, General Eloy Alfaro Delgado. En el

año 1902, “el Estado realizó las primeras concesiones exploratorias del hidrocarburo en la península de Santa Elena, que está ubicada en la región costa del Ecuador, para que las compañías petroleras extranjeras realicen la exploración y explotación hidroarburífera.” (Llanes, pág. 19, 2008)

Concediéndole el gobierno ecuatoriano, en el mismo año, a Salvatore Viggiani los derechos de yacimientos de 1.200 hectáreas las cuales fueron cedidas al Dr. Francisco Illescas, quien a su vez, las cedió a la compañía Carolina Oil Company, concesión que se dio por terminado en el año 1972 y que después, en el año 1976, fue asumida por la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE) para su explotación. En el año 1911, el geólogo Francés Carlos Van Isschot trajo al Ecuador los primeros manuales de perforación.

Así mismo, en ese mismo año el Presidente de la República de la época, Leonidas Plaza Gutiérrez, promulga la reforma al Código de Minería en el cual se establecía que el Estado el propietario del petróleo y demás sustancias sólidas; y, a su vez es contrato de arrendamiento de terrenos para la exploración y explotación de hidrocarburos. La compañía Anglo Ecuatorian Fields inicia la producción, explotación y refinamiento del crudo en el pozo exploratorio Ancón 1 y así se convirtió en la primera compañía en realizar la perforación de un pozo petrolero en el país.

La primera Ley sobre yacimientos o depósitos de hidrocarburos fue promulgada en el año 1921 por el Presidente José Luis Tamayo. Luego de varios años, en 1933, se crea la Dirección General de Minas y Petróleos, entidad adscrita al Ministerio de Obras Públicas. Durante la dictadura de Federico Páez Chiriboga, en el año 1937, se dictó una nueva ley de Petróleos la cual daba una excesiva y desmedida apertura a compañías multinacionales y extranjeras al país. En 1938, por medio del Decreto Ejecutivo No. 45, el General Alberto Enríquez Gallo modificó el contrato de concesión de Anglo incrementado las regalías a la compañía.

En el año 1921, se firmó el primer contrato de concesión en la región del oriente ecuatoriano por un período de 50 años con la compañía Leonard Shore Exploration Co. pero ésta dio por terminado a los 16 años por no pagar una deuda pendiente con el Estado ecuatoriano. Entre los años 1937 y 1940 la compañía extranjera Shell exploró varios pozos de la Amazonia pero al final devolvió las áreas ya que según la compañía no había petróleo en el oriente ecuatoriano aseveración que estaba equivocada, ya que en 1960 el austriaco Howard Steven descubrió petróleo en la región.

Después de un tiempo Howard Steven, transfirió los derechos de la concesión a favor del consorcio Texaco-Gulf, la cual en 1967 perforó el primer pozo comercial en la Amazonía. En los años siguientes, Howard Steven transfiere las acciones a compañías extranjeras, muchas de ellas compañías fantasmas por lo cual se creó el impuesto al 86% al traspaso ilegal de concesiones.

A su vez, en los años setenta, el contrato con el consorcio Texaco-Gulf, se dio por terminado unilateralmente por la falta de apego a la ley de hidrocarburos por parte de la compañía y se revertieron las áreas a la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), creándose el consorcio Texaco-CEPE.

En 1970, se inicia la construcción del Sistema de Oleoducto Transecuatoriano (SOTE) por parte del consorcio Texaco-CEPE pero no se inauguró hasta el año 1972. “La salida del País de la mayoría de las compañías petroleras a partir de 1972, que al menos en parte fue el resultado de las medidas nacionalistas del Gobierno, aumentó la dependencia del País respecto Consorcio Texaco-Gulf.” (Zevallos, pág. 15, 1981).

El consorcio Texaco-CEPE operó el SOTE hasta el año 1989, en el cual se dio la reversión de la tubería. La tubería del oleoducto fue diseñada para transportar petróleo crudo de más de 24^o API (American Petroleum Institute) por casi todo el país atravesando así por tres de las regiones que conforman la geografía del Ecuador: Costa, Sierra y Oriente.

A partir del descubrimiento de petróleo en la Amazonía ecuatoriana, en el gobierno de José María Velasco Ibarra, se emite el decreto ejecutivo por medio del cual se crea la Corporación Estatal Petrolero Ecuatoriana (CEPE) pero no inicia sus actividades hasta el 23 de junio de 1972 para que ésta administre directamente los recursos petroleros del país siendo esta la primera empresa estatal petrolera. El 17 de agosto de 1972 se realizó la primera exportación de petróleo crudo por parte de CEPE.

En ese mismo año, la primera delegación ecuatoriana inició las conversaciones con la Organización de países Exportadores de Petróleo (OPEP), después de diez años de experiencia en el sector. Los resultados de las conversaciones mantenidas dieron resultado y en el año 1973, el Ecuador pasó a ser miembro asociado de la OPEP; luego de tres meses se convirtió en miembro definitivo de la organización. A partir de su ingreso, el Ecuador se benefició mucho y las empresas estatales entraron a la Asociación de Empresas Petroleras Latinoamericanas estatales (ARPEL) y a la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE).

Posteriormente, se empezó a ver la necesidad de la construcción de una refinería estatal para procesar el petróleo de las áreas pertenecientes al oriente ya que las importaciones de hidrocarburos al país habían aumentado desmesuradamente a razón de la autorización otorgada por el gobierno ecuatoriano a la concesiones de refinación para la importación de crudo y a su vez brindándoles un subsidio. Por lo cual, en 1974 se construyó la Refinería Esmeraldas, adjudicación de construcción otorgada al Consorcio Japonés SumitomoChiyoda, e inició sus operaciones en el año 1977 y a su vez, en ese mismo año se inauguró “El Beaterio”, terminal de almacenamiento de combustibles y envasado de gas licuado de petróleo situado en la ciudad de Quito.

En el año 1989, a través de la Ley 45, publicada en el Registro Oficial N° 283, se convierte CEPE en Petroecuador. Petroecuador sería una empresa estatal,

con autonomía económica, administrativa y operativa, la cual se crea con la naturaleza de un Holding, es decir por una matriz y seis filiales; tres permanentes: Petroproducción, Petrocomercial, Petroindustrial y tres transitorias: Petroamazonas, Transecuatoriana de Petróleos y Petropenínsula, con el objeto de encargarse de la actividad petrolera del país. En el mismo año, se dispone por medio de Decreto Ejecutivo No. 851, suscrito por el ex Presidente de la República Rodrigo Borja Cevallos, que Petroamazonas y Petroproducción se fusionen.

En el año 2000, se dio necesidad de transportar la producción de las compañías extranjeras que se encontraban operando en el Ecuador y a su vez la producción fiscalizada de la Empresa Pública Petroecuador por el SOTE, por lo cual se tuvo que empezar a mezclar el crudo liviano de EP Petroecuador con el crudo pesado de las compañías extranjeras. Esto redujo la calidad de crudo de EP Petroecuador y los costos aumentaron. Este hecho preocupó al Estado ecuatoriano y a su vez a las compañías multinacionales afectadas. Como efecto un grupo de compañías extranjeras se asociaron y solicitaron autorización al Estado Ecuatoriano para la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados (OCP). En el año 2001, se otorgó la autorización por parte del gobierno ecuatoriano para la construcción del OCP, pero no fue hasta el año 2003 que lograron iniciar sus operaciones.

En abril del año 2006, bajo el mandato del ex Presidente del Ecuador, Alfredo Palacios, se reformó la Ley de Hidrocarburos, a través de la Ley 2006-42, al haber existido la problemática que los precios internacionales del petróleo crudo habían aumentado en comparación a los precios que existían al momento de la suscripción del contrato de participación entre las contratistas y el Estado ecuatoriano, circunstancia que no beneficiaba en absoluto a los intereses del Estado e iba en contra del precepto legal establecido en el Art. 247, inciso primero de la Constitución Política de la República, que dispone que son propiedad del Estado ecuatoriano; razón por la cual, era necesario incorporar prerrogativas legales que equilibren la economía del contrato y

busquen salvaguardar los intereses públicos, ya que los excedentes de la venta del petróleo crudo se estaban quedando las compañías petroleras. Estableciendo así, el 50% de las ganancias extraordinarias para el Estado y el otro 50% para las empresas petroleras.

A partir de la Constitución de la República del Ecuador aprobada en el año 2008, se cambió la estructura del Estado y se incorpora los sectores estratégicos. En octubre de 2009, se promulga la Ley Orgánica de Empresas Públicas destinadas a regular el funcionamiento, organización y constitución de las empresas públicas en el Ecuador y establece los mecanismos de control económico, administrativo y financiero para las mismas. Mediante Decreto Ejecutivo N° 315, de 6 de abril de 2010, suscrito por el Presidente Rafael Correa Delgado, se crea la nueva Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador en reemplazo de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, Petroecuador.

Por medio de la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N°244, el 27 de julio de 2010, en la disposición transitoria segunda, se crea la Secretaría de Hidrocarburos dando un giro sustancial a la contratación petrolera ecuatoriana ya que por primera vez PETROECUADOR, PETROAMAZONAS y sus predecesoras dejan de ser al mismo tiempo productoras y contratantes existiendo ahora una entidad independiente encargada solo de la contratación petrolera.

A sí mismo, en la disposición transitoria primera de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley Orgánica de, se establece la obligatoriedad de la modificación contractual de los contratos de prestación de servicios, de participación y de prestación de servicios específicos suscritos con anterioridad con las compañías petroleras, adoptando así, el Estado ecuatoriano una nueva modalidad contractual que beneficie al país y se evite la concentración económica en un solo sector, salvaguardando los intereses de la colectividad y

equilibrando la distribución de las ganancias producidas por la explotación petrolera.

1.2 Importancia del sector hidrocarburífero para el Ecuador

El descubrimiento de petróleo en el Ecuador fue un hito importante para la economía del país, ya que “hablar de petróleos es hablar de uno de los negocios más rentables del mundo” (Llanes, pág. 15, 2008). Al principio no estuvo correctamente manejado el sector hidrocarburífero en el país al no distribuirse las ganancias, por lo cual los rendimientos de la venta del petróleo crudo estaban siendo aprovechados mayormente por las compañías extranjeras que se encontraban en el país operando los bloques petroleros.

Los hidrocarburos son propiedad del Estado, así lo establecía la Constitución Política del Ecuador y se lo reafirma en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 y la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Los hidrocarburos representan aproximadamente el 40% del presupuesto Estatal, por lo cual, el petróleo y su producción es de gran importancia para el Estado ecuatoriano.

La extracción, producción y explotación de petróleo crudo, tuvo un impacto positivo en el incremento del Producto Interno Bruto (PIB) del país. Especialmente ayudó a que el Ecuador se convirtiera en un país atractivo para el inversionista extranjero, por lo cual al ingresar las multinacionales se crearon ofertas de trabajo y la economía del país empezó a fluir, transformando al Ecuador en un país rentable y financiable por bancos extranjeros, lo cual permitía que exista mayor inversión en el desarrollo económico del Estado ecuatoriano. “El petróleo crudo viene a construir mucho más que una mercancía que está siendo comercializada y cuyo precio está siendo establecido por las leyes económicas de la oferta y la demanda.” (Van Meurs, pág. 3, 1982).

A su vez, la oferta de trabajo creció y existió un alza salarial por el aumento en la producción y exportaciones de petróleo, especialmente en el sector energético, por lo cual hubo mayor movimiento circular de la economía del país brindando mayores oportunidades a los ciudadanos. También, gracias al dinero proveniente de las exportaciones y los créditos otorgados por bancos extranjeros, las tasas de interés bajaron.

Guayaquil y Quito fueron las ciudades más beneficiadas por lo cual fueron ciudades receptoras de muchos migrantes y las opciones de trabajo fueron disminuyendo por la gran cantidad de oferta de mano de obra. Muchos productos fueron subsidiados por el Estado por lo tanto no solo fueron beneficiadas personas pertenecientes al sector sino también los externos a éste.

Al principio la renta petrolera no estuvo muy bien distribuida y estaba destinada para un pequeño grupo económico del país. Los intereses del sector petrolero interferían en las decisiones políticas para que influyan en beneficio de ellos, por lo cual no existía un mayor control en el desempeño de las compañías petroleras y éstas siempre buscaban ser beneficiadas.

Al crearse CEPE, se tenía un mayor control de la producción y transporte del crudo y se descentralizó el negocio petrolero de las compañías extranjeras que tenían controlado al cien por ciento el sector, así el Estado ecuatoriano tuvo mayor control de la exportación y producción de hidrocarburos y la decisión de que compañía sería la operadora de cada una de las áreas.

A finales de los años ochenta y principios de los años noventa, el precio del petróleo cayó e inició la crisis petrolera internacional a su vez afectando la economía en el Ecuador. Por otra parte, al tener el Ecuador una mejor imagen no solo frente a las multinacionales sino también frente a los bancos extranjeros, el país adquirió una deuda externa excesiva y esto produjo que los niveles económicos, hasta ese entonces altos, dejaran de crecer.

Para resolver los problemas económicos que fueron surgiendo para el Estado en sí, se establecieron políticas de estabilización para poder equilibrar a las fuerzas políticas de la época y equilibrar el problema social existente, especialmente en cuanto a la corrupción.

El Ecuador fue un país abierto en gran medida a la inversión extranjera por lo cual, las compañías petroleras no tenían conciencia social especialmente con las comunidades indígenas que eran afectadas y el daño al medio ambiente era desproporcionado sin obligación de remediar el perjuicio causado especialmente en la Amazonía ecuatoriana, guiándose sólo por lo que establecía la ley respecto a la protección ambiental. Por el contrario, el Ecuador hoy en día es un país que sigue dependiendo de la producción de petróleo al ser este un negocio productivo y a su vez siendo éste país el principal productor de energía a nivel mundial pero con un elemento social y ambiental que le permite tener altas expectativas de las compañías que ingresan al país para invertir y estándares de calidad altos.

Aunque nuestro país fue y continua siendo muy rico en petróleo y dispone de materia prima explotable, no tiene el capital ni las herramientas necesarias para poder emprender el proceso de exploración y explotación, por lo tanto es necesaria la presencia de la inversión extranjera pública estatal y privada ya que las compañías multinacionales son las más preparadas para realizar los procesos necesarios para la exploración y explotación de hidrocarburos gracias a su tecnología de punta y el dinero necesario para la inversión. Por lo cual, se da la apertura a compañías extranjeras con los requisitos necesarios para participar en los procesos licitatorios. Para empresas privadas o adjudicaciones directas para empresas estatales según lo contemplado en la Constitución de la República y la Ley aplicable.

La Ley de Hidrocarburos, mediante Decreto Ejecutivo, fue modificada en octubre del año 2007 cuando el Presidente Rafael Correa Delgado, cambio la

política de Estado del sector hidrocarburífero y designó el 99% de los excedentes del precio del petróleo para el Estado ecuatoriano y el 1% restante para la compañía. En el año 2010 hubo otra reforma en cuanto a la modalidad contractual tomando mayor control sobre la producción hidrocarburífera en el país exigiendo con éste mayor responsabilidad social por parte de las compañías y tecnología avanzada.

Por medio de los contratos modificatorios al Contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, se crearon nuevas exigencias legales por parte del Estado. Con estas se busca la responsabilidad ambiental de la compañía operadora para que así exista una remediación ambiental del bloque o campo en producción por parte de la compañía extranjera, al mismo tiempo el uso de tecnología avanzada que permita evitar el daño al medio ambiente y la inversión económica por parte de la compañía, haciendo cumplir lo establecido en la ley ambiental en lo que respecta al sector hidrocarburífero.

Al firmar el contrato en cuestión, las compañías petroleras, se encuentran obligadas a la retribución para con el ambiente como con sus habitantes, es decir a través del Estado a las comunidades que viven en el sector donde se encuentran explorando o ya sea explotando el petróleo crudo, razón por la cual, se encuentran obligados a pagar al Estado el 12% del valor correspondiente a las utilidades, anteriormente destinadas por ley para los trabajadores, a las comunidades indígenas, para que con ese dinero puedan realizar obras beneficiosas que les ayude a la comunidad del bloque.

1.3 Rondas licitatorias petroleras

La licitación es un mecanismo de elección utilizado por los Estados que permite identificar al mejor postor y asegurar el mejor rendimiento de la compañía contratista para así asegurar el propósito por el cual se inició la licitación imponiendo reglas a seguir por parte de los postores y ponderando las ofertas

presentadas. El bien licitado es el área petrolera el cual se divide en bloques y los mismos en campos, que son entregados para su operación bajo un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.

En el Ecuador existe un gran potencial hidrocarburífero pero nos ha hecho y aun nos hace falta la tecnología y la inversión necesaria para poder extraer todo el petróleo existente. Por esta razón se han implementado maneras para atraer al inversionista y establecer parámetros que deberán ser cumplidos por las compañías que quieran operar en los bloques que se encuentren situados en el país.

Se han llevado a cabo once rondas licitatorias petroleras a través del tiempo iniciándose en el año 1983 en manos de CEPE, antigua entidad encargada de la administración de los contratos hidrocarburíferos, la cual dio apertura a la inversión privada durante el gobierno de León Febres Cordero, circunstancia que no se había dado hasta la época.

La primera Ronda Licitatoria se dio en el año 1983, pero fueron adjudicados los Bloques 15 y 8 en el año 1985. El Bloque 15 fue adjudicado a la compañía Occidental, bajo la “modalidad contractual de Prestación de Servicios” (EP Petroecuador, pág. 27, 2007). En abril del año 1985, se adjudica el Bloque 8 a la Consorcio Esso-Hispanoil. Por último, dos meses después se firmó un contrato con la Compañía Belco para operar los Bloques 1 y 2.

La segunda Ronda Licitatoria fue lanzada en el año 1985. El 1 de noviembre de 1985 se firmó el contrato con el consorcio Texaco-Pecten para la exploración y explotación del Bloque 6, localizado en la provincia de Manabí. El Bloque 7 fue adjudicado a la Compañía British Petroleum en diciembre de ese mismo año. En enero de 1986 se firmó un contrato con la compañía Conoco-Nameco-Diamond & Sharmok Opic para que realice las operaciones del Bloque 16.

En el año 1987, se dio el lanzamiento de la tercera Ronda Petrolera. Se firmó un Contrato de Prestación de Servicios con el consorcio compuesto por las compañías Elf Aquitaine, Braspetro e YPF al cual se le adjudicó el bloque 14. En el mismo año, se convocó a la cuarta Ronda Petrolera. Se conformó otro consorcio para la operación del Bloque 17 conformado por las compañías Petrobrás, Elf Aquitaine y Britoil. El 25 de mayo de 1987, se adjudicó el Bloque 12 al consorcio formado por las compañías Teneco-Diamond-Yukon-Maersk, para la exploración y explotación de hidrocarburos. El 15 de junio de 1987, el Bloque 9 fue adjudicado a la estatal petrolera PETROCANADÁ.

La quinta Ronda Licitatoria Petrolera se desarrolló en 1987, durante el gobierno del Presidente León Febres Cordero. Se licitaron los Bloques 10, 11, 13, 18 y 19, localizados en la región oriental; pero sólo fueron adjudicados dos Bloques: el Bloque 10 a la compañía Arco y el Bloque 13 a la empresa Unocal.

La sexta Ronda Petrolera fue declarada desierta en 1988. Durante el Gobierno del Dr. Rodrigo Borja Cevallos iniciaron los cambios establecidos por una nueva política petrolera, que incluyó el nacimiento de Petroecuador en el año 1989. Petroecuador continuó con la labor de CEPE y volvió a lanzar la licitación. Fue adjudicado el Bloque 18 a la compañía Mobil. Arco-Mobil firmó un contrato para la exploración y explotación del Bloque 19. El consorcio Cons-Conoco firmó un contrato con Petroecuador para realizar las operaciones del Bloque 22.

El 24 de enero de 1994 se convocó a la séptima Ronda Petrolera. Se licitaron trece bloques: el Bloque 3, 4, 5, 11, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28 pero solo se adjudicaron siete. El Bloque 3, fue adjudicado a la compañía EDC. El Bloque 11 fue adjudicado a las compañías Santa Fe-Nippon, Oil-Pedco-Koreay Petroleum Yucongque luego fue transferida a LumbaquiOil. En 1995, se firmó el contrato de prestación de servicios con la compañía Triton Energy para la exploración y explotación del Bloque 19. En el mes de marzo del mismo año se firman contratos con las compañías Tripetrol para el Bloque 28, Oryx-Santa Fe

Minerales-Clapsa-Sipetrol para el Bloque 21 y con City-Ramrod para el Bloque 27. En diciembre del año 1995, se adjudicó el Bloque 18 a la compañía Amoco.

El 19 de junio en el año 1998 se convocó a la octava Ronda Petrolera. Se licitaron nueve bloques de la región Amazónica del Ecuador, pero solo fueron adjudicados tres. Se firmó bajo la modalidad contractual de contrato de participación con las compañías CGC-San Jorge para el Bloque 23, Pérez Companc para el Bloque 31 y Arco Oriente para el Bloque 24 el cual luego pasó a manos de la compañía Burlington.

En el año 1999, se licitó por primera vez cinco campos marginales. Se firmaron los contratos en el año 2000 bajo una modalidad de Contrato de Explotación de Petróleo Crudo y Exploración Adicional de Hidrocarburos en Campos Marginales. La compañía Tecpecuador firmó el contrato para la operación del campo *Bermejo*. El campo *Charapa* fue adjudicado a la compañía TecneBellwether. Petrosud-Petroriva ganó la operación de los campos *Pindo* y *Palanda-Yuca Sur*. Petrocol (Río Alto) firmó el contrato para la exploración y explotación del campo *Tigüino*.

La novena Ronda Petrolera, se lanzó en el año 2001 para los Bloques 4, 5, 39 y 40, que se encontraban en Santa Elena y el Golfo de Guayaquil. Fue declarada desierta en el año 2003 y se prorrogó la recepción de ofertas hasta abril del 2004.

En el año 2005, se convocó a la segunda Ronda Licitatoria para nueve campos marginales: *Armadillo, Chanangue, Charapa, Eno-Ron, Ocano-Peña Blanca, Pacay, Pucuna, Puma, Singue* y *Tetete-Tapi*.

La décima Ronda Petrolera, se lanzó en el año 2011. Se licitaron seis Bloques petroleros: *Armadillo, Chanangue, Charapa, Eno – Ron, Ocano – Peña blanca* y *Singue*. Se adjudicaron tres bloques de los seis en licitación bajo una modalidad contractual de contrato de prestación de servicios para la

exploración y/o explotación de hidrocarburos. El Comité de Licitación Hidrocarburífera recomendó la firma del contrato con las compañías Consorcio Interpe, Consorcio Marañón y Consorcio DGC. El Ministerio del ramo adjudicó los Bloques *Ocano-Peña Blanca* al Consorcio Interpec, *Eno-Ron* al Consorcio Marañón y *Singue* al Consorcio DGC.

En el año 2013, el gobierno de Rafael Correa Delgado, estableció como política hidrocarburífera, la explotación responsable de los campos encontrados en el suroriente ecuatoriano, por lo cual, se lanzó la licitación de trece bloques ubicados en el Suroriente Ecuatoriano, razón por la que la décima primera Ronda Petrolera adoptó el nombre de Ronda Suroriente Ecuador, la recepción de ofertas se realizó hasta el día 28 de noviembre de 2013, donde se realizó la respectiva apertura de sobres. Se receptaron cuatro ofertas de tres compañías especializadas y con la tecnología de punta y personal capacitado, las cuales ofertaron lo siguiente: la compañía Andes Petroleum, para el Bloque 79 y 83, los cuales se encuentran en la Provincia de Pastaza; Repsol YPF, para el Bloque 29, ubicado en las provincias de Pastaza, Napo y Orellana; y, el Consorcio Petroamazonas EP, ENAP y Belorusneft, para el Bloque 28, localizado en las Provincias de Pastaza, Morona Santiago y Napo.

1.4 Modificaciones contractuales a través del tiempo

En el siglo pasado, en los años 1878 hasta 1900 se da el descubrimiento de petróleo crudo en el Ecuador y no existía un modelo contractual que cumpla con las expectativas y beneficios esperados por los ciudadanos ecuatorianos. La política petrolera ecuatoriana no era la más beneficiosa para el Estado por lo cual varios presidentes intentaron modificar esta situación e imponer reglas más claras y positivas para que exista mayor ganancia para el país en vez de que las compañías se lleven casi todo ya que estas eran las únicas que se veían enriquecidas por el oro negro aparentemente existiendo corrupción y entregándoles el poder a las mismas las cuales parecería ser que interferían hasta en las decisiones de los gobiernos a cargo.

A través del tiempo se fue buscando la mejor opción contractual, modificación que era necesaria para cortar ese vínculo entre las compañías y el gobierno de turno en el país, buscando así el beneficio para las dos partes es decir para la compañía petrolera y para el Estado, objetivo que no se hubiera podido cumplir si no existían modificaciones en la Ley y en los modelos de contratación, los cuales se pueden distinguir estableciendo seis períodos:

1.- El primer período, se da a partir del descubrimiento de petróleo crudo en el Ecuador en el año 1878 hasta la promulgación del Código de Minería en el año 1909, se caracteriza por ser un período de privilegios, el cual inicia a partir del descubrimiento de elementos bituminosos en el Ecuador. Durante éste período no existía control alguno por parte del Estado hacia las compañías respecto a la producción y distribución del petróleo. Lo que ocurría era que se entregaba un terreno a la compañía a la cual se le concedía plenos derechos sobre el mismo sin tener que responder por sus actuaciones en el Ecuador. Las compañías operadoras podían extraer la cantidad de petróleo crudo que quisieran pagando un bajo costo y sin privilegios sobre el hidrocarburo en si para el país con lo cual solo existía ganancia para la compañía y convertía a la empresa transnacional en una entidad más poderosa que el mismo gobierno ecuatoriano.

2.- El segundo período comienza a partir de la promulgación del Código de Minería en el año 1909, durante la presidencia de Eloy Alfaro, en el cual se impone el derecho imprescriptible e irrenunciable del Estado sobre los hidrocarburos tratando así de controlar la situación en la cual se estaba viviendo una renuncia a la propiedad Estatal de los hidrocarburos. Por ésta razón el modelo contractual debía cambiar y se crea el contrato de arrendamiento de los yacimientos por parte de las compañías a cambio de un valor anual establecido entre las partes como pago de regalías.

3.- A partir del tercer período, con la expedición del Decreto No. 45 promulgado en el año 1938 en el gobierno del general Alberto Enríquez Gallo, se da una

apertura ilimitada a compañías extranjeras. Los hidrocarburos pasan a ser bienes del Estado y se reconoció que el derecho público estaba por encima del derecho privado evitando poner por encima de los intereses del Estado ecuatoriano y de sus ciudadanos, los intereses de las compañías transnacionales que hasta ese entonces continuaban teniendo gran poder en el país. A partir de esto se creó el contrato de concesión, por medio del cual el Estado ecuatoriano cede un territorio a favor de la compañía para la exploración y explotación de hidrocarburos a cambio del pago de regalías más altas así como pagos por derechos superficiales, uso de aguas, minerales y otros.

4.- En el año 1971 se promulgó la Ley de Hidrocarburos, durante el gobierno del Dr. José María Velasco Ibarra, iniciando así el cuarto período. La Ley de Hidrocarburos fue puliéndose y reformándose dejando así más clara la normativa respecto a hidrocarburos y estableciendo lineamientos y límites para las empresas operadoras de yacimientos hidrocarburíferos. En este período, nace la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE) entregándoles la asignación de áreas y administración de los contratos petroleros; y, así prefiriendo a ésta compañía petrolera Estatal sobre las compañías multinacionales. Se impusieron dos modalidades contractuales nuevas: el contrato de asociación y el contrato de operación; iniciando la exploración y explotación en la Región Amazónica del Ecuador. Las características más destacadas del contrato de asociación son las siguientes: a) El riesgo es de la contratista pero las inversiones eran devueltas por el Estado ecuatoriano a través del pago de regalías; b) CEPE no debía pagar nada si se daba por terminado el contrato por devolución o abandono del área del contrato; c) Al Estado le correspondería obtener a cambio regalías, primas de entrada, derechos superficiales; y, d) Debían efectuar obras de compensación. Al existir conflictos respecto al pago al Estado por parte de la contratista ya que según la ley debían de regirse según el precio de referencia establecido por el gobierno, se reemplazó el contrato de asociación por el contrato de operación, el cual tenía como objetivo la ejecución de obras y servicios específicos que CEPE

necesitare contratar para sus operaciones. Este contrato se caracterizaba por: a) establecer el pago en especie; b) operador exento por ley de devolver una parte de la superficie contratada; c) posibilidad de firmar hasta dos contratos; d) les correspondía pagar una asignación anual para investigación y desarrollo científico.

5.- A partir de la reforma de 1982 de la Ley de Hidrocarburos se da el quinto período de las modificaciones contractuales en el sector hidrocarburífero. Se cambia la modalidad contractual a contratos de prestación de servicios incentivando por medio de licitaciones la inversión extranjera en las áreas no explotadas al momento, en las regiones de la Amazonía y costa ecuatoriana, adjudicando 1,7 millones de hectáreas.

Por medio de este contrato se intentó dejar claro que el derecho del Estado ecuatoriano sobre los hidrocarburos era irrenunciable e imprescriptible y que se les entregaba el área a cuenta y riesgo de las compañías petroleras a cambio de una tarifa a ser convertida en barriles de petróleo crudo establecida por las partes. Se crea el Ministerio de Energía y Minas para que éste dirija según la política petrolera impuesta por el gobierno a las compañías petroleras que se encontraban operando los yacimientos hidrocarburíferos. En el año 1994 se dieron nuevas reformas a la Ley de Hidrocarburos entrando en vigencia el contrato de participación. Esta nueva modalidad contractual establecía una formuladistinta en la que las partes acordaban contractualmente que porcentaje del petróleo producido le corresponde al Estado y que porcentaje a la empresa contratista y cada uno comercializa libremente su parte del petróleo producido.

Todos las inversiones costos y gastos eran asumidos por la empresa contratista sin que esta tenga derecho a devolución de ninguna inversión ya sea que tenga resultados favorables o desfavorables en la exploración y explotación. Esta modalidad contractual es conveniente al Estado cuando los precios del petróleo son bajos por ejemplo a finales de la década de los 90 el precio del crudo ecuatoriano llegó en ciertos momentos a ser menor a 10

dólares por barril producido. Sin embargo estos contratos fueron altamente cuestionados por ser perjudiciales al Estado cuando los precios del petróleo aumentan en el mercado internacional, como sucedió a partir de aproximadamente el año 2000.

Casi ningún contrato de participación contemplaba una fórmula que establezca que el porcentaje de participación de la contratista disminuiría si el precio del hidrocarburo subía. Esto se trató de corregir con el impuesto a las ganancias extraordinarias establecido a finales de 2007 y finalmente parece que el Art. 408 de la actual Constitución de la República corrige el problema al establecer que el beneficio del Estado siempre debe ser superior al beneficio de la contratista.

6.- A partir de la expedición de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 244 de 27 de julio de 2010 inicia el sexto período. La Disposición Transitoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, establece que los contratos de exploración y explotación de campos marginales y de servicios específicos suscritos por la anterior Petroecuador y/o su Filial Petroproducción, que se encuentran suscritos, se modificarán para adoptar el modelo reformado de Prestación de Servicios. Se crea la Secretaría de Hidrocarburos, entidad adscrita al Ministerio de Recursos Naturales no Renovables la cual cuenta con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. La Secretaría de Hidrocarburos adquiere la facultad de administrar los contratos petroleros antes otorgada a la EP Petroecuador.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO

2.1 Las cláusulas exorbitantes y la ley aplicable

En el Ecuador, se encuentran regulados los contratos administrativos, en el Art. 75 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial (ERJAFE), en el cuál se establece la definición de contrato administrativo y sus regulaciones, pero no contempla una regulación para las cláusulas exorbitantes, pero la doctrina la define como “cláusulas que tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales” (Dromi, pág. 463, 2009). Razón por la cual, no son comunes en los contratos entre privados por su particularidad de ser “sometidas a reglas diferentes de aquellas que rigen los contratos ordinarios” (Rivero, pág. 120, 1984), al encontrarse la administración pública en la facultad de imponer cláusulas, que sin estas no existiría la firma del contrato en cuestión y que así mismo se encuentran contempladas en la legislación ecuatoriana.

Las cláusulas exorbitantes nacen en Francia, pero en el Ecuador se han incorporado a menudo en los contratos que tienen como parte contratante a la administración pública. Son usuales y cada vez aumentan en los contratos para la explotación de recursos naturales y principalmente petróleo. Son previamente revisadas por las partes al momento de negociar el modelo contractual, esclareciendo cuales serían las prestaciones mutuas consideradas equivalentes por las partes contratantes y que se pactan según una ecuación financiera y condiciones que benefician a las dos partes, razón por la cual, las compañías suscriben los contratos con el Estado ecuatoriano. Cláusulas que aunque son supuestamente exageradas, ya que ponen en supremacía el interés público, son de igual manera aceptadas por la contratista al existir un beneficio económico superior a la inconveniente impuesto en la cláusula

exorbitante para la compañía previamente expuestas en el proceso de negociación.

La potestad de la Administración Pública está dada porque la ley establece condiciones obligatorias para los contratos administrativos en los que participa el Estado, para con estas prerrogativas legales, buscar proteger el bien común de la colectividad priorizando el interés general en lugar del interés de las contratistas. Razón por la cual en los contratos se establece la legislación aplicable según el objeto del contrato. La relación entre el interés público y la necesidad de establecer un régimen de contratación diferente para el Estado y sus instituciones se da por “(...) el hecho de que los contratos administrativos tienden siempre al interés público (...).”(Martín, pág. 480, 2002).

Para ser llamadas cláusulas exorbitantes, además de tener las características antes dichas, deben otorgar a la administración pública ciertas ventajas, ya que la Administración aparece consecuentemente en una posición de ventaja, con más prerrogativas y más poderes que la otra parte contratante, y ello en función del más importante rango de los intereses que tutela, como por ejemplo, la potestad de rescindir el contrato unilateralmente, el poder de revocar unilateralmente el contrato, la facultad del Estado de realizar una modificación contractual o legal en cualquier momento, el dejar la interpretación del contrato bajo la sana crítica de la administración pública, la potestad discrecional de la administración pública de declarar la caducidad por incumplimiento contractual, la definición de las bases del contrato y su normativa.

En los casos de los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, la ley aplicable es la Ley de Hidrocarburos y su Reglamento, pero en la cláusula 3.1 del modelo actual del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, se establece también que: “La Ley Aplicable a este Contrato Modificatorio es la Constitución de la República del Ecuador, cualquier tratado internacional, ley,

reglamento, decreto, ordenanza, así como cualquier otra norma emitida o que se emita de conformidad con la ley.” (Modelo de Contrato, Anexo 1)

Esto quiere decir que si llegase a cambiar alguna estipulación contenida en la Ley de Hidrocarburos o sus reglamentos u otras leyes que afecten la estabilidad económica del contrato, las contratistas deberán apegarse a la misma. La Ley de Hidrocarburos que crea las cláusulas exorbitantes existentes en el contrato por ser éstas un efecto del contrato administrativo que nace de la potestad de supremacía de la administración pública en una relación contractual. Según el Art. 1 del Código Civil ecuatoriano “la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución de la República, manda, prohíbe o permite” (Código Civil, 2005); razón por la que se puede entender que todo precepto jurídico nace de la ley.

Se puede decir que las cláusulas exorbitantes son propias del derecho público, y que no por no encontrarse incluidas en el contrato, la administración pública ha renunciado a ellas, porque como su naturaleza lo dice, la administración pública tiene la potestad de modificar las cláusulas estipuladas en el contrato. “Así, por ejemplo, puede crear, modificar o extinguir derecho por su sola voluntad mediante actos unilaterales.” (García y Fernández, pág. 49, 2001).

Este principio, es también llamado por la doctrina latinoamericana como el hecho del príncipe, hecho por el cual, la administración pública tiene la facultad de modificar de cualquier manera, ya sea legal o contractualmente la ecuación económica de un contrato por la supremacía administrativa que el Estado tiene para con la contratista; como consecuencia de este hecho lesivo o acto de Estado, se deberá compensar a la contratista por la afectación causada.

Cabe resaltar, que esta potestad de la Administración Pública de incluir en contratos administrativos cláusulas exorbitantes, es completamente legal, al encontrarse cada cláusula en la legislación vigente del cuerpo normativo

ecuatoriano. Destacando también la prerrogativa jurídica que establece que la Administración Pública debe hacer sólo lo establecido en la Ley, según el Art. 226 de la Constitución de la República.

2.2 La constitución de la república del ecuador y los recursos naturales no renovables

Para poder comprender las políticas de Estado referentes a los recursos naturales no renovables, y las reglas a seguir por parte de las contratistas estatales como particulares, necesitamos hacer un análisis profundo del articulado de la Constitución de la República ecuatoriana vigente, iniciando por una breve distinción referente al sector hidrocarburífero en la Constitución de la República de 2008, la cual “fortalece el rol del Estado en la economía ecuatoriana” (Grijalva, pág. 25, 2012).

La Carta Magna, en su Art. 14, inciso primero, establece que: “Art 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumakkawsay* (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Éste derecho, busca mejorar la calidad de vida de los ciudadanos ecuatorianos, creando oportunidades que permitan el tener una vida digna, lo cual nos indica que se debe planificar maneras para el desarrollo sustentable de los ciudadanos ecuatorianos buscando el cumplimiento del principio constitucional del *sumakkawsay*, el cual trata de alcanzar el buen vivir, que consiste en un cambio en el *modus vivendi* de la persona, la búsqueda de la sinergia entre los derechos económicos, sociales y culturales, el cual, según la Constitución de la República del Ecuador agrupa a los siguientes derechos: agua y alimentación (Art. 12 y 13), ambiente sano (Art. 14), comunicación e información (Art. 16 al 20), cultura y ciencia (Art. 21 al 25), educación (Art. 26 al 29) hábitat y vivienda (Art. 30 y 31), salud (Art. 32) y trabajo y seguridad (Art. 33 y 34).

A su vez, el Art. 14 de la norma suprema ecuatoriana establece que debe existir un cuidado del ambiente que pertenece al territorio ecuatoriano, buscando a su vez una exploración y explotación de hidrocarburos de manera responsable ambientalmente hablando por parte de las compañías contratistas.

Según lo dispuesto en el Art. 425 de la Constitución de la República:

“Art. 425.- el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. (Constitución de la República, 2008).

Por lo cual, se deja en evidencia que la Constitución de la República se encuentra por encima de todas las demás normas, leyes, estamentos y que a su vez es soberana, lo que sugiere que la Carta Magna realiza una ponderación de derechos para establecer que derecho es más importante. En este caso, se ponderan los derechos establecidos en la misma constitución, verificando si el ejercer un derecho no daña o perjudica otro menos importante. “La potestad del Estado se halla externamente limitada por el derecho internacional e internamente limitada por la Constitución” (Grijalva, pág. 69,2012); lo cual quiere decir que la Constitución de la República del Ecuador es suprema.

La actual política hidrocarburífera, se encuentra regulada en el Art. 6 la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos que indica que:

“Art. 6.- Corresponde a la Función Ejecutiva la formulación de la política de hidrocarburos. Para el desarrollo de dicha política, su ejecución y la aplicación de esta Ley; el Estado obrará a través del Ministerio del

Ramo y de la Secretaría de Hidrocarburos.” (Ley de Hidrocarburos, 2010)

A su vez, el Art. 317 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala lo siguiente:

“Art. 317 Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.”(Constitución de la República, 2008)

Estipulaciones, que visualizan a ésta actividad como uno de los puntales básicos para el futuro de este país, propenso a desarrollar una explotación racional del recurso natural no renovable con responsabilidad económica que genere ingresos, pague impuestos, respete a los trabajadores a su ambiente social y al entorno natural en el que se desarrolla.

La producción de hidrocarburos genera riesgos en el ambiente, pero “esta actividad económica no genera ni los mayores impactos, ni impactos que sean más difíciles de remediar que los de otras actividades económicas.” (Bustamante, pág. 29, 2003). Esta hipótesis nos indica que siempre existirán riesgos en el momento de realizar una inversión, especialmente si se trata de una actividad económica que involucre realizar trabajos de explotación petrolera, pero a su vez, como todo negocio de riesgo es rentable.

La seguridad jurídica, ha sido objeto de cuestionamiento para las compañías inversionistas en el Ecuador en los últimos años, por existir cambios en la legislación constantemente, aunque este derecho civil, ha estado presente en la Constitución Política de la República del año 1998 y se volvió a mencionar

en la Constitución de la República del año 2008, en el Art. 82, señalando 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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Indicando fundamentalmente, que la Constitución es la norma suprema, y ninguna otra normativa está por encima de ésta; también estipula que siempre las leyes deberán mantener congruencia con la Carta Magna, manteniendo siempre una armonía entre la legislación ecuatoriana y la Constitución de la República. La doctrina define a la seguridad jurídica como “la garantía de la aplicación objetiva de la ley” (León y Figueroa, pág. 231, 2012), por lo cual se puede entender que la seguridad jurídica es el derecho base para una transacción en el país, especialmente económica, es el derecho que más que nada, intenta asegurar las reglas con las que se firmará un contrato administrativo en el Ecuador, especialmente si se busca la inversión extranjera; sin embargo, la jurisprudencia nos dice que “(...) la seguridad jurídica no es sinónimo de inmovilismo; el derecho tiene una dinámica acorde con la evolución de las sociedades y debe permanentemente ajustarse a las necesidades de ésta (...)” (Corte Suprema de Justicia, pág. 3428, 2002). Lo que significa que el derecho es cambiante, se debe adaptar a las necesidades de la sociedad respecto a la temporalidad y el desarrollo de la economía mundial, al ir apareciendo nuevas generaciones con problemáticas distintas.

La Constitución Política de la República del Ecuador, consagraba normativa referente a los recursos naturales no renovables, dándole su principal característica, en el Art. 247, “de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado” (Constitución Política de la República, 1998); planteando reglas para la asignación y propagación del sector hidrocarburífero, pero no enfatizaba mucho en el tema. Así mismo, la Constitución de la República, reafirma la propiedad de los recursos naturales no renovables en su Art. 1, inciso segundo, el cual recita lo siguiente: “Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.” Este precepto, elimina la posibilidad de renuncia del derecho a la propiedad de

los recursos naturales no renovables; y, a su vez, la Constitución de la República, reafirma esta premisa, indicando lo siguiente en su Art.408:

“Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables (...). Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.”
(Constitución de la República, 2008)

El Art. 408, también esclarece que el monto de las ganancias por parte del Estado no podrían ser inferiores a las de la compañía contratante, ya sea por la propiedad de los recursos naturales no renovables como el de la superficie donde se encuentra, lo cual no se encontraba claro en la Constitución Política de la República y al mismo tiempo condicionando siempre a la búsqueda del principio fundamental de la Carta Magna, el buen vivir.

El segundo inciso del artículo antes mencionado, constituye el principio fundamental en lo económico para la nueva contratación petrolera; hay que distinguir que habla de beneficio que no es lo mismo que ingresos sino que se refiere a la utilidad neta, es decir a la ganancia neta que tiene que tener el Estado sobre la producción del área asignada a la contratista.

Los recursos naturales no renovables están definidos como “los medios que ofrece espontáneamente la naturaleza y aprovecha el hombre en su beneficio” (Pastor, pág. 110, 1964). Los cuales son de propiedad del Ecuador y es deber del Estado ecuatoriano el desarrollarlo de una manera responsable,

incentivando la protección del medio ambiente y priorizando los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Art. 317 de la Constitución de la República indica que:

“Art. 317.- Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico (...)” (Constitución de la República, 2008)

Ésta previsión constitucional denota la búsqueda para llegar a encontrar un punto medio entre el desarrollo del sector hidrocarburífero y la protección del medio ambiente y de las comunidades indígenas insertas en la Amazonía ecuatoriana. Estableciendo a su vez, en el Art. 407 de la Constitución de la República que:

“Art. 407.- (...) se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.” (Constitución de la República, 2008)

Dicho artículo que prohíbe la exploración y explotación sin autorización del Ministerio del Ramo y establece claramente que sólo el Estado podrá delegar la producción, exploración y explotación de hidrocarburos en el Ecuador.

Para salvaguardar el cumplimiento de este derecho primordial y base de la política de estado, se establecen parámetros para el desarrollo de los sectores

potencialmente explotables y rentables, los cuales pueden dar estabilidad económica pero a su vez, como toda actividad económica trae riesgos, en este caso que pueden producir daños ambientales, éstos deben ser evitados y si fuere el caso, remediados por parte de los responsables. En este caso, el Art. 15 de la Constitución de la República, indica que: “el Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto”.

A su vez, el Art. 57, numerales 4, 5, 6, 7 y 17 de la Constitución de la República, establecen que: “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, (...), los siguientes derechos colectivos:”

“4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos;(...)”. Obligación del Estado ecuatoriano, que protege las tierras de las comunidades ancestrales y no permite que les sean quitadas por intereses económicos y deben ser protegidas para preservar su cultura.

“5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita;” esta premisa, les da más seguridad a las comunidades ya que estas no deberán de tener que pagar por algo que les pertenece por su cultura y descendencia.

“6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras;” lo cual les permite la protección y permanencia de su cultura y forma de vida.

“7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles

ambiental o culturalmente (...). Este es un derecho esencial para las comunidades indígenas, ya que estas son las responsables de la difusión de su cultura y costumbres, por lo cual a través de la consulta previa se difunde lo que se realizará en el sector explicando observándose la decisión mayoritaria de la comunidad, especialmente cuando se refiere a la exploración y explotación de hidrocarburos, pero a su vez, la opinión contraria de las comunidades de no realizar la exploración, explotación o producción de petróleo crudo en sus tierras ancestrales no genera un derecho a veto por parte de la comunidad. La autoridad competente deberá tomar la decisión motivando la resolución en concordancia con el Art. 398, inciso tercero de la Carta Magna que indica lo siguiente: “Art. 398.- Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.” (Constitución de la República, 2008)

“17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos;” estos dos derechos fomentan la participación ciudadana, especialmente en temas concernientes a las comunidades las cuales pueden ser afectadas por la exploración o explotación de hidrocarburos cuando ésta se hace en forma irresponsable que no permita la protección de sus comunidades, violentándose derechos establecidos de la misma manera en la Carta Magna. (Constitución de la República, 2008)

El Art. 313, inciso tercero, de la Constitución de la República establece cuales son considerados sectores estratégicos indicando que:

“Art. 313.- (...) se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el

agua, y los demás que determine la ley.” (Constitución de la República, 2008)

Clasificando así, como sector estratégico, a los recursos naturales no renovables; los cuales están definidos como “(...) aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social (...)”(León y Figueroa, pág. 842,2012) y son de manejo exclusivo del Estado ecuatoriano a través del Ministerio Coordinador de los Sectores Estratégicos, ministerio a cargo del manejo y control de los sectores estratégicos, como bien lo dice su designación, en el Ecuador.

Para el desarrollo responsable del sector hidrocarburífero, la Constitución de la República en su Art. 315, reza lo siguiente:

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. (...) La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos (...)”. (Constitución de la República, 2008)

Norma específica que por mandato constitucional protege la propiedad del Estado ecuatoriano respecto a los recursos naturales no renovables, haciendo respetar su derecho de ser prioridad en el momento de asignarse áreas de exploración y explotación hidrocarburífera a las compañías y estableciendo también obligaciones para ambas partes, indicando a su vez, en el Art. 316 que:

“Art. 316.- (...) el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.”(Constitución de la República, 2008)

Artículo, que sustenta fehacientemente lo establecido en el Art. 315 y a su vez, fija las etapas en las cuales el Estado ecuatoriano, a través de sus filiales, pueda entregar un bloque a una compañía privada para la exploración y explotación de hidrocarburos.

El Art. 400, inciso primero, de la Carta Magna, determina que el Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Lo que quiere decir, que la Constitución de la República protege a su vez a las comunidades indígenas, por lo cual, se obliga a las compañías públicas y privadas, remediar los daños ambientales causados como efecto de la exploración y explotación de hidrocarburos. A su vez el Art. 71, inciso segundo, indica que: “el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”(Constitución de la República, 2008)

El Art. 72, inciso segundo, señala que:

“Art. 72.- (...) en los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para

eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas (...)”
(Constitución de la República, 2008)

Potestad constitucional que le da al Estado ecuatoriano, de decidir la manera y las circunstancias como se dará la remediación ambiental, identificando primeramente el tamaño del impacto ambiental y la gravedad del mismo.

Lo que garantiza y protege la integridad física y la salud de los habitantes de las comunidades indígenas, no permitiendo que las compañías tanto públicas como privadas, se aprovechen de estas y cumplan con sus obligaciones prohibiendo la sobre explotación del sector y conservando la armonía e integridad del ambiente y sus componentes complementarios.

El nuevo marco jurídico-constitucional sienta las bases de un nuevo modelo de Estado para el país, por medio de la expresión soberana de la ciudadanía y de respeto irrestricto a sus derechos con miras a desarrollar un proyecto nacional inspirado en la rica diversidad del país; requiriendo para el cumplimiento de sus objetivos, un nuevo marco jurídico concebido de manera integral, que recoja los criterios, e inquietudes de todos los actores que directa e indirectamente están vinculados con la actividad hidrocarburífera del Ecuador.

La Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos es coincidente con los principios y valores de la Constitución de la República del año 2008, que promulga los mecanismos que viabilicen la correcta administración de los recursos naturales no renovables, que pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado, y que promueven el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, la conservación de la naturaleza y el cobro de regalías, minimizando impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y a su vez económico.

2.3 Ley reformativa a ley de hidrocarburos y el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos

Con el pasar del tiempo y al no adecuarse de manera precisa el articulado de la Ley de Hidrocarburos, surge la necesidad en el sector petrolero de una nueva normativa y una nueva estructura institucional. El ordenamiento jurídico anterior permitía que se desarrolle una actividad hidrocarburífera que no defendía coherentemente los intereses nacionales; la explotación del petróleo crudo durante muchos años fue en gran medida un factor de apoyo a las inequidades y desigualdades expresadas en los beneficios recibidos por una sola parte del sector hidrocarburífero, criterios que se enmarcaban en un modelo unilateral y de exclusión para el Estado, que no participó mayoritariamente de los volúmenes de producción del petróleo crudo, de las regalías e ingresos que esta actividad produce, razón por la cual, el Gobierno ecuatoriano tomó la decisión de reformar la Ley de Hidrocarburos y modernizar el marco normativo que se encontraba vigente, adecuándolo a las necesidades actuales del sector hidrocarburífero y a la Constitución de la República del Ecuador.

La tendencia reciente de los precios internacionales del petróleo crudo y gas natural, sumado a las expectativas existentes de grandes yacimientos de crudos pesados en el pre cretácico, bloques del sur oriente y bloques de costa afuera del mar territorial, en el Ecuador, así como la necesidad de brindar transparencia y seguridad jurídica a los inversionistas privados nacionales e internacionales, han impulsado imperativamente el desarrollo de esta nueva Ley que abre el camino a la inversión dentro de un marco jurídico seguro, que garantiza la estabilidad contractual de las personas naturales y jurídicas, nacionales e internacionales, dedicadas a la actividad hidrocarburífera del Estado ecuatoriano y de las comunidades indígenas.

El progreso y desarrollo social del Ecuador es competencia y responsabilidad del Estado, en un marco de justicia y equidad, que cuente con recursos económicos provenientes de los recursos naturales no renovables, mediante su

óptimo aprovechamiento, razón por la que se requiere de una ley que garantice e impulse una industria petrolera nacional moderna, eficaz y eficiente que genere mayores ingresos para el fisco.

En consecuencia, el 27 de julio de 2010 se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 244 la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, la misma que dispuso en su Disposición Transitoria Primera la adopción de un nuevo modelo contractual para la exploración y explotación de hidrocarburos.

Lo que se quería conseguir, principalmente, con la reforma a la Ley de Hidrocarburos era el aumento de las ganancias del Estado respecto a las compañías contratantes, utilizando un contrato que beneficie al Estado, ya que el modelo contractual que se venía utilizando no era favorable en cuanto al porcentaje que ganaba la compañía en comparación al porcentaje que le correspondía al Ecuador.

Los nuevos contratos creados para este fin, los contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, se regulan en el Art. 16 de la Ley de Hidrocarburos el cual manifiesta que:

“Art. 16.- Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquéllos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan a realizar para con la Secretaría de Hidrocarburos, con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera en las áreas señaladas para el efecto, **invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados (...)**” (Ley de Hidrocarburos, 2010)

Así mismo, el Art. 16 de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, especifica que la inversión realizada por parte de las contratistas será a su cuenta y riesgo; como también fija y regula el contrato en cuestión, indicando la modalidad de pago y retribución el servicio prestado por parte del Estado ecuatoriano a la compañía operadora. A su vez, en la reforma a la Ley de Hidrocarburos, se elimina toda referencia a reembolso y se incluye la referencia a la tarifa y el concepto de margen de soberanía. El pago a la contratista es contingente a que exista un saldo positivo luego de descontado el margen de soberanía de los ingresos brutos, se realiza a través de una tarifa pre establecida por las partes contratantes.

El Art. 31-Ade la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos regula la modificación de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos; textualmente establece que:“Art 31 A.- Si conviniere a los intereses del Estado, los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos podrán ser modificados por acuerdo de las partes contratantes y previa aprobación del Ministerio Sectorial” (Ley de Hidrocarburos, 2010); artículo que esclarece que es decisión del Estado, según su conveniencia, la suscripción de contratos modificatorios con compañías petroleras, ya sean públicas o privadas, extranjeras o ecuatorianas, ya que debe respetarse también el derecho de la naturaleza intentando hacer prevalecer el bienestar del territorio ecuatoriano.

Anteriormente, EP Petroecuador, era la empresa pública facultada para la administración y suscripción de los contratos petroleros. El artículo agregado por la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y Ley de Régimen Tributario Interno, a continuación del Art.12 de la Ley de Hidrocarburos, crea la Secretaría de Hidrocarburos, entidad adscrita al Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, encargada de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros, como consta a continuación:

“Art. 6-A.- Secretaría de Hidrocarburos (SH).- (...) Atribuciones.- Son atribuciones de la Secretaría de Hidrocarburos, las siguientes:

- a. Suscribir, a nombre del Estado ecuatoriano, los contratos de exploración y explotación, industrialización y transporte, previa adjudicación por parte del Ministerio Sectorial;(…)
- g. Administrar las áreas hidrocarburíferas del Estado y asignarlas para su exploración y explotación (...). (Ley de Hidrocarburos, 2010)

2.4 La ley reformativa a la ley de hidrocarburos

Anteriormente, en el año 1971, el sector hidrocarburífero ecuatoriano se encontraba regulado por la Ley de Hidrocarburos N° 1459, publicada en el Registro Oficial N° 322 de 1 de octubre de 1971, ley que con posterioridad fue reformada varias veces a través del tiempo, ya que las necesidades del sector cambian constantemente por efecto de la globalización tomando en cuenta que la tecnología y los avances científicos se expanden y se van dando nuevos descubrimientos, lo que facilita el desarrollo del sector. A su vez, los recursos naturales no renovables en el Ecuador, se han convertido en uno de los principales ingresos económicos al presupuesto general del Estado por lo cual, nace la necesidad de un nuevo marco jurídico institucional, que principalmente se encuentre en concordancia a la Constitución de la República.

De las reformas a la Ley de Hidrocarburos desde su expedición hasta la presente fecha, conviene destacar la Ley N° 101, publicada en el Registro Oficial N° 306 de 13 de agosto de 1982, que introdujo el Contrato de Prestación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos, en el que, si bien el 100% de la producción pertenecía al Estado, los costos de producción a pagarse a los Contratistas, incorporaba costos, gastos, amortización de inversiones y tasa por servicios, sin límites, lo que provocaba que en los casos de caída de los precios del crudo en el mercado internacional, el Estado adquiría obligaciones superiores a los beneficios que percibía, lo que convirtió

a éste Modelo es inaplicable, obligando a adoptar un nuevo Sistema de Contratación.

Mediante Ley N° 44, publicada en el Registro Oficial N° 326 de 29 de noviembre de 1993, se estableció el Contrato de Participación, por el cual el Estado ecuatoriano pagaba a la Contratista con un porcentaje de la producción independientemente de los costos de producción; además se adoptó, el Sistema de Contratos de Campos Marginales, que permite inversiones privadas en áreas de baja rentabilidad, o en los que se requiera tecnologías especiales para su reactivación.

La Ley N° 2006-42, publicada en el Registro Oficial N° 257 de 25 de abril de 2006, permitió corregir el desequilibrio económico en contra del Fisco, que se produjo con el incremento de los precios en el mercado internacional, y obligó que el Estado ecuatoriano participe con por lo menos el 50% de los ingresos extraordinarios que reciben las Contratistas por tales incrementos.

Estas y otras reformas realizadas, no habían sido suficientes para atender la dinámica del manejo de los hidrocarburos y sustancias asociadas, ni para obtener los beneficios necesarios de su explotación a favor del Estado, por lo cual, se consideró por parte del Estado ecuatoriano indispensable la expedición de reformas a la Ley de Hidrocarburos, Ley de Régimen Tributario Interno y Código del Trabajo, que además de priorizar el interés nacional, la racionalización de su explotación y aprovechamiento, general el fortalecimiento de la participación de la Empresa Pública, el fomento del desarrollo tecnológico e inversión de riesgo, así como la adopción de un marco institucional y un modelo contractual, en los cuales el Estado tenga la capacidad de adoptar decisiones oportunas y soberanas, en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera.

Razón por la cual, la Asamblea Nacional expidió la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 244, el 27 de

julio de 2010, legislación que contempla la reglamentación del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

La Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos diseña un marco jurídico adecuado que norma y regula todas las actividades en materia hidrocarburífera, establece en forma clara y precisa los procedimientos, mecanismos y acciones para las fases de la exploración, explotación, transporte, almacenamiento, refinación, y comercialización de los hidrocarburos, otorga un marco de igualdad y respeto con seguridad jurídica para los sectores público y privado, nacional e internacional, constituyéndose en una herramienta jurídica ágil, expedita y moderna que da sustentabilidad, desarrollo, permanencia y crecimiento al sector petrolero, en armonía con el entorno natural, el ambiente y la utilización de tecnología de punta.

A su vez, esta normativa especializada beneficia al Estado y por ende al gobierno central, gobiernos autónomos descentralizados regionales y seccionales, quienes en épocas anteriores no fueron partícipes de las ganancias que puede generar el desarrollo adecuado de la industria petrolera, ya que contempla la participación igualitaria y equitativa de las regalías e ingresos de la producción petrolera para que con nuevos ingresos se propenda al desarrollo social y económico de todos los sectores de la sociedad, particularmente de las comunidades y zonas de influencia en la que esté ubicado el nuevo proyecto hidrocarburífero.

2.5 Reglamento de aplicación a la ley reformativa a la ley de hidrocarburos y ley de régimen tributario interno

El Art. 7 del Reglamento de Aplicación a la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos establece que:

“Art. 7.- En los casos en que la Secretaría de Hidrocarburos, en base a un informe motivado, determine que las empresas públicas no tienen la capacidad técnica o económica para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación en una determinada área, o establezca motivadamente la conveniencia de delegación a las empresas estatales o subsidiarias de éstas, de los países que integran la comunidad internacional, la Secretaría de Hidrocarburos podrá determinar las áreas y actividades a ser delegadas en forma directa a dichas empresas, las que podrán intervenir solas o asociadas entre empresas estatales.” (Reglamento de Aplicación de Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, 2010)

Como se estableció anteriormente, el Art. 6-A de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, faculta a la Secretaría de Hidrocarburos a suscribir los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos a nombre del Estado ecuatoriano, por lo cual el Art. 7 del Reglamento a la ley antes dicha, impone las características que la Secretaría de Hidrocarburos deberá observar en cada una de las compañías para calificarla como potencial contratista y así solicitar al COLH la recomendación previo informe motivado para la firma del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.

El numeral 4 del Art. 41 del Reglamento de Aplicación a la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos y Ley de Régimen Tributario Interno, contenido en el Decreto Ejecutivo N° 546 de 15 de noviembre de 2010, textualmente establece que: “Art. 41.- Atribuciones y obligaciones.- El Comité de Licitación

Hidrocarburífera (COLH) tendrá las siguientes atribuciones: (...) 4. Recomendar al Ministro Sectorial la aprobación de las negociaciones, modificaciones y terminación de mutuo acuerdo de los contratos.”(Reglamento de Aplicación de Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial N° 330, pág. 8, 2010). En concordancia con el Art. 18-D de la Ley de Hidrocarburos que establece que:

“18-D.- Para la adjudicación de cada contrato y con el Informe Técnico de PETROECUADOR, el Comité de Licitaciones preseleccionará las firmas que reúnan los requisitos de capacidad técnica, solvencia, financiera, económica y operativa: y, el cumplimiento cabal de sus obligaciones en el país.”(Ley de Hidrocarburos, 2010)

Los artículos antes mencionados, lo que intentan es reglamentar la manera de adjudicación de las áreas asignadas y a su vez, controlar que se cumpla con la Ley de Hidrocarburos y la Constitución de la República, demostrando que existe el interés por parte del Estado ecuatoriano en la exploración y explotación de cierta área y posteriormente el beneficio para el mismo Estado ecuatoriano, para que, a su vez, el Ministro del Ramo, disponga la suscripción del contrato con las compañías interesadas que puedan aportar al Ecuador con tecnología avanzada y conocimientos en el sector hidrocarburífero.

El Art. 50 del referido Reglamento de Aplicación a la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y Ley de Régimen Tributario Interno en concordancia con la Disposición Transitoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, textualmente establece que:

“Art. 50.- Alcance de las modificaciones: Las modificaciones contractuales a las que se llegue por acuerdo de las partes, no podrán afectar obligaciones que emanan de la Constitución de la República y de la Ley; podrán involucrar asuntos de carácter técnico, económico, financiero o de otra índole. Estas modificaciones se implementarán a

través de contratos adicionales o modificatorios y podrán aplicarse a todos los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos o sustancias asociadas, de industrialización y transporte.” (Reglamento de Aplicación de Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 2010)

Artículo que establece que las modificaciones que se lleguen a dar durante la negociación del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios Para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, no podrán irse en contra de la normativa interna y siempre deberán de respetar la Constitución de la República del Ecuador, por lo cual se deben establecer parámetros para que no exista renuncia de derechos por parte del Estado.

El Art. 51 del mismo Reglamento de Aplicación a la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y Ley de Régimen Tributario Interno, textualmente establece que: “Art. 51.- Competencia del Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH): Todos los contratos modificatorios o adicionales, deben ser recomendados por el Comité (COLH) (...)” (Reglamento de Aplicación de Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 2010)

Refirmando lo indicado en el Art. 50; y, a su vez, manifestando que sin previa autorización del COLH, para la suscripción de los contratos petroleros, no se puede llegar a firmar el contrato por las partes. Autorización que deberá estar sustentada mediante un informe realizado por los miembros del Comité de Licitación Hidrocarburífera.

La Disposición Transitoria Primera del Reglamento de Aplicación a la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y Ley de Régimen Tributario Interno contenido en el Decreto Ejecutivo 546 de 15 de noviembre de 2010 establece que:

“PRIMERA.- (...) Los contratos que se suscriban en el año 2010 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, podrán establecer al 1 de enero de 2011 como fecha efectiva para el inicio de las respectivas operaciones bajo la nueva modalidad contractual. Hasta que se cumpla la referida fecha efectiva se podrán mantener las operaciones de las contratistas bajo las condiciones contractuales previas a las de la nueva modalidad contractual.”(Reglamento de Aplicación de Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, 2010)

La Disposición Transitoria Primera de la Reforma a la Ley de Hidrocarburos, en su segundo párrafo, establece que el plazo para la modificación contractual, es de 120 días para los contratos de participación y de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos y 180 días para los contratos de prestación de servicios específicos y campos marginales, fecha en la cual deberá hacerse efectivo el Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación Hidrocarburífera, para lo cual el contrato ya debía estar registrado en el Registro de Hidrocarburos, solemnidad primordial para la validez del mismo establecida en el Art. 12 de la Ley de Hidrocarburos, señala lo siguiente: “En la Secretaría de Hidrocarburos se conservará el Registro de Hidrocarburos, en el que deberán inscribirse:a) Las escrituras de constitución, prórroga o disolución de las empresas petroleras de nacionalidad (...)” (Ley de Hidrocarburos, 2010); y, en el Art. 23, inciso primero de la misma ley, que dispone lo siguiente: “Para todo tipo de contrato relativo a la exploración y explotación del petróleo crudo, (...) la inscripción del contrato en el Registro de Hidrocarburos, (...) que tendrá que realizarse dentro de los treinta (30) días de suscrito el contrato.” (Ley de Hidrocarburos, 2010)

CAPITULO III

LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN EL CONTRATO MODIFICATORIO AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

3.1 Los contratos administrativos y las cláusulas exorbitantes:

Los contratos se encuentran definidos en la legislación ecuatoriana, en el Código Civil Art. 1454, el cual define al contrato o convención como: “Art. 1454.- (...) un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.” (Codificación del Código Civil, 2005). Es un acuerdo de voluntades de dar hacer o no hacer algo, que como característica general, especialmente en los contratos administrativos, tiene que existir el consentimiento de las partes, debe ser formal por su naturaleza y el tener un objeto lícito, esto quiere decir que debe existir la voluntad expresa de las partes, ciertas solemnidades a ser cumplidas y a su vez, que el objeto, es decir la obligación en sí, no puede irse en contra de la norma escrita. El contrato constituye una fuente de las obligaciones, las cuales nacen del mismo.

El Art. 1461 del Código Civil nos indica que los elementos esenciales para que se pueda obligar una persona, sea natural o jurídica, en dar, hacer o no hacer algo son: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

Por lo cual, se establece, que no se puede firmar un contrato de cualquier clase con una persona natural o jurídica que no cumpla con los requisitos señalados en el Art. 1461 del Código Civil, es decir, que tenga la edad establecida por la ley para contratar, que en nuestra legislación es 18 años, que su consentimiento no sea dado producto de error, fuerza o dolo; que el objeto del contrato sea legal, que se encuentre de acuerdo con la normativa ecuatoriana;

y por último, que la circunstancia para que se firme el contrato esté permitida por la ley y la costumbre ecuatoriana.

Existen varias clases de contratos, y uno de esos es el contrato administrativo, cuya característica fundamental es que obligatoriamente, una parte de las partes contratantes es el Estado que puede ser representado por cualquier entidad estatal o empresa pública. No puede existir contrato privado con el Estado ya que al ser éste una de las partes tiene características propias y se rige por el derecho público.

Aunque se deba conocer en materia civil lo que se dice sobre los contratos en general, se debe resaltar el hecho de que este modelo contractual es suscrito entre particulares y el Estado ecuatoriano y existe normativa específica para el tratamiento del contrato administrativo, que mayormente está regulado por el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) a partir de su Art. 75, pero particularmente el Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos se encuentra reglado por la Ley de Hidrocarburos y su Reglamento. Cabe señalar, que la Administración Pública, busca un interés común que debe ser protegido por el Estado, es por ello, que existen variaciones en las formas tradicionales de ejecutar y entender los contratos administrativos. Particularidad que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 19 de noviembre de 2003, se sostiene lo siguiente:

“(...) es evidente que la contratación pública es totalmente diferente de la contratación privada, en ésta lo fundamental es la autonomía de la voluntad de los contrayentes, la cual genera los mismos derechos y obligaciones de las partes, a tal punto que el contrato es ley para las mismas; mientras en la contratación pública la autonomía de la voluntad prácticamente se reduce a la aceptación de las condiciones contractuales impuestas, unas por la ley y otras por la administración, la cual previamente formula el texto del contrato a suscribirse (...).”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, pág. 34, 2004)

Los contratos administrativos, se diferencian en muchos aspectos de los contratos entre privados, ya que prevalece la voluntad de la administración, siendo un efecto del contrato las cláusulas exorbitantes, al ser estas manifestaciones de la potestad estatal de supremacía en las partes contractuales.

A su vez, al respecto el Tribunal Constitucional ecuatoriano, explica las diferencias entre los contratos civiles y los contratos suscritos con el Estado ecuatoriano, en la cual dice lo siguiente:

“(...) en beneficio del interés general, lo que permite el ejercicio de potestades extraordinarias que emanan del ordenamiento jurídico y que no tienen equivalente en el Derecho Privado, toda vez que la Administración se coloca en una situación de privilegio frente al administrado, que la habilita a ejercitar prerrogativas que, entre iguales y tratándose de un contrato celebrado a la luz del derecho civil, no tendrían cabida (...)” (Tribunal Constitucional, Registro Oficial Suplemento N° 350, pág.24 ,2006)

En el Ecuador, los contratos administrativos están definidos en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su Art. 75, define a los contratos administrativos como:

“Art. 75.- (...) 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.” (Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, 2002)

Estos contratos se llevan a cabo especialmente cuando por razones tecnológicas, económicas y técnicas, el Estado no puede satisfacer una necesidad básica de los ciudadanos o una actividad exclusiva del Estado, por lo cual, al ser ésta una herramienta del programa general de gobierno, el Estado transfiere a empresas privadas obligaciones estatales que no pueden ser satisfechos por el mismo por falta de insumos técnicos o económicos, para que presten servicios especializados para así edificar un nuevo modelo de Estado y buscar la ratio es sendi del Estado que es el bien común. (Parafraseo, Dromi, pág. 444, 2009)

Los contratos administrativos, tienen elementos sustanciales, que los diferencian de los demás contratos, pero que a su vez, son aplicables a los actos administrativos, elementos que a continuación se detallan:

1. **Sujeto.-** cuando se habla de sujeto, no referimos a las partes contratantes del contrato administrativo, que obligatoriamente debe ser la administración pública representada por cualquier entidad pública o empresa estatal o mixta. A su vez, la otra parte, es decir la contratista, podrán ser personas naturales o jurídicas que pueden ser nacionales o extranjeras, que se encuentren domiciliadas dentro o fuera del territorio nacional. Ambas partes deben sujetarse a las disposiciones legales establecidas para el contrato a firmarse.
2. **El consentimiento.-** este se refiere al acuerdo de voluntades que han llegado las partes al momento de la firma del contrato. Es la expresión de voluntades de los sujetos del contrato que son por una parte la administración pública y por otra la contratista, es decir el deseo de efectuar actos que generen efectos jurídicos entre las partes contratantes.

La voluntad se encuentra dividida en dos partes: la oferta y la aceptación. La oferta, debe contener una intención clara; exteriorizarse; completa y voluntaria,

es decir que no sea obligado por nadie y que no tenga vicio alguno. La aceptación, por otra parte, después de la presentación de la oferta y al verificarse que la misma contiene los cuatro elementos antes mencionados, es indispensable que exista un pronunciamiento motivado por parte de la administración pública, es decir la aceptación o negación por parte de la entidad representadora del Estado, la cual debe ser completa, ya que la entidad contratante debe ser firme en su respuesta y tomar una decisión final antes de dar la respuesta al ofertante respecto a la oferta realizada por el mismo; oportuna, porque deberá dar la aceptación o negación en el momento preciso, sin extralimitarse de los tiempos establecidos al momento de la negociación; y, expresa, refiriéndose a que debe darse a conocer por escrito y formalmente la decisión tomada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado respecto a si se acepta o no la oferta, para así mantener un proceso de negociación estable y ordenado.

La voluntad debe contener tres requisitos básicos: que sea seria, exteriorizada y libre de vicios. Cuando se habla de voluntad seria, quiere decir que al momento de expresarse la voluntad es indispensable que se tenga la intención de producir efectos jurídicos. Al referirse a que la voluntad debe exteriorizarse, quiere decir, que las partes deben manifestar de manera expresa la oferta y la aceptación. Esta voluntad, debe estar exenta de vicios del consentimiento, refiriéndonos al error, fuerza o dolo. Cuando se habla de error de hecho, se refiere a la confusión que puede tener la contratista o la parte contratante respecto al objeto del contrato, la persona con quien se contrata, o la especie del contrato.

Las partes también tendrán que ser capaces para contratar, es decir, principalmente la persona perteneciente a la entidad que firme en representación del Estado, deberá contar con competencia y representación legal suficiente para contratar, esto en razón de la materia, territorio, grado y tiempo según lo estipulado en el Art. 85 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de La Función Ejecutiva (ERJAFE).

3. **El objeto.-** Es la obligación de dar hacer o no hacer. Constituye el conjunto de derechos que se crean, se modifican o extinguen en virtud del acto jurídico. En cuanto al objeto como requisito esencial, tenemos que evidenciar al menos cuatro condiciones importantes:
- a) **Existir:** que la obligación o circunstancia por la cual se firma el contrato, se pueda probar.
 - b) **Posible:** que se pueda realizar a través de un acto jurídico.
 - c) **Determinado o determinable.** que sea susceptible de cuantificación o de medición.
 - d) **Lícito:** Es decir, que no contravenga la legislación ecuatoriana.

El objeto, también es referido como “la finalidad del contrato, es: la intencionalidad de la administración pública, encaminada a señalar el alcance o el propósito de la resolución que emite, para crear un efecto jurídico y práctico determinad” (Secaira, pág. 138, 2008).

4. **La causa.-** En los contratos administrativos, la causa es el fin que conlleva a la firma del contrato según las necesidades de la colectividad que el Estado no puede cubrir por falta de un factor que puede ser económico, técnico o tecnológico, que un particular puede tener. Al ser este un contrato firmado con el Estado, particularmente la causa debe ser real, legal y clara.

La causa, es la razón por la cual se firma el contrato, los antecedentes que llevaron a que exista una necesidad por parte de la entidad contratante, por lo cual esta debe a su vez ser lícita. Esto quiere decir que la causa no puede estar en contra de la legislación vigente y debe encontrarse debidamente motivada por la autoridad pertinente, si no se cumple con este requisito de validez de los contratos en general, se da la nulidad del mismo. El art. 1510 del Código Civil nos indica que no puede existir una obligación sin una causa lícita. Lo que quiere decir que los hechos que llevaron a la suscripción del contrato,

no pueden violentar la ley ni mucho menos contravenirla. Por el contrario en contratación pública, sí es necesario expresar la causa lícita en el contrato administrativo a suscribirse, siendo este un elemento fundamental del modelo contractual.

5. **La forma.-** La forma es uno de los requisitos establecidos para la firma de contratos con el Estado, es la manera como se concretará la negociación cumpliendo con la legislación y así mismo exteriorizando la voluntad de las partes de obligarse a dar hacer o no hacer.

Esta deberá ser estipulada por las partes en el proceso de negociación del contrato, estableciendo tiempos límites y formalidades a seguir según sea el caso o el objeto del contrato a firmarse.

El Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que las solemnidades que se deben seguir para que sea válido y legal la celebración del contrato. Es decir, que sea mediante resolución motivada, por escrito, mediante escritura pública (cuando sea necesario), que la oferta cumpla con los pliegos, autorización por escrito de la autoridad competente y demás estipulaciones establecidas en la ley dependiendo del objeto del contrato. Estas pueden ser requeridas antes de la suscripción del contrato, durante o a posteriori.

La terminación o extinción del contrato administrativo, “se da por razones que hacen al mismo contrato, que tienen relación con los efectos procesales” (Mosset, pág. 39, 2008); es decir, por reglas o cláusulas establecidas en el mismo contrato. Razones que se detallan a continuación:

1. **Cumplimiento del objeto del contrato.-** Cuando ya se ha culminado el objeto por el cual se firmó el contrato administrativo, cumpliendo con las estipulaciones del contrato, cumpliendo las obligaciones de cada una de

las partes, recibíéndose en su totalidad el objeto contractual por parte de la entidad contratante.

2. **Vencimiento del plazo.-** Al momento de la firma del contrato, se debe establecer un plazo de vencimiento del contrato, en el cual deberán estar determinados los objetos de contratación, habiéndose entregado todo el trabajo realizado así como los respaldos del mismo. Cuando este plazo culmina, se da por terminado el contrato suscrito por las partes.
3. **Caducidad.-** Cuando por razones de incumplimiento contractual por parte de la contratista, se da por terminado un contrato, interrumpiéndose el curso del contrato suscrito, dejando sin efecto los acuerdos antes llegados. La declaración de la caducidad contractual, deberá ser debidamente motivada por parte de la autoridad pertinente de la entidad pública contratante.
4. **Unilateralmente o rescate.-** Cuando por cuestiones de interés público, por potestad de la administración se da por terminado unilateralmente un contrato antes de la culminación del plazo o de la entrega del bien o servicio contratado, a cambio de una indemnización acordada posteriormente en un proceso de negociación por las partes contratantes.
5. **Rescisión.-** Para que exista la rescisión del contrato, deben estar estipuladas las razones de rescisión con anterioridad en el contrato, por lo cual, se da por terminado el contrato antes de la ejecución del mismo, de la manera establecida por las partes, con derecho a indemnización.
6. **Resolución.-** Se puede resolver un contrato, cuando antes de su culminación, una de las partes haya incumplido el contrato. La resolución del contrato puede ser declarada por cualquiera de las partes contratantes.

La inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por la Administración tenía la virtud de convertirlo en administrativo, ya que, “según la doctrina dominante en Francia, tal circunstancia hacía presumir la intención de acudir al régimen del contrato público” (Cassagne, pág. 19, 2009). En este tipo de contrato las partes se someten a un régimen jurídico que coloca a la contratista en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración, por medio de cláusulas pre establecidas por la administración pública, las cuales son inamovibles por lo cual, si no son consensuadas es un motivo para que no se llegue a concretar la negociación y posterior forma de contratación, las cuales, según la doctrina ecuatoriana, son llamadas cláusulas exorbitantes.

La doctrina a su vez, nos indica, que “lo exorbitante se encuentra en la facultad de la administración para analizar, calificar, decidir, adjuntar y hacer efectivas dichas estipulaciones, por su propia voluntad y autoridad” (Idrobo, pág. 51, 1984); es decir, la facultad administrativa de realizar las modificaciones o interpretaciones que a su sana crítica salvaguarden los intereses del Estado, ya sean económicos como sociales.

Las cláusulas exorbitantes, no nacen del contrato en sí, sino que se dan a partir de una ley establecida, lo que las hace más difícil de cambiar y por ende no están en discusión en una mesa de negociación, precepto que convierte a la contratista, en un mero ejecutor del contrato que cumple lo dispuesto por la Administración Pública en el contrato y la legislación vigente, ofertando según las necesidades del Estado, al encontrarse la contratista en una posición de subordinación para con la entidad pública contratante. Como la doctrina lo indica, las cláusulas exorbitantes “no tienen carácter contractual sino que son verdaderos ‘poderes’ de la Administración, dado que su origen no está en el contrato sino en la ley” (Durán, pág. 173, 2005).

La justificación de la Administración Pública, para imponer las cláusulas en un contrato en que una de las partes contratantes sea una institución o empresa pública, en representación del Estado ecuatoriano, suscrito por una autoridad

competente, es la supremacía del Estado y tutela de los intereses de la colectividad por sobre los derechos de las compañías contratistas interesadas en invertir y prestar servicios específicos al Estado ecuatoriano por su beneficio económico.

El Art. 106 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, establece que respecto a los sectores estratégicos, la máxima autoridad de la institución pública a contratar emita una resolución motivada demostrando la necesidad de contratar y que a su vez, el Presidente de la República acoja la solicitud y dictamine un reglamento a seguir en la contratación.

Los hidrocarburos al ser un recurso natural no renovable y estar clasificado como sector estratégico, tiene procedimiento previamente establecidos para la suscripción de contratos y que el Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, al ser un contrato suscrito con el Estado, es un contrato administrativo, al cumplirse con las características principales de esta clase de contratos, y especialmente, al tratarse de un contrato que cuenta con la participación del Estado como una de las partes contratantes.

3.2 Análisis del contrato modificatorio al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos:

La discusión del borrador del modelo contractual se realizó por parte del Equipo de Negociación, designado mediante oficio N° 0243-SH-2010, con fecha 24 de agosto de 2010, suscrito por el Secretario de Hidrocarburos de la época, Ramiro Cazar Ayala, de manera simultánea, con todas las compañías que ya habían suscrito contratos de participación, de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en un tiempo máximo de 120 y contratos para la prestación de servicios específicos, por el tiempo máximo de

180 días; plazos que se encuentran establecidos por la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, en la Disposición Transitoria Primera.

El Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, es un contrato administrativo, firmado entre la Secretaría de Hidrocarburos con autorización del Ministro de Recursos Naturales no Renovables y recomendación del Comité de Licitación Hidrocarburífera, en representación del Estado ecuatoriano, según bases previamente establecidas y la contratista oferente.

El modelo contractual establecido para esta clase de prestación de servicios, tan especial para el Ecuador por el valor económico que tiene, es único, esto quiere decir, que las cláusulas generales serán iguales: objeto, fuerza mayor, garantías, seguros, tributos, contabilidad, controles, auditoría, terminación, solución de controversias, etc., en todos los contratos que produzca las mismas obligaciones para las partes contratantes.

“El petróleo crudo es vital para las economías desarrolladas que dependen de la demanda energética, y su acceso y comercio, por tanto, es asunto de decisiones políticas”(A.P.H Van Meurs, pág. 3,1982). Esto nos explica que el petróleo es un tema de orden político, las decisiones son tomadas por el ejecutivo, es decir son planteadas mediante políticas de Estado, así estipulando la forma de manejo del sector hidrocarburífero, dentro del marco jurídico de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley de Hidrocarburos y sus Reglamentos.

La nueva modalidad contractual, establecida en la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, se ajusta a la Constitución de la República y a la política petrolera establecida en la carta magna. Razón por la cual, se han cumplido con todos los presupuestos legales para la elaboración del mismo.

Para la firma de este contrato no existieron bases de contratación, ya que no era una licitación, sino una modificación contractual, por lo cual, se envió a las contratistas un borrador de contrato, el cual haría las veces de propuesta inicial, la que se perfeccionaría en el proceso de negociación.

El modelo de contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, negociado en el 2010 con las compañías petroleras que ya mantenían contratos petroleros con el Ecuador, está estructurado de la siguiente manera: antecedentes, documentos contractuales, marco legal, interpretación, objeto, plazo, área, derechos y obligaciones de las partes, fuerza mayor, garantías y seguros, actividades e inversiones comprometidas, actividades e inversiones adicionales, Explotación Unificada de Yacimientos Comunes, Centro de Fiscalización y Entrega, Pagos, Tributos, Inspecciones, Controles y Auditoría, Manejo de Divisas, Administración y Supervisión, Solución de Controversias, Transferencia o Cesión, Terminación y Caducidad, Ambiente, Bienes, Personal, Contratos Adicionales y Modificatorios, Subcontratos, Confidencialidad, Propiedad de la Información, Declaraciones de la Contratista, Responsabilidad de la Contratista, Notificaciones y Comunicaciones, Efecto Modificadorio, Compromisos y Declaraciones Adicionales, Registros, Cuantía y Gastos. De las cuales se destacan y diferencian del contrato anterior las siguientes cláusulas:

1.- Margen de soberanía

En el modelo contractual del Contrato Modificadorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos se protegen los ingresos mínimos del Estado, la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, se refiere al margen de soberanía, esto es el 25% de los ingresos brutos del contrato, valor que se reserva el Estado ecuatoriano de conformidad con el Art. 16, inciso tercero, de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos.

2.- Inversiones

La cláusula cuatro punto tres punto cincuenta, nace del precepto jurídico establecido en el Art. 16 de la Ley de Hidrocarburos, que dispone que las empresas contratistas, deberán incrementar sus inversiones para mantener o aumentar la producción petrolera si quieren seguir la explotación y producción de petróleo crudo en el país. En la cláusula cuatro punto tres punto cincuenta del contrato, se establece que:

“4.3.50.- Inversiones: Son los egresos efectuados directamente por la Contratista o indirectamente, a través de sus Compañías Relacionadas, dentro o fuera del Ecuador, acordados con la Secretaría (incluyendo los señalados en los Planes, Programas y Presupuestos Anuales) (...)”.
(Modelo de Contrato, 2010)

3.- Interpretación

En referencia a la interpretación del contrato y la norma legal, en caso de que exista algún vacío en la Ley de Hidrocarburos y el contrato en sí, se aplica las disposiciones del Título Décimo Tercero (XIII), Libro Cuarto (IV), del Código Civil, según lo establecido en la cláusula cuatro punto uno punto uno que indica lo siguiente:

“4.1 Interpretación.- Este Contrato Modificatorio es un contrato administrativo, regulado por la Ley Aplicable.

Las Partes convienen en que interpretarán este Contrato Modificatorio de acuerdo con la Ley Aplicable, incluyendo las disposiciones del Título Décimo Tercero (XIII), Libro Cuarto (IV), del Código Civil, dejando establecido que los títulos y el orden de las cláusulas y subcláusulas sólo tienen propósitos de identificación y referencia.”
(Modelo de Contrato, 2010)

En la cláusula cuatro punto uno punto dos, se indica también, que si existiesen estipulaciones contrarias en el contrato y convenios o documentos adicionales, excepto preceptos legales, prevalecerá lo establecido en el contrato:

“4.1.2 Las estipulaciones contractuales prevalecerán, en caso de discrepancia, frente a las contenidas en cualesquiera otros documentos o convenios adicionales anteriores, los cuales han quedado derogados y extinguidos automáticamente mediante la celebración del Contrato.”
(Modelo de Contrato, 2010)

Por otra parte, en ningún caso el contrato puede encontrarse contrario a la legislación vigente del Estado ecuatoriano, según lo señalado en la cláusula cuatro punto uno punto cuatro del contrato en cuestión: “4.1.4 Las Partes aceptan expresamente que en caso que las estipulaciones contenidas en este Contrato Modificadorio contravengan las disposiciones legales o reglamentarias, serán estas últimas las que prevalecerán sobre este Contrato Modificadorio.”
(Modelo de Contrato, 2010)

4.- Idioma

El idioma del contrato obligatoriamente deberá ser el castellano, si se firmase el contrato con personas naturales o jurídicas de idioma extranjero, se podrá traducir el contrato al idioma de las mismas pero deberá inscribirse en el Registro de Hidrocarburos, la versión original que debe ser en castellano, ya que esa versión, será la única válida para las partes, según lo estipulado en la cláusula cuatro punto dos punto uno del contrato: “4.2.1 Este Contrato Modificadorio ha sido redactado y suscrito por las Partes en idioma castellano y dicha versión será considerada para todos sus efectos como la única válida.”
(Modelo de Contrato, 2010); y en el Art. 31, literal m) de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos.

5.- Objeto

El objeto del Contrato es la prestación de servicios a la Secretaría de Hidrocarburos por parte de la Contratista con sus propios recursos y a su solo riesgo, en el Área del Contrato, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Plan de Desarrollo, en el Plan de Actividades e Inversiones Adicionales y los establecidos en la Ley Aplicable, a cambio de una tarifa en dólares, por barril de petróleo crudo extraído en el área del contrato y entregado en el centro de fiscalización y entrega, pagadera en dinero efectivo o en especie con petróleo crudo.

En referencia a lo antes explicado, la cláusula cinco punto uno del modelo contractual del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, señala lo siguiente:

“5.1 Prestación de Servicios.- Este Contrato Modificatorio tiene por objeto la prestación de servicios a la Secretaría por parte de la Contratista, con sus propios recursos y a su solo riesgo, para la exploración y explotación de hidrocarburos, incluyendo Petróleo Crudo, en el Área del Contrato, de conformidad con los términos y condiciones estipulados en este Contrato Modificatorio, y los establecidos en la Ley Aplicable.” (Modelo de Contrato, 2010)

6.- Área

La cláusula séptima del modelo contractual del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, establece que:

“7. El Área del Contrato ha sido delimitada para determinar la superficie en donde la Contratista ejecutará las actividades y prestaciones objeto de este Contrato y sus especificaciones y delimitaciones se establecen

en el Anexo A del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.”(Modelo de Contrato, 2010)

Estipulación contractual impuesta en el Art. 3 del Reglamento de aplicación a la Ley de Hidrocarburos que dispone que la Secretaría de hidrocarburos, sea la entidad pública encargada de la asignación de las áreas del contrato que será explorada y explotada y la administración del mismo.

7.- Fuerza mayor o caso fortuito y situaciones de emergencia

No habrá responsabilidad de las partes en caso de incumplimiento de las cláusulas del contrato, ni se pagará indemnización alguna cuando éste sea consecuencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito o situación de emergencia debidamente comprobada, según lo establecido en la cláusula nueve punto uno punto uno del modelo contractual del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos que textualmente determina lo siguiente:

“9.1.1 Ninguna de las Partes será responsable por el incumplimiento, suspensión o retraso en la ejecución de las obligaciones establecidas en este Contrato Modificatorio, ni estará obligada a indemnizar a la otra Parte por los perjuicios que pudieren causarse, cuando el incumplimiento, suspensión o retraso sea consecuencia directa y necesaria de un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Situación de Emergencia debidamente comprobado.”(Modelo de Contrato, 2010)

Si no se cumpliera con el procedimiento establecido en la cláusula nueve punto uno punto dos, se procederá a declarar la caducidad por parte del Ministro del Ramo según lo dispuesto en el Art. 74, numeral 4 de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, que establece que si ocurriese algún inconveniente producido por caso fortuito o fuerza mayor, la contratista deberá avisarle a la Secretaría de Hidrocarburos en un plazo máximo de 10 días.

8.- Garantías y seguros

La contratista, según el Art. 27 de la Ley de Hidrocarburos, está obligada a presentar dos clases de garantías al momento de la suscripción de este contrato por parte de la contratista. La garantía de fiel cumplimiento, la cual será del 20% de las inversiones comprometidas indicadas en el Plan de Desarrollo. La garantía solidaria de las compañías que se obligan de manera solidaria o integran la Contratista sustituirá la garantía solidaria de su Casa Matriz, por una que se refiera a este Contrato, cuyas copias certificadas formarán parte integrante de este Contrato. Si no cumplen con las obligaciones estipuladas en el contrato en cuestión, según lo indicado en el Art. 28 de la ley de Hidrocarburos, la Secretaría de Hidrocarburos cobrará ese valor vía coactiva.

Estos preceptos jurídicos se encuentran impuestos en el modelo contractual del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la cláusula décima, en la cual señala lo siguiente: “10.1 Garantías.- La Contratista rendirá a favor de la Secretaría, las garantías previstas en la Ley Aplicable, así como en este Contrato Modificatorio, las que se aprobarán y registrarán de acuerdo con las normas y los procedimientos pertinentes.”(Modelo de Contrato, Anexo 1)

9.- Plan de actividades e inversiones

La cláusula once del modelo contractual, establece que las Contratistas se comprometen y obligan a llevar a cabo las actividades estipuladas en el Plan de Actividades e Inversiones Adicionales, incluyendo la obligación de invertir los montos establecidos en el mismo en Actividades de Exploración Adicional, desarrollo, producción y Recuperación Mejorada, adicionales a las actividades contempladas en el Plan de Desarrollo, con el fin de maximizar la recuperación de reservas y obtener producciones incrementales adicionales, a ser ejecutadas por parte de las Contratistas por su cuenta y riesgo.

“11.1 La Contratista se compromete y obliga a dar cumplimiento al Plan de Actividades, a fin de maximizar la recuperación de reservas en el Área del Contrato, y el cumplimiento de la producción de Petróleo Crudo estimada en el referido Plan, conforme a lo señalado en el Anexo B. En este Plan las actividades son de ejecución obligatoria, pero los montos de las Inversiones serán estimativos.”(Modelo de Contrato, 2010)

10.- Plan de actividades e inversiones adicionales

La cláusula doce del modelo contractual, señala que las contratistas se comprometen y obligan a llevar a cabo las actividades estipuladas en el Plan de Actividades e Inversiones Adicionales, incluyendo la obligación de invertir los montos establecidos en el mismo en Actividades de Exploración Adicional, desarrollo, producción y Recuperación Mejorada, adicionales a las actividades contempladas en el Plan de Desarrollo, con el fin de maximizar la recuperación de reservas y obtener producciones incrementales adicionales, a ser ejecutadas por parte de la Contratista por su cuenta y riesgo.

“12.1 La Contratista podrá presentar para la aprobación de la Secretaría uno o más Planes de Actividades Adicionales con actividades e Inversiones adicionales a las previstas en el Plan de Actividades, a fin de impulsar el descubrimiento de nuevas reservas o la implementación de nuevas técnicas para la recuperación mejorada de las reservas existentes.”(Modelo de Contrato, 2010)

El Art. 16, inciso octavo de la Ley de Hidrocarburos, determina que: “Las contratistas garantizarán la realización de las inversiones comprometidas en el respectivo plan de desarrollo o plan quinquenal.” (Ley de Hidrocarburos, 2010)

11.- Pagos

Según el Art. 16 de la Ley de Hidrocarburos, la contratista recibirá el pago de una tarifa a cambio del servicio que presta y el riesgo que incurre sobre la base de cada barril producido en el área del contrato. El Estado ecuatoriano recibe la totalidad de los ingresos extraordinarios resultantes del incremento de precios.

Para la firma del contrato, en contraprestación del servicio, se acordó una tarifa en los procesos de negociación por parte de la contratista y el equipo negociador, tarifa que la contratista recibe como pago de los servicios realizados, según el cálculo establecido en la metodología que se indica en el Anexo L del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.

11.- Producción

La totalidad de la producción petrolera es propiedad del Estado. La cláusula octava, del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, se refiere a los derechos sobre los hidrocarburos, los cuales son derechos exclusivos del Estado ecuatoriano, siendo estos derechos inalienables e irrenunciables según el Art. 1 de la Constitución de la República.

Así mismo, la cláusula ocho punto uno punto uno, nos indica que el Estado ecuatoriano, tiene derecho sobre los bienes utilizados para la ejecución del contrato y la contratista no tiene derecho sobre el bien inmueble o la estructuración para la exploración y explotación de hidrocarburos establecida en el contrato suscrito por las partes y en el Art. 16 de la Ley de Hidrocarburos, en el cual se obliga a la compañía a entregar al Estado ecuatoriano el 25% correspondientes al margen de soberanía el cual sale del valor correspondiente al ingreso bruto.

12.- Tributos

Las empresas no podrán deducir de la base imponible del impuesto a la renta costos exorbitantes financieros, ni gastos de la casa matriz; en relación a los valores pagador referentes al transporte, solamente se les reconocerá el costo real.

“Cláusula Décima Sexta.- Impuesto a la Renta.- La Contratista pagará el impuesto a la renta del 25%, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Régimen Tributario Interno, reformado mediante la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 244 de 27 de julio de 2010.”(Modelo de Contrato, Anexo 1)

En casos de modificaciones en el régimen tributario ecuatoriano, las partes podrán solicitar se aplique un factor de corrección para equilibrar la economía del contrato, el cual deberá ser negociado y acordado por las partes contratantes.

El Art. 90 de la Ley de Régimen Tributario Interno, dispone que las contratistas no podrán deducir del impuesto a la renta las inversiones realizadas al finalizar el año ni tampoco podrán deducirse del impuesto a la renta los pagos correspondientes al transporte de crudo.

13.- Inspecciones, controles y auditoría

La Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador, podrá realizar las inspecciones necesarias en el área del contrato durante la duración del mismo en los momentos que discrecionalmente vean que sean necesarias. Para lo cual, la contratista dará las facilidades.

La Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), es la entidad pública facultada por el Art. 3 de la Ley de Hidrocarburos para realizar las auditorías y los controles permanentes a las contratistas operadoras de los bloques petroleros pertenecientes al territorio ecuatoriano. La Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, deberá realizar auditorías periódicas con el objetivo de controlar y fiscalizar las operaciones que realice la contratista en el área del contrato, previamente aprobadas por el Ministro de Recursos Naturales no Renovables.

14.- Solución de controversias

La cláusula trigésima tercera del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos y el Art. 10 de la Ley de Hidrocarburos, establecen que todo acto administrativo que produzca efectos jurídicos, podrá ser impugnado en sede administrativa; a su vez, disponen que si existiesen discrepancias entre las partes, estas se comprometen a resolver dichos conflictos o disconformidades al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL, vigente y que será administrado por la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya. El arbitraje se llevará a cabo en Santiago de Chile, Chile, en castellano y será en Derecho, bajo la normativa ecuatoriana.

15.- Transferencia o cesión solo con autorización previa

La Contratista no podrá transferir o ceder los derechos y obligaciones derivados del presente Contrato, total o parcialmente a favor de cualquier Persona, sin previa autorización del Ministro de Recursos Naturales no Renovables.

En caso de transferencia o cesión regirán las condiciones y requisitos establecidos en el Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos, expedida en el Decreto

Ejecutivo No. 1363 publicado en el Registro Oficial No. 293 de 27 de marzo del 2001, que reglamenta al Art. 79 de la Ley de Hidrocarburos.

16.- Terminación

En la cláusula trigésima primera del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, se establecen 9 causales para la terminación del mismo:

1) vencimiento del Plazo; 2) acuerdo de las Partes;3) declaratoria de caducidad;4) quiebra de la Contratista;5) insolvencia de la Contratista o de su Casa Matriz;6) extinción de la personalidad jurídica de la Contratista o de su Casa Matriz;7) cesión de bienes;8) sentencia ejecutoriada o laudo arbitral que declare terminación;y, 9) por Fuerza Mayor, Caso Fortuito o Situación de Emergencia que persista por más de 6 meses.(Modelo de Contrato, Anexo 1)

El Art. 29, inciso primero de la Ley de Hidrocarburos dispone que al terminarse el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, se traslade los bienes pertenecientes al patrimonio del área del contrato a la Secretaría de Hidrocarburos, para que ésta distribuya en la manera que considere pertinente.

La caducidad contractual, una forma de terminación del contrato, se da por las siguientes razones: por transferencia o cesión de bienes sin autorización de la autoridad correspondiente; por incumplimiento de las cláusulas del contrato; por incumplimiento de las disposiciones legales; por negligencia; por daños producidos al Estado; por no cumplir con los compromisos u obligaciones ambientales previstos en la legislación aplicable según el Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos.

17.- Responsabilidad ambiental de la contratista

En la Constitución de la República, en su Art. 396, inciso segundo se establece la responsabilidad objetiva, que protege al territorio ecuatoriano y a sus comunidades, de daños ambientales o incidentes ocasionados en contra de las comunidades que viven en el área del contrato. Así mismo el Art. 1 de la Ley de Hidrocarburos, obliga a las contratistas a apegarse a la política hidrocarburífera establecida en el Ecuador y a los lineamientos legales dispuestos para el sector hidrocarburífero.

Es así, que cumpliendo con lo establecido en los artículos antes señalados, en la cláusula vigésima del modelo contractual, las contratistas serán las únicas responsables, dentro del perímetro del área del contrato, de obtener los permisos ambientales, así como de los daños que causen al medio ambiente por la prestación de los servicios por parte de la contratista en el área del contrato. Esto se encuentra establecido en la cláusula vigésima del Contrato Modificadorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

18.- Personal

El Art. 31, literal a) de la Ley de Hidrocarburos que dispone que la contratista debe contratar mínimo 95% de personal ecuatoriano obrero, 90% de personal ecuatoriano para que trabaje en las áreas administrativas y el 75% de personal técnico especializado ecuatoriano.

A su vez, la cláusula vigésima segunda del Contrato Modificadorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, establece que la contratista deberá contratar personal nacional y extranjero, y será la responsable de dar cumplimiento a las estipulaciones del Código de Trabajo. El personal contratado trabajará directamente para la contratista sin tener dependencia laboral alguna con el Estado ecuatoriano.

19.- Contratos adicionales y modificatorios

En cuanto a los contratos adicionales, si la contratista, encontrase yacimientos de gas natural o condensado, podrá suscribir con el Estado ecuatoriano un contrato adicional de conformidad con lo previsto en el Art. 32, inciso segundo de la Ley de Hidrocarburos, el cual señala que: “(...) Los contratistas que celebraren contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, podrán suscribir contratos adicionales para la explotación de gas natural libre si encontraren en el área del contrato yacimientos comercialmente explotables (...)”. (Ley de Hidrocarburos, 2010)

20.- Subcontratos

La subcontratación, estará bajo responsabilidad y riesgo de la contratista. La Secretaría no asumirá responsabilidad alguna por este concepto, ni aún a título de solidaridad. Ésta disposición está estipulada en la cláusula vigésima tercera la indica lo siguiente:

“23.1 Subcontratación.- La Contratista puede subcontratar, bajo su responsabilidad y riesgo, las obras o servicios específicos, necesarios para cumplir con el objeto de este Contrato Modificatorio. Tales obras y servicios serán ejecutados a nombre de la Contratista, la cual mantendrá su responsabilidad directa por todas las obligaciones establecidas en el subcontrato y derivadas del mismo, de las cuales no puede exonerarse en razón de las subcontrataciones. La Secretaría no asumirá responsabilidad alguna por este concepto, ni aún a título de solidaridad.”(Modelo de Contrato, 2010)

21.- Efecto modificatorio

El efecto modificatorio del contrato, nace de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos en la cual se dispone la modificación contractual de los contratos ya suscritos de participación, de prestación de servicios y de prestación de servicios específicos entre las contratistas y el Estado ecuatoriano. El Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, constituye un contrato nuevo, que sustituye y deja el contrato previamente firmado por las partes. Renunciando a su vez, a cualquier reclamo en contra de la República del Ecuador y cualquier entidad del Estado.

3.3 Distinción e incidencias de la inclusión de las cláusulas exorbitantes dentro del contrato modificatorio a contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos

El Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, como todo contrato administrativo, suscrito con el Estado ecuatoriano, contiene cláusulas llamadas exorbitantes por su naturaleza y son inamovibles, es decir, no son negociables al momento de acordar los puntos contractuales. La doctrina ecuatoriana define a las cláusulas exorbitantes como “la ejecución coactiva directa sin recurrir a la función jurisdiccional; a la imposición de multas; a la determinación de garantías; a la orden de embargos y remates; y a la terminación unilateral del contrato.” (Mendoza, pág. 201, 2004).

Las cláusulas exorbitantes, por su particularidad de representar un interés colectivo por sobre el interés particular de las compañías, trae preceptos negativos y positivos a la vez; positivos al cien por ciento para el Estado ecuatoriano sometiéndose en todo momento a la legislación ecuatoriana, pero para las compañías contratistas encargadas de la ejecución y cumplimiento del

objeto del contrato en cuestión que es la exploración y explotación de hidrocarburos en el área asignada previamente por el Estado. Área que deberá ser protegida y remediada en el momento indicado por el Ministro del Ramo, según las estipulaciones en la legislación ecuatoriana, conllevan a inseguridades al momento de la suscripción del contrato, pero que éstas mismas, son mermadas por el beneficio económico y las circunstancias positivas del contrato que llegan a equilibrar la sensación de inseguridad por parte de las compañías contratistas.

Las cláusulas exorbitantes, al emanar de la ley, pueden ser producto de cambios o modificaciones legales y a su vez contractuales según la conveniencia para la colectividad del Estado ecuatoriano, según la sana crítica del mismo y las necesidades que aparezcan; ya que “la Administración Pública, al asumir el servicio objetivo de los intereses generales (...) dispone para ello de un elenco de potestades exorbitantes del Derecho común, de un cuadro de poderes de actuación de los que no disfrutaban los sujetos privados (...)”. (García y Fernández, pág. 49, 1999)

Es importante evidenciar, que el poder conferido por la Constitución de la República del Ecuador y la legislación aplicable a la Administración Pública, no es arbitrario, ya que cumple con el ordenamiento jurídico ecuatoriano cumpliendo con la estipulación legal establecida en el Art. 226 de la Constitución de la República del año 2008, en el cual se indica que la Administración Pública sólo puede hacer lo permitido por la legislación ecuatoriana, basándose siempre en las estipulaciones jurídicas de la ley vigente.

La legislación ecuatoriana garantiza la protección de los derechos de los particulares; así también, “(...) a diferencia de lo que ocurre en la contratación civil, en la administrativa hay una verdadera desigualdad de las partes, con evidentes prerrogativas para la administración, que se encuentra en una situación de privilegios, con respecto al contratista particular (...)”. (Idrobo, pág.

103, 1993); lo cual no quiere decir que se violenten derechos sino que existe una manifestación del poder de acción unilateral propio de la Administración Pública.

Después del análisis realizado del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, y la definición que nos da la doctrina de las cláusulas exorbitantes, se ha podido determinar las siguientes cláusulas consideradas exorbitantes por su naturaleza y los incidentes que ellas originan:

1. La cláusula décima quinta del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, sobre el Margen de Soberanía.-

El margen de soberanía nace de la normativa legal establecida en el Art. 408, inciso segundo de la Constitución de la República, el cual ordena lo siguiente: "(...) 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 (...)." (Constitución de la República, 2008)

Este precepto jurídico constitucional, evidencia la soberanía del Estado manifestada a través de la potestad de percibir más recursos económicos que la compañía contratista contratada para prestar servicios específico, que en este caso en particular, es la prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.

De conformidad con el art. 408, inciso segundo de la Constitución de la República, se agregó la cláusula décima quinta punto uno de este contrato que dispone lo siguiente: "15.1 Margen de Soberanía.- El Estado se reserva el 25% del Ingreso Bruto del Contrato como Margen de Soberanía, antes de cualquier distribución." (Modelo de Contrato, Anexo 1). Cláusula que obliga a la

contratista a realizar el pago principalmente al Estado, antes de pagar cualquier otro valor establecido en la programación financiera de la compañía.

Lo que se quiso lograr con esta cláusula establecida en el contrato, que es inamovible y no está en discusión al momento de la firma o negociación del contrato, es el obtener una ganancia permanente para el Estado ecuatoriano, al ser éste dueño de los recursos naturales no renovables que se encuentran en el territorio nacional y cambiar la modalidad contractual que antes existía que no permitía que el Ecuador obtenga el beneficio económico merecido, a través de la suscripción del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el sector petrolero.

2. La cláusula décimo sexta punto dos del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, de la Responsabilidad Laboral.-

Esta cláusula del modelo del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, nace de la disposición legal, contemplada en el Art. 94 de la Ley de Hidrocarburos, referente a la participación laboral y su partición, el cual establece que:

“Art. 94.- Participación Laboral: En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado, que lo destinará, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social en salud y educación, a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados que se encuentren dentro de las áreas delimitadas por cada contrato, donde se lleven a cabo las actividades hidrocarburíferas, en partes iguales. Dichos proyectos deberán estar armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo.” (Ley de Hidrocarburos, 2010)

Ésta prerrogativa legal, dispone que en concordancia con lo determinado en el Art. 97 del Código de Trabajo, que establece que: “El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas” (Código del Trabajo, Registro Oficial Suplemento N° 167, 2005); el 15% correspondiente a la participación laboral se reparta entre las comunidades indígenas, a las que les corresponderá el 12% y los trabajadores de las compañías contratistas a quienes les correspondería sólo el 3%. El 12% sería entregado al Estado ecuatoriano para la inversión social destinada para las comunidades indígenas pertenecientes al área asignada a cada contratista.

La cláusula décimo sexta punto dos textualmente dice lo siguiente:

“16.2 Participación Laboral.- De conformidad con el artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos, la Contratista reconocerá en beneficio de los trabajadores que por la Ley Aplicable les corresponda, el tres por ciento de las utilidades, y el doce por ciento restante será entregado al Estado.”(Modelo de Contrato, 2010)

Lo que el Estado ecuatoriano quería lograr con esta cláusula y con el Art. 94 de la Ley de Hidrocarburos, es que las contratistas, tengan responsabilidad social para con las comunidades pertenecientes a las áreas donde se encuentran los bloque petroleros, buscando la estabilidad y los beneficios para las personas que habitan en ese lugar.

El problema que se ha encontrado en la práctica, es que las compañías pagan los valores correspondientes a ese 12% a la entidad encargada designada por el Estado ecuatoriano para disponer y distribuir estos valores y que deberán ser específicamente utilizados por los comuneros para las mejoras sociales de la comunidad donde viven, con responsabilidad, pero aun así, las comunidades siguen demandando a las compañías por el pago de este valor ya que no están muy informados del procedimiento a seguir para la entrega del dinero y los requisitos a cumplir.

3. La cláusula vigésima del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, del ambiente.-

Para poder operar un bloque petrolero, primero debe el Ministerio de Ambiente otorgarle la licencia ambiental a la contratista, la cual deberá estar debidamente motivada y firmada por la autoridad competente. Para que esta licencia sea autorizada, el Ministerio de Ambiente, debe realizar una auditoría ambiental en el área del contrato y así determinar si conviene o no la exploración y explotación de hidrocarburos.

La disposición establecida en la cláusula vigésima del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, nace de la disposición legal estipulada en el Art. 396 de la Constitución de la República del Ecuador, la que obliga a que exista una exploración y explotación responsable por parte de la contratista y así también, dispone que la contratista, restaure los daños causados y resarce al Estado ecuatoriano las afectaciones producidas a las comunidades y al ecosistema.

Lo que implica, que la contratista deberá revertir los daños causados al medio ambiente, por error o negligencia, en el área del contrato, aun si no pudiese la Administración Pública probar su culpabilidad. A su vez, es la única responsable del impacto ambiental producido durante la duración del contrato y deberá incentivar la protección del medio ambiente, utilizando tecnología avanzada que permita cumplir con los estándares establecidos por la Legislación Ambiental como lo indica la cláusula vigésima punto uno, que establece que:

“20.1 La Contratista será responsable, dentro del Área del Contrato, del cumplimiento de las obligaciones, compromisos y condiciones ambientales previstas en la Ley Aplicable y los Estándares de la Industria Petrolera Internacional, y deberá responder, de conformidad

con la Ley Aplicable y este Contrato Modificatorio por los Daños tanto Sociales como Daños Ambientales que pueda causar por la prestación de los servicios objeto de este Contrato Modificatorio.”(Modelo de Contrato, 2010)

Esta cláusula, es beneficiosa para el Estado ecuatoriano, ya que protege su medio ambiente, especialmente las áreas asignadas a contratistas para la exploración y explotación de hidrocarburos, donde viven comunidades ancestrales acostumbradas a su entorno natural.

El inconveniente para las compañías, es que al momento de firmar contratos como consorcios, no se tiene claro hasta qué punto son responsables cada uno de los miembros de los consorcios, o si firman un contrato con una empresa pública petrolera, hasta dónde llega la responsabilidad de la contratista.

4. La cláusula vigésima novena del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, que habla sobre el efecto modificadorio.-

El efecto modificadorio se encuentra definido en la cláusula vigésima novena punto uno punto uno, en la cual se indica lo siguiente: “29.1.1 Este Contrato modifica al Contrato Original, los Contratos Modificatorios Anteriores y cualquier modificación que se hubiese convenido con anterioridad a la suscripción de este Contrato Modificatorio.” Este nace de la disposición transitorio primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos que dispone la modificación de los Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos:

Esta disposición obliga a las contratistas interesadas a seguir invirtiendo el en Ecuador, a modificar sus contratos previamente acordados y que aún no habían sido concluidos los plazos contractuales. Esta es una potestad del Estado establecida en el Art. 31-A de la Ley de Hidrocarburos, que señala lo

siguiente: “Art. 31-A.- Si conviniere a los intereses del Estado, los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos podrán ser modificados por acuerdo de las partes contratantes y previa aprobación del Ministerio Sectorial.” (Ley de Hidrocarburos, 2010)

Esta potestad estatal, tiene a su vez restricciones establecidas en el Art. 50 del Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, en el que se establece que las modificaciones contractuales no pueden causar afectaciones a las partes contratantes y que a su vez, impone limitaciones a las modificaciones contractuales que pudiese hacer la Administración Pública en búsqueda del beneficio comunitario.

Las compañías contratistas señalan que el problema que existe, es que la entidad pública, puede realizar modificaciones no solo contractuales sino también legales, que interesen a la generalidad pero que a su vez, facultad de la Administración Pública de tener una manera diferente de entender, ejecutar e interpretar los contratos que se suscriben con el Estado ecuatoriano, los cuales según las contratistas contraviene el principio de legalidad. Aun así no se puede decir que existe una violación al principio de legalidad ya que para que un contravención legal se pueda dar, es necesario que la ley se contraponga a la Constitución de la República; razón por la que se puede decir que el modelo contractual ni la legislación hidrocarburífera atenta contra el principio de legalidad.

Así también, los contratistas señalan que aunque existiese un cambio en la legislación no debería de afectarles por el principio de la irretroactividad de la ley consagrado en el Art. 7 del Código Civil; a lo que los tratadistas explican que la irretroactividad constitucional impide aplicación de las nuevas estipulaciones legales en circunstancias anteriores a la vigencia de la nueva ley, pero a partir de la promulgación “la nueva ley solamente modifica los efectos presente o futuros de un acto a la vigencia de la nueva ley”. (Larrea, pág. 124, 1979)

A su vez, el Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en su cláusula décima octava punto uno, protege a la contratista de estos cambios en la economía del contrato y establece la cláusula del factor de corrección, en la cual señala que:

“18.1 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 Modificatorio, 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 (...).”(Modelo de Contrato, 2010)

Por lo cual, se puede ver, que la administración pública, intenta a su vez equilibrar la economía del contrato y brindarle a la contratista mayores ventajas sin dejar a un lado los intereses del Estado; y la aplicación de este factor de corrección, prepondera a través de la realización de un sin número de reuniones con representantes del Estado ecuatoriano, para así llegar a un acuerdo de la fórmula de aplicación y pago.

5. La cláusula trigésima del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, que tiene relación con la cesión o traspaso de derechos u obligaciones.-

La cesión de derechos y obligaciones de la contratista transferida mediante acciones de la compañía, debe ser previamente autorizada por el Ministro de Recursos Naturales no Renovables. Procedimiento que tiene como objetivo la protección del cumplimiento de estos derechos y obligaciones, al ser el Estado ecuatoriano exigente al elegir las compañías contratistas que celebrarán contratos con el Estado, imponiendo bases de contratación que priorizan la

capacidad tecnológica, económica y técnica de las compañías, en el sector petrolero.

La cláusula trigésima, nace de la norma legal establecida en el art. 79 de la Ley de Hidrocarburos, razón por la cual es inamovible, que obligan a que exista una previa autorización por parte del Ministro de Recursos Naturales no Renovables antes de la cesión o transferencia de derechos u obligaciones a otra compañía, a la cual, indicándose también, que de ser otorgada la autorización, deberá la contratista que transfiere o cede, pagar una prima.

Al ser éste un acto administrativo, es potestad de la Administración Pública decidir qué compañía será la contratista encargada de la exploración y explotación en el área objeto del contrato verificando a su vez, que cumpla con los requisitos necesarios para poder cumplir con la responsabilidad contractual. Si la compañía contratista no cumpliera con la disposición legal dispuesta en el Art. 79 de la Ley de Hidrocarburos, se podría establecer sanciones tanto administrativas como pecuniarias, como por ejemplo la caducidad contractual.

El ex Presidente, Gustavo Noboa Bejarano, expidió el Decreto Ejecutivo N° 1363, que reglamenta la transferencia y cesión de derechos y obligaciones de las contratistas del Estado en el sector petrolero. El cual, en su Art. 2, señala lo siguiente:

“Art. 2.- La transferencia o cesión, total o parcial, se efectuará únicamente a favor de empresas nacionales o extranjeras previa y debidamente calificadas, de acuerdo con las condiciones y requisitos exigidos por la ley y reglamentos y bajo las condiciones económicas más favorables para el Estado (...)”. (Reglamento de Transferencia de Contratos de Hidrocarburos, 2001)

A su vez, en el Art. 7 del Decreto N° 1363, se establece un valor a pagar cuando por decisión de la contratista y al haber obtenido la autorización por parte del Ministerio del Ramo, se hayan cedido o transferido derecho u

obligaciones a una nueva compañía, el cual textualmente manifiesta lo siguiente:

“Art. 7.- Toda transferencia o cesión de derechos, parcial o total, a terceros o entre miembros de un consorcio o asociación, o entre empresas matrices, filiales o subsidiarias o a cualquier persona vinculada o no con el contrato principal, está sujeta al pago de la prima y al mejoramiento de las condiciones económicas del contrato en beneficio del Estado Ecuatoriano.

Las empresas o consorcios involucrados en transferencias o en cesión, a cualquier título, de acciones y participaciones, siempre que ello implique un cambio actual o posterior de la operación del contrato, o que cambie su denominación o razón social, deberán sujetarse a lo previsto en el presente decreto ejecutivo respecto al pago de primas y mejoramiento de condiciones económicas del contrato.

Por consiguiente, no existirá excepción alguna que impida el pago de los montos dispuestos en este decreto, por los porcentajes y montos previstos.” (Reglamento de Transferencia de Contratos de Hidrocarburos, 2001)

Esta disposición legal, se promulgó para salvaguardar los intereses del Estado otorgándole a la compañía contratista el derecho al uso y goce de sus bienes, patrimonio y sus beneficios económicos provenientes del Contrato Modificadorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, pero al mismo tiempo, al haber suscrito un contrato con el Estado renuncia a la libre venta y disposición de los derechos contractuales o de las acciones de la compañía que se encontraren circulando en la bolsa. Por consiguiente al suscribir un contrato con el Estado, la contratista está aceptando la discrecionalidad del Estado de autorizar o no la venta o transferencia de acciones de la compañía o derechos y obligaciones contractuales.

Para el Estado ecuatoriano, es importante el tener contratistas de alto rendimiento, que cuenten con la tecnología, economía y técnica suficiente como para explorar y explotar hidrocarburos, protegiendo al medio ambiente y teniendo responsabilidad social con las comunidades indígenas que son oriundas de las áreas asignadas a cada contratista; razón por la cual es necesaria su autorización previa, para así poder tomar la decisión correcta de si la compañía interesada cumple con los requisitos previamente establecidos por el gobierno ecuatoriano.

Así también, señalan que la autorización de ceder o transferir derechos u obligaciones se encuentra bajo la sana crítica del Ministro de Recursos Naturales no Renovables, quien según la cláusula trigésima punto uno:

“30.1 Transferencia o Cesión solo con Autorización Previa.- La Contratista no podrá transferir o ceder los derechos y obligaciones derivados de este Contrato Modificatorio, total o parcialmente a favor de cualquier Persona, sin previa autorización del Ministerio. Cualquier Transferencia o Cesión realizada en contravención a esta cláusula será considerada nula y dicho acto constituirá una causal de caducidad, de conformidad con lo previsto en la Ley Aplicable y en este Contrato Modificatorio.”(Modelo de Contrato, 2010)

Circunstancia la cual parece subjetiva para las compañías contratistas suscriptoras del Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, ya que la decisión se tomará según la autoridad que se encuentre en el cargo, sin tener opción a una segunda opinión; por cuanto no existe otra autoridad competente para apelar a la resolución del Ministro del Ramo.

Por otra parte, cabe recalcar, que ésta estipulación contractual, es totalmente objetiva, ya que el contratista desde el momento de la suscripción del contrato, sabe que no puede ceder ni transferir derechos ni obligaciones a otra sin

autorización previa del Ministro de Recursos Naturales no Renovables, autoridad facultada por el Presidente de la República para dar la autorización y al no cumplir con esta prerrogativa legal, se estaría contraviniendo con el principio de pacta sunt servanda contemplado en el Art. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, principio internacional que quiere decir que: “(...) lo estipulado por las partes, cualquiera que sea la forma de estipulación, debe ser fielmente cumplido; o sea que se ha de estar a lo pactado (...)”. (Ossorio, pág. 218, 2007)

El Art. 77 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), señala que: “Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este Estatuto y la Ley respectiva” (Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, 2002). Lo que quiere decir que hay impugnación en los contratos administrativos en sede administrativa conforme a lo establecido en la ley aplicable, ya que los contratos administrativos son producidos mediante un acto administrativo, por lo tanto, al igual que cualquier otro acto de la administración éste puede ser impugnado ante un tribunal administrativo competente.

6. La cláusula Trigésima Primera del Contrato Modificadorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, se refiere a la terminación y caducidad del contrato.-

La cláusula de la caducidad del contrato, nace de una normativa legal establecida en los artículos 74 y 75 de la Ley de Hidrocarburos; estipulación legal que establece que la declaración de la caducidad del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, la realizará el Ministro de Recursos Naturales no Renovables, lo que significa que el Ministro se convierte en la máxima autoridad administrativa en referencia a la impugnación contractual. A su vez, establece también cuales son las causales

para la declaración de la caducidad que en su conjunto son incumplimientos a las obligaciones contractuales establecidas en el contrato por las partes contratantes. Lo que implica que la declaratoria de caducidad es una sanción contractual que se produce por el no cumplimiento de las cláusulas contractuales previamente establecidas y negociadas por las partes contractuales.

Preceptos legales que denotan que al momento de la declaratoria de la caducidad contractual por parte del Ministro del Ramo, la cual es potestad de la Administración Pública mediante un acto administrativo que produce el efecto de la devolución del área asignada a la contratista, es decir la reversión de los bienes al Estado ecuatoriano; efecto que según las contratistas no tienen una instancia administrativa donde apelar en vía extra judicial, es decir sólo pueden interponer un recurso en vía judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

En sentencia de 7 de septiembre de 1990, la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo argumentó lo siguiente:

“(...) si ya han quedado terminadas, concluidas o extinguidas las obligaciones recíprocas derivadas del contrato (...) ya no hay contrato del que pueda derivarse alguna controversia (...) En el evento de terminación unilateral de los contratos públicos (...) al contratista solo le queda el derecho de impugnación ante este Tribunal, de todo acto administrativo”. (Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1990)

El efecto de la caducidad, es la reversión efectiva del área del contrato, que está establecido en la cláusula trigésima primera punto tres del Contrato Modificadorio al Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, la cual estipula lo siguiente:

“31.3 Efectos de la Declaratoria de Caducidad.- La caducidad de este Contrato Modificatorio, implica la inmediata terminación de este Contrato y la restitución al Estado del Área del Contrato y la entrega de todos los equipos, herramientas, maquinarias, información técnica actualizada y otros elementos, instalaciones industriales o de transporte y comercialización y de más muebles e inmuebles, adquiridos con destino a su uso en las actividades objeto de este Contrato Modificatorio, sin costo alguno para la Secretaría y el Estado ecuatoriano, y con lleva además la ejecución automática de las garantías otorgadas conforme a este Contrato Modificatorio.”(Modelo de Contrato, 2010)

El efecto de la caducidad es la inmediata reversión del área del contrato y los bienes pertenecientes a la misma, que por ministerio de la Ley, corresponden al Estado ecuatoriano como propios, sin permitirle recurrir a una instancia administrativa superior al Ministro del Ramo para interponer un recurso de apelación sobre la sanción impuesta por él mismo. Es decir no se puede apelar sobre la misma instancia que ya revisó anteriormente el proceso y tomó una decisión sobre el mismo.

Si bien la compañía contratista podría impugnar la resolución del Ministro que declara la caducidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dicha impugnación solo tendría el carácter de devolutivo y no de suspensivo es decir de todas maneras la reversión del área contractual se produciría hacia el Estado. Aun cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o la Corte Nacional de Justicia o la Corte Constitucional se pronuncien a favor de la contratista el tiempo que esto tomaría es demasiado largo y el campo o campos productores del contrato en cuestión pueden ya haberse agotado, por lo que se necesita un proceso más ágil.

El Art. 76 de la Ley de Hidrocarburos, dispone plazos previos para la declaración de caducidad a efectos de poder resolver la obligación no cumplida o probar el cumplimiento de la obligación, que se encuentran a merced de las resoluciones emitidas por el Ministro del Ramo, el cual señala que:

“Art.- 76.- Previamente a la declaración de caducidad de un contrato, el Ministerio del Ramo notificará al contratista fijándole un plazo no menor de treinta ni mayor de sesenta días, contado desde la fecha de la notificación, para el cumplimiento de las obligaciones no atendidas o para que desvanezca los cargos.” (Ley de Hidrocarburos, 2010)

A su vez, en la cláusula Trigésima Primera punto uno del Modelo Contractual describe el procedimiento a seguir en caso de declararse la caducidad del contrato, el cual tiene como propósito del salvaguardar los intereses de la colectividad. El Ministro de Recursos Naturales no Renovables, al momento de declarar la caducidad del contrato deberá motivar la resolución de manera objetiva, analizando la violación legal o el incumplimiento contractual en el que ha incurrido la contratista y revisando si la sanción que se quiere imponer es justa en comparación con el error incurrido por la contratista; cumpliéndose de igual manera por parte del Ministro del Ramo, con el debido proceso estipulado en la Ley de Hidrocarburos y el modelo contractual.

Pero así también se debe realizar una ponderación entre el cumplimiento del principio de *pacta sunt servanda* y el principio de proporcionalidad; ya que si establecemos que las estipulaciones contractuales deben ser respetadas por las partes en todo momento, y asumiendo que las partes contratantes tienen conocimiento previo del modelo contractual y la legislación vigente y aplicable ecuatoriana, por ende conocen las causales de la caducidad que se encuentra reguladas por la ley y el modelo contractual, por lo cual no debe existir el incumplimiento contractual y queda bajo la sana crítica del Ministro del Ramo la tolerancia del quebrantamiento del principio de *pacta sunt servanda*.

Las cláusulas exorbitantes no se ejercen arbitrariamente, siempre deben apegarse al ordenamiento jurídico ecuatoriano como todo acto de administración, por ende cabe recalcar que se debe presumir el cumplimiento de los principios de legitimidad y de ejecutoriedad, a los que se refiere el Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: “los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten”. (Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, 2002)

CAPITULO IV

4.1 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Después de la investigación realizada y aplicando las técnicas de análisis dogmáticas, exegéticas e históricas, recurriendo a las técnicas de la hermenéutica jurídica con sus respectivas herramientas, se ha podido llegar a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

4.1.1 Conclusiones.-

En el Ecuador, no existe un cuerpo legal en el cual se encuentren regladas las disposiciones legales para el tratamiento de las cláusulas exorbitantes como a su vez una definición de las mismas, éstas son solamente definidas en la doctrina, por lo cual, no existen límites para la aplicación de las cláusulas exorbitantes en contratos administrativos, lo que le permite a la Administración Pública, realizar los cambios que le parezcan pertinentes para buscar el bien común y beneficios estatales.

Las cláusulas exorbitantes nacen de prerrogativas legales, que se dan por efecto de un contrato administrativo, los cuales buscan el beneficio de la colectividad, basándose en el interés general y en las políticas de Estado dispuestas en la Constitución de la República y son potestad de la Administración Pública.

Las cláusulas exorbitantes son manifestaciones del poder del Estado que se producen a través de un acto administrativo; por lo que al momento de suscribirse un contrato con el Estado ecuatoriano, se reconoce la existencia de una desigualdad de las partes contratantes, pero al mismo tiempo se proyecta el equilibrio económico que produce el modelo contractual para la contratista que, sabiendo previamente el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la reglamentación del contrato, decide suscribir el contrato con el Estado.

Las cláusulas exorbitantes establecidas en el modelo contractual, cumplen con las leyes y la Carta Magna y aplicables de la legislación ecuatoriana, por lo cual, no se puede decir que violan el principio de legalidad, al estar nacer de una ley. La única razón por la que se puede violar el principio de legalidad es cuando una ley se encuentra en contraposición con la Constitución de la República y fuese declarada inconstitucional por parte de la Corte Constitucional del Ecuador.

La modificación contractual o legal, no acarrea inseguridad jurídica para las partes, ya que inestabilidad jurídica existe cuando hay cambios en la legislación muy seguidos, lo que no ha sucedido en el Ecuador. La seguridad jurídica no quiere decir que la legislación no puede cambiar, sino que debe reformarse de acuerdo al desarrollo de la sociedad ajustándose a las necesidades de la colectividad que van creándose a partir de los nuevos descubrimientos tecnológicos o económicos que se dan a causa de la globalización.

El Estado ecuatoriano, no puede dejar de promulgar leyes o normativa referente al sector hidrocarburífero que protejan el interés por no afectar un derecho contractual, lo que debe es equilibrar la economía del contrato dentro del límite establecido en la Constitución de la República y la legislación ecuatoriana.

El principio de irretroactividad de la ley, estipulado en el Art. 7 del Código Civil, no quiere decir que las contratistas al haber firmado un contrato administrativo con el Estado con una legislación distinta, no deban cumplir con una ley promulgada con posterioridad. La nueva ley es aplicable para la contratista, a partir de la publicación en el Registro Oficial, pero no produce efectos jurídicos en circunstancias anteriores a su publicación.

4.1.2 Recomendaciones.

Se recomienda la creación de una instancia administrativa, prejudicial a la que puedan recurrir las partes en los momentos que crean convenientes sin tener que detener la producción hidrocarburífera causando malestares para la compañía contratista y el Estado ecuatoriano.

A su vez, debería existir una normativa que regule las cláusulas exorbitantes en la legislación ecuatoriana, la cual ayude a aclarar los vacíos existentes y las actuaciones en cuanto a la inclusión de éstas cláusulas en los contratos administrativos.

Existen muchas dudas sobre las cláusulas exorbitantes y su aplicación, razón, por la que es necesario que exista un mayor conocimiento y análisis de las mismas a través de cursos y doctrina expedida acerca del tema.

4.2 Propuesta alternativa

Por esta razón, con ésta tesis, se propone, la creación de una instancia administrativa, prejudicial en la que las compañías contratistas puedan apelar ante una autoridad jerárquicamente superior al Ministro de Recursos Naturales no Renovables, cuando las contratistas no se encuentren de acuerdo con la resolución tomada por el Ministro en cuando a la declaratoria de caducidad y a la negativa de autorización para cesión o transferencia de derechos u obligaciones.

El Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos, es el encargo del control, programación, manejo, desarrollo y mejoramiento de los sectores estratégicos en el Ecuador y los recursos naturales no renovables son parte de los sectores estratégicos como lo indica el Art. 313, inciso tercero de la Constitución de la República:

“(…) Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”(Constitución de la República, 2008)

El Art. 9 del Estatuto Orgánico del Régimen de la Función Judicial, establece que: “La Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única (…)” (Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, Registro Oficial N° 536, 2002). A su vez, el Art. 10, inciso primero del mismo cuerpo legal, dispone que: “Todos los órganos y autoridades de la Administración Pública Central que conforman la Función Ejecutiva se hallan sometidos a la jerarquía del Presidente de la República y a la de los respectivos ministros de Estado.” (Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, Registro Oficial N° 536, 2002)

El Ministerio Coordinador de los Sectores Estratégicos, se encuentra en un nivel jerárquicamente superior que el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables según el organigrama del Gabinete de la Revolución Ciudadana publicado en la página web de la Presidencia de la República; por lo cual, podría ser éste la autoridad competente a quien se podría presentar un recurso de apelación a las sanciones impuestas por el Ministro de Recursos Naturales no Renovables, para que se pueda dar un criterio independiente sintener que llegara un proceso judicial.

Por los antecedentes antes expuesto, sugiero que después del Art. 76 de la Ley de Hidrocarburos, se añadan los siguientes artículos a través de una reforma legal, que digan:

Art. 76-A.- De la decisión del Ministro del Ramo, se podrá apelar a un comité de resolución final administrativa, que estará integrado por tres delegados

personales:(1) delegado del Ministro de Sectores Estratégicos; (1) delegado del Contralor General del Estado; y, (1) delegado del Procurador General del Estado, que evaluarán los siguientes parámetros;

- (i) Si la infracción cometida tiene o no efectos económicos que perjudiquen al Estado;
- (ii) Si la infracción cometida tiene o no mecanismos de solución por parte del contratista diferentes a la sanción impuesta;
- (iii) Si la infracción cometida no fue ya sancionada previamente.

Art. 76-B.- El comité deberá emitir un informe en un plazo máximo de 6 meses contados desde la fecha en la que se presentó el recurso de apelación por parte de la contratista, el cual deberá ser entregado al Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos para que dicte su resolución debidamente motivada.

Art. 76-C.- El mismo mecanismo aplicara, salvo que contractualmente existan otros mecanismos de solución u otros entes competentes, para casos de propuestas de la contratista denegadas por el Secretario de Hidrocarburos, por el Ministro del Ramo o por el COLH.

Por otra parte, como posible solución para el problema existente, según los contratistas, en cuanto a la supuesta subjetividad que existe por parte de la Administración Pública al momento de autorizar la cesión o traspaso de derechos u obligaciones contractuales, se sugiere añadir el artículo siguiente, el cual contiene un proceso de precalificación de las contratistas que pueden suscribir contratos con el Estado ecuatoriano con estándares precisos, que deberá decir:

Art. 79-A.- La autorización para la cesión o traspaso de derechos u obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos deberá ser otorgada mediante

resolución motivada emitida por el Ministro de Recursos Naturales no Renovables.

El Ministro del Ramo al momento de calificar a una compañía para la otorgarle la autorización para la cesión o transferencia de derecho y obligaciones establecidos en el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, deberá tomar en consideración las siguientes especificaciones:

- (i) La Contratista deberá presentar un proyecto o programa de remediación ambiental;
- (ii) La Contratista ofrecerá en el Plan de Actividades un mayor monto de inversiones a realizarse en el área del contrato;
- (iii) La Contratista deberá demostrar solvencia y estabilidad económica de la compañía;
- (iv) La Contratista deberá presentar garantías de producción mínima;
- (v) La Contratista ofertará especificaciones técnicas superiores a las presentadas por la compañía que transfiere o cede los derechos u obligaciones contractuales; y,
- (vi) La Contratista acreditará experiencia en el sector hidrocarburífero.

REFERENCIAS

- Acosta Hermoso, Eduardo (1969). *Análisis histórico de la OPEP*. Mérida, Universidad de Los Andes. Caracas, Venezuela.
- Acosta Hermoso, Eduardo (1971). *La Comisión Económica de la OPEP*. Editorial Arte. Caracas, Venezuela.
- Albán Jorge, Barrero de Jorgenson Amanda, Bustamante Teodoro, Caballero Carrera Roberto, Chávez Gina, Guerra V. Edmundo, Fontaine Guillaume, Potes Verónica, Sisa Xavier (2003). *Compendio: Petróleo y Desarrollo sostenible en Ecuador*. Imprenta Rippergraf.
- Alcalá-Zamora Luis y Castillo (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. P.Q. Tomo VI. 16a Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.
- Arauz, Luis (1978). *Legislación Petrolera Internacional: Nueva etapa del proceso de liberación*. México, México DF: Siglo XXI Editores.
- Arauz, Luis Alberto (2009). *Derecho Petrolero Ecuatoriano*. Comité de Empresa de los Trabajadores de Petroproducción. Quito, Ecuador.
- Arreaza, Julio César; Giacomini Zárraga, José; Lander Márquez, Carlos; Natera, Brígido; Palma Carrillo, Pedro; y, Rodríguez Erazo, Guillermo (1986). *Antecedentes Históricos en 1976-1985. Diez años de la industria petrolera nacional*. PDVSA. Caracas, Venezuela.
- Asamblea Nacional Constituyente (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008. Montecristi, Ecuador.
- Asamblea Nacional Constituyente (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional Constituyente (2008). *Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento N° 395 de 4 de agosto de 2008. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional Constituyente (2010). *Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*. Registro Oficial Suplemento No. 244 de 27 de julio de 2010. Quito, Ecuador.

- Ávila Linzán, Luis Fernando; Dávalos Muirragui, María Daniela; Escobar García, Claudia; Morales Viteri, Juan Pablo; Pérez Ruales, Nicole; Silva Portero, Carolina (2008). *Constitución del 2008 en el contexto andino*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. V&M Gráficas. Quito, Ecuador.
- Atienza, Manuel; Bulygin, Eugenio; Bovero, Michelangelo; Ferrajoli, Luigi; Garzón Valdés, Ernesto; Gascón Abellán, Marina; Greco, Dino; Guastini, Ricardo; Ibáñez, Perfecto Andrés; Mazzaresse, Tecla; Moreso, Juan José; Palma, Mauro; Portinaro, Pier Paolo; Prieto Sanchís, Luis; Preterossi, Geminello; Senese, Salvatore; Taruffo, Michele (2011). *Derecho y Democracia Constitucional: Una discusión sobre principia iuris*. ARA Editores E.I.R.L. Lima, Perú.
- Ballem, John (2008). *The Oil and Gas Lease in Canada*. The University of Toronto Press Inc. Toronto, Canadá.
- Baptista, Asdrúbal (1997). *Teoría económica del capitalismo Rentístico*. Ediciones IESA. Caracas, Venezuela.
- Barrachina Juan, Eduardo (1986). *Compendio de Derecho Administrativo*. Tomo II. Limpergraf, S.A. Barcelona, España.
- Benavides Ordóñez, Jorge; Escudero Soliz, Jhoel (2013). *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Cuadernos de Trabajo. Corte Constitucional del Ecuador. V & M Gráfica. Quito, Ecuador.
- Betancourt, Rómulo (1956). *Venezuela, Política y Petróleo*. Fondo de Cultura Económica. México, México.
- Bindeman, Kirsten (1998). *Production Sharing Agreements: An Economic Analysis*. Oxford Institute for Energy Studies, WPM 25, October. Oxford, U.K.
- Black, Brian (2000). *Petrolia: The Landscape of America's First Oil Boom*. The Johns Hopkins University Press. Baltimore, United States.
- BoffiBoggero, Luis María (1985). *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Atrea. Buenos Aires, Argentina.

- Burney, Laura (1999). *Determining the Legal Ramifications of Express Oil and Gas Lease Provisions: Do the Rules of Document Interpretation Provide Predictability*, 19 Eastern Mineral Law Institute, ch. 3.
- Bunge Guerrico, Hugo (1984). *Minería y Petróleo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Cabezas, Rodrigo (1978). *Crónicas de una Política Petrolera*. Editorial Voluntad. Ecuador.
- Cassagne, Juan Carlos (2005). *El Contrato Administrativo*. Segunda Edición con colaboración de Estela B. Sacristán. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Cassagne, Juan Carlos (2009). *El Contrato Administrativo*. Tercera Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Cattan, Henry (1967). *The Evolution of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*. Oceana Publications Inc. New York, United States.
- CEPET (1989). *La Industria Venezolana de los Hidrocarburos*. Tomo I. Ediciones del Centro de Formación y Adiestramiento de Petróleos de Venezuela y sus Filiales. Caracas, Venezuela.
- Colby, Wm. E. (1915). *The New Public Land Policy with Special Reference to Oil Lands*. *California Law Review*, Vol. 3, No. 4 (May), pp. 269-291.
- Cone, Andrew y Walter R. Johns (1870). *Petrolia: A Brief History of the Pennsylvania Petroleum Region, Its Development, Growth, Resources, Etc., From 1859 to 1869*. New York, D. Appleton and Company.
- Consalvi, Simón Alberto (1990). *Auge y caída de Rómulo Gallegos*. Monte Ávila Editores. Caracas, Venezuela.
- Consejo Supremo de Gobierno (1978). *Ley de Hidrocarburos*. Decreto Supremo N° 2967. Registro Oficial N° 711 de 15 de noviembre de 1978. Quito, Ecuador.
- Congreso Nacional (2005). *Codificación del Código Civil*. Codificación 2005-010. Registro Oficial Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005. Quito, Ecuador.

- Congreso Nacional (2005). *Código del Trabajo*. Comisión de Legislación y Codificación. Registro Oficial Suplemento N° 167 de 16 de diciembre de 2005. Quito, Ecuador.
- Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil (2002). *Definición de Seguridad Jurídica*. Gaceta Judicial, serie XVII, Número 11. Quito, Ecuador. pp. 3428.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo (2004). *Sentencia 292 de 19 de noviembre de 2003*. Registro Oficial N° 318 de 21 de abril de 2004. Quito, Ecuador. pp. 34.
- Correa, Rafael Presidente de la República (2009). *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Decreto Ejecutivo N° 1700. Registro Oficial Suplemento N° 588 de 12 de mayo de 2009. Quito, Ecuador.
- Correa, Rafael Presidente de la República (2010). *Reglamento de aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos*. Decreto Ejecutivo N° 546. Registro Oficial N° 330 de 29 de noviembre de 2010. Quito, Ecuador.
- D. C. G. (2009). *The Ownership of Natural Gas and Some Real Property Concepts*. Virginia Law Review, Vol. 36, No. 7 (Nov.), pp. 947-955. 1950.
- Dromi, Roberto (2009). *Derecho Administrativo*. 12ª Edición. Act. Ciudad Argentina e Hispana Libros. Buenos Aires-Madrid-México.
- Dudley, Hughes (1993). *Oil in the Deep South: a history of the oil business in Mississippi, Alabama, and Florida: 1859-1945*. The University Press of Mississippi. Mississippi, United States.
- Durán Hitscherich, Jorge (2005). *Elementos del Contrato Estatal*. Universidad de Bogotá Jorge Toledo. Bogotá, Colombia. pp. 173.
- Egaña, Manuel R. (1979). *Venezuela y sus Minas*. Banco Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.
- Egaña, Manuel R. (1941). *Introducción a la Memoria del Ministerio de Fomento presentada al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela*. Cooperativa de Artes Gráficas. Caracas, Venezuela

- EP Petroecuador. El Petróleo en el Ecuador. Quito, Ecuador. Disponible en:<http://www.eppetroecuador.ec/idc/groups/public/documents/archivo/001138.pdf>(Versión 2010). Consultado el 22 de enero de 2013.
- Estrada, Jenny (2001). *Ancón en la Historia Petrolera del Ecuador 1911-1976*. Escuela Politécnica del Litoral. Guayaquil, Ecuador
- Fabrikant, Robert (1975). *Production Sharing Contracts in the Indonesian Petroleum Industry*. 16 Harvard International Law Journal, pp. 303 - 351.
- Figuroa, Gabriela; León, Rodrigo (2012). *2500 Preguntas y Respuestas a la Constitución*. El Forum Editores. Quito, Ecuador.
- Fundación Polar (1997).*Diccionario de Historia de Venezuela*. Tomo 2. Caracas, Venezuela.
- Gabinete de la Revolución Ciudadana. Disponible en: <http://www.presidencia.gob.ec/gabinete-de-la-revolucion-ciudadana/>. Consultado el 01 de enero de 2014.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1999).*Curso de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Civitas. Madrid, España
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2001).*Curso de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Civitas. Madrid, España.
- González Berti, Luis (1967).*Ley de Hidrocarburos*. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela.
- Guerra Vivero, Edmundo (2003). *Las Relaciones Sociales, Ambientales y Culturales en la Región Amazónica: las Empresas Petroleras, las Etnias y el Estado, trabajo de investigación*. Quito, Ecuador.
- Grijalva Jiménez, Agustín (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. V & M Gráficos. Quito, Ecuador.
- Hamilton, Charles (1962). *Americans and Oil in the Middle East*. Gulf Publishing Company. Houston, Texas.
- Herrera, Benjamín (2004). *Contratos Públicos*. Reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia.
- Idrobo Arciniega, Marco (1984). *La contratación Administrativa en el Ecuador*. Editorial Época. Quito, Ecuador.

- Idrobo Arciniega, Marco (1993). *La contratación Administrativa en el Ecuador*. Editorial Época. Quito, Ecuador.
- Lamprea Rodríguez, Pedro A. (2007). *Contratos Estatales*. Temis. Bogotá, Colombia.
- Larrea Holguín, Juan (1978). *Derecho Civil del Ecuador*. Tomo I. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador.
- Lieuwen, Edwin (1964). *Petróleo en Venezuela. Una historia*. Caracas. Cruz del Sur Ediciones. Venezuela.
- Llamanna, Darío Gerardo (2007). *Régimen de los Hidrocarburos en América Latina*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- Llanes, Henry (2008). *Contratos Petroleros. Inequidad en el reparto de la producción*. Artes Gráficas Silva. Quito, Ecuador.
- Mancero Saman, Alfredo (1989). *Ecuador: Coyuntura 1988-1989. Apunte Técnico 15*. Cordes. Quito, Ecuador.
- Márquez, Ángel J. (1977). *El Imperialismo Petrolero y la Revolución Venezolana*. Editorial Ruptura. Caracas, Venezuela.
- Martín, Ramón (2002). *Manual de Derecho Administrativo*. Trivium. Madrid, España.
- Mejía Alarcón, Pedro (1972). *La industria del petróleo en Venezuela*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.
- Mendoza Torres, Arnaldo (2004). *Los Contratos de la Administración Pública*. Ediciones Uninorte. Barranquilla, Colombia. pp. 201.
- Mestre Olasolo, Juan R. (1981). *Enciclopedia de la Ciencia y de la Técnica*. Oceano 2. Florencia, España.
- Mikdashy, Zuhayr (1966). *A Financial Analysis of Middle Eastern Oil Concessions: 1901 – 65*. Praeger. New York, New York, United States.
- Misión del Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos. Disponible en: <http://www.sectoresestrategicos.gob.ec/el-ministerio>. Consultado el 20 de enero de 2014.
- Modesto Paredes, Ángel (1931). *Teoría General del Derecho Civil Internacional*. Tomo I. Imprenta de la Universidad Central. Quito, Ecuador.

- Mommer, Bernard (1988). *La Cuestión Petrolera*. Asociación de Profesores UCV-Tropikos. Caracas, Venezuela.
- Mommer, Bernard (1998). *The New Governance of Venezuelan Oil*. Oxford Institute for Energy Studies. WPM 23. Oxford, U.K.
- Montaña Pinto, Juan (2011). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Corte Constitucional Período de Transición. Tomo I. RisperGraf C.A. Quito, Ecuador.
- Montaña Pinto, Juan (2011). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Corte Constitucional Período de Transición. Tomo II. RisperGraf C.A. Quito, Ecuador.
- Mora Contreras, Jesús (1998). *Los contratos de la Apertura Petrolera, en Huízzí, Raúl, Venezuela en la Encrucijada*. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela.
- Mosset Iturralde Jorge, Piedecabras Miguel A. (2008). *La extinción del contrato: Responsabilidad extracontractual derivada del contrato*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe.
- Noboa, Gustavo Presidente de la República (2001). *Reglamento de Transferencia de Contratos de Hidrocarburos*. Decreto Ejecutivo N° 1363. Registro Oficial N° 293 de 27 de marzo de 2001. Quito, Ecuador.
- Noboa, Gustavo Presidente de la República (2002). *Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva (ERJAFE)*. Decreto Ejecutivo N° 2428. Registro Oficial N° 536 de lunes 18 de marzo de 2002. Quito, Ecuador.
- Pastor, Julio (1964). *Enciclopedia Ilustrada Cumbre*. Tomo XI. Q-R. Editorial Cumbre S.A. México DF, México.
- Pérez, Efraín (2007). *Derecho Administrativo*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador.
- Rivas, Ramón (1999). *Venezuela. Apertura petrolera y geopolítica. 1948-1958*. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela.
- Rodríguez Eraso, Guillermo (1971). *Factibilidad de la nacionalización petrolera de la industria petrolera en Venezuela, en Ateneo de Caracas*. Nacionalización petrolera en Venezuela. Monte Ávila Editores. Caracas, Venezuela.

- Secaira, R (2008). *Derecho Administrativo*. Universidad Técnica Particular de Loja. La Universidad Católica de Loja. Loja, Ecuador.
- Secretaría de Hidrocarburos, Equipo Negociador (2010). *Contrato Modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos*. Quito, Ecuador.
- Shwadran, Benjamin (1973). *The Middle East, oil, and the great powers*. John Wiley & Sons. New York, New York, United States.
- Solano Sierra, Jairo Enrique (1999). *Contratación Administrativa*. Ediciones Librería del Profesional, Tercera Edición. Bogotá, Colombia.
- Stocking, George (1970). *Middle East Oil. A Study in Political and Economic Controversy*. Vanderbilt University Press. Tennessee, United States.
- Summers, W. L. (1919). *Property in Oil and Gas*. The Yale Law Journal, Vol. 29, No. 2 (Dec.), pp. 174-187.
- Summers, W.L. (1925). *Validity of Oil and Gas Leases*. The Yale Law Journal, Vol. 34, No. 4 (Feb.), pp. 383-408.
- The Institute of Petroleum (1963). *Moderna Tecnología del Petróleo*. Editorial Reverté, S.A. Barcelona, España.
- Torres Gallegos, Galo (1995). *Terminación Unilateral de Contratos Administrativos*. Biblioteca de Derecho Municipal. Quito, Municipio del Distrito Metropolitano, Ecuador.
- Tribunal Constitucional (2006). *Resolución en los casos 0008-06-TC y 0010-06-TC de 31 de agosto de 2006*. Registro Oficial Suplemento N° 350 de 6 de septiembre de 2006. Quito, Ecuador. pp.24.
- Vallenilla, Luis (1973). *Auge, declinación y porvenir del petróleo venezolano*. Editorial Tiempo Nuevo. Caracas, Venezuela.
- Van Meurs, A.P.H.(1982). *Economía Petrolera Moderna*. Van Meurs & Associates Limited. Ottawa, Canadá.
- Veasy, James A. (1920). *The Law of Oil and Gas*. Michigan Law Review, Vol. 18, No. 6 (Apr.), pp. 445-469.
- Zavala Egas, J. (2005). *Derecho Administrativo*. Tomo 1. Ecuador.

- Zevallos, José Vicente (1981). *El Estado Ecuatoriano y las Transnacionales Petroleras. Ocho años de alianza y conflicto 1972-1979*. Ediciones de la Universidad Católica. Quito, Ecuador.
- Wälde, Thomas (1996). *International Energy Investment*. Energy Law Journal, Vol. 17, Nº 1, pp. 191 – 215.
- Wood, David A. (1990). *Appraisal of economic performance of global exploration contracts*. Oil & Gas Journal, October 29, 88 (44), pp. 48- 52.
- Wood, David A. (1990). *Appraisal of economic performance of global exploration contracts*. Oil & Gas Journal, November 5, 88 (45), pp. 50- 53.