

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS PARA LA OBTENCIÓN DEL DOCTORADO EN DERECHO

**“LA CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS PETROLEROS Y SUS
CONSECUENCIAS EN EL ECUADOR”**

RENZO LOMBEIDA TERÁN

QUITO, 2009

INDICE GENERAL

Tema:

“LA CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS PETROLEROS Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ECUADOR”

Contenido

Pagina

Introducción.....	
....Antecedentes.....	
.....El Consenso de Washington	
.....	.01
Los poderes de modalización, control y regulación del Estado.....	.05

CAPITULO I

MARCO JURIDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN GENERAL

1.1.- La jerarquía de las normas jurídicas y reglamentarias.....	.09
1.2.- El marco doctrinal jurídico del derecho público frente al marco doctrinal jurídico del derecho societario.....	.22
1.3.- Definición del contrato administrativo.....	.30

1.4.- El contrato administrativo como fuente de las obligaciones y sus elementos.....	31	
1.5.- Requisitos de validez de los contratos.....	36	
1.5.1.-		
Capacidad.....	36	
1.5.2.-		
Consentimiento.....	39	
1.5.3.-		Objeto
Lícito.....	47	
1.5.4.-		Causa
Lícita.....	49	
1.6.- Las doctrinas del derecho público sobre la tangibilidad del contrato administrativo		
.51		

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA INDUSTRIA HIDROCARBURÍFERA ESPECIALMENTE LA PETROLERA.

2.1.- Descubrimiento de hidrocarburos, y el petróleo en el Ecuador.	58
2.1.1.- El petróleo en el Litoral.	59
2.1.2.- El petróleo en la Amazonía.....	60
2.2.-Formación de la Industria Petrolera Estatal Ecuatoriana.....	70

2.2.1 Creación de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE.	70
2.2.2. Transformación a la nueva Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR.....	70
2.2.3.- Estructura Administrativa de PETROECUADOR.....	83
2.2.3.1.- Directorio.....	83
2.2.3.2.- Consejo de Administración.....	83
2.2.3.3.- Presidente Ejecutivo.....	
2.2.3.4.- El Comité Especial de Licitaciones de PETROECUADOR.....	85
2.2.4.- Empresas Filiales de PETROECUADOR.....	85
2.2.4.1 Petroproducción.....	85
2.2.4.2 Petrocomercial.....	87
2.2.4.3	
Petroindustrial.....	87
2.3.- Asignaciones económicas y su presupuesto, e impacto en el desarrollo socio económico del Ecuador.....	88

CAPITULO III

LA LEGISLACIÓN PETROLERA EN EL DESARROLLO DE LA INDUSTRIA HIDROCARBURÍFERA ECUATORIANA

.....
[92](#)

3.1.- Breve análisis de las disposiciones Legales.....	94
3.1.1 .-Ley de Hidrocarburos y sus reformas.....	136
3.2.- Ley Especial de Petroecuador y su Reglamento.....	139

CAPITULO IV

MODELOS CONTRACTUALES EN LA INDUSTRIA PETROLERA SEGÚN LEGISLACION ECUATORIANA

.....
[140](#)

4.1.- Contrato de Concesión.....	144
4.2.- Contrato de Asociación.....	145
4.5.- Contrato de Prestación de Servicios.....	146
4.6.- Contrato de Gestión Compartida.....	151
4.7.- Contrato de Participación.....	155
4.8.- Contrato de Obras y Servicios Específicos (Alianzas Operativas).....	157
4.9.- Contrato de Alianzas Estratégicas.....	158
4.10.- Campos Marginales.....	159

CAPÍTULO V

CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS PETROLEROS DE PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

5.1.- La Caducidad contractual en la doctrina del derecho público administrativo.....	161
5.2.- La Caducidad en la Ley de Hidrocarburos.....	161
5.3.- Las Causales de la Caducidad en los Contratos Petroleros.....	163
5.4.- La jurisdicción para la resolución de la caducidad de los contratos petroleros y los recursos establecidos para las apelaciones.....	165
5.5.- La institución jurídica de la Reversión de los bienes afectos a una Concesión o delegación. Efectos y consecuencias de las declaratorias de Caducidad.....	166
5.6.- La doctrina Calvo en el marco jurídico ecuatoriano y las normas jurídicas internacionales para evitar la intromisión de los Estados en los asuntos internos de otros Estados.....	168
5.7.- El Arbitraje en el marco constitucional ecuatoriano.....	171
5.8.- El Arbitraje Internacional.....	175
5.9.- Breve análisis de los términos del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos suscrito entre el Estado Ecuatoriano y la Compañía Occidental; y razones jurídicas para declarar la Caducidad.....	204
5.10.- La posibilidad jurídica de la declaratoria de Caducidad del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos suscrito entre el Estado Ecuatoriano y las empresas EcuadorTLC S.A., Cayman, Petromanabí y Petrobras.....	227

-
Conclusiones.....[25](#)

[8](#)

-
Recomendaciones.....[25](#)

[9](#)

LA CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS PETROLEROS Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ECUADOR

EL CONSENSO DE WASHINGTON

El neoliberalismo constituye un modelo jurídico-económico en el campo de las relaciones económicas internacionales, progresivamente pensado y analizado, que no apareció por generación espontánea.

El neoliberalismo condujo a la globalización de la economía, entendida ésta como el ejercicio de una penetración económica por parte de los países industrializados para acceder a los mercados de los países en vías de desarrollo sin limitaciones de ninguna naturaleza, con el objeto de exportar sus capitales ociosos y la gran producción de bienes y servicios que se producían en exceso.

Este recetario neoliberal fue impulsado, por los gobiernos anglosajones, norteamericano e inglés, a cargo Ronald Reagan y Margareth Thatcher, desde finales de la década de los ochenta, bajo los principios inicialmente elaborados por John Williamson.

El neoliberalismo plantea diez reformas básicas a implementarse, fundamentalmente en los países de la periferia:

1. Disciplina fiscal;
2. Prioridad para el gasto social;
3. Reforma Tributaria;
4. Liberalización financiera;
5. Tipos de cambio unificados y competitivos;
6. Liberalización del comercio exterior;
7. Apertura a la inversión extranjera directa;
8. Privatización de las empresas estatales;
9. Desregulación del Estado y del derecho administrativo; y,
10. Garantía a los derechos de propiedad.

El neoliberalismo, en lo esencial constituye un recetario para ser aplicado casa afuera de los países industrializados, mientras que casa adentro priman el proteccionismo, las salvaguardias y las barreras comerciales y arancelarias, para no permitir el libre ingreso de las materias primas que exportan hacia la comunidad del denominado Tercer Mundo.

Es así como, en los últimos 15 a 20 años, se fue dictando en nuestros países una normatividad jurídica constitucional y legal, que se impuso desde los centros de poder mundial, cuyos dictados fueron nada más transcritos por el quehacer legislativo de los poderes legislativos de los países receptores.

A este pensamiento neoliberal, se lo denominó “Consenso de Washington”, en razón de que su aplicación se dio por medio de las presiones ejercidas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

Para lograr que el pensamiento neoliberal penetre culturalmente en países se recurre a una persistente política de medios que satanizan al Estado y, generen el consiente colectivo de que las “fuerzas del mercado”, por sí solas, conllevan prosperidad y bienestar para estas naciones, desconociendo que estas se guían fundamentalmente por objetivos de utilidad y lucro.

Juan Martín González Moras, al referirse al caso argentino, expresa que: “...*el proceso de reforma del Estado llevado a cabo en nuestro país ha sido, en la realidad, tremendamente brusco y caótico. Escasamente pensado y debatido en función de las propias necesidades, de las propias carencias. Falta discusión que, también en realidad, se contuvo (como tantas otras veces en nuestra historia) en la discusión de los modelos a seguir. Modelos que, como el propio europeo, o el de los países anglosajones se conceptualizan e importan como universales (ello, a su vez, en el marco de la tan mentada globalización), cuando en su conformación ha sido, y son, muy particulares. Muy dependientes de sus particularidades.*”¹

Siguiendo el pensamiento del tratadista Rodrigo Borja Cevallos, expresado en su Enciclopedia de la Política, al hablar de la soberanía, explica que ésta se expresa, por un lado, en la supremacía de la voluntad del Estado que no admite contrarresto en el orden interno; y, por otro, en la independencia, que implica, entre otras cosas, que una de sus manifestaciones, es el derecho de un País a establecer su ordenamiento jurídico, libre de injerencias externas.²

¹ GONZÁLEZ MORAS Juan Martín, 2.000, Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad, Primera Edición, Editorial AD-HOC S.R.L., Buenos Aires – Argentina, Págs. 191, 192

² BORJA CEVALLOS Rodrigo, 2.003, Enciclopedia de la Política, Tercera Edición, Editora talleres de Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A., México D.F.– México, Págs. 1282, 1283

Son precisamente estos dos conceptos, el de supremacía y el de independencia, los que han estado ausentes en el proceso de reforma del Estado, en razón de que son los modelos de desarrollo concebidos en otras latitudes los que se imponen en la Constitución y leyes de la República. Utilizando el sofisma de que ello constituye una modernización del derecho, cuando de lo que se trata es de una modernización de los sistemas de dominación económica, que usan al derecho como una herramienta para adecuar sus intereses a nuevas formas de penetración económica, que le dan una aparente imagen de legalidad y juridicidad a los cambios que se implementan.

Con los procesos de desregulación del Estado, se desplaza la capacidad de “normar”, que tenía generalmente el Estado, hacia una economía de “manos libres”, autorregulada por los agentes económicos, a lo cual los tratadistas del derecho económico internacional han dado en llamar la imposición de estos nuevos modelos por medio del “soberano privado transnacional”.

Por ello, la nueva normativa jurídica se va estructurando desde los intereses económicos privados. Por ello, Jorge Fernández Ruiz dice que la actividad legislativa debe *“...garantizar que el derecho se elabore conforme al derecho, evitando de esa manera que la norma jurídica se configure mediante un procedimiento arbitrario y caprichoso, sino de acuerdo a un sistema metódico, predeterminado, idóneo y equitativo, apto para producir la norma jurídica abstracta, general impersonal, obligatoria y justa.”*³

³ FERNÁNDEZ RUIZ Jorge, 1.995, Derecho Administrativo (Servicios Públicos), Primera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México D. F. – México, Págs. 37, 38

LOS PODERES DE MODALIZACIÓN, CONTROL Y REGULACIÓN DEL ESTADO

En materia de servicios públicos, producida la delegación o concesión de estos servicios, lo que se privatiza es su gestión, no el sujeto titular de los servicios públicos que es y sigue siendo el Estado. La delegación o concesión, no cambia la titularidad del Estado respecto de los servicios públicos.

Los servicios públicos se desarrollan en régimen de derecho público, cualquiera que sea el sujeto que los preste. La reserva de la titularidad corresponde intrínsecamente al Estado y produce el dominio público como título de intervención administrativa.

Las delegaciones o concesiones, constituyen una fórmula puente que le permite al Estado dirigir, sin gestionar dichos servicios públicos.

Aún cuando el servicio público haya sido delegado, el Estado conserva sus poderes de dirección, modalización y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación de estos servicios. La delegación no implica que el Estado renuncie a su titularidad sobre los servicios públicos o a sus facultades jurisdiccionales en materia administrativa.

Es importante dejar sentado, además, que en el caso de los servicios públicos, no se trata de una relación contractual bilateral, sino multilateral, porque de por medio están los derechos de los usuarios, que vienen a constituirse en terceros en estos contratos.

Lo que se conoce como la *publicatio*, viene a ser el acto declarativo de dominio público respecto de una determinada actividad o de un servicio público, con el cual queda incorporada bajo la actividad del Estado y excluida de la esfera privada, salvo que mediante delegación o concesión, se permita al sector privado únicamente su gestionamiento.

Respecto de la calificación como tales de los servicios públicos, Gaspar Ariño señala que: “No existen servicios públicos por naturaleza como existen funciones, sino que sólo gozan de dicho sello si son “naturalizados”. El acta de naturalización no es otra que el monopolio de *iure*”. Afirma, a continuación: “...*es preciso afirmar la exclusividad de la actividad a favor del Estado, porque, de lo contrario, el servicio público sería una cosa indefinida y, por tanto, un concepto inútil para el Derecho...*”⁴

A su vez, Jorge Fernández Ruiz señala que: “...*el derecho positivo de muchos países dispone que no hay más servicio público que el establecido por la ley.*”⁵, lo cual es

⁴ ARIÑO ORTIZ Gaspar, 2.003, Principios de Derecho Público Económico – Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica, Primera Edición, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, Pág. 537

aseverado por Andrés Serra Rojas cuando dice “*La creación de un servicio público se verifica por ley.*”⁶

Por ello, es preciso que la norma constitucional o legal, taxativamente señale que una determinada actividad deba ser considerada expresamente como un servicio público.

A. Guaita afirma: “...*declarada determinada actividad como servicio público, la titularidad de esa actividad, en bloque es referida a la Administración, con la consecuencia de que en lo sucesivo es una actividad vedada a los particulares, que sólo podrán realizarla en caso de que obtengan una concesión administrativa, precisamente por la Administración titular de un servicio público...*” y, luego señala “...*para que pueda hablarse de servicio público, pues éste es siempre, necesariamente, un monopolio de la Administración.*”⁷ Por lo tanto, una empresa privada no tiene competencia para organizar un servicio público.

En materia del sector petrolero, es preciso indicar que constituyen servicios públicos, el transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos o gasoductos, la producción hidrocarburífera, el procesamiento, transporte y distribución de combustibles, todo ello en virtud de lo que determinan el artículo 326 de la Constitución y 57 de la Ley de Hidrocarburos.

Servicios Públicos Propios y Servicios Públicos Impropios

En el derecho administrativo existen dos tipos de servicios públicos: Los “propios” que tienen que ver con actividades estratégicas de la economía; y, los servicios públicos “impropios”, a los cuales se los denomina indistintamente “servicios públicos virtuales”,

⁵ FERNÁNDEZ RUIZ Jorge, 1.995, Derecho Administrativo (Servicios Públicos), Primera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México D. F. – México, Pág. 63

⁶ SERRA ROJAS Andrés, 1.981, Derecho Administrativo, Décima Edición, Editorial Porrúa, México D. F. – México, Pág. 108

⁷ GUAITA, A., 1.969, Derecho Administrativo Especial, Zaragoza - España, Págs. 67, 68

“servicios públicos industriales y comerciales”, “servicios de interés público” y “servicios reglamentados”, que tienen que ver con actividades sujetas a una reglamentación estricta.

Jorge Fernández Ruiz señala que: “...*el servicio público “propio” se distingue por ser creación de la ley y estar atribuido al Estado; concretamente a la administración pública –en opinión de algunos autores-, quien los desempeñará directamente por sí, o indirectamente por medio de particulares bajo algún mecanismo de delegación como el régimen de concesión...*”⁸

Gaspar Ariño califica a los servicios públicos impropios, como: “...*actividades privadas sometidas a simples técnicas de policía administrativa, sólo que con una reglamentación más intensa*” Entre estas actividades reglamentadas o servicios públicos impropios se encuentra, por ejemplo, los servicios de farmacias, de taxis, de transporte, etc., que requieren de una licencia o de un permiso especial para operar, más allá de que el Estado conserva a decir de Gaspar Ariño “*podere de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad*”.⁹

En este tema, no se tuvo el cuidado de ingresar a la normativa jurídica constitucional ecuatoriana, el concepto de cuáles son los servicios públicos propios y cuáles los impropios.

⁸ FERNÁNDEZ RUIZ Jorge, 1.995, Derecho Administrativo (Servicios Públicos), Primera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México D. F. – México, Pág. 91

⁹ ARIÑO ORTIZ Gaspar, 2.003, Principios de Derecho Público Económico – Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica, Primera Edición, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, Pág. 541

CAPITULO I
MARCO JURIDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN
GENERAL

1.1.- La jerarquía de las normas jurídicas y reglamentarias

La Enciclopedia Encarta, indica que la jerarquía es el orden de los elementos según criterios de valor. La jerarquía es la disposición de personas, animales o cosas, en orden ascendente o descendente, según criterios de clase, poder, oficio, categoría, autoridad o cualquier otro que conduzca a un sistema de clasificación.

El filósofo francés Auguste Comte clasificó las ciencias según un orden jerárquico, para lo cual se basó en tres criterios: grado de complejidad de los datos que estudian,

exterioridad de su objeto con respecto al hombre (los astros o los números) y momento en que acceden al conocimiento positivista (basado en el conocimiento empírico).

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, la definición de lo que constituye la muy conocida Pirámide Jurídica, es:

“PIRÁMIDE JURÍDICA.- Denominación asignada por Merkl y Kelsen a la jerarquía de las normas positivas en vigencia. El vértice se encuentra, si a la categoría o eficacia se atiende, en la Constitución (v.). Aparecen a continuación las leyes, aunque dentro de las mismas quepa apreciar alguna superioridad en los códigos, que cuenta con aplicación general como supletorios de normas legales afines; luego, los reglamentos y decretos del Poder Ejecutivo; las órdenes ministeriales; las instrucciones y circulares, procedentes ya de órganos administrativos de cierta importancia y amplia jurisdicción nacional; para cerrar, en el orden municipal, con las ordenanzas y bandos (v.).¹⁰

En la esfera del Derecho Civil, la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (v.) integran, por ese orden la estructura habitual en cuanto a la eficacia de las fuentes jurídicas.

No cabe desconocer que la propuesta figura geométrica pueda invertirse, por estimar que a mayor eficacia se está más cerca de la base, apoyo y sustentación de los preceptos. Así, las leyes inconstitucionales no son aplicables o cabe recurrir contra ellas, los reglamentos no pueden derogar las leyes, salvo el híbrido de los decretos-leyes (v.); o decretos legislativos en la Constitución española de 1978.

Son normas jurídicas también preferentes en ocasiones, y supletorias otras veces, las mismas cláusulas contractuales, si no violan preceptos de orden público”.

¹⁰ CABANELLAS Guillermo, 1997, Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual, tomo VI ,Veinte Cinco Edición , Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, tomo 6, Pág. 250

En el Ecuador, el principio de Jerarquía de las normas está contemplado en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República:

“Art. 424.- [Jerarquía de la Constitución].- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”

“Art. 425.- [Orden jerárquico de leyes].- 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.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Con base en lo señalado por la Constitución, la pirámide jurídica en el Ecuador se estructura en el siguiente orden jerárquico:

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado;

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.

En una determinada sociedad, la jerarquía es el orden de la supremacía de los elementos existentes, ya sean políticos, sociales, económicos u otros. En algunas sociedades tradicionales la organización con una cabeza principal es el modelo de estratificación social. Es el caso de las castas en la India, esa supremacía que se transmite de una generación a otra. En Europa feudal el sistema jerárquico se fundó también en la herencia, pero presentó mayor flexibilidad. El sociólogo italiano Gaetano Mosca distinguió cuatro rangos políticos en el sistema social autoritario o feudal: 1) el tirano, César o déspota; 2) la clase política (situada a su lado); 3) la clase media (por debajo), y 4) la masa o pueblo. La sociedad francesa anterior a la Revolución de 1789 se organizaba en tres órdenes jerárquicos: nobleza, clero y tercer estado, según criterios de honor y prestigio.

El sociólogo estadounidense Talcott Parsons estudió la jerarquía de las funciones en el sistema social: en el grado directivo más alto situó la función de estabilidad normativa (valores) y la de integración entre las partes (normas), por estar inspiradas en el sistema cultural y social, y requerir un mayor control; la función de prosecución de objetivos (colectividades) y la de adaptación a los medios (roles) las situó en el grado inferior, por estar en contacto con la realidad concreta, operar sobre personas y grupos, y requerir, por tanto, un menor control.

La jerarquía es una de las características del Derecho Administrativo, por cuanto éste, estructura sus órganos y autoridades, de tal modo que su accionar sea lo menos controvertido posible, dando categorías de supra y subordinación jurídica para hacer viables las decisiones que se adopten. No puede entenderse un poder horizontal, éste siempre es vertical pues existen órganos públicos con mayor fuerza que otros; normas jurídicas con mayor imperio o rigor que otras y servidores públicos con mayores competencias o autoridad que otros, siempre en una lógica relación jerarquizada.¹¹

La Constitución

La Constitución es la ley fundamental de un Estado soberano, establecida o aceptada como guía para su gobernación. La Constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial del Estado, estableciendo así las bases para su gobierno. También garantiza al pueblo determinados derechos.¹²

Las Partes de la Constitución son:

- a) Dogmática o ideológica, contiene los enunciados, declaraciones, principios, garantías y derechos civiles y políticos de los ciudadanos, las funciones esenciales del Estado, la definición de la naturaleza del poder, la determinación de la forma de Estado (unitario, federal, democrático, autocrático, etc.), y la enunciación de la forma de gobierno (monárquico, republicano, presidencialista o parlamentario);

- b) Orgánica o estructural contiene los preceptos sobre la estructura y funcionamiento concreto del Estado, la integración de los órganos de poder, la asignación y delimitación de facultades, la organización de entidades de control, el

¹¹ SECAIRA, Patricio, "Curso Breve de Derecho Administrativo", pág. 61.

¹² Microsoft © Encarta © 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

diseño del proceso de formación de las leyes, el sistema electoral, las nociones sobre el ordenamiento jurídico, el régimen de relación entre funciones, etc.

La Constitución, es una norma promulgada que tiene valor superior a los demás preceptos positivos y que logra su principal vigencia sobre ellos. Sus postulados son:

- Todo poder del Estado nace de la Constitución y se ejerce conforme a ella.
- La Constitución Política es la norma suprema frente a todos los poderes del Estado, pues aquella es la que los determina.

Hay dos clases de supremacía: material y formal:

Supremacía material.- Se refiere a la superioridad de contenido de la Constitución, es decir a la subordinación de todas las normas frente a la Constitución Política; y,

Supremacía formal.- Se refiere a que la expedición y reforma de la Constitución exigen requisitos y procedimientos diferentes y más exigentes que las normas ordinarias, en este caso nos referimos a los conocidos “candados constitucionales”.

Los tratados, convenios y declaraciones internacionales.-

Las Declaraciones internacionales, son pronunciamientos de los países, en cuanto a principios o enunciados. El incumplimiento de estos no genera sanción ya que su naturaleza está amparada en un derecho blando, no coercitivo ni vinculante.

Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) “Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”.

Entre las principales clases de tratados internacionales tenemos: bilaterales, multilaterales, económicos, culturales, etc.

Se los conoce con los nombres de convenios, convenciones, pactos, protocolos, etc.

1. Por excepción, los tratados internacionales en materia de derechos humanos se equiparan a las normas de la CP (Arts. 417 y 422 CP)
2. Los tratados internacionales son suscritos y ratificados por el Presidente (418 CP), salvo las excepciones que indica el art 419 de la Carta Magna. Además pueden ser ratificados por la ciudadanía (420 CP primer inciso)
3. La ratificación o denuncia de los tratados corresponde a la Asamblea Nacional, en los casos previstos (materias territoriales, alianzas militares, establezcan alianzas políticas, comprometan al País en acuerdos de integración y de comercio, comprometan el patrimonio cultural, acuerdos de comercio, integración, etc. (419 CP). La formalización de la denuncia la realiza el Presidente Constitucional de la República (420 CP inciso segundo).

La ratificación de los tratados internacionales sólo sucede 10 días después de que se ha notificado a la Asamblea Nacional. (418 CP inciso segundo)

En los tratados internacionales, está prohibido lo siguiente:

1. Los tratados internacionales no pueden menoscabar todo lo relacionado con salud y acceso a medicamentos, avances científicos o tecnológicos (421 CP); y,

2. En los que Ecuador ceda soberanía a instancias de arbitraje internacional, excepto cuando se trate de conflictos entre el Estado y ciudadanos de Latinoamérica. (422 CP)

Las leyes orgánicas.-

La ley es otra fuente del Derecho Administrativo. Está definida en el artículo 1 del Código Civil que indica: “ley es una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite”.¹³

Tanto en la doctrina, así como en el Derecho positivo, múltiples son las definiciones que se han propuesto respecto de la ley. En el fondo, todas tienden a encontrar el mismo denominador común respecto de la esencia de la norma jurídica, de general y común aplicación, en bien de la colectividad según sea la razón filosófica y sociológica a través de las cuales se quiera admitir esta norma jurídica, conocida con el nombre de ley.

Nicolás Granja dice al respecto: (...) *Tomando todos aquellos supuestos, por nuestra parte, simplemente la definiremos así: creación técnica, intelectualizada consciente de la norma jurídica, emanada del organismo constitucional competente, sobre una materia determinada, en favor de la colectividad. Como quiera sea, la ley es, pues, el acto jurídico por excelencia.*¹⁴

La Ley dispone y norma sobre múltiples aspectos relacionados con los derechos civiles y políticos de acuerdo a la Constitución, canaliza las diferentes necesidades que tienen el Estado y la sociedad. En suma, constituye la fuerza pública. Por todo ello, la ley es fuente del más alto origen del Derecho Administrativo.

¹³ VEASE: Código Civil.

¹⁴ GRANJA, Nicolás, “*Fundamentos de Derecho Administrativo*”, págs.: 65-66.

Las Leyes Orgánicas son las que tienen por objeto la organización de una institución o un servicio público, regulan los derechos fundamentales y garantías reconocidas en la constitución. Son leyes que para ser aprobadas, modificadas o derogadas, se exige una mayoría absoluta de votos en la Asamblea Nacional.

El artículo 133 de la Constitución Política, indica que serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas, requerirán mayoría absoluta de la Asamblea Nacional.

Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica

Las leyes ordinarias.-

Son leyes ordinarias las comunes, es decir las que no son privilegiadas en relación con una persona ni para un estado.

Las normas regionales y las ordenanzas distritales.-

Las primeras aún no se encuentran viabilizadas en razón de que no se han constituido legal y formalmente las regiones en el Ecuador en cumplimiento de lo que disponen los artículos 245 y 246 de la Constitución Política de la República.

Las ordenanzas son normas legales de carácter local que son dictadas por los gobiernos seccionales y que corresponden a las municipalidades, para regular la parroquia, ciudad, cantón o provincia. Los ámbitos de las ordenanzas son variados: de tránsito, de mercados, funcionamiento de bares y discotecas, uso del suelo, etc.

La Ley de Régimen Municipal, inciso segundo del artículo 126 indica que son ordenanzas los actos decisorios de carácter general que tienen fuerza obligatoria en todo el Municipio, de igual manera existe la normativa dentro de la Ley de Régimen Provincial.

Las ordenanzas distritales, provienen de las ciudades que han sido declaradas como Distritos Metropolitanos.

Los decretos y reglamentos.-

Los decretos se pueden definir como la resolución, mandato, decisión de una autoridad sobre acciones o asuntos de su competencia. Las clases de decretos son:

Decreto Ley.- Disposición de carácter legislativo que, sin ser sometida al órgano adecuado, se promulga por el poder ejecutivo, en virtud de alguna excepción circunstancial o permanente, previamente determinada. (Ej. Caso proyectos de ley en materia económica urgente, tal sería el caso del artículo 140 de la Constitución Política que dice:

“Art. 140.- [Proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica].- La Presidenta o Presidente de la República podrá enviar a la Asamblea Nacional proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica. La Asamblea deberá aprobarlos,

modificarlos o negarlos, dentro de un plazo máximo de treinta días a partir de su recepción.

El trámite para la presentación, discusión y aprobación de estos proyectos será el ordinario, excepto en cuanto a los plazos anteriormente establecidos. Mientras se discuta un proyecto calificado de urgente, la Presidenta o Presidente de la República no podrá enviar otro, salvo que se haya decretado el estado de excepción.

Cuando en el plazo señalado la Asamblea no apruebe, modifique o niegue el proyecto calificado de urgente en materia económica, la Presidenta o Presidente de la República lo promulgará como decreto-ley y ordenará su publicación en el Registro Oficial. La Asamblea Nacional podrá en cualquier tiempo modificarla o derogarla, con sujeción al trámite ordinario previsto en la Constitución.”

Los Decretos Ejecutivos son normas dictadas por el Presidente en uso de las atribuciones conferidas en la Constitución (147 CP numerales 5, 6 y 9)

Se define al reglamento como el instrumento que contiene una ordenación de reglas o preceptos, emitidos por autoridad competente, para la ejecución de una ley o para el gobierno de una corporación, una dependencia o un servicio. Quien tiene atribución para dictar reglamentos a la ley es el Presidente de la República (147 CP numeral 13). Cabe aclarar que los reglamentos no deben contravenir ni alterar la ley. Dentro de la administración pública, autoridades en general como ministros, alcaldes, prefectos etc., también tienen la facultad de dictar reglamentos estrictamente dentro de su competencia.

Como la ley es una regla de Derecho, ella tiene para su mejor cumplimiento un instrumento también jurídico, cual es el reglamento, que tiende a reglar dicho cumplimiento en forma definitiva. La importancia de los reglamentos es enorme en el campo del Derecho Administrativo, ya sea porque emergen de la misma Adminis-

tración Pública, ya sea porque regulan múltiples campos de los servicios públicos, y facilitan el desenvolvimiento de sus respectivas instituciones del Estado.¹⁵

El tratadista Henrey Viteri, con respecto al reglamento nos indica que es el acto unilateral de las entidades de la Administración Pública que crea normas jurídicas generales y objetivas. Es un acto unilateral porque nace y se perfecciona por la sola voluntad de los órganos públicos competentes. No requiere la conformidad, ni siquiera el asentimiento, de las personas a las cuales alcanza. Emanada de la Administración Pública, es decir, de un órgano actuando en función administrativa. Crea normas jurídicas generales: Esta es la característica más importante del reglamento y que lo diferencia de los actos administrativos que producen simplemente efectos subjetivos, directos e individuales.¹⁶

La ley y el reglamento de ejecución tienen cierta similitud, pero no igualdad absoluta. Si bien atendiendo a la naturaleza de las normas generales, objetivas y permanentes; los elementos formales y orgánicos los distinguen, proyectando consecuencias de suma importancia.

Algunas características del Reglamento son:

- Si un reglamento invadiera la materia reservada a la Ley, es totalmente inválido.
- El Reglamento se desenvuelve bajo las normas de jerarquía superior: Constitución, ley, decreto-ley, ordenanza y estatuto. De ahí que toda violación de éstas o de los principios que las informan, invalida el reglamento, y los jueces pueden declarar la ilicitud, anulando el reglamento o descartando su aplicación en los casos concretos.
- En el caso de que un reglamento contravenga al mandato de una ley, la

¹⁵ GRANJA, Nicolás, "Fundamentos de Derecho Administrativo", pág. 71.

¹⁶ VITERI, Henrey, "Introducción al Derecho Administrativo y organización de la Administración Pública", pág. 102.

Administración debe aplicar la ley sobre el reglamento, sin perjuicio de proceder luego a la reforma del reglamento para ajustado al texto legal. Esta adecuación de la norma reglamentaria a la ley es aún más estricta en los reglamentos de ejecución, cuyo objeto es completar aquella para hacer posible su cumplimiento y asegurarlo. De ahí que no solo debe respetar la letra de la ley, sino también su espíritu.

- El reglamento de ejecución de una ley desarrolla el texto legal, especialmente cuando la ley solo consagra las normas constitucionales. Así admítase que por vía reglamentaria pueden establecer formalidades o requisitos no previstos en la ley, pero necesarios para asegurar su cumplimiento, o definirse palabras utilizadas por el legislador y cuyo alcance conviene precisar a fin de evitar interpretaciones ajenas al espíritu de la norma.

- La Administración debe ajustar sus decisiones en los casos concretos a lo establecido en los reglamentos vigentes, pues de lo contrario rompería el principio de legalidad, y los actos serían inválidos. Claro que la Administración puede revocar o modificar el reglamento y entonces recobra libertad para decidir dentro de los límites legales; pero mientras no lo haga, está obligada por las normas que ella misma dictó.

- Dada su naturaleza de norma general, reguladora de los casos que puedan presentarse en el futuro, el reglamento puede ser modificado en todo momento para adecuarlo a las conveniencias públicas, siempre que las modificaciones respeten las normas legales vigentes.

- Por análogas razones, las normas reglamentarias no tienen efecto retroactivo, salvo que la ley expresamente faculte a la Administración para darle ese alcance, lo cual el legislador puede disponer ya que el principio de la irretroactividad tiene únicamente origen legal.

Las ordenanzas.-

El tratadista Henrey Viteri indica que, aceptando el hecho de que dentro de la vida del Estado no solamente determinados órganos pertenecientes a la Administración Central dictan normas generales y obligatorias, sino que también existen otros funcionarios públicos que las dictan dentro de particulares instituciones jurídicas seccionales y corporativas, diferentes del Estado, encontramos, el caso de estudiar tales instrumentos de jurídico-administrativo, conocidos con el nombre de Ordenanzas. En consecuencia, la Ordenanza consiste en un conjunto de preceptos jurídicos, o disposiciones, que emanan de las instituciones del Régimen Seccional Autónomo que, con el carácter de generales, son obligatorias en toda la circunscripción territorial, o dentro de la correspondiente entidad, para cuya mejor regulación administrativa hubiesen sido expedidos.¹⁷

Los acuerdos y las resoluciones.-

Los Acuerdos son formas de expresión de la voluntad del Estado tomadas a través de sus funcionarios, encaminados a establecer marcos regulatorios de las entidades de derecho público, así como generar los actos administrativos conducentes al desarrollo de la gestión pública para llegar a un determinado fin. Como ejemplos de acuerdos son los expedidos por los Ministros de Estado. A falta de ley, tienen efecto vinculante.

Las Resoluciones son actos administrativo emanado por autoridades públicas, cuerpos colegiados (directorios) o por autoridades judiciales, que tienen como objeto generar crear, establecer, derechos y obligaciones, mediante una acción encaminada a resolver situaciones administrativas o judiciales, de obligatorio cumplimiento. Las resoluciones

¹⁷ VITERI, Henrey, op cit., pág. 100.

de los poderes públicos deben obligatoriamente su parte resolutive y su parte considerativa dentro de la cual deberá existir una motivación.

Los demás actos y decisiones de los poderes públicos.-

Este es un concepto nuevo en la Constitución actual, la ley no indica precisamente a qué se refieren estos actos y decisiones, pero a manera de ejemplo, podrían ser los acuerdos de mancomunidad que celebran las instituciones públicas con cualquier persona natural o jurídica, decisiones, etc. Valdría la pena destacar que tendrían un efecto vinculante y obligatorio a falta de ley expresa.

1.2.- El marco doctrinal jurídico del derecho público frente al marco doctrinal jurídico del derecho societario

El Derecho Público es el conjunto de normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados. Se lo puede definir también como el que regla los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado, en virtud de delegación directa o mediata del Poder público.

Mucho ha evolucionado el pensamiento jurídico desde las fórmulas romanas que consideran de derecho público lo que al Estado se refería; y de derecho privado, todo lo relativo a la utilidad de los particulares.

Para Ahrens, "el Derecho Privado atiende tan sólo a la personalidad, su fin propio y su bien particular; mientras que el Público considera la totalidad de los miembros de la sociedad, reunidos por la idea del Derecho en el Estado, y establece las condiciones bajo las que éstos, como institución y con el concurso de las personas privadas, pueden

realizar el fin común, el bien de todos, bajo las formas que garantizan al mismo tiempo el derecho de cada uno".¹⁸

Savigny señala en una de sus obras que, "si dirigimos una ojeada sobre el conjunto del Derecho, lo veremos distribuido en dos ramas: el Derecho Público y el Derecho Privado. Tiene uno por objeto el Estado, es decir, la manifestación orgánica del pueblo; el otro, contiene todas las relaciones de Derecho existentes entre particulares, y es la regla y expresión de estas relaciones. Tienen, sin embargo, estos dos órdenes de Derechos muchos rasgos de semejanza y muchos puntos de contacto. Así, la constitución de la familia, la autoridad del padre y la obediencia de los hijos ofrecen una analogía grande con la constitución del Estado, al mismo tiempo que muchas corporaciones tienen casi las mismas condiciones de existencia que los individuos. Pero lo que distingue profundamente el Derecho Público del Derecho Privado es que el uno se ocupa del conjunto y considera a los individuos como un objeto secundario, mientras que el otro tiene por objeto exclusivo al individuo mismo, y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados".¹⁹

El criterio unitario asoma en el tratadista Giner de los Ríos; al tratar de estos Derechos dice: "Uno y otro no son, en suma, sino diversos aspectos y modos de consideración del Derecho mismo; pues éste, en cuanto se le considera como dado en la propia personalidad sustantiva e independiente de cada ser, se denomina Derecho Privado, al paso que recibe el nombre de Derecho Público cuando se atiende a las relaciones de orgánica subordinación y dependencia en que se encuentran colocadas las personas jurídicas".²⁰

¹⁸ AHRENS, CITADO POR: CABENELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Tomo III, pág. 148.

¹⁹ SAVIGNY, Federico, CITADO POR: CABENELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Tomo III, pág. 148.

²⁰ GINER DE LOS RÍOS, CITADO POR: CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Tomo III, pág. 149.

Para Gottschalk, "la distribución de las normas jurídicas entre el Derecho Público y el Derecho Privado es expresión del mayor o menor equilibrio de los poderes políticos del Estado".²¹

La distinción entre ambas ramas jurídicas o fases del Derecho cabe apoyarla:

- a) En la relación de personalidad: en el Privado, el fin individual; en el Público, la totalidad de los individuos bajo la idea del Derecho en el Estado;
- b) En relación con el objeto: en aquél, los vínculos jurídicos entre particulares; en éste, el Estado, la manifestación orgánica del pueblo;
- c) En la relación de subordinación y dependencia: el Privado se da por la propia personalidad substantiva e independiente de cada individuo; mientras en el Público se toma en cuenta la subordinación y dependencia en que se hallan colocadas las personas;
- d) En la relación de expresión de la voluntad: por la equiparación o igualdad teórica de las personas en el Derecho Privado, frente al sometimiento de la voluntad al mandato superior en el ordenamiento público;
- e) En la relación de necesidades y aspiraciones: las del individuo en el Privado, las del orden social y jurídico en el Público; y,
- f) En la relación del carácter de los sujetos: particular en el Derecho Privado, y dotados de poder público en el Derecho de esta otra índole.

Dentro de las principales ramas del derecho, se agrupan en torno al Derecho Privado el Derecho Civil y el Mercantil; y se incluyen en el Derecho Público, el Político, el Procesal, el Administrativo. El Internacional, por sus dos ramas (Público o Privado), se reparte entre ambas categorías; el Laboral, según las instituciones, se muestra de una u otra esfera.

²¹ GOTTSCHALK, CITADO POR: CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Tomo III, pág. 149.

La falta de precisión en las zonas fronterizas y la tendencia socializante del Derecho Privado en los últimos tiempos encaminan a superar esta distinción, siempre difícil, y ahora en franca crisis.²²

Se podría decir que el derecho público comprende las normas que regulan las relaciones dentro del Estado, que son: entre entidades públicas, y entre el Estado y los particulares; a diferencia del derecho privado que comprende las normas jurídicas que regulan las relaciones entre los individuos particulares.

El Derecho Público Externo, consiste en la designación de las ramas del Derecho Público que son comunes a dos o más Estados en que concurren, en conflicto o complementariamente, normas de dos o más ordenamientos nacionales; o sea, el Derecho Internacional, sea Público o Privado.

El Derecho Público Interno, se circunscribe al ámbito territorial de la soberanía; y lo integran los Derechos Político, Administrativo, Penal y Judicial.

El Derecho Público se divide en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Financiero, Derecho Penal, Derecho procesal civil y penal, Derecho internacional público y privado. Derecho Eclesiástico y la legislación social (Derecho Laboral, de menores, etc.). En la actualidad deben añadirse a esta enumeración las ramas más recientes, pero no por ello menos importantes, del Derecho Ambiental y el Derecho del Desarrollo Sustentable. El derecho privado comprende el Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Marítimo, etc.

Actualmente, según el tratadista Duverger, la distinción tiende a desvanecerse y los dos derechos a interrelacionarse. Incluso flexibilizando los principios duros tanto del derecho público como del privado cuales son a) La prohibición de hacer todo lo que no esté expresamente establecido en la ley, frente a la permisión de todo acto que no esté

²² CABANELLAS, Guillermo, “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”, Tomo III, págs. 148-149.

expresamente prohibido por el derecho; y b) La irrenunciabilidad de los derechos frente a la renunciabilidad de los derechos que no contravengan con el orden interno.

Si bien estas reglas constituyen un indicio que puede ayudar a establecer diferencias entre el Derecho Público y el Derecho Privado, se puede citar excepciones a tales reglas y por lo tanto se puede admitir que en lo relacionado con los conceptos de derecho público y privado que si bien la distinción es admitida por todo el mundo, no es fácil de precisar.

Una vez que se ha delimitado perfectamente al Derecho Público y al Derecho Privado, se puede indicar que ambos se relacionan con el Derecho Societario.

El Derecho Societario es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la agrupación de varias personas y/o bienes para formar una sociedad. La sociedad tiene como fin fundamental el apoyo, la colaboración entre sus miembros, pero sobre todo fin de lucro. Toda persona está facultada para formar una sociedad, siempre y cuando cumpla con los requisitos determinados en la ley. Existen distintas clases de sociedades que permite la Ley de Compañías, el Código Civil y Código de Comercio, entre las más importantes constan la de responsabilidad limitada, de economía mixta y la anónima, sociedades de hecho, sociedades mercantiles. El Derecho Societario, a través del aporte en industrias y/o capitales, puede promover la participación del Estado o de los particulares para la realización de un determinado objetivo.

Vale la pena también indicar la relación que tiene el Derecho Público con el Derecho Administrativo. En efecto, las leyes fundamentales y las instituciones del Estado, cuyo funcionamiento tiene por objeto realizar el interés general, integraron el derecho administrativo como la expresión más vigorosa del derecho público en su dinámica y aplicación. En consecuencia, la doctrina universal y las legislaciones reconocieron como parte del derecho público al derecho administrativo, aún existiendo discrepancias doctrinarias en cuanto a su contenido y función.

Maurice Hauriou dice: El derecho administrativo como rama del derecho público regula:

1. La organización de la empresa de la administración pública y de las diversas personas administrativas en las cuales ha encarnado;
2. Los poderes y los derechos que poseen estas personas administrativas para manejar los servicios públicos;
3. El ejercicio de estos poderes y de los derechos por la prerrogativa especial por el procedimiento de acción de oficio y las consecuencias necesarias que se sigan.²³

El mismo profesor francés define la función administrativa como aquella que tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medio de policía y de organización de los servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa.

Patricio Secaira dice: “El estado cumple funciones o fines específicos que está llamado a desarrollarlos históricamente; siendo los principales los siguientes: económico, lógico, política, jurídica, y administrativa”..... Administrativa.- en la medida en que gobierne la nación tiene poder de mando y de organización.”²⁴

En la diversidad de definiciones correspondientes a distintos puntos de vista y a diversas escuelas europeas, es pertinente tomar en cuenta la del profesor argentino Rafael Bielsa, que a la letra dice: “El conjunto de normas positivas y de principios de derecho público, de aplicación concreta, a la institución y funcionamiento de los servicios públicos, y el consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública.”²⁵

²³ HAURIU, Maurice, CITADO POR: TRUEBA, Alberto, “*Nuevo Derecho Administrativo del Trabajo*”, pág. 93.

²⁴ SECAIRA, Patricio, “*Curso breve de Derecho Administrativo*”, pág. 38,39.

²⁵ BIELSA, Rafael, “*Nuevo Derecho Administrativo del Trabajo*”, pág. 93.

El marco regulatorio del derecho público tradicional de nuestros países, se encuentra basado en sistemas de control y rendición de cuentas, que protegen los intereses del Estado, y en procedimientos públicos rígidos de contratación basados en concursos públicas que se llevan a cabo bajo principios de igualdad, publicidad y concurrencia.

Con el devenir del tiempo la utilización que se da tanto al público como al privado, se selecciona en función de la utilidad práctica que brinda bien sea a la protección de los intereses generales o a la resolución de los aspectos de carácter privado fundamentalmente mercantil que anima al sector privado.

Por ello, con la transnacionalización del capital y bajo la presión de los organismos multilaterales de crédito y de las empresas transnacionales, se viabilizó lo que Gaspar Ariño Ortiz denomina como la “huida del derecho administrativo”, que viene a ser, según su criterio, el escenario en donde: “...se suprimen los controles, se abandonan los procedimientos públicos de contratación y se dispone del patrimonio del Estado como si éste fuera propiedad de los gobernantes...La novedad del fenómeno radica, a finales de los 80 y a principios de los 90, en la generalización de esta “huida” en desbandada, descontrolada y fraudulenta, con la deslegalización que ello supone de la vida del Estado.”²⁶

La razón fundamental para esta denominada “huida del derecho administrativo”, se explica en el hecho de que el sistema de derecho privado se rige por las normas del derecho societario y civil, y por ello se estructuran procesos de contratación libres de controles que han permitido el que por medio de los actos discrecionales se maneje la contratación del Estado de manera directa, lo cual trae consigo una falta de transparencia en el manejo de los intereses públicos.

²⁶ ARIÑO ORTIZ Gaspar, 2.003, Principios de Derecho Público Económico – Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica, Primera Edición, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, Pág. 93

La argumentación para afirmar la prevalencia de las actividades privadas sobre las públicas se basa en una propaganda persistente que hace creer que en las primeras se afirma la eficacia y la eficiencia, siendo que ello no es así, porque, a manera de ejemplo, los costos de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, etc.) crecen considerablemente; y, porque, además, se quiere ocultar que las grandes crisis que se han presentado en nuestros países han sido generadas por el sector privado, basta con señalar en el Ecuador, la sucretización de la deuda privada y el salvataje bancario; y, en el plano internacional, acaba de producirse una crisis económica y financiera de incalculables consecuencias, que trajo el desplome de las economías norteamericana y europea, producto de un descalabro de los bancos en razón de las actividades de piramidación, así como la bancarrota de las actividades inmobiliarias.

Es preciso dejar sentado que, en materia de derecho público, los contratos están subordinados a la normatividad constitucional y legal vigente y cualquier estipulación suscrita al margen de esta normatividad no tiene valor alguno. Es así que el Artículo 1.478 del Código Civil estipula que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público ecuatoriano.

Existe, además, el aforisma jurídico de generalizada aceptación, de que en materia de derecho público se puede hacer solamente lo que está escrito en la norma, mientras que, en materia de derecho privado se puede hacer todo, menos lo que está prohibido expresamente por la ley.

Ello explica el porqué el sector privado se siente más cómodo cuando tiene que contratar con el Estado cuando las empresas estatales se encuentran constituidas bajo el régimen del derecho privado.

Según las normas del derecho civil, el contrato en régimen de derecho privado se constituye en ley para las partes, mientras que ello no sucede en el régimen del derecho público, donde el contrato es perfectamente revisable cuando afecte el interés general,

bajo el principio del Ius variandi, entre otros principios, como analizará cuando se trate el caso de la tangibilidad de los contratos administrativos.

1.3.- Definición de contrato administrativo

El tratadista Guillermo Cabanellas define al contrato administrativo como aquel celebrado entre la Administración, por una parte, y un particular o empresa, por la otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de Derecho Público. Esta combinación de voluntades, desiguales por su calidad, pública y aun soberana la una, y privada y aun sometida en aspectos generales la otra, revela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación.

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el “Art. 75.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”

Aun siendo teoría en la actualidad declinante, uno de los criterios para caracterizar los contratos administrativos consiste en recurrir a la doble personalidad de la Administración. Con tal criterio, ésta, como persona de Derecho Público, celebra tales contratos; mientras queda sujeta al Derecho Común cuando actúa como persona de Derecho Privado. La construcción de una carretera origina un contrato administrativo; la compra de un cuadro, para destinarlo a un museo, un contrato civil.

Otra característica de los contratos administrativos se encuentra en que la iniciativa corresponde casi exclusivamente a la Administración, que además suele hacer oferta pública; la libertad del otro contratante se reduce a aceptarla íntegramente y a ofrecer el

menor precio, si de un trabajo se trata; o la máxima cuota, si de explotar algún servicio o riqueza es el caso.²⁷

1.4.- El contrato administrativo como fuente de las obligaciones y sus elementos

Al referirse a esta temática, el tratadista ecuatoriano Nicolás Granja Galindo, indica que se desprenden dos interrogantes de inmediato al anunciar el tema en estudio, y son los siguientes: ¿Existen los contratos administrativos? ¿En qué se diferencian de los contratos privados de la Administración?

En verdad, esta materia ha sido analizada con todo vigor en el Derecho Administrativo por diferentes tratadistas que han enfocado sus conceptos desde diferentes ángulos. Por principio, los contratos administrativos sí existen y en nada se diferencian de los contratos privados de la Administración, pues, todos los contratos que la Administración celebra son nada menos que contratos de la Administración. Este es el nombre genérico. Aún más, estos contratos no son sino una especie dentro del género contratos, ya que su especificidad está dada por las características de sus elementos y de las partes constitutivas.

Claro está que, en cuanto a la denominación que llevan estos contratos, no existe un acuerdo uniforme en la doctrina. Se los llama indistintamente bajo las siguientes formas: contratos administrativos, contratos públicos, contratos del Estado, contrato de la Función Administrativa, acuerdos administrativos, etc.

Para efectos de esta investigación a estos contratos se los denominará como contratos de la administración, siguiendo a los tratadistas: Gordillo, Sayagués Laso, Santamaría de Paredes, Dromi, entre otros, quienes, no participan de la corriente que tiende a diferenciar a los contratos civiles de la Administración de los contratos administrativos típicos, pues admitir simplemente la denominación de contratos

²⁷ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo II, pág. 340.

administrativos equivale tanto como aceptar un criterio de oposición con los contratos privados de la Administración. Desde luego, tampoco las leyes ecuatorianas han consagrado ninguna distinción al respecto, porque ninguna disposición constitucional ni legal las ha definido hasta el momento. Por tanto, para reforzar este criterio, solo ha quedado el camino de la jurisprudencia y de la doctrina científica del Derecho Administrativo contemporáneo.

De esta manera, la distinción que pretenden hacer algunos autores entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, no se compadece con la verdad jurídica por lo siguiente:

Personalidad única del Estado.-

1ª Por que la personalidad jurídica del Estado, según lo hemos visto en repetidas ocasiones, es una sola. Este carácter unitario de su personalidad no le permite tener, al mismo tiempo, una personalidad pública y privada, que le consienta la celebración de contratos administrativos y de contratos privados civiles, comerciales, etc.

2ª Existe también la otra teoría que es contraria a la anterior en la que se menciona la doble personalidad del Estado contemplado en las contrataciones públicas y privadas.

Doble personalidad del Estado.-

Según Jairo Ramos, la teoría de la Doble personalidad de refiere: “Los derechos y obligaciones del Estado normalmente son de Derecho Público, aunque eventualmente pueden ser de Derecho Privado. Esto a dado lugar a que en la teoría de la personalidad jurídica del Estado se haya considerado que tiene una doble personalidad: una de derecho Público, que se manifiesta cuando actúa en función de su soberanía; y otra de Derecho

Privado, a la cual se somete como titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial”²⁸

3ª Porque el régimen jurídico de la Administración se halla reglado tanto por el Derecho público como por el Derecho privado, en mayor o menor escala, según las necesidades. Luego, en su esencia, la división de los contratos de la Administración en contratos administrativos y contratos privados no se encuadra con la realidad de las circunstancias. Por ejemplo, en ciertas actuaciones estatales, el régimen jurídico del contrato es marcadamente de derecho público, como sucede en el caso del servicio público; y, en otras, el contrato se asemeja más bien a cierta institución jurídica contractual de Derecho privado, como sería en el caso del contrato de suministro.

Por lo expresado deducimos, pues, que, en la práctica, los vínculos jurídicos-contractuales de la Administración no permiten establecer con precisión el punto fijo donde deja de aplicarse el Derecho público y donde empieza a regir el Derecho privado.

En principio, los contratos que celebra la Administración Pública, son fundamentalmente de Derecho Público. Esto hace que, en el terreno de la realidad, los contratos de la Administración no se hallen determinados en su encabezamiento como contratos administrativos o como contratos privados. En la vida del Derecho, no existe ningún interés para tratar de diferenciar a los contratos administrativos de los contratos privados de la Administración, pues, sencillamente los contratos de Derecho común de la Administración, se subordinan a un régimen jurídico privado; y, a la vez, se subordinan también a un régimen jurídico público en cuanto a competencia, voluntad, etc. En cambio, los contratos administrativos se rigen en cuanto al objeto, por el Derecho privado.

Respecto a la jurisdicción, tampoco hay diferencias; ni menos en cuanto a los medios de impugnación administrativa, habida cuenta que el reclamo o recurso jerárquico

²⁸ RAMOS, Jairo, “*Cátedra de Derecho Administrativo General Colombiano*”, pág. 96.

procede siempre, aunque no lo hubiese establecido expresamente alguna disposición legal, en razón de que, según la doctrina, toda decisión definitiva de un órgano inferior puede ser recurrida jerárquicamente ante el órgano competente superior.

Ante las divergencias doctrinarias, en este sentido diferencial, solo la ley podría poner término a dicha argumentación, a través de una conceptualización precisa de los contratos administrativos.

Elementos.-

En cuanto a los elementos del contrato administrativo, diremos que, en general, los mismos elementos que encontramos en los actos administrativos son también aplicables a los contratos de la Administración. Esto es: el sujeto, capacidad, la voluntad, el objeto y causa lícita, la forma.

El sujeto.- En la contratación administrativa:

1.- una de las partes es la Administración Pública, representada en un órgano estatal, (órgano legislativo, ejecutivo o judicial) (el Estado, los Consejos Provinciales, las Municipalidades, las entidades autónomas, las empresas del Estado, consorcios públicos, federaciones municipales, etc.), que actúa en función administrativa, y,

2.- de otro lado, los particulares, individual o colectivamente considerados, (personas físicas o naturales y personas jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, siempre que se sujeten a las disposiciones que regulan las contrataciones del Estado) o también la misma Administración.

La voluntad.- Este segundo elemento se refiere a la predisposición volitiva decisiva y válida de las partes que necesariamente deben intervenir en los contratos de la

Administración, por lo que, esta voluntad de los circunscribientes debe estar manifestada claramente bajo las siguientes formas: el consentimiento, la formación del contrato y el perfeccionamiento del mismo.

El consentimiento como una manifestación de la voluntad común de las partes presupone: la capacidad de la contraparte de la Administración y la competencia del órgano estatal.

En cuanto a la capacidad de la contraparte de la Administración, diremos que podrán ser contratistas las personas naturales o jurídicas que se encuentren en pleno goce de su capacidad legal, esto es, que puedan obligarse por sí mismas, y sin el ministerio o la autorización de otra.

En la doctrina general del Derecho Administrativo, están incapacitadas para ser contratantes los condenados por sentencias a pena de privación de libertad o inhabilitación para cargos públicos, salvo que hubiesen sido rehabilitados; los deudores del Estado; los insolventes; los menores; los dementes y sordomudos.

Las normas relativas al error, fuerza y dolo en la voluntad, de los actos administrativos, rigen también respecto a los vínculos contractuales de la Administración Pública.

El objeto.- Consiste en la obligación que por el contrato se constituye, la misma que lleva envuelta una prestación de dar, hacer o no hacer, deseada por las partes.

El contrato es administrativo, solo cuando su objeto es la adquisición de un bien, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio público que tenga como finalidad la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

La forma.- Consiste en el formalismo que exige el acto contractual de la Administración a través de su comprobación por escrito.

- Las formalidades, consisten en los requisitos del contrato, los mismos que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al nexo de la voluntad de las dos partes.
- La forma, que por el contrario, constituye uno de tales requisitos que se refiere a la manera como se instrumenta el nexo contractual que, generalmente, es por escritura pública, o bien, por instrumento público con la simple actuación del funcionario administrativo competente, de acuerdo a la ley, a la reglamentación o a la práctica administrativa correspondiente; todo lo cual, condiciona realmente la validez del contrato.

1.5.- Requisitos de validez de los contratos:

1.5.1.- Capacidad

En nuestra legislación la capacidad puede enfocarse desde un doble punto de vista:

- a) La capacidad adquisitiva; y,
- b) La capacidad de ejercicio.

La capacidad adquisitiva.- Se entiende por capacidad adquisitiva, a la aptitud para adquirir y ser titular de un derecho.

Todas las personas naturales tenemos capacidad adquisitiva, independientes de su edad, sexo, condición y nacionalidad. Por tanto, como vemos, es una facultad anexa a la calidad de persona. La capacidad adquisitiva que tienen todas las personas naturales, no

va seguida siempre de la capacidad de ejercicio, pues existen muchas personas naturales que por razón de su edad, de su estado mental afectado u otras circunstancias no pueden por sí mismas ejercer sus derechos y la ley los considera como incapaces de ejercicio, siendo necesario contar con un representante legal para poder ejercer su capacidad de ejercicio.

Además, es necesario anotar que también tienen capacidad adquisitiva las personas jurídicas como las corporaciones, gremios y demás establecimientos que gozan de personalidad jurídica, con arreglo a la ley.

La capacidad de ejercicio.- El artículo 1461 inciso segundo del Código Civil dice: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra.” Nuestro Código Civil en el artículo mencionado, define lo que se entiende por capacidad de ejercicio.

La capacidad de ejercicio es la facultad que tiene una persona para poderse obligar por sí misma y sin la intervención o autorización de ninguna persona. En otros términos es la facultad de celebrar por sí mismo toda clase de actos jurídicos que producen como consecuencia efectos legales.

El artículo 1462 del Código Civil dispone: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, lo que se traduce que no existen más incapacidades que aquellas que la propia ley expresamente establece. Así encontramos dos clases de incapacidades de ejercicio: general y particular.

La incapacidad general es la que impide válidamente celebrar cualquier acto o contrato, pudiendo ser absoluta o relativa.

La ley considera como incapaces absolutos a las siguientes personas –los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, sus actos son nulos, de nulidad absoluta y sin ningún valor, en estos casos el Juez puede y debe

declarar la nulidad aún de oficio. No obstante lo indicado, esta clase de incapacidades pueden actuar por medio de sus representantes legales, en otros términos legalmente representados.

Se consideran incapaces relativos a los menores adultos, a los que se hallen en interdicción de administrar sus bienes y a las personas jurídicas. Sus actos pueden tener valor en determinadas circunstancias señaladas en la propia ley. Igualmente los incapaces relativos, necesitan un representante legal para que supla su falta de capacidad.

Este representante legal puede actuar de dos maneras: representando al incapaz o autorizando el acto que el incapaz celebre.

Con referencia a la incapacidad particular, nuestro Código Civil en el inciso último del artículo 1463, considera que además de estas incapacidades, existen otras particulares, es decir establece ciertas prohibiciones a determinadas personas, pero en realidad no se trata precisamente de incapacidades, sino mas bien de ciertas prohibiciones a determinadas personas para realizar ciertos actos y esto no quita que estas personas sean capaces para realizar otros actos que no tengan que ver con las prohibiciones que establece la ley.²⁹

El art. 1463 del Código Civil dispone: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.”

²⁹ LEON, Fernando, “Elementos del Incumplimiento de las Obligaciones”, págs.: 25-27.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar determinados actos”.

De esto se deduce que hay dos clases de incapacidades: absolutas y relativas. Los incapaces absolutos, son aquellas personas que están prohibidos de realizar actos jurídicos, si de hecho lo realizaren, produciría su nulidad. Pero los incapaces relativos, son aquellas personas que pueden realizar determinados tipos de actos y en determinadas circunstancias con el consentimiento de otro sujeto que esté en uso y goce de sus facultades, y que lo represente, como por ejemplo un menor de 16 años de edad, puede contraer matrimonio, pero con permiso de los padres.

1.5.2 Consentimiento

Se entiende por consentimiento la acción de consentir, de la palabra latina “*consentire*”, de con, y “*sentire*”, sentir; compartir el sentimiento, el parecer. Conformidad de voluntades entre los contratantes, o sea entre la oferta y su aceptación, que es el requisito de los contratos. Asentir con otro (...) La voluntad es la facultad que nos permite realizar o no algún acto. Elección libre. Acto de aceptar o rechazar algo. Deseo (...) ³⁰

El artículo 1461 del Código Civil establece: para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. Para que tenga validez un acto o contrato, ese consentimiento compartido entre dos o más personas no debe estar viciado, es decir debe ser libremente manifestado.

Aparentemente al consentimiento se lo podría considerar como un acto jurídico unilateral, pero no es así, porque para que surta efecto el acto o contrato, se necesita de la concurrencia de otra voluntad. Entonces, el consentimiento se manifiesta por la concurrencia de dos voluntades. Vale al respecto citar un ejemplo: en el caso de un acto

³⁰ DICCIONARIO JURIDICO, Distribuidora Jurídica Nacional, pág. 108.

testamentario, la declaración de voluntad por parte del testador, debe prestarse libre de vicio, porque se trata de un acto personalísimo que no lo puede hacer una tercera persona, pero para que el mecanismo de la sucesión hereditaria se perfeccione, se necesita que concurra también la aceptación de la asignación por parte de los asignatarios. Este ejemplo nos muestra claramente que el consentimiento no es un acto unilateral como puede creerse o confundirse.

El consentimiento para ser tal, requiere de la presencia de dos momentos:

- a) La oferta; y,
- b) La aceptación

El primer momento, se refiere a la declaración de voluntad mediante la cual una persona establece respecto de otra, una declaración que puede ser aceptada, deviene de un contrato. El segundo momento, consiste en el acto que realiza la otra parte con respecto a la oferta que se le ha propuesto para celebrar un contrato.

En nuestro Código Civil, no encontramos norma explícita que nos hable de estas dos fases o momentos del consentimiento, sin embargo del contexto de la propia ley, podemos deducir que para que el consentimiento se configure como tal, es necesario que concurren estos dos elementos. El consentimiento puede ser viciado por:

- a) el error;
- b) la fuerza; y
- c) el dolo.

Alessandri dice que la voluntad en su sentido ético, es la actitud o disposición para querer algo. En los actos jurídicos unilaterales, se habla propiamente de voluntad: pero

en los actos bilaterales ésta toma el nombre de consentimiento, que es el acuerdo de las voluntades de dos o más personas dirigido a lograr un resultado jurídico.³¹

Prescio Vargas afirma que la voluntad, es el resultado de un proceso interno del hombre. Fruto de un deseo, de un aspecto o de un querer espontáneo o fruto de una reflexión prolongada y madurada en lo recóndito de la mente humana, termina por manifestarse o exteriorizarse.³²

El principal requisito de la voluntad es la capacidad.

La voluntad es seria cuando se emite por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico. No reúnen esta condición por ejemplo, la determinación que toma un niño o la que se hace en broma o sin ánimo de obligarse, como cuando dos personas se ponen de acuerdo para realizar un paseo. Hablemos brevemente de cada uno de los vicios del consentimiento.

Error

Falso conocimiento, concepción no acorde con la realidad. El error suele equipararse a la ignorancia, que no es ya el conocimiento falso, sino la ausencia de conocimiento. Uno y otro son vicios de la voluntad, que pueden llegar a causar la nulidad del acto viciado, cuando no haya mediado negligencia por parte de quien incurrió en ellos; es decir, cuando se trata de un error excusable, y sólo cuando recae sobre el motivo principal del acto. Sea o no excusable, el error de derecho no puede alegarse nunca como excusa. En cuanto al Derecho Penal, el error o la ignorancia de hecho no culpable, son causas de inimputabilidad.³³

³¹ ALESSANDRI, CITADO POR: MORALES, Jorge, “*Teoría General de las Obligaciones*”, pág. 22.

³² VARGAS, Prescio, CITADO POR: MORALES, Jorge, “*Teoría General de las Obligaciones*”, pág. 22.

³³ OSSORIO, Manuel, “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”, pág. 393.

Puede definirse como el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa. Consiste en pasar como verdadero lo que es falso lo que es verdadero.

Usualmente, suele confundirse el error con el desconocimiento o ignorancia, pero son dos términos distintos. La ignorancia o desconocimiento, consiste en no saber algo, en ignorar algo, en desconocer las cosas, en el error en cambio, se cree saberlas, pero se engaña.

Sin embargo dentro del campo del Derecho, esta distinción carece de importancia, puesto que inclusive la ley los considera como sinónimos, el legislador trata al ignorante como el que ha incurrido en error.

Existen dos clases de error: error de hecho y error de derecho.

El error de hecho.- Manuel Bejarano Sánchez, en su obra titulada “Obligaciones Civiles” dice: “la equivocación se refiere a circunstancias fácticas de hecho”.

El error de hecho, consiste en sí, en la disconformidad que existe entre lo que las partes creen que es verdad y lo que no es verdad. Es el que versa sobre una persona o sobre una cosa cualquiera, en definitiva según el autor citado, el error de hecho no es más que en definitiva una equivocación.

Este tipo de error admite una triple clasificación:

- 1.- Error que destruye el consentimiento o error esencial;
- 2.- Error que vicia el consentimiento o error substancial; y,
- 3.- Error que no alcanza a viciar el consentimiento o error accidental.

Error de derecho.- El Tratadista Manuel Bejarano Sánchez, en su obra “Obligaciones Civiles” expresa: “la equivocación versa sobre la existencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas”. Según este autor, si la equivocación se refiere al alcance o

interpretación de una disposición jurídica, es decir de una norma jurídica, se conoce con nombre de error de derecho.³⁴

El error de derecho es el concepto equivocado de la ley, es el que recae sobre un precepto jurídico, no vicia el consentimiento, así lo expresa el artículo 1468 del Código Civil: “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. Por tanto, el acto jurídico realizado con error no produce ningún efecto, por que se entiende no existir.

Fuerza

El artículo 1467 del Código Civil, señala que el segundo de los vicios que puede adolecer el consentimiento, es la fuerza.

Se la ha conceptualizado como la presión física o moral, en virtud de la cual una persona se ve forzada a prestar su consentimiento en un acto o declaración de voluntad y obligarse para con otra.

De este concepto, se puede deducir que la fuerza puede ser tanto física o moral. Así es física cuando se ejerce violencia material sobre una persona para obligarla a consentir contra su voluntad propia en un acto jurídico, en la práctica es un tanto difícil o especial que se emplee la fuerza física para obligar a alguien a realizar un acto jurídico en contra de su voluntad. La fuerza moral, se la considera como toda presión psicológica que se ejerce sobre una persona para obligarla a consentir; se puede ejercer contra el propio contratante, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes.

La ley no hace ninguna distinción entre estos dos tipos de fuerza. Su sola presencia en ambos casos vicia el consentimiento. Este vicio da derecho a la rescisión del acto o

³⁴ SANCHEZ, Manuel, “*Obligaciones Civiles*”, pág. 53.

contrato. Para que vicie el consentimiento, la fuerza debe ser actual, injusta e ilegítima, grave y determinada.

Dolo

En el Derecho la palabra dolo se usa con significados diferentes. En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que su hecho produce; es la característica del delito civil, y en tal sentido se opone a la culpa como elemento distintivo del cuasidelito.

En lo relativo al cumplimiento de las obligaciones, el dolo designa la deliberada inejecución por parte del deudor. Por último, el dolo designa las maniobras engañosas empleadas por una de las partes que vician la voluntad de la otra en la celebración del acto jurídico: dolo como vicio de la voluntad. Lo característico del dolo, como vicio de la voluntad, reside en el engaño que se emplea para decidir a alguien a la realización de un acto jurídico (...)³⁵

El artículo 1467 del Código Civil, señala al dolo como el tercero de los vicios del consentimiento. El dolo está definido en el artículo 29 inciso final del Código Civil, en los siguientes términos: “El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”. Este precepto se refiere específicamente a una de las tantas clases de dolo que existen, ya que tenemos que para el Derecho Civil, el dolo no tiene la misma incidencia que tiene para el Derecho Penal. Estudiaremos únicamente las tres categorías de dolo que tienen que ver con esta área.

a) Dolo Bueno y Dolo Malo.- El dolo bueno no vicia el consentimiento porque no obliga, por ejemplo, el caso de la propaganda. El dolo malo por el contrario, sí vicia

³⁵ GARRONE, José, “*Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*”, Tomo I, págs.: 794-795.

el consentimiento y se lo concibe en los términos del inciso final del artículo 29 del Código Civil, como la intención de irrogar daño a otra persona.

b) Dolo positivo y Dolo negativo.- El Dolo Positivo consiste en la realización de ciertos actos que obligan a una persona a consentir a través de engaño. El Dolo Negativo, se presenta cuando se ocultan los defectos que puede tener una cosa para obligarle a otra persona a prestar su consentimiento.

Estas dos clases de dolo provocan la nulidad del acto o declaración de voluntad.

c) Dolo principal y Dolo incidental.- el Dolo Principal vicia el consentimiento y se refiere a los elementos esenciales comunes específicos del contrato. El Dolo Incidental, no vicia el consentimiento y se refiere a los elementos accidentales del contrato, por tanto no tiene cabida la nulidad., pero si la reparación.

En definitiva podemos decir que el dolo es todo engaño, fraude o maquinación de uno de los contratantes que induce al otro a prestar su consentimiento para celebrar un contrato, de manera que sin él no se hubiera celebrado.

A manera de conclusión, podemos decir que en Derecho civil y en general, en Derecho privado, el término dolo tiene dos significados: a) En el momento de la celebración de un acuerdo, un contratante comete dolo si engaña al otro con palabras o maquinaciones insidiosas, propaganda engañosa, habladurías o procedimientos análogos, de tal modo que, si no fuera por tales artimañas, el compromiso no se habría celebrado o no lo habría sido en las condiciones en que lo fue. En quien provoca dolo hay una intención deliberada de engaño. Esta modalidad de dolo constituye, junto con la violencia, la intimidación y el error, uno de los llamados vicios de consentimiento, que provoca que el contrato pueda ser declarado nulo. A diferencia de la violencia y la intimidación, susceptibles de ser impuestas por terceras personas, el dolo proviene necesariamente de una de las partes del contrato. Así, aunque el error lo haya provocado otra persona,

existe dolo si el contratante conoce el efecto que está produciendo en la percepción de la otra parte, y, pudiendo evitar el equívoco, no lo hace: el error no lo ha inducido él, pero ya que se está aprovechando de los efectos de la confusión causada por un tercero, se considera que existe dolo (...) Es, por ejemplo, doloso el contratante que no paga porque no le conviene hacerlo en ese momento. Este incumplimiento se contrapone al culposo o negligente, que es el que se da cuando el contratante, queriendo cumplir, lo hace de forma desidiosa o no lo hace, pero por negligencia, descuido y sin malicia. Las consecuencias del incumplimiento doloso son más graves que las del culposo o negligente, pues el deudor incumplidor deberá responder de cuantos daños se generen al acreedor por causa de la inobservancia de su acuerdo.³⁶

En materia contractual el consentimiento es un requisito básico del contrato, y supone: una pluralidad de partes con capacidad para contraer un acuerdo, que forman una única voluntad contractual (unión de las voluntades singulares que deben ser libres y conscientes) y se manifiesta a través de una declaración expresa y tácita, de tal forma que exista concordancia entre la voluntad interna y la declarada. La capacidad para prestar consentimiento no es universal, habiendo siempre restricciones que suelen englobar a los menores no emancipados, sordomudos que no sepan leer o escribir, y a los enfermos mentales, por considerarse en todos estos casos que el consentimiento no puede ser del todo libre y consciente. Por otro lado, también hay una serie de supuestos en los que se excluye el consentimiento por existir una divergencia entre la voluntad interna (lo querido en realidad) y la voluntad declarada, como son: el error, la violencia física irresistible y la declaración emitida sin seriedad o con reserva mental. Hay otro conjunto de supuestos en los que, aun habiendo perfecta concordancia entre lo que se quiere decir y lo que se dice, se entiende que el consentimiento ha sido viciado por error, intimidación (al inspirar en uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en su cónyuge o parientes si no

³⁶ Microsoft © Encarta © 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

contrata), o por la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas para inducir al otro contratante a celebrar el contrato.³⁷

1.5.3 Objeto Lícito

Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más obligaciones de dar, hacer o no hacer. En otros términos, no puede haber obligación sin que haya una cosa o un hecho que sea materia o constituya su objeto. Propiamente hablando, constituyen el objeto del contrato la prestación o prestaciones que él impone, independientemente si el contrato es unilateral o bilateral; si se compra un vehículo, el objeto es ÚNICO, se perfecciona con el traspaso del dominio del bien.

Se conoce al objeto de una obligación respondiendo a la pregunta. ¿qué es lo que se debe? El objeto, puede consistir en una cosa presente o futura de un hecho. Si consiste en una cosa, la obligación es de dar y puede referirse a la transferencia de dominio o a la simple transferencia del uso o tenencia de la cosa.

Si consiste en un hecho, hay que distinguir si el hecho es positivo o negativo. Si el hecho es positivo, la obligación se llama de hacer y si es negativo, la obligación se llama de no hacer.

El Art. 1476 del Código Civil dice: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

Las declaraciones de voluntad se dirigen a producir algún efecto jurídico: crear, modificar o extinguir obligaciones. Tienen trascendencia en el plano jurídico únicamente en cuanto modifican, de alguna manera las declaraciones de esta misma categoría

³⁷ Microsoft © Encarta © 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

(jurídicas). Por eso, propiamente, el objeto de los actos y contratos consiste siempre en una conducta humana: una acción u omisión. Como precisamente dice el artículo 1476: “se trata de dar, hacer o no hacer”. El “dar” es una concreta acción y lo que se da o se obliga a dar, es propiamente un derecho, aunque vinculado con una cosa. Así, se da la propiedad, la posesión o la mera tenencia.

El artículo 1477 C.C. dispone: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible, el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

Como podemos observar, este artículo señala cuatro condiciones esenciales del objeto de los actos y contratos: existencia, cierta determinación, posibilidad física y posibilidad moral, en cuanto a la existencia, se ha de entender con relación al orden jurídico; por esto, lo que no está en el comercio, no se considera como objeto de declaraciones de voluntad.

La existencia puede ser actual al momento del acto o contrato, o futura, pero en cualquier caso, esa existencia no puede ser contraria al orden de la naturaleza y al orden de la moral. Se reconoce lo que es contrario a la ética de dos maneras: porque las leyes justas lo prohíben, o bien, porque las buenas costumbres, la manera honesta de comportarse de los mejores ciudadanos, las condene.

El artículo 1478 dispone: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”.

De manera general, se entiende por objeto todo lo que es exterior a la conciencia o sensibilidad por parte de un sujeto, incluso éste mismo. Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación.³⁸

Podemos entender por objeto lícito el fin que persigue cualquier acto jurídico y social que realizan las personas naturales y jurídicas, sea en el ámbito profesional, laboral o personal, el mismo que tiene que estar enmarcado en el ordenamiento jurídico establecido por la nación en la que habita esa persona. Todo lo que se desvíe de este ordenamiento, constituirá objeto ilícito. Todas las actuaciones de nuestra vida, tienen que estar inmersas en un objeto lícito.

1.5.4 Causa Lícita

Otro requisito exigido por la ley para la validez de las obligaciones es la causa. Muy discutido es el concepto de la causa. Nuestro Código Civil, contempla la causa como un requisito previo y necesario para la validez de las obligaciones y en tal carácter debemos estudiarlo. Nuestro Código sienta el principio que “no puede haber obligación sin una causa”.

Causa es el motivo que induce al acto o contrato. La causa se conoce y descubre por la siguiente pregunta: ¿Por qué se debe?; la respuesta a esta pregunta, indica la causa de la obligación.

El Código Civil dice que la causa es el motivo que induce al acto o contrato. Pero, conviene establecer que no se refiere a la razón psicológica esencialmente personal a cada contratante, sino a la causa próxima, o sea, a la razón legal, inmediata y directa en un determinado contrato que ha movido a cada parte a obligarse. Por ejemplo en el contrato

³⁸ SANCHEZ ZURATY, Manuel, “*Diccionario Básico de Derecho*”, Tomo II, pág. 275.

de venta, la causa o motivo inmediato que induce al vendedor a celebrarlo, es el pago del precio, y al comprador es la entrega de la cosa.

La ley exige para la validez de toda obligación, el requisito de que tenga causa, pero facilita el cumplimiento de esta exigencia estableciendo que no es necesario expresarlo, lo que equivale a establecer una presunción legal de la existencia de la causa.

Igualmente, la ley presume que la causa es lícita cuando ella no aparece expresada en el acto; de modo que el que quiere liberarse de una obligación, tiene que probar que la causa es ilícita: por ejemplo proveniente de una deuda de un juego de azar.

La ley exige que la causa sea real y lícita. El primer atributo, se refiere a que la causa debe tener una existencia real, o que sea posible de cumplir según los dictados de la naturaleza, por ejemplo pintar un edificio que existe en una dirección y ubicación determinadas. El segundo atributo, se refiere a que la causa debe ser apegada a la ley, a las normativas reglamentarias, estatutarias, etc.

Por último, debemos indicar que la carencia de causa lícita, produce nulidad absoluta del acto o contrato, y por tanto, puede ser declarada de oficio por el juez. En cambio, quien ha producido conscientemente la nulidad, ha actuado de mala fe y no puede beneficiarse de su propia conducta contraria al derecho.

Como conclusión general, podemos indicar que en la actualidad, se habla de la crisis de la figura del contrato, o más bien, de la crisis de los presupuestos que originaron el contrato. De hecho, el acuerdo que representa la base del contrato, se suponía que debía tener lugar entre voluntades libres e iguales, lo cual no es del todo cierto hoy en día. La realidad social muestra que la libertad, a la hora de contratar, no existe o está muy limitada en casos. Por ejemplo, en los contratos de suministros de gas, agua, electricidad, en los que es habitual que operen compañías en régimen de monopolio, o en otros, donde solo se alcanza una cierta capacidad para elegir entre unos muy reducidos oferentes (por ejemplo, las compañías aéreas (...)) De todo ello se deduce que

si bien la figura general del contrato sigue vigente, se han creado otras modalidades de acuerdo como son los contratos en masa, forzosos, normados o normativos. También los legisladores han acogido esta problemática dictando leyes que en muchos aspectos limitan la antigua autonomía contractual donde sólo la voluntad dictaba el contenido de los pactos y compromisos, como las leyes en defensa de la competencia o las de protección de consumidores.³⁹

1.6 Las Doctrinas del Derecho Público sobre la tangibilidad del contrato administrativo.

Según Juan Carlos Expósito Vélez, “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público”.

Por ello, se explica que el Artículo 1.478 del Código Civil contemple que: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”.

En el derecho anglosajón, los contratos del Estado se someten a las normas del derecho común y casi no existen normas de derecho en la contratación pública. Ello es importante tomarlo en cuenta porque se ha pretendido con la globalización, con algún grado de éxito, que derecho público ecuatoriano, se acerque a los conceptos del derecho anglosajón, siendo que el contrato administrativo en el Ecuador deviene del modelo francés y español, y constituye una categoría jurídica específica.

³⁹ Microsoft © Encarta © 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Respecto de los contratos petroleros, hay que tomar en cuenta que el Artículo 51 del Reglamento Especial de Licitaciones de PETROECUADOR, establece: “Naturaleza del contrato.- Los contratos que adjudique el Comité Especial de Licitaciones (CEL), de acuerdo con las normas de Ley de Hidrocarburos y este reglamento, para todos los efectos son contratos administrativos que se rigen por el derecho público”.

A continuación algunos principios doctrinarios del derecho público que permiten afirmar la tangibilidad del contrato administrativo:

La prevalencia del fin sobre el objeto en el derecho administrativo

Uno de los principios del derecho administrativo, según William René Parra Gutiérrez, es el hecho de que: “Se persigue con los contratos la satisfacción del interés público, y si para conseguir estos fines, es necesario adaptar los términos de lo pactado, así debe procederse porque el fin es inalterable”.⁴⁰

El Contrato Administrativo no es Ley entre las Partes

Según el mismo tratadista William René Parra Gutiérrez: “El principio de que el contrato es ley entre las partes en el derecho privado, no prevalece en forma absoluta en el derecho público porque en este caso entra en juego el interés general.”⁴¹

El contratista está sometido al derecho civil sólo en relación con su capacidad jurídica, de obrar y los atributos de su personalidad.

⁴⁰ PARRA GUTIÉRREZ, William René, 1.999, Los Contratos Estatales, Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá – Colombia, Pág. 28

⁴¹ PARRA GUTIÉRREZ, William René, 1.999, Los Contratos Estatales, Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá – Colombia, Pág. 29

El Principio de Desigualdad Jurídica entre las Partes en derecho público

Según el tratadista Roberto Dromi: “Las partes están en un plano desigual. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles”.⁴²

El mismo tratadista habla de la mutabilidad del contrato administrativo y señala: “...el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público”.⁴³

Las Cláusulas Exorbitantes del Derecho Privado

Son verdaderos poderes de naturaleza extracontractual.

Roberto Dromi dice: “Las cláusulas exorbitantes pueden ser virtuales o implícitas y expresas o concretas.”⁴⁴

Luego, el mismo tratadista señala: “Son cláusulas derogatorias del Derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil. En otros términos son cláusulas inusuales en el Derecho privado, o que incluidas en un contrato de Derecho común resultarían “ilícitas”, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público.... En virtud de esta cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte,

⁴² DROMI, Roberto, 2.004, Derecho Administrativo, Décima Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Pág. 484

⁴³ DROMI, Roberto, 2.004, Derecho Administrativo, Décima Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Pág. 484

⁴⁴ DROMI, Roberto, 2.004, Derecho Administrativo, Décima Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Pág. 485

declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera”.⁴⁵

El Factum Principis, Hecho del Príncipe o Ius Exorbitants

Según Benjamín Herrera Barbosa: El hecho “...se traduce en la modificación imprevista que la administración puede introducir al contrato, con una medida lícita de carácter general o particular en ejercicio de la potestad pública...”⁴⁶

Entre las características que, según este tratadista debe tener este principio doctrinario se da ante una modificación ostensible de la ecuación económica del contrato.

El Principio de Buena Fe y de Expectativas Legítimas

La modificación del contrato puede apoyarse en este principio doctrinario.

Dice Benjamín Herrera Barbosa que: “...la modificación (del contrato) por razones de orden técnico, puede apoyarse en el principio de buena fe...”. A continuación, señala: “Si entendemos como buena fe el ánimo de obrar sin querer causar daño a otra persona, es claro que el contratista no se puede negar a admitir la modificación del contrato por razones técnicas, cuando que ello resulta indispensable para el cabal cumplimiento del propósito negociar, ya que lo contrario significaría que él, sometiéndose enteramente a la letra del contrato, pretende causarle daño a la administración”.⁴⁷

⁴⁵ DROMI, Roberto, 2.004, Derecho Administrativo, Décima Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Pág. 484

⁴⁶ HERRERA BARBOSA, Benjamín, 2.003, Contratos Públicos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá – Colombia,

⁴⁷ HERRERA BARBOSA, Benjamín, 2.003, Contratos Públicos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá – Colombia.

El límite en una modificación contractual se encuentra en el hecho de que el contratista mantenga la misma expectativa de ganancia prevista en el contrato al momento de celebrarse.

Teoría de la Imprevisión

Según Benjamín Herrera Barbosa: “La imprevisión puede alegarse después de la suscripción del contrato y no antes.”⁴⁸

Tiene como efecto la modificación económica del contrato, por evidente lesión económica, y permite al demandante que se regrese al punto de no pérdida en la ecuación económica del contrato.

Evita el uso implacable del derecho a costa del perjuicio de una parte y el enriquecimiento desproporcionado de la otra.

Según Gustavo Gómez Aranguren, la Teoría de la Imprevisión “Se trata de un mecanismo establecido para regular los desequilibrios económicos de los contratos originados por riesgos que ninguna de las partes estuvo al cabo de poder anticipar en el instante de suscribir el contrato.”⁴⁹

Luego, el mismo tratadista señala. “La imprevisión entonces es un evento ajeno a la culpa de la administración...”⁵⁰

La doctrina del Ius Variandi:

⁴⁸ HERRERA BARBOSA, Benjamín, 2.003, Contratos Públicos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá – Colombia.

⁴⁹ GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo, 2.004, Derecho Administrativo, Primera Edición, ABC Editores Librería Ltda., Bogotá – Colombia, Pág. 546

⁵⁰ GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo, 2.004, Derecho Administrativo, Primera Edición, ABC Editores Librería Ltda., Bogotá – Colombia, Pág. 546

Según William René Parra Gutiérrez: “El poder de modificación del contrato (Ius variandi) es la prerrogativa de mayor impacto en la contratación administrativa, explicable en la medida en que está en juego el interés general y en el que el contratista tiene garantizado que la administración pública le mantendrá el equilibrio financiero con ocasión de dicho poder de modificación”.⁵¹

Ello nos lleva a la importancia de tomar en cuenta la ecuación económica-financiera de los contratos.

En este caso es imprescindible restaurar el desequilibrio económico que se pudiera presentar en los contratos.

El Principio Rebus Sic Stantibus

Convención del derecho romano. Se entiende incluida tácitamente en los negocios jurídicos. Las obligaciones subsisten mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación.

La Lesión en los contratos

Es un defecto que vicia el consentimiento por desconocimiento de un hecho imprevisible. Ello permite reclamar una indemnización de perjuicios desde que se produjo la lesión.

Dice Roberto Dromi que “...basta contemplar aquellos contratos públicos que se califican con el término acuñado en el derecho civil de “leoninos” y que en el derecho administrativo se llaman “lesivos”. De ahí, que negar la procedencia de la lesión subjetiva en los contratos públicos, equivaldría a negarle al Estado la acción de lesividad

⁵¹ PARRA GUTIÉRREZ, William René, 1.999, Los Contratos Estatales, Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá – Colombia, Pág. 29

en los actos administrativos...De tal manera, consideramos que aún en los contratos públicos es posible que se verifique la existencia del vicio de lesión...”.⁵²

La tangibilidad del contrato administrativo

Dice Benjamín Herrera Barbosa que: “A la inmodificación del contrato entre los particulares, oponemos entonces la tangibilidad del contrato de derecho público; hay un constante cambio en los términos de relación que se quiere explicar porque no hay igualdad entre las partes, porque hay un marcado sentido de colaboración en cumplir metas de interés público y porque la causa del contrato no solo tiene relevancia en la celebración, sino durante su ejecución.”⁵³

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA INDUSTRIA HIDROCARBURIFERA ESPECIALMENTE LA PETROLERA

2.1.- Descubrimiento de hidrocarburos, y el petróleo en el Ecuador

El petróleo, es el líquido oleoso bituminoso de origen natural compuesto por diferentes sustancias orgánicas. También recibe los nombres de petróleo crudo, crudo petrolífero o

⁵² DROMI, Roberto, 2.004, Derecho Administrativo, Décima Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina.

⁵³ HERRERA BARBOSA, Benjamín, 2.003, Contratos Públicos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá – Colombia.

simplemente “crudo”. Se encuentra en grandes cantidades bajo la superficie terrestre y se emplea como combustible y materia prima para la industria química. Las sociedades industriales modernas lo utilizan sobre todo para lograr un grado de movilidad por tierra, mar y aire impensable hace sólo 100 años. Además, el petróleo y sus derivados se emplean para fabricar medicinas, fertilizantes, productos alimenticios, objetos de plástico, materiales de construcción, pinturas y textiles, y para generar electricidad

En la actualidad, los distintos países dependen del petróleo y sus productos; la estructura física y la forma de vida de las aglomeraciones periféricas que rodean las grandes ciudades son posibles gracias a un suministro de petróleo relativamente abundante y barato. Sin embargo, en los últimos años ha descendido la disponibilidad mundial de esta materia, y su costo relativo ha aumentado. Es probable que, a mediados del siglo XXI, el petróleo ya no se use comercialmente de forma habitual.

Todos los tipos de petróleo se componen de hidrocarburos, aunque también suelen contener unos pocos compuestos de azufre y de oxígeno; el contenido de azufre varía entre un 0,1 y un 5%. El petróleo contiene elementos gaseosos, líquidos y sólidos. La consistencia del petróleo varía desde un líquido tan poco viscoso como la gasolina hasta un líquido tan espeso que apenas fluye. Por lo general, hay pequeñas cantidades de compuestos gaseosos disueltos en el líquido; cuando las cantidades de estos compuestos son mayores, el yacimiento de petróleo está asociado con un depósito de gas natural.

Existen tres grandes categorías de petróleo crudo: de tipo parafínico, de tipo asfáltico y de base mixta. El petróleo parafínico está compuesto por moléculas en las que el número de átomos de hidrógeno es siempre superior en dos unidades al doble del número de átomos de carbono. Las moléculas características del petróleo asfáltico son los naftenos, que contienen exactamente el doble de átomos de hidrógeno que de carbono. El petróleo de base mixta contiene hidrocarburos de ambos tipos.⁵⁴

⁵⁴ Microsoft ® Encarta © 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

2.1.1.- El petróleo en el litoral

En el Litoral comenzó la actividad petrolera en 1909, con las concesiones que se hicieron en la península de Santa Elena para la explotación de yacimientos petrolíferos a la Empresa Concepción Ecuador Oil Limited^b, de propiedad de la familia Medina Pérez. En 1916 se estableció la compañía Milne Williamson con derechos sobre la misma zona de Santa Elena.

En 1919, se constituyó en Londres la Compañía Anglo Ecuatorian Oilfields Limited para explotar los yacimientos de Ancón, absorbió los derechos de la Milne Williamson y formalizó la explotación a partir de 1926. Posteriormente llegaron otras compañías que explotaron el mineral en las estructuras de Ancón, Tigre y Santo Tomás, que abarcaban una extensión de 7.300 hectáreas., y donde llegaron a estar en explotación alrededor de 1.800 pozos. Pero a partir de 1962, la producción comenzó a disminuir y poco a poco se han ido retirando de la zona las compañías que antes explotaban.

El 16 de Enero de 1976, se produjo la reversión de los campos petrolíferos de la península que por 50 años consecutivos han venido siendo explotados por la Anglo Ecuatorian Oilfields Ltda. En nombre del Estado recibió CEPE. Las instalaciones se hallaban en estado inservible, CEPE hizo una inversión de 196 millones de sucres para que los pozos puedan seguir produciendo. (...) La producción de petróleo crudo en la península disminuye constantemente, según informes especiales para 1983, habían 712 pozos en producción que rendían 800 barriles diarios, con un promedio de 1,2 b/d por pozo, de una calidad promedio de 34,900 APL.⁵⁵

2.1.2 El petróleo en la Amazonía

⁵⁵ VINUEZA, José “*Geografía Económica del Ecuador*”, págs.: 106-107.

Jaime Galarza Zavala dice lo siguiente: “Las reservas petrolíferas del mundo se agotarán un día. Cuando esto suceda, una región abastecerá las necesidades de la tierra: el oriente ecuatoriano”.⁵⁶

La Región Amazónica Ecuatoriana (RAE) alcanza una extensión de 131.000 Km². Su selva baja tiene una altura promedio de 450 msnm, suelos aluviales, volcánicos, suelos rojos (Oxisoles y Ultisoles) relativamente infértiles. La formación ecológica predominante es el bosque húmedo tropical (BHT). Su temperatura media anual es de 24gc. y las precipitaciones son superiores a los 3.100 mm anuales. La humedad relativa regional es superior a los 80% y la nubosidad varía entre 5/8 y 7/8 horas de luz. Lluvia durante 223 y 259 días al año y no existen meses ecológicamente secos, ya que los valores de la precipitación siempre exceden a los de la evapotranspiración potencial, (Estrada, Seré y Uquillas 1978: 12)

La Región tiene una reserva biogenética inconmensurable y una riqueza cultural constituida por nueve etnias que representan un cuarto de la población regional estimada en 97.000 individuos. No obstante su importancia es fundamentalmente económica debido a los yacimientos petrolíferos que posee y que generan en la actualidad el 48% del Presupuesto General del Estado. La RAE está circunscrita en un entorno ecológico complejo. Es poseedora de grandes cantidades de recursos naturales y constituye parte de la Cuenca Amazónica que incluye territorios de ocho países. A partir de la explotación de yacimientos hidrocarbúricos en 1972, cobra mayor importancia económico-política y en un período, relativamente corto, se convierte en espacio estratégico para la economía nacional.

Además, ha sido sometida a intensos procesos de integración y el principal actor ha sido el propio Estado. En consecuencia, el proceso colonizador encuentra su basamento en una fuerza que a la vez dispone del poder político para decidir y de los instrumentos técnico-administrativos para instaurarlo.⁵⁷

⁵⁶ GALARZA, Jaime, “*El festín del petróleo*”, pág. 100.

⁵⁷ NARVAEZ, Iván, CITADO POR: BACA, Raúl y otros “*25 años de exportación del crudo oriente*”, págs. 95-96.

Desde hace cerca de 25 años, el Ecuador por su condición de país exportador de crudo, ha estado expuesto a los vaivenes de los precios del recurso, lo que ha ocasionado que su economía atraviese períodos alternos de prosperidad y crisis.

En este sentido, este cuarto de siglo, bien puede dividirse en dos: una primera época parte en 1972 con la incorporación del país al mercado mundial del petróleo, que coincidió con un escenario internacional muy favorable para los exportadores de crudo y a su vez posibilitó un proceso inédito de crecimiento económico.

Una segunda época surge tras el agotamiento del modelo de industrialización sustitutiva y de la crisis de los años 80, cuando el Estado inicia una estrategia de reforma institucional y reestructuración económica que implica una progresiva apertura a la iniciativa privada, con miras a atraer la inversión extranjera a los principales sectores de la economía ecuatoriana (Sierra, 1995).

Como se conoce, desde fines de los años 30 hasta 1972, petroleras extranjeras como Shell o la misma Texaco, con amplias concesiones territoriales invirtieron capitales en la búsqueda de un petróleo que se mostraba esquivo. Ese mismo año, el gobierno militar que presidió el Gral. Rodríguez Lara, manifestó abiertamente su interés por participar de la emergente renta petrolera, cuya administración decidió asegurarse para el Estado, en su versión de esos años cepalinos, a través de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), hoy PETROECUADOR..

A partir de ese momento, el control del recurso petrolero por parte del Estado se convierte en el objetivo mismo de la política ecuatoriana. El Estado, en su papel de promotor y empresario, tomó a su cargo la administración de este recurso, inicialmente en consorcio con la Texaco y después por medio de la Corporación Estatal Petrolera Ecuador (CEPE) y luego por PETROECUADOR, la empresa estatal petrolera. La presencia del estado en la

industria petrolera estuvo precedida por relaciones conflictivas con las transnacionales que operaban en el país.

Los conflictos comenzaron en 1972 con la decisión del gobierno de reducir las áreas de concesión privada y elevar los montos mínimos de inversión. En 1974 el Estado compró el 25 % de las acciones del consorcio Texaco Petroleum Company-Ecuadorean - Gulf Oil Company (Texaco-Gulf).

En 1976, la decisión de que esta participación se computase sobre la producción legalmente fijada hizo que la Gulf se retirase del Ecuador y que el Estado se convirtiera en el accionista mayoritario (62,5%).

En junio de 1992 la Texaco revirtió a Petroecuador el restante 37,5% de participación.

En la década de los setenta, la OPEP controlaba por lo menos del 49% de la producción mundial de petróleo, y Ecuador pese a incorporarse como un productor marginal y tomador de precios, consecuentemente, vivió su época de mayor bonanza económica. Ni el auge cacaotero de inicios de siglo ni los mejores momentos de la época bananera de los 50 consiguieron lo que el petróleo: un crecimiento promedio del 8% entre 1972 y 1981, un incremento del PIB por habitante de US\$ 260 en 1970 a US\$1668 en 1981 y un crecimiento económico per cápita entre 1973 y 1980 del 3,3% promedio⁵⁸

La imagen de nuevo rico petrolero atrajo la inversión extranjera directa y Ecuador se volvió potencial sujeto de crédito para la banca internacional. La afluencia de capitales externos por el primer concepto superó ampliamente los montos de endeudamiento externo en el período 1970-76, lo que no había sucedido antes y menos aún después, cuando el país entró en una etapa de fuerte endeudamiento externo y en su peor crisis económica.

⁵⁸ PETROECUADOR, “Planificación socioambiental y compañías petroleras”, pág. 76.

Los créditos externos también fluyeron hacia el país. Ese decenio se caracterizó por una gran liquidez de los mercados financieros internacionales, ávidos de prestatarios que pudieran garantizar el pago de préstamos. En suma, una gran cantidad de recursos ingresó entonces y transformó la estructura económica, social y política de un país siempre caracterizado por una marcada diferenciación regional: un litoral que gira en torno de la cuenca del río Guayas y la ciudad de Guayaquil, orientada a la agroexportación, y una región andina articulada en torno del centro político de Quito, con una economía orientada al mercado doméstico.

La Amazonía, por su parte, se incorporó a la economía nacional, como área de explotación de recursos naturales bajo un modelo extractivo. Dicho modelo extractivo trajo consigo impactos negativos (sociales, etnoculturales y ambientales), con las respectivas consecuencias en la dinámica de las relaciones petroleras-actores locales, caracterizadas básicamente por escenarios conflictivos y de negociación profundamente asimétrica.

En las décadas de los 80 y 90, el panorama local en materia de relaciones petroleras-actores locales en la RAE (Región Amazónica Ecuatoriana), extremadamente desigual y poco conflictivo en la época del "boom petrolero", se modifica parcialmente. Y ello se explica sobre todo, por un lado, por la emergencia de actores sociales o dicho en otros términos, de grupos relativamente organizados y con capacidad de demandar al Estado y a las empresas; y por otro lado, la importancia creciente del tema ambiental en la agenda pública e internacional. De otra parte, el panorama económico del petróleo cambió desde 1982, para dar paso a un período de crisis y de reforma del propio Estado. Ya en 1981 el gobierno adoptó medidas impopulares (devaluación, eliminación de subsidios y alza de tarifas) para sortear los primeros síntomas de la crisis.

Abruptamente, el país pasó de un estilo de vida derrochador y consumista a una cultura de crisis y ajuste que se mantendría en los siete gobiernos siguientes. Sin embargo, y pese a los agudos problemas sociales, que tuvieron su máxima expresión en los sucesos de febrero

de 1997 con la caída del gobierno de Abdalá Bucaram, no llegó a interrumpirse la continuidad democrática, cuyo principal sostén constituye los organismos multilaterales de crédito y sus ortodoxos programas de ajuste.

Dada la magnitud de la crisis, la transitoriedad de los gobiernos y sus débiles apoyos sociales y políticos, las políticas económicas más allá del discurso diferenciador de los partidos que se alternaban en el poder, siguieron la misma línea, lenta y desgastadora: redefinir el papel del Estado, reducir su tamaño, apertura a la inversión extranjera y fomento de la economía de mercado, junto con una política petrolera orientada en lo fundamental al incremento de las cuotas exportables, como alternativa para sortear las caídas en los ingresos petroleros, como consecuencia de la declinación en los precios del crudo.

De ahí los incrementos de producción por encima de las cuotas establecidas por la OPEP Ecuador se aparta de esta organización en 1992 -, y la apertura a la inversión de riesgo en exploración y explotación y la discusión para inversiones en incremento de la capacidad de transporte (SOTE). En una fase de precios internacionales deprimidos del recurso petrolero, todo apunta a generar más recursos económicos, sin mayores consideraciones de sus impactos sociales, culturales y ambientales.

Ya en 1982, cuando el Estado reforma la Ley de Hidrocarburos y establece la modalidad de los contratos de prestación de servicios o riesgo en exploración y explotación, las inversiones en el sector estaban paralizadas y los volúmenes de reservas probadas se habían reducido con respecto a 1971. CEPE había descubierto importantes reservas de crudo, pero se necesitaban mayores recursos técnicos y financieros

Los contratos de prestación de servicios se suscriben con la expectativa de complementar los esfuerzos de exploración de la empresa estatal. A partir de febrero de 1985, tienen lugar ocho rondas de licitación. Sin embargo, una evaluación inicial de la apertura a la inversión privada muestra resultados poco exitosos: los contratos de prestación de servicios han permitido la recuperación de costos a favor de las empresas petroleras privadas, bajo esquemas poco estimulantes para el ahorro, con prácticas generalizadas de

gastos ineficientes que a la postre han terminado por ser absorbidos por el estado ecuatoriano. Con respecto a estos contratos, hablaremos en un capítulo siguiente.

Además, los crudos encontrados son de baja calidad y cantidad, lo que ha determinado el problema de las mezclas del crudo liviano de los campos de PETROECUADOR con los pesados de las empresas privadas, lo que ha significado en la práctica la entrega de subsidios a las empresas privadas, y han arrojado pérdidas cuantiosas para las finanzas públicas, por tarifa subvaluada de transporte, por afectaciones a las refinerías, por disminución del precio del crudo de los campos de producción de PETROECUADOR, etc. A lo que se añade, la exploración y explotación contaminantes en zonas de reserva ecológica, parques nacionales y territorios indígenas. Estas constataciones muestran claramente los límites de las políticas petroleras vigentes.

De esta manera, el Estado y las petroleras han cultivado una sociedad onerosa para el país: el Estado-en vez de asegurar las condiciones para un aprovechamiento eficiente del energético ha desempeñado el papel de garante de última instancia del inversor privado, asumiendo costosas renegociaciones en los contratos petroleros. Con ello se ha sentado un precedente de obtención de beneficios, no surgidos en el juego competitivo. En contrapartida, el Estado ha obtenido dudosos beneficios en términos de imagen de atracción a la inversión extranjera.

En 1989, la empresa estatal experimenta un proceso de reestructura que conduce a la creación de PETROECUADOR, como un holding de empresas compuesto por:

- PETROPRODUCCIÓN,
- PETROINDUSTRIAL,
- PETROCOMERCIAL.

Varias razones motivaron esta situación, entre ellas la necesidad de una gestión moderna y de nuevas inversiones en la industria mediante la constitución de un fondo alimentado

con el 10 por ciento de la renta petrolera. Si bien la división de actividades propia del holding dio a Petroecuador una organización más empresarial, la empresa no salió fortalecida, pese al proceso de reestructuración económica e institucional de los 90, lo que se explica a la luz de los procesos de modernización del sector petrolero que se impulsan en la presente década. En efecto, la agenda de modernización del sector petrolero, en la práctica, se ha visto reducido a una óptica privatizadora con un propósito fiscalista que desacredita las actividades empresariales del Estado, a lo que se suman procesos alentados por el propio estado que han ocasionado la pérdida de autonomía financiera, la disminución en los niveles de eficiencia y el debilitamiento institucional de las empresas estatales.

En efecto, el gobierno de Durán Bailen redujo las rentas de PETROECUADOR y, con los recursos liberados, cubrió desequilibrios presupuestarios. Esta política afectó particularmente a PETROECUADOR, empresa a la que se le arrebató su autonomía financiera y el manejo de su fondo de inversiones petroleras, a través de disposiciones introducidas en 1992 en la Ley de Presupuestos del Sector Público, lo que ha incidido gravemente en la gestión de PETROECUADOR..

Las consecuencias se observan en el régimen económico y financiero de la empresa, reducido a una mera dinámica de reposición de costos, que en determinados momentos, ni siquiera se cubren en su totalidad por restricciones presupuestarias, lo que ha repercutido desfavorablemente en la operación rutinaria de sus campos petroleros, con las consiguientes secuelas de reducción en sus niveles esperados de producción.

En 1993 se aprobó la Ley de Modernización del Estado, que contemplaba la apertura a la inversión privada en producción, transporte, procesamiento y comercialización de hidrocarburos. En ese mismo año, se modificó la Ley de Hidrocarburos a través de las leyes reformativas No. 44 y 49.

La justificación formal de dichas reformas legales ha sido el profundizar los esquemas favorables a las inversiones privadas dirigidas en particular a la exploración y la

explotación petroleras, la ampliación del sistema de oleoductos, demandado por el aumento de la producción y el mejoramiento de la capacidad de procesamiento y almacenaje de derivados. En este contexto, de políticas y decisiones sobre el negocio petrolero de inconveniente participación para el estado ecuatoriano, se inscriben las relaciones compañías petroleras-comunidades locales.

De otra parte, la Constitución de 1998 y la ratificación del Convenio 169 en ese mismo año son instrumentos jurídicos que van a servir de base para la reorientación de las políticas petroleras, especialmente en lo relativo a la participación y la consulta de los distintos actores en la definición y toma de decisiones en el uso y gestión de los recursos naturales. Igualmente, la cada vez más influyente corriente de estandarización de normas internacionales sociales y ambientales para la industria petrolera.

Este avance dual que representa, por un lado, la promoción de la inversión privada y por otra parte, el reconocimiento de los derechos ancestrales de las comunidades indígenas, ocasiona inevitables tensiones y conflictos, pues los titulares de estos derechos necesariamente buscarán asegurar los medios más efectivos para la concreción de sus propios intereses.

La ausencia del Estado, en algunas de las áreas en donde estos intereses opuestos se manifiestan, dará como resultado que en numerosas situaciones las partes involucradas se obliguen a encontrar sus propios mecanismos para la solución de los conflictos.

Aún cuando tanto las compañías petroleras como los actores locales amazónicos han mostrado tener conciencia de la necesidad de desarrollar un diálogo auténtico y significativo entre ellos, no todos los conflictos han sido satisfactoriamente resueltos. Por ello, actualmente existe una mayor aceptación de que el Estado debe jugar un rol más activo, a fin de asegurar un balance más justo entre las partes, con especial respeto a la jerarquía de los derechos colectivos particularmente los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Dado que los distintos actores han realizado avances en sus intentos individuales y colectivos por encontrar soluciones a sus conflictos, el Estado se ha visto cada vez más involucrado en el tema, a partir de la convocatoria de los propios pueblos indígenas y las compañías petroleras, por lo que las autoridades nacionales se han visto obligadas a participar como observadores en sus consultas y negociaciones, sobre aspectos relativos al desarrollo petrolero, y al reconocimiento y la protección de los derechos de las poblaciones locales.⁵⁹

En definitiva, la inquietud por el proceso de integración de la Amazonia Ecuatoriana a la economía nacional es cada vez más evidente, sobre todo cuando las estrategias de crecimiento de dicha región giran en torno de las tendencias de la economía mundial: globalización y transnacionalización.

En este sentido la llamada globalización no es sino un momento (extensión) de la crisis, en el que se recomponen las fuerzas políticas del capitalismo como resultado de la articulación de grandes empresas industriales y financieras inmersas en un proceso agresivo de concentración y centralización de capitales, con empresas y grupos multinacionales que, inclusive, se unen como estrategia de crecimiento, con lo cual consiguen un mayor control del mercado mundial.

Estos avances de la economía mundial se han constituido con base en la explotación de los recursos naturales y en la incesante búsqueda de nuevas tecnologías para la apropiación de la naturaleza. No olvidemos que cada momento del desarrollo del capitalismo representa el predominio de un cierto patrón tecnológico que, combinado a las formas de organización del trabajo, responden por el desarrollo histórico del capitalismo. El proceso de acumulación y valorización fue continuamente alimentado por el descubrimiento de nuevos territorios incorporados como fronteras de recursos.

⁵⁹ PETROECUADOR, “*Planificación Socioambiental y compañías petroleras*”, págs. 74-80.

Y la nueva forma de explotación de la naturaleza se comienza a dar dentro de esos nuevos parámetros. En el siglo XXI, ya no sólo serán los recursos del suelo o del bosque amazónico, sino el conocimiento y la información que existen sobre ellos, lo que marque las tendencias de dominio transnacional sobre la región.

Efectivamente, en diversos escenarios se ha suscitado el debate respecto de que aquello no es sino parte de un proceso de capitalización de la naturaleza, como respuesta al problema que representa para el capitalismo la disminución de los recursos naturales y la degradación de los servicios ambientales que se requieren para sustentar la producción de bienes de consumo.

En consecuencia, si se habla de capitalización del bosque húmedo tropical amazónico, implica por una parte el capital (de las petroleras, mineras, madereras, turísticas o farmacéuticas) que defiende como racional y adecuada la apropiación de la naturaleza como algo gratuito, como deseado insumo de materiales y servicios, y por otra parte, si hay grupos sociales afectados que protestan por la apropiación privada y monopólica en bruto de esa naturaleza, la estratagema de capitalización se utiliza para asegurar y legitimar el acceso, y además al coste más bajo posible.

De lo expuesto, se desprende que la RAE es una región que se debate dentro de la lógica de expansión del capital, cuya racionalidad exige la extracción de la mayor cantidad de recursos naturales en el menor tiempo posible y al menor costo, ignorando que la riqueza ecológica amazónica que concentra casi la mitad de los bosques naturales del país y la más alta biodiversidad, por su extrema fragilidad ecosistémica no soporta procesos extractivos (extensivos-intensivos), sino a riesgo de convertirse en un erial. Desde esta doble perspectiva (económica y ecológica), es imperativo abordar las dimensiones socio-ambiental y política en función de profundizar el tema del manejo sustentable de recursos naturales en la RAE, como contrapropuesta de la política actual, que está íntimamente ligada con el modelo de desarrollo imperante, es decir, impulsar la integración económica

de la RAE como apoyo que contribuya al crecimiento global de la economía del país, y por otra parte, que continúe como un área estratégica para las seguridad nacional.⁶⁰

2.2 Formación de la industria estatal petrolera ecuatoriana

2.2.1.- Creación de CEPE

2.2.2.- Transformación a Petroecuador

Para desarrollar el presente estudio, se aporta desde una visión histórica a la comprensión y el análisis del carácter y orientación de las relaciones de la compañía petrolera estatal con las poblaciones locales. En efecto, de acuerdo a determinados hitos asociados a la evolución de las actividades hidrocarburíferas o de los escenarios locales, se verifican tres fases o períodos en la evolución del componente socio-ambiental de la empresa estatal. Ya habíamos hecho referencia a un tema anterior, pero dada la importancia, vamos a enfatizar.

En un primer período, que se extiende desde el inicio de la actividad hidrocarburífera de la empresa estatal (1970) hasta la creación del Fondo de Desarrollo Comunal de CEPE (1984).

El 23 de junio de 1972, se crea la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), que marcó un nuevo punto de partida en la historia hidrocarburífera del país; así como, fundamentales cambios cualitativos y cuantitativos en lo económico, político y social, bajo los siguientes hechos legales e históricos relevantes:

CEPE inicia con su Ley Constitutiva la que, de acuerdo con la Ley de Hidrocarburos, se encarga de desarrollar actividades de: Exploración, explotación, industrialización y comercialización. Se la puede calificar como el ejercicio de un legítimo derecho de soberanía. El 17 de agosto de 1972, se realiza la primera exportación de crudo de

⁶⁰ NARVAEZ, Iván, CITADO POR: BACA, Raúl y otros, “25 años de exportación de crudo oriente”, págs: 93-95.

308.238 barriles de crudo, vendidos a USD 2.34 el barril. En ese mismo año, CEPE asumió el control del poliducto Durán-Quito. Las reservas probadas de petróleo del país se ubican en 1.920 millones de barriles (BLS).⁶¹

El modelo de relacionamiento comunitario se caracterizó por:

- Desconocimiento generalizado por parte de la empresa petrolera de las características de las poblaciones de la RAE.
- La empresa estatal era vista por las comunidades como la entidad estatal capaz de atender las demandas de satisfacción de las necesidades básicas de las poblaciones locales.
- La relación entre la empresa y las comunidades no se había institucionalizado: estaba basada en la buena voluntad y configuraba un esquema asistencialista, en el que la empresa entregaba voluntariamente objetos simbólicos (pequeñas donaciones) a las comunidades, que permitían a la empresa operar sin mayores contratiempos. Las comunidades se limitaban a recibirlo que la empresa quisiera darles.
- Frente a situaciones de conflicto con las comunidades o dificultades de relación, la empresa acudía, en el mejor de los casos, a la iglesia o al Instituto Lingüístico de Verano ILV y en situaciones extremas a las fuerzas armadas.
- Los acuerdos empresa - comunidad se hacían persona a persona; no se negociaba con las organizaciones de pobladores. En ese entonces, las organizaciones atravesaban procesos iniciales de conformación. No existía un presupuesto destinado al relacionamiento comunitario, pues no se hacían grandes inversiones. Las donaciones

⁶¹ PETROECUADOR, “*Rol político y jurídico del estado ecuatoriano en el desarrollo del sector hidrocarburífero operado por Petroecuador*”, pág. 19.

generalmente eran de materiales de desecho y objetos de utilidad doméstica.

- Los marcos jurídicos e institucionales eran limitados, a pesar de que en este período se aprecian intentos de reformulación para incluir aspectos ambientales fundamentalmente.
- La participación local no fue contemplada en lo absoluto, ni siquiera se hablaba entonces de beneficiarios.

Desde la creación del Fondo de Desarrollo Comunal de CEPE (1984) hasta la creación de la Unidad de Protección Ambiental de PETROECUADOR (1989), se conforma un marco referencial mucho más claro en materia socio-ambiental. En este período se sientan las bases de un modelo que perdura hasta la actualidad con pequeñas innovaciones, formales más que estructurales.

- El Fondo de Desarrollo Comunal (FDC) surge como una respuesta a la presión social creciente de la población amazónica por la definición de mecanismos apropiados para la redistribución de la renta petrolera a favor de la región amazónica. El fondo, a través del Programa de Obras de Beneficio Comunitario, institucionalizó las relaciones de la empresa petrolera estatal con la comunidad y aseguró una asignación presupuestaria para programas y proyectos socioambientales.
- El FDC se canalizó preferentemente al financiamiento de obras de infraestructura (casas comunales, escuelas, dispensarios médicos, etc.), seguidas por las donaciones de materiales de construcción y desecho y utensilios.
- A partir de la creación del Fondo de Desarrollo Comunitario (FDC) se institucionalizó la firma de convenios con organizaciones locales, como respaldo para las acciones comunitarias. El convenio buscó superar de alguna manera la relación persona a persona, propia del período anterior pues empezó a reconocer como beneficiarias a las organizaciones y comunidades.

- La noción de beneficiarios se acuña en la asignación de los recursos financieros del fondo.
- En este período se canalizan recursos en montos significativos a poblaciones con mayores capacidades de presión social, que no necesariamente coincide con la población afectada por las actividades hidrocarburíferas.
- La intervención de la empresa se limita únicamente al apoyo financiero para la construcción de obras civiles (escuelas, centros comunales, preferentemente), sin que se tomen en cuenta aspectos relativos a la funcionalidad posterior de las obras. Así por ejemplo, se promueve la construcción de aulas escolares, en ausencia de definiciones sobre el número de niños que se busca atender ó cuáles serían las fuentes de recursos que se van a disponer para el pago de los profesores, etc.

Un tercer período arranca desde la creación de la Unidad de Protección Ambiental en 1989 hasta la presente fecha. En términos generales, en este nuevo período se dan paso a cambios institucionales que ofrecen nuevas perspectivas para la vinculación de la empresa estatal petrolera con las poblaciones locales. Los aspectos de mayor importancia se resumen a continuación:

- La institucionalización del Fondo de Desarrollo Comunal y la presión de las políticas mundiales sobre los temas ambientales, así como las demandas de los pueblos amazónicos que presentan procesos político organizativos cada vez más consolidados, conducen al término de la década de los ochenta a la creación, en la naciente empresa PETROECUADOR, de varias unidades técnico administrativas, encargadas de los temas ambientales: la Unidad de Protección Ambiental de PETROECUADOR y la Subgerencia de Protección Ambiental de PETROPRODUCCIÓN, esta última, si bien reconocida como unidad, carece de un rubro presupuestario específico para cuestiones sociales y ambientales.

- Como consecuencia, la función socio ambiental se cumple a través de varias unidades técnico administrativas, cuya acción en algunos casos arroja problemas de superposición de roles y falta de criterios uniformes de acción institucional.
- En efecto, no existe coordinación ni unidad de criterio institucional en las intervenciones de PETROECUADOR y sus Filiales, lo que a nivel local genera confusión y descontento.
- La presencia de la UPA y de la Subgerencia de PETROPRODUCCIÓN como dos instancias de la empresa estatal para la atención de los problemas socio ambientales, en ausencia de un marco de política global, ha dado paso a dos formas o esquemas de relacionamiento comunitario en la empresa estatal.
- Mientras PETROECUADOR se vincula con las comunidades en base de criterios de mitigación de los impactos socioambientales generados por las actividades petroleras desde los inicios de las operaciones petroleras, PETROPRODUCCIÓN establece sus líneas de relacionamiento comunitario bajo un esquema eminentemente funcional de logro de libertad de operaciones. La forma de solventar las demandas de las poblaciones locales y de evitar conflictos, ha sido el financiamiento de obras de infraestructura, la oferta de proyectos a corto plazo y la respuesta a peticiones puntuales.
- PETROPRODUCCIÓN negocia o entra en relación con poblaciones potencialmente afectables o con poblaciones que ya han sido impactadas. Con las que tiene que negociar antes de la ejecución de una obra puntual, suele establecer procesos de dialogo en que se hace un balance de los pedidos y necesidades, con lo que la empresa está dispuesta o puede otorgar. Normalmente se llega a un acuerdo y se procede a la operación hidrocarburífera.
- PETROPRODUCCIÓN carece de interés en mantener relaciones permanentes con las comunidades vinculadas a la actividad petrolera. La vinculación con las poblaciones locales se realiza fundamentalmente en la línea de la desactivación de las presiones

sociales mediante la concesión de algunos paliativos. En este sentido, las negociaciones y acciones socio ambientales son puntuales, de corto plazo, funcionales a la atención emergente de conflictos. En consecuencia, no requiere de prolongaciones innecesarias de tiempo en sus vinculaciones con las poblaciones, lo que se adecúa a su concepción de base respecto de las relaciones con las poblaciones locales, que responde a la necesidad de facilitar o allanar posibles obstáculos a sus operaciones petroleras, derivados de potenciales o reales conflictos con las comunidades.

- La UPA se esfuerza por mantener una relación más o menos permanente con las poblaciones locales e ir más allá de lo coyuntural, desde una línea de diversificación de sus intervenciones en varios frentes: salud, educación o revalorización cultural. Sin embargo, esta intención se ve limitada frente a la extensión de los campos petroleros que involucran una cantidad considerable de comunidades, a lo que se suma la falta de recursos humanos en la empresa para afrontar una mayor amplitud y cobertura poblacional de sus actividades. En este sentido, las relaciones en la práctica suelen ser puntuales (duran mientras dura los proyectos).
- Las actividades de la UPA no se asocian a actividades hidrocarburíferas inminentes, como en el caso de PETROPRODUCCION, lo que permite que sus negociaciones admitan mayores plazos, resultados más consensuales y un trabajo más consultivo con las organizaciones y diálogos de acercamiento más profundos. Sin embargo, la participación de las comunidades aún es solamente una experiencia inicial que requiere mayores niveles de profundización.
- El diseño de las acciones socio ambientales de la UPA refleja una intención por la incorporación de niveles y criterios de planificación acordes a los requerimientos del desarrollo local y regional. En contrapartida, PETROPRODUCCION, en razón de su direccionalidad de acciones hacia la provisión de atenciones puntuales, no concede mayor importancia a un enfoque planificador.

- En todo caso, la tendencia predominante es el cortoplacismo, aunque se evidencia la intención de la UPA de enfrentar proyectos a mediano y largo plazo, así como una debilidad en la aplicación de conceptos y técnicas de planificación y la ausencia de mecanismos y procedimientos metodológicos de control, seguimiento y evaluación.
- PETROPRODUCCION recibe eventualmente pedidos de las comunidades pero en la mayoría de casos sus beneficiarios están determinados en función de sus necesidades de operación de sus proyectos petroleros. Petroproducción negocia o entra en relación con poblaciones potencialmente afectables o con poblaciones que ya han sido impactadas. Con las que tiene que negociar antes de la ejecución de una obra puntual, suele establecer procesos de dialogo en que se hace un balance de los pedidos y necesidades, con lo que la empresa está dispuesta o puede otorgar. Normalmente se llega a un acuerdo y se procede a la operación hidrocarburífera.
- La UPA también recepta pedidos, cuyo procesamiento incluye una especificación de algunos requerimientos técnicos. Apenas en el último año se ha intentado introducir el concepto de contraparte que aún reproduce un enfoque limitado de la participación de los grupos locales a la prestación de servicios y mano de obra. Es importante incorporar nociones más integrales de participación en este caso, que sean ejercidas como derechos en las distintas fases de los procesos.
- Respecto de las comunidades beneficiarías, la UPA de PETROECUADOR intenta romper esquemas de años anteriores, de atención a población con mayores capacidades de presión social, que no necesariamente han coincidido con la población afectada por las actividades hidrocarburíferas o de prácticas clientelares. Al igual que PETROPRODUCCION mantiene una óptica que principaliza la atención de comunidades indígenas, y en un segundo orden, los gobiernos seccionales. Actualmente, se busca superar los niveles de clientelismo que pueden propiciar tales relaciones.

- PETROPRODUCCION no posee un presupuesto asignado para lo socio ambiental y solventa sus gastos en esta materia, con dineros incorporados al estimativo de los pozos. Para cada instalación, se realiza un estudio de impacto ambiental que contiene un plan de relaciones comunitarias; este constituye el documento base de la acción de PETROPRODUCCION frente a las comunidades. Sus intervenciones están caracterizadas por ser negociaciones puntuales, generalmente de corto plazo y asociadas a actividades hidrocarburíferas concretas.
- PETROECUADOR, a través de su Unidad de Protección Ambiental, dispone de una partida presupuestaria; no obstante, esta se encuentra expuesta a recortes financieros y a criterios de subvaloración de la importancia de la gestión socio ambiental que se expresan en algunos niveles de decisión de la empresa.

Como habíamos sugerido inicialmente, en términos generales, el modelo actual de relaciones con las poblaciones locales refleja una fuerte herencia de los esquemas iniciados por CEPE a través del Fondo de Desarrollo Comunal. No obstante, es posible admitir avances y esfuerzos por parte de la UPA de PETROECUADOR por introducir modificaciones en su línea de actuación con las comunidades locales. No obstante, se aprecian ciertas dificultades institucionales que limitan posibles transformaciones:

- PETROECUADOR muestra una estructura empresarial que define las tomas de decisión en función de un modelo de tipo vertical, centralizado e inestable. Las decisiones finales dependen de la Presidencia Ejecutiva y el Consejo de Administración. La cadena de mando está sujeta a cambios frecuentes.
- En esta estructura, lo socio ambiental no se incluye en la agenda de las decisiones estratégicas de la empresa. Las prioridades están del lado de la maximización de ingresos y producción y minimización de gastos (particularmente los socioambientales),

de conformidad con metas de orden fiscal, por lo que la Unidad de Protección Ambiental de PETROECUADOR tiene un lugar secundario en las instancias de decisión de la empresa.

- La UPA, por su naturaleza, persigue objetivos socio-ambientales claramente definidos que entran en pugna con la visión eminentemente extractivista que prevalece en la gestión empresarial. En este sentido, esta unidad enfrenta el desafío por lograr el reconocimiento de la importancia de la variable socioambiental en las decisiones estratégicas empresariales.
- Los cambios en los niveles de dirección de las unidades de protección ambiental de la empresa han incidido en modificaciones de visión respecto del enfoque institucional sobre el relacionamiento comunitario, con perjuicio de acciones continuas y sostenidas.
- Las dificultades financieras de la empresa estatal han repercutido en recortes presupuestarios a las partidas asignadas para la gestión ambiental.

Sin duda, la mantención del actual modelo de vinculación de las empresas petroleras con las poblaciones locales garantiza continuar extrayendo petróleo. No obstante, su mayor amenaza sin duda es la conflictividad social que se acumula y la realidad de sus impactos socio-ambientales que deben ser enfrentados. Las comunidades y organizaciones, indígenas y de colonos, se fortalecen aceleradamente demandando sus derechos, lo que obligará a la empresa a modificar su modelo de intervención abruptamente.

En todo caso, el modelo vigente da cuenta de la necesidad de implementar una política socio-ambiental para todo el sector hidrocarburífero, que haga delinear un modelo de intervención no vertical, no funcional e improvisado, sino un modelo participativo, que de cabida a la planificación, que compatibilice las necesidades

económicas, sociales y humanas de los distintos actores, que posibilite una línea de trabajo mancomunado en que se asuman equitativamente derechos y obligaciones.

Un modelo así requiere cambios estructurales que pasan por la voluntad política de quienes son parte de la empresa y de la concientización de la importancia de prevenir más que de solucionar conflictos e impactos.⁶²

El caso de PETROAMAZONAS S.A.

Con motivo de la declaratoria de caducidad contractual del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 15 y de los Convenios Operacionales de Explotación Unificada de los Campos Edén Yuturi y Limoncocha, suscritos con la compañía OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION (OXY), se revertieron al Estado estos campos.

Como era de esperarse, luego de la caducidad contractual el Gobierno asumió su administración con una estructura dependiente de PETROPRODUCCIÓN y por ende de PETROECUADOR, o sea bajo el régimen del derecho público.

Sin embargo de ello, es en el gobierno del Presidente Rafael Correa que se crea una sociedad anónima denominada PETROAMAZONAS S.A., a la cual se le encarga la operación de estos campos.

Esto viene generando una situación incomprensible, por decir lo menos, por cuanto PETROECUADOR maneja la producción de sus campos pro medio de una empresa pública que es PETROPRODUCCIÓN y por medio de una empresa privada que es PETROAMAZONAS S.A., lo cual trae consigo que se utilicen diferentes normas de contratación por parte de las dos empresas.

⁶² PETROECUADOR, “Planificación Socioambiental y compañías petroleras”, págs: 211-218

Esta decisión es contradictoria con la norma constitucional que dispone la transformación de las empresas del Estado bajo el régimen de derecho privado hacia el régimen del derecho público.

Este hecho genera más de una suspicacia en el sentido de que, siendo que está pendiente el laudo que dictará el Tribunal de Arbitraje del CIADI respecto de la solicitud que le formulara la empresa OCCIDENTAL, resulta anecdótico el que se cree una sociedad anónima para administrar los campos revertidos al Estado, siendo que la principal característica de una sociedad anónima radica en que sus acciones son libremente convertibles.

Lo peligroso de utilizar sin un análisis profundo el modelo de empresa de economía mixta

La Constitución de la República en el inciso primero del artículo 315 establece que: “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”.

El inciso final del artículo 313 de la Constitución señala lo siguiente: “Se considerarán sectores estratégicos la energía en todas sus formas, 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”.

Por lo tanto, todo lo que atañe con las fases de la industria hidrocarburífera bien sea por el tema de los recursos naturales no renovables, como por la prestación de servicios públicos, son considerados sectores estratégicos de la economía.

El inciso final del artículo 315 de la Constitución señala: “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”.

A su vez, el primero inciso del Artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos dispone lo siguiente:

“Art. 2.- El Estado explorará y explotará los yacimientos señalados en el artículo anterior en forma directa a través de PETROECUADOR la que podrá hacerlo por sí mismo o celebrando contratos de asociación, de asociación, de prestación de servicios para explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el país.”

Como primera afirmación debo decir que no se puede convertir a PETROECUADOR en una empresa de economía mixta, porque en ese caso habría que reformar la Constitución.

Es importante destacar que, de producirse una reforma constitucional y transformarse a PETROECUADOR en una compañía de economía mixta, el Estado ecuatoriano privatizará la empresa PETROECUADOR, en el mismo porcentaje que se abra las acciones de la nueva compañía a la participación del capital privado.

Pero, el asunto reviste de una mayor profundidad en este tema puesto que, desde hace varios años, existe un especial énfasis en tratar de encontrar mecanismos para manejar algunos proyectos en el área petrolera por la vía de la constitución de empresas de economía mixta.

El intento de desarrollar proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos mediante la constitución de empresas de economía mixta es absolutamente

inconveniente por cuanto la participación de PETROECUADOR en el capital de la compañía tendría que ser mediante un aporte en dinero o numeraria, porque no se podrían aportar las reservas de estos campos por su carácter de inalienables. En este sentido PETROECUADOR, en la práctica aportaría con reservas que no se pueden registrar ni contable ni legalmente y, además tendría que endeudarse para participar en el desarrollo de estos proyectos, con el agravante de que en algunos campos, como por ejemplo el IIT, el Estado ha invertido mucho dinero en tareas de exploración y de levantamiento sísmico, que le han permitido descubrir importantes reservas de petróleo.

En materia de servicios públicos, sucede igual cosa que en el caso anterior, por cuanto el Estado que es quien tiene la titularidad regalística sobre los servicios públicos tendría que endeudarse para poder participar de los beneficios que genere una actividad desarrollada por una empresa de economía mixta, y no recibiría nada en compensación por el hecho de que en la práctica está aportando sus derechos sobre el desarrollo de dicha actividad, porque estos derechos no se pueden transferir en razón de que son sujetos de la titularidad regalística.

El Artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos establece que las compañías de economía mixta que formare PETROECUADOR se sujetarán a la Ley de Compañías en cuanto a su organización y funcionamiento. Ello hace que el contrato petrolero a ser suscrito sería un contrato societario que no estaría amparado por las normas del derecho público administrativo, lo cual no es conveniente para el Estado.

2.2.3.- Estructura Administrativa de Petroecuador

2.2.3.1.- Directorio

2.2.3.2.- Consejo de Administración

2.2.3.3.- Presidente Ejecutivo

El Directorio, es el encargado de establecer políticas empresariales de Petroecuador y de sus empresas filiales.

Entre sus funciones están además la de aprobar orgánico funcionales, políticas salariales, planes y presupuestos/evaluar su ejecución y las demás funciones de dirección que establezcan los reglamentos. Está integrado de la siguiente manera:

- El Ministro de Minas y Petróleos, (quien lo preside);
- Un miembro designado por el Presidente de la República, quien es además el presidente alterno;
- El Ministro de Economía y Finanzas;
- El Ministro de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad;
- El Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas;
- Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES); y,
- Un representante de los trabajadores de Petroecuador, elegido de acuerdo con el Reglamento respectivo.

El Directorio sesiona cada dos meses o cuando el Presidente lo convoque, ya sea por iniciativa propia, o a solicitud de tres de sus miembros. El directorio tiene quórum con seis miembros y sus resoluciones se toman con un mínimo de 5 votos favorables. El Presidente del Directorio tendrá voto que será dirimente en caso de empate.

Todas las funciones son indelegables.

El Consejo de Administración es el órgano de planificación y coordinación de Petroecuador y está conformado por:

- El Presidente Ejecutivo, quien lo preside;
- Cuatro miembros designados por el Directorio de Petroecuador, a propuesta de su Presidente, los mismos que deben tener experiencia en el área de hidrocarburos o en la administración de empresas.

El Consejo de Administración, elegirá entre sus miembros al Vicepresidente. El Consejo de Administración, sesionará mensualmente o cuando el Presidente Ejecutivo lo convoque, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de dos de sus miembros. El quórum es de cuatro miembros y las decisiones se toman con un mínimo de cuatro votos favorables.

El Presidente Ejecutivo es designado por el directorio de la empresa de una terna presentada por su presidente. Es el representante legal de la empresa y responsable directo de la gestión técnica, financiera y administrativa de la empresa. Para ser presidente ejecutivo, se requiere ser ecuatoriano por nacimiento, tener reconocida capacidad y experiencia en hidrocarburos o en la administración de empresas. Dura en las funciones el período constitucional del Presidente de la República y podrá ser reelegido.

2.2.3.4.- Comité Especial de Licitaciones

El Comité Especial de Licitaciones, conforme lo determina el artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos se encuentra conformado por.

- a) El Ministro de Minas y Petróleos;
- b) El Ministro de Defensa Nacional;
- c) El Ministro de Economía y Finanzas; y,
- d) El Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, quien actúa como Secretario del Comité.

En este caso, por mandato de este artículo de la Ley de Hidrocarburos, estas representaciones en el Comité son delegables únicamente en el funcionario inmediato jerárquicamente inferior.

Las atribuciones y competencias del Comité Especial de Licitaciones se encuentran determinadas en el artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos y en el Reglamento del Sistema de Licitación, expedido mediante el Decreto Ejecutivo No. 873 de fecha 22 de septiembre del 2003, y publicado en el Registro Oficial No. 181 del 1 de octubre del 2003.

2.2.4.- Empresas Filiales de Petroecuador

2.2.4.1.- Petroproducción

La Empresa Estatal de Exploración Petroproducción de Petróleos del Ecuador PETROPRODUCCION, fue creada el 26 de septiembre de 1989 con el objetivo de explorar, explotar las cuencas sedimentarias o yacimientos hidrocarburíferos, operar los campos hidrocarburíferos asignados a PETROECUADOR. Tiene como misión realizar la exploración y explotación de hidrocarburos de manera sustentable, en armonía con los recursos socio-ambientales, para contribuir al desarrollo económico y al progreso social del Ecuador.

Tiene como objetivos:

- Producir un acumulado estimado de 62.3 MMBls de petróleo
- Incrementar el volumen de las reservas actuales en 62.9 millones de bls.
- Incrementar la elaboración y aprobación de Estudios de Impacto y Planes de Manejo Ambiental y el otorgamiento de licencias ambientales.

Sus metas son las siguientes:

- Mantener y mejorar los niveles de producción estimados en 62.3 MMBls de petróleo, equivalente a un promedio anual de 170.224,3 BPPD.
- Entregar como producción fiscalizada de campo un estimado de 59.2 MMBls. de petróleo fiscalizado.

- Incrementar 30 millones en reservas probadas.
- Incrementar 32.9 millones en reservas probables.
- Incrementar a 102 las aprobaciones de Estudios de Impacto y Planes de Manejo Ambiental.
- Superar los conflictos sociales existentes con las comunidades por incumplimiento de convenios y problemas ambientales.
- Prevenir posibles conflictos con las comunidades.

Tiene como políticas:

- Incrementar el volumen de reservas a través del descubrimiento de nuevos prospectos productivos y mediante el desarrollo de los yacimientos.
- Mantener los niveles de producción de los campos operados por Petroproducción e incrementar la producción con relación a lo producido en el año 2007.
- Promover la protección ambiental a través del cumplimiento de la Ley Ambiental y su reglamentación para las operaciones hidrocarburíferas., efectuadas por Petroproducción.
- Promover la protección de la Seguridad Industrial bajo las normas, procedimientos y lineamientos de la normatividad vigente de los organismos de control.
- Potenciar e incrementar los niveles de producción de crudo en los campos operados por Petroproducción: Atacapi, Parahuacu, VHR, a través de la inversión privada.

2.2.4.2.- Petrocomercial

Es la empresa dedicada al transporte y comercialización de los productos refinados, para el mercado interno, al almacenamiento de gas en tierra, al manejo de los Terminales de PETROECUADOR.

2.2.4.3.- Petroindustrial

Tiene como misión producir derivados del petróleo para satisfacer el mercado nacional, bajo estándares internacionales de calidad, asegurando el cuidado ambiental, con talento humano capacitado y comprometido, contribuyendo con el desarrollo del país. Se ha propuesto como visión para el año 2012 Ser reconocida como una empresa de primer nivel en refinación de petróleo, con personal altamente calificado, dentro de un ambiente de transparencia, excelencia operacional y responsabilidad socio ambiental.

El objetivo global de la empresa es Industrializar hidrocarburos en el país, para producir derivados a través de una eficiente gestión empresarial, preservando el equilibrio ecológico, previniendo y controlando la contaminación ambiental. La política a largo plazo es Incrementar la producción nacional de derivados del petróleo para abastecer la demanda interna del país y convertir al Ecuador en exportador de derivados, con el consecuente beneficio económico para la economía nacional.

Sus estrategias son:

- Mejorar la infraestructura de refinación existente e incorporar nueva tecnología, que permita el procesamiento de residuos en las tres refinerías del país, a fin de mejorar el rendimiento económico del petróleo procesado e incrementar la producción de derivados, con lo que en los próximos años se eliminarán las importaciones de Diesel y Nafta de Alto Octano y además se reducirá el volumen requerido de Gas Licuado de Petróleo, que actualmente se necesita para cubrir la demanda nacional.
- Incorporar una nueva planta de refinación en el país, con el objeto de aumentar en aproximadamente el 200% la capacidad de procesamiento de crudo y convertir al país en exportador de derivados, cuya rentabilidad es significativamente superior a la que genera la exportación de petróleo crudo.
- Impulsar el desarrollo integral del recurso humano, comprometiendo al personal con el cumplimiento de los objetivos empresariales.

- Cumplir de manera prioritaria los aspectos técnicos y regulatorios en materia de Calidad de Productos, Seguridad Industrial, Salud Ocupacional y Gestión Ambiental
- Transparentar la gestión técnica y administrativa.⁶³

2.3.- Asignaciones económicas y presupuestarias, e impacto en el desarrollo socio económico del Ecuador.

ASIGNACIONES.- Dentro de la misma Ley Especial dispone, entre otras, que PETROECUADOR tendrá personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, económica y financiera y operativa. Estos recursos que por ley serán asignados a la institución provienen del presupuesto general del mismo Estado.

De ahí que realmente pese a que se indica de la autonomía y en este caso hablamos del asunto económico y financiero resulta contradictorio como en muchos otros sectores también en las mismas circunstancias, ya que para el normal desenvolvimiento de la institución, esta depende de que realicen las transferencias directamente del Ministerio de Finanzas.

Tomando en consideración que el negocio petrolero es una actividad productiva, económicamente activa, que requiere de un excesivo dinamismo y fluidez en la asignación de recursos para la reinversión diaria, precisamente por el giro del negocio, es fundamental que el Estado central asigne con puntualidad los recursos para este efecto. Esto en la realidad no ha ocurrido en varias ocasiones, ya sea por la burocracia normal de las instituciones, o en otros casos y más grave aun por criterios desacertados de los funcionarios directivos de turno que no son entendidos en la materia.

Lo mas grave es que además de la falta de asignación oportuna, cada vez mas seguido se observa que se toman políticas económicas de recorte de asignaciones a la petrolera, sin entender que parte sustancial que sostiene todo el presupuesto general del estado

⁶³ <http://www.petroindustrial.com.ec/frontEnd/main.php?idSeccion=8>.

proviene de la generación de recursos económicos por parte de la actividad hidrocarburífera. Es totalmente irresponsable el descuidar este sector estratégico del financiamiento de nuestro presupuesto.

IMPACTO.- El desarrollo económico de un País se mide, también y fundamentalmente por los índices de consumo energético.

Un país que no desarrolla sus recursos energéticos, en especial si son los primarios, está condenado a detener su proceso de desarrollo.

En el presente caso, si bien se puede entender que existirían situaciones que traigan efectos catastróficos en contra de la naturaleza, también es importante tomar en cuenta que, cada vez se desarrollan nuevas tecnologías que permiten realizar ciertas actividades extractivas, como lo son las actividades de explotación de hidrocarburos, con un grado de afectación mínimo al medio ambiente.

El artículo 3 de la Constitución señala que son deberes primordiales del Estado, entre otros lo señalado en el numeral 5 que dice lo siguiente:

“5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”.

El inciso primero del artículo 286 de la Constitución dice lo siguiente:

“Art. 286.- Las finanzas públicas, en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente, y procurarán la estabilidad económica”.

El desarrollo sustentable y las finanzas públicas conducidas de manera sostenible, responsable y que generen estabilidad económica, no puede darse sin que se cuente con

sostener y aumentar la explotación de recursos energéticos no renovables, en particular los hidrocarburos.

El Estado gasta miles de millones de dólares en la importación de combustibles y esto no puede persistir, porque terminará colapsando la economía nacional.

Por ello se requiere explotar los campos que teniendo reservas petroleras, están llamados a sustituir a los actuales campos petroleros cuya producción declina de forma acelerada, para con ello sostener la demanda de energéticos que tiene el País.

Construir una refinería partiendo de que procesará crudo extranjero, especialmente venezolano, no constituye en sí un proyecto sustentable, porque este crudo ingresará a la dieta de la refinería, con un precio aproximado de 10 veces mayor al precio del crudo ecuatoriano que procesan nuestras refinerías.

Venezuela y ningún país, no realiza filantropía y el precio del crudo que importaríamos para la nueva refinería será a precios internacionales, con el agravante de que el Estado ecuatoriano se endeudará para llevar a cabo este proyecto y, una vez realizado, no dejaremos de depender de la importación de crudo del exterior.

Por ello se requiere que el desarrollo de este y de otros proyectos hidrocarburíferos se los desarrolle de manera autosustentable y autosostenida, lo cual implica que deberá contarse con la explotación de las reservas petroleras que el Ecuador posee y que estarían condenadas a quedarse bajo tierra, perjudicándose el desarrollo económico del País.

A lo anterior hay que sumar el hecho de que todos los gobiernos manejan el tema de los ingresos petroleros con una concepción netamente rentista, esto es que al gobierno de turno únicamente le importa ingresar la masa de recursos que genera la industria petrolera ecuatoriana, pero no se asume la enorme responsabilidad de retroalimentar los

recursos necesarios a la empresa para que pueda continuar desarrollando sus actividades con niveles de eficacia y eficiencia y, más bien, cuando los recursos escasean se recurre al absurdo de entregar los campos petroleros o los proyectos en desarrollo a la iniciativa privada, con lo cual el Estado ve mermado sensiblemente sus expectativas de ingresos que puede generar en mayor grado este importante sector de la economía.

CAPITULO III

LA LEGISLACIÓN PETROLERA EN EL DESARROLLO DE LA INDUSTRIA HIDROCARBURÍFERA ECUATORIANA

La legislación en materia de los hidrocarburos tiene que constituirse en una herramienta de la formulación de una nueva política petrolera que brinde la necesaria seguridad energética no solo para el corto, sino para el mediano y largo plazo

Según el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos: “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, de PETROECUADOR y del Ministerio de Defensa Nacional, en lo concerniente a la seguridad nacional”.

Esto es muy importante tomar en consideración porque no puede estructurarse una política petrolera que no tome en consideración a la empresa estatal PETROECUADOR. Por ello, hay que tener claro que PETROECUADOR no es una empresa más de las que operan en el Ecuador, sino la empresa del Estado ecuatoriano, que tiene que ver con la formulación de la política petrolera.

Existen países que no teniendo reservas importantes de petróleo, sin embargo, han constituido empresas petroleras sólidas que han tenido que salir de sus países para asegurar los recursos energéticos que garanticen un suministro estable y suficiente de petróleo y de gas. En el caso ecuatoriano, se persiste equivocadamente en desmerecer a la empresa estatal de petróleos nacional o de reducir su ámbito de acción.

Esta política petrolera debe estar ligada al aprovechamiento óptimo de los recursos hidrocarbúricos.

La explotación del petróleo debe hacerse bajo tasas de producción que permitan una mayor y mejor recuperación de las reservas hidrocarbúricas que se encuentran en los respectivos reservorios, porque, de no hacérselo de manera técnica, ello repercutirá en los costos de extracción bajo técnicas cada día más costosas.

En materia de refinación de hidrocarburos, PETROECUADOR conjuntamente con PDVSA de Venezuela, con fecha 16 de julio del 2008, constituyeron una empresa de economía mixta, denominada “Refinería del Pacífico”, proyecto cuya ejecución está mal concebido en razón porque no se estableció de manera clara las obligaciones de las partes respecto del financiamiento de esta obra, porque no se ha cumplido la normativa para que se apruebe este tipo de proyectos de refinación y, fundamentalmente, porque se pretende desarrollar este proyecto sin contar con producción nacional de petróleo, orientándolo a que sea concebido como un proyecto que parta de la importación de petróleo crudo para producir los combustibles.

Este petróleo venga de donde viniere, llegará al Ecuador a precios internacionales y por ende, los productos tendrán que salir también a precios internacionales, con lo cual, el Estado ecuatoriano se verá impedido de mantener a futuro la política de subsidio a los precios de los combustibles.

La política de sustitución de reservas es imprescindible para que el País tenga la seguridad de que la explotación de sus recursos naturales no renovables está sustentada de manera responsable, a fin de evitar, lo máximo que se pueda, que a futuro el Ecuador se vea en la realidad de convertirse en importador de petróleo crudo, a más de que ya lo es de derivados.

PETROECUADOR, de alguna manera si cumple con el manejo de sus programas de producción que los ajusta a una relación reservas/producción fijada en alrededor de 20 años.

En el caso de las compañías petroleras privadas, esta relación reservas/producción da en la práctica un horizonte de producción de alrededor de 7 a 8 años, lo cual es totalmente perjudicial para el Ecuador.

Los intereses de las compañías petroleras privadas jamás van a conciliarse con los intereses del Estado en esta materia, porque a las compañías les anima de manera definitiva y esencial el ánimo de lucro. Buscan, por un lado, una extracción acelerada del petróleo de los campos que facilite una recuperación rápida de sus inversiones, y, por otro lado, el beneficiarse de los altos precios de los hidrocarburos que viene dándose en el mercado internacional.

3.1.-Breve Análisis de las disposiciones legales.

Antecedentes históricos.-

Como antecedente jurídico de dicha legislación es preciso citar las Reales Ordenanzas para la Minería de la Nueva España, expedidas por el Rey de España el 22 de mayo de 1783 en Aranjuez. En dichas Ordenanzas se hace constar que se puede descubrir, solicitar, registrar y denunciar “cualesquiera otros fósiles”, “bitúmenes o jugos de la tierra”

En lo que respecta a nuestros territorios, ya durante la época republicana, el primer antecedente en materia de legislación minera de la Gran Colombia, lo encontramos en el Decreto que expidió el Libertador Simón Bolívar en Boyacá el 28 de diciembre de 1828, Decreto que tenía por objeto incentivar la actividad minera por medio de fomentar la participación laboral en dichas actividades.

Luego de la expedición de este Decreto, el Libertador Simón Bolívar dicta en Quito, el 24 de octubre de 1829, el Reglamento sobre Minas, instrumento jurídico que recoge de manera amplia y clara el concepto de la propiedad del Estado sobre las riquezas del subsuelo, basado en los principios del derecho público francés y español.

En dicho Reglamento se hace constar en el artículo 1º, lo siguiente: *“Art. 1º.- Conforme á las Leyes las minas de cualquier clase corresponden á la República, cuyo gobierno las concede en propiedad i posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las Leyes i ordenanzas de minas, i con las demás que contiene este decreto”*.

En este Reglamento se estipula el pago de derechos de aranceles por el título de propiedad de cada mina y, además, se dispone que estos aranceles servirán para *“...formar un fondo con que pagar el establecimiento de una cátedra de minería i mecánica, que se hará en cada provincia minera en que sea posible; ningún ministro tesorero gastará este fondo, pena de reponerlo á su costa”*.

Esta disposición constituye un ejemplo digno de destacarlo cuando hemos visto que los gobiernos de turno lo que han hecho es fundamentalmente utilizar los enormes recursos que genera la actividad hidrocarburífera para atender de manera prioritaria los requerimientos fiscales, sin que se tome en consideración la necesidad de fomentar el desarrollo de la industria, retroalimentando parte de los recursos que se genera en el sector que produce el petróleo y en el fomento y desarrollo de tecnologías propias.

Este Reglamento, tiene otra particularidad que es la relativa al hecho de que en el inciso segundo del artículo 23° se crea la jurisdicción administrativa sobre la actividad minera, cuando se estipula que: *“Art. 2°.- Los gobernadores serán jueces de minas en toda su provincia y en cada cantón o circuito los jueces políticos o correjidores, ó los que hagan sus veces”*.

Esta jurisdicción administrativa se la suprimió hace pocos años cuando en la reforma a la Ley de Hidrocarburos llevada a cabo en el año 1993, con la Ley 44, se eliminó la calidad de Juez de Hidrocarburos que tenía el Ministro del Ramo. Ello implica una involución en el derecho administrativo pues conlleva el que el Estado haya perdido buena parte de su jurisdicción administrativa.

En dicho Reglamento de Minas el Libertador Simón Bolívar hace constar en el artículo 23 lo siguiente: *“Art. 38°.- Mientras se forma una ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente, la Ordenanza de Minas de Minas de Nueva España, dada en 22 de mayo de 1783, exceptuando todo lo que trata el tribunal de minería, i jueces diputados de minas, y lo que sea contrario á las leyes i decretos vijentes. Tampoco se observará en todo lo que se halle reformada por el presente decreto”*.

Con ello se le dio la continuidad jurídica al sistema que venía rigiendo en la materia minera desde la época colonial.

Con la creación del Estado del Ecuador, se dicta la Ley Promoviendo el Fomento de las Minas, la que es aprobada por el Congreso Nacional y puesta el Ejecútese por parte del Presidente Juan José Flores. Esta Ley fue expedida el 25 de septiembre de 1830 y se publicó en el Primer Registro Auténtico Nacional signado con el N° 7 de 1830 y, según el artículo 1, se busca fundamentalmente lo siguiente: “*Art. 1°.- El fomento de las minas será de las principales atenciones del Gobierno, promoviendo los conocimientos científicos de minería i mecánica, i protegiendo el espíritu de empresa*”.

Como nota curiosa de esta Ley es la que tiene que ver con lo señalado en el artículo 15 de este cuerpo legal que dice: “*Art. 15°.- Mientras se forma una ordenanza especial de minería, se observarán las ecsisentes en cualquiera de los estados de América*” y, en la parte considerativa se hace constar: “*El Congreso constituyente del Estado del Ecuador en la República de Colombia*”, lo cual hace ver que no se había desligado del todo el Estado del Ecuador de la República de Colombia.

Ya en la Presidencia de Vicente Rocafuerte, el Senado y la Cámara de Representantes de la República del Ecuador, reunidos en Congreso, emiten un Decreto con fecha 12 de abril de 1837 el que es publicado en el Primer Registro Auténtico Nacional N° 43 de 1837. En este Decreto se hace constar en el artículo 1, lo siguiente: “*Se autoriza al Poder Ejecutivo para que forme una ordenanza de minería que rija provisionalmente en la república, teniendo por base la que se dio por la Nueva España en 22 de mayo de 1783*”.

De la lectura de este Decreto se desprende que las principales actividades mineras se desarrollaban en lo que son hoy las Provincias de Loja, Cañar y Azuay; y, en el artículo 6 se “*declaran libres de los derechos de importación i alcabala el azogue, las máquinas, herramientas, i demás utensilios necesarios para el laboreo de minas, i beneficio de metales*”, lo cual hace ver que una de los principales motivos para la expedición de este Decreto fue el de fomentar el desarrollo de la minera en lo que ya era la República del Ecuador a esa fecha.

Ya durante la presidencia de Vicente Ramón Roca, el Senado y la Cámara de Representantes, reunidos en Congreso, se expide con fecha 1 de noviembre de 1847 la Ley sobre Explotación de Minas.

Esta Ley afirma una vez más el concepto de que la denuncia de las minas se la debe hacer ante el Gobernador de la Provincia, quien representa el Estado central. Es digno de destacarse que en el artículo 11 de esta Ley se dispone que *“Mientras se sancione una ordenanza general de minería...quedan en su vigor y fuerza el decreto del Libertador de Colombia de 24 de octubre de 1829, y los de 20 y 27 de septiembre de 1830, y las ordenanzas reales de minería para la nueva España en cuanto no se oponga á la presente”*.

Es digno de destacarse que en el artículo 10 de esta Ley se deja sin efecto la prohibición a los eclesiásticos y a los conventos monacales el dedicarse al trabajo de minas, ante lo cual el Presidente Vicente Ramón Roca vetó dicho artículo 10, en razón de que: *“Por el derecho canónico, no es dado á los eclesiásticos seculares, y regulares entrar en especulaciones de ninguna clase que les embarazen el desempeño de su ministerio, é incline á intereses terrenos contra el precepto del evangelio que les llama al desprendimiento y completa consagración á las arduas obligaciones que han contraído para con la iglesia”*.

En lo que respecta a la actividad hidrocarburífera, fue la Asamblea Nacional la que con fecha 13 de mayo de 1878 dictó un Decreto que fue sancionado con fecha 17 de mayo de 1878, por el Ministro del Interior, Encargado de Despacho de Hacienda. En dicho Decreto se hace constar en el artículo 1, lo siguiente: *“Art. 1º.- Se concede privilegio exclusivo al señor M. G. Mier y Compañía, para que pueda extraer, de los terrenos comprendidos en la jurisdicción de la parroquia de Santa Elena, toda especie de sustancias bituminosas, que en ellos se encuentren, como petróleo, brea y kerosina”*.

Con el objeto de incentivar la actividad minera, el Gobierno Provisional del Ecuador, expide el 29 de agosto de 1883 un Decreto por el cual: *“Se eximen de los derechos de alcabala y registro la venta de las minas y el traspaso de acciones para explotarlás”*.

Posteriormente, es el Congreso de la República, el que expide el Código de Minería, el que es publicado en el Registro Oficial No. 71 del 9 de septiembre de 1886.

En dicho Código se hace constar en el artículo 1, que: *“La explotación de carbón y demás fósiles no comprendidos en el inciso anterior, cede al dueño del suelo, quien sólo estará obligado a dar aviso de ella a la autoridad administrativa”*.

En el artículo 10 de este Código se estipula que: *“Las minas forman un inmueble distinto y separado del terreno o fundo superficial, aunque aquellas y éste pertenezcan a un mismo dueño...”*.

Ello tiene una particular importancia por el hecho de que se consagra que el propietario de un terreno o fundo no necesariamente viene a ser el propietario de la mina, quedando con ella separada la propiedad sobre el suelo y la propiedad sobre el subsuelo.

El artículo 13 de este Código señala lo siguiente: *“Art. 13°.- La ley concede la propiedad de las minas a los particulares bajo condición de trabajarlas y explotarlás constantemente, con sujeción a los preceptos de este Código y de los reglamentos que se dicten para su ejecución y para proveer a la conservación y a la seguridad de ellas, orden e higiene de los trabajos; pero sólo se **entiende perdida esa propiedad y devuelta al Estado**, en los casos expresamente convenidos en la Ley”*. Lo destacado en negrillas es mío.

De la lectura del artículo antes transcrito se infiere que la propiedad minera le pertenece intrínsecamente al Estado y no a los particulares, quienes tienen una propiedad en la concesión de las minas, las que pueden perder el privilegio de la explotación por

caducidad cuyas causales se encuentran determinadas en los artículos 64 y 65 del citado Código.

Sin embargo de lo anterior, el artículo 147 del Código contempla que: *“Art. 147°.- Las minas pueden enagenarse entre vivos y trasmitirse por causa de muerte de la misma manera que los demás bienes raíces”*.

La capacidad de control y regulación del Estado sobre la actividad minera se encuentra recogida en los artículos 113 y 114 del Código, que dicen: *“Art. 113°.- Las minas deben laborarse y explotarse conforme a las reglas del arte y a las disposiciones de seguridad y policía que prescriban los reglamentos que dicte el Presidente de la República”, “Art. 114°.- Para los efectos del precedente artículo, las minas estarán sometidas a la vigilancia de la autoridad administrativa la cual determinará su inspección del modo y en los períodos que le parezcan convenientes”*. Y, adicionalmente, en el artículo 143 del mismo Código se crea el cargo de Ingeniero de Estado que tiene a su cargo el servicio administrativo de las minas, por cuyo medio se vigila el cumplimiento de las normas del Código.

El artículo 199 del Código le concede al Juez de Minas la competencia para recibir denuncias (de minas) y conceder sus adjudicaciones; mientras que, según el artículo 200 del mismo Código, son los Alcaldes Municipales quienes resuelven los contenciosos en materia de denuncias, adjudicación y posesión de mina ajena.

Mediante Decreto expedido por el Ministro de Hacienda, con fecha 7 de febrero de 1887 se expide el Reglamento de internación de mercaderías extranjeras a los asientos mineros de la República.

El 8 de agosto de 1887 el Congreso de la República aprueba una reforma al Código de Minería, la que en lo sustancial, decreta que el amparo y la explotación de las minas es

libre tanto para nacionales como para extranjeros. El Ejecutivo le puso el ejecútese con fecha 13 de agosto del mismo año.

Con fecha 8 de agosto de 1892, el Congreso de la República dicta una Ley Reformatoria del Código de Minería, la cual es de vital importancia por cuanto deja en claro en el inciso primero del artículo 1, lo siguiente: ***“El 1° del Código dirá: “El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, petróleo, carbón y demás sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones ó de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas””***. Lo destacado en negrillas es mío.

Esta es la más clara afirmación de la titularidad del Estado respecto de los bienes del subsuelo, sin embargo todavía se mantiene la figura jurídica de que el titular de la concesión minera sólo la pierde por falta de pago de la patente.

El Presidente Luis Cordero le puso el ejecútese a esta Ley en fecha 15 de agosto de 1892.

El Presidente Leonidas Plaza Gutiérrez, emite un Decreto que se publica en el Registro Oficial No. 109 del 18 de enero de 1902, por el cual se dispone que se tramitará en el Ministerio del Interior, los asuntos relativos a privilegios y minas.

El mismo Presidente expide el Decreto que se publica en el Registro Oficial No. 627 del 27 de octubre de 1903, por el cual se exonera a la gasolina del pago del derecho de aduana, puesto que su introducción se encontraba gravada.

EL Presidente Eloy Alfaro decreta por oficial y auténtica la nueva edición del Código de Minería realizada por la Corte Suprema de Justicia, la cual realizó una codificación de dicho Código en aplicación del artículo 26 de la Ley Reformatoria del Código de

Minería expedida el 15 de agosto de 1892. El Decreto del Presidente Alfaro es publicado en el Registro Oficial No. 477 del 20 de septiembre de 1907.

El inicio de la actividad de refinación de petróleo, lo podemos encontrar en la Patente de Propiedad No. 14 concedida por el Presidente Eloy Alfaro el 13 de mayo de 1909, publicada en el Registro Oficial No. 957 del 14 de mayo de 1909, para que el señor Don Luis Maulme tenga el derecho exclusivo para la importación de una maquinaria destinada a la destilación y refinación de petróleo bruto, disponiéndose el registro de esta Patente en el Ministerio de lo Interior.

Es en el Registro Oficial No. 1015 del 27 de julio de 1909, que se publica el Contrato ad-referéndum de la aprobación del Congreso, suscrito el 16 de julio del mismo año, entre el Gobernador de la Provincia de Pichincha General Flavio Alfaro, a nombre y en representación del Supremo Gobierno, con el señor Carlton Granville Dunne, por el cual el Gobierno del Ecuador le concede “...*el permiso y derecho exclusivo para que pueda de una manera amplia, catar, cavar, barrenar, taladrar, explorar, extraer y explotar todos los yacimientos ó minas de petróleo, gas natural y asfalto que se encontraren en el territorio de la República del Ecuador, en cualquier forma que se presentaren esos productos y en cualquier sitio que estuvieren*”.

Nótese que una concesión de semejante importancia se la otorga sin más requisito que la solicitud presentada.

Pero el tema no queda ahí, es importante transcribir la Cláusula Novena del Contrato que dice: “*Novena.- El contratista señor Carlton Granville Dunne se obliga á organizar en Londres, con sujeción á las leyes inglesas pertinentes, una compañía de la que dicho señor formará parte y la cual gozará los derechos y concesiones otorgadas por el presente contrato. Dicha Compañía estará legal y definitivamente organizada, a más tardar dentro de los seis meses subsiguientes á la aprobación de este contrato por el Congreso, y su capital en giro será de un millón de libras esterlinas*”.

Por lo tanto, el contrato se otorgó sin que se haya constituido la empresa respectiva la cual se creará con sujeción a las leyes inglesas y no ecuatorianas y, además, se deja constancia que es el Congreso quien debe aprobar definitivamente este Contrato. Esto explica el tratamiento jurídico que se le daba a esta materia en esos tiempos, lo cual era perfectamente legal.

En la Cláusula Cuarta del Contrato se le otorga al señor Granville Dunne el derecho de introducir al Ecuador, libre de todo derecho fiscal o municipal, de aduana, incluso de derechos consulares (excepto los de muelle que ya fueron concedidos a la Compañía de Comercio de Guayaquil), todas las maquinarias, tuberías y sus accesorios, materiales y herramientas que fueren necesarios para establecer y explotar la industria de que trata el Contrato.

El Presidente Eloy Alfaro, con fecha 28 de septiembre de 1909 se dirige al Congreso Nacional sometiendo a su consideración el Contrato con el señor Carlton Granville Dunne. El Mensaje al Congreso es publicado en el Registro Oficial No. 1066 del 30 de septiembre de 1909, lo cual es preciso destacar por cuanto estos temas de tanta trascendencia se los ventilaba en el Registro Oficial con el objeto de que se publicite lo actuado por las funciones del Estado, en especial por el Ejecutivo, situación que contrasta con lo que hoy se vive en momentos en que buena parte de los contratos y acuerdos que se suscriben se guardan con total hermetismo, siendo una tarea sumamente desgastante obtener información verídica sobre estos instrumentos.

En su Mensaje al Congreso el Presidente Eloy Alfaro informa que el señor Carlton Granville Dunne se ha comprometido a pagar 25.000 libras esterlinas en calidad de prima por el contrato, además de entregar 75.000 libras esterlinas en acciones liberadas y nominativas y que, independientemente de lo anterior pagará al Gobierno el 10% sobre las utilidades netas de la explotación y de cualquier especie de negociaciones provenientes de ella.

Ante esta solicitud del Presidente Eloy Alfaro, el Congreso Nacional con fecha 15 de octubre de 1909 aprueba el Contrato que se suscribió ad-referéndum, con el señor Carlton Granville Dunne, con las modificaciones que se hacen constar en el Registro Oficial 1096 del 8 de noviembre de 1909, modificaciones que fueron aprobadas por el Ejecutivo.

Dichas observaciones del Congreso Nacional tienen que ver, en especial con dejar en claro que el señor Granville Dunne puede hacer uso de sus derechos contractuales, sin perjuicio de los derechos de terceros y previas las indemnizaciones de ley y, en la Cláusula Décimo Tercera de su pronunciamiento, el Congreso deja en claro que: *“El contratista y la Compañía se someten a las leyes del país y renuncian, desde ahora, á toda reclamación diplomática conforme á la Constitución, y en ningún caso y por ninguna causa, se traspasará este contrato a ningún gobierno extranjero”*.

Ello guardó relación con lo estipulado en el artículo 23 de la Constitución de 1906 que señalaba: *“Art. 23.- Todo contrato que un extranjero o una compañía extranjera, celebrare con el Gobierno, o con un individuo particular, llevará implícita la condición de la renuncia a toda reclamación diplomática”*.

De esta manera, la doctrina Calvo, había sido definitivamente incorporada en el sistema jurídico ecuatoriano.

Con fecha 21 de octubre de 1909, el Congreso Nacional expide un Decreto al cual el Presidente Eloy Alfaro le pone el ejecútese y lo publica en el Registro Oficial No. 1105 del 18 de noviembre de 1909, por el cual se dispone en el artículo 1 que: *“Toda Compañía Nacional ó extranjera que negociare ó contrajere obligaciones en el Ecuador, deberá tener en la República un Apoderado ó Representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas”*.

Con fecha 22 de octubre de 1914, el Congreso aprueba algunas reformas al Código de Minería, las que son publicadas en el Registro Oficial No. 640 del 24 de octubre del mismo año, que contaron con el ejecútese del Presidente Leonidas Plaza.

Entre las reformas efectuadas consta la que tiene que ver con la reforma al artículo 13 del Código de Minas que dice: *“La ley concede la propiedad perpetua de las minas a los particulares bajo la condición de pagar anualmente una patente por cada pertenencia, sea que se trabaje o no la mina”*.

El Congreso de la República aprueba el 20 de octubre de 1917 un Decreto con la normativa para contratar la exploración y explotación del petróleo y los gases derivados del mismo, el mismo que, con fecha 26 de octubre del mismo año, es objetado por el Presidente de Alfredo Baquerizo Moreno en razón del contenido de la Cláusula 16 que en la parte final dice lo siguiente: *“...reconócese aquí la propiedad perpetua de las minas que a virtud de este contrato adquiera el contratista, bajo la condición de pagar al Gobierno el porcentaje establecido en la cláusula sexta del contrato”*.

En la objeción del Ejecutivo que se publica en el Registro Oficial No. 344 del 27 de octubre de 1917, en la parte pertinente se dice lo siguiente: *“Por tratarse de un proyecto de tanta importancia y trascendencia, cual es el relativo a la exploración y explotación del petróleo, juzgué conveniente y oportuno antes de sancionarlo u objetarlo oír el parecer de los señores Ministros Secretarios de Estado y, como ese parecer, en su mayoría, se manifestó en el sentido de que se objetara tomando en cuenta lo excesivo de la concesión y lo inaceptable de sus consecuencias, entre otras razones por el carácter de indefinida que la parte última de la cláusula 16 del artículo 1° da a la sobredicha concesión; por estimarse que a cambio del privilegio que envuelve el contrato debería también después de cierto número de años entregarse al Estado las maquinarias y demás elementos de trabajo, supuesto que la participación y utilidades no es siquiera del producto bruto sino deducido lo que la empresa pudiera necesitar, cuyo señalamiento queda a merced de la misma, y supuesto asimismo que la Nación tendría*

todavía que gastar parte de ese producto en necesidades de policía y administración relativa a los establecimientos de esa industria; y por la notoria oscuridad en fin de cláusulas tan esenciales como la segunda y sexta, objeto en su totalidad el proyecto en referencia”.

Esta objeción constituye una verdadera lección de cómo se debe legislar en beneficio de los intereses nacionales, evitando que las concesiones en materia petrolera se las entregue a perpetuidad con lo cual la titularidad del Estado sobre estos recursos se convierte en letra muerta.

Además, de la lectura de esta objeción se puede colegir que se empieza a estructurar la institución jurídica de la reversión de los bienes afectos a la concesión, al término de la misma, hecho jurídico de incontrovertible utilidad y necesidad para que el Estado continúe desarrollando sus actividades petroleras cuando abandone la concesión una determinada empresa.

Y, adicionalmente, existe un elemento digno de destacarse que es el relativo a que el Ejecutivo distingue perfectamente que la participación del Estado no es de la producción sino de las utilidades, lo cual merma enormemente los ingresos del Estado puesto que la concesionaria realiza gastos *“que pudiera necesitar”*, concepto que hasta hoy no lo tienen claro los legisladores, siendo que en el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución vigente se hizo constar que: *“El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota”*. Los beneficios son los rendimientos o las utilidades, por lo que no es conveniente que el Estado participe de estos conceptos cuando debería hacerlo respecto de la producción, ello a más de que participe de las regalías y del impuesto a la renta y otras contribuciones que ha lugar.

Queda como lección que en ese entonces, en 1917, el Presidente Alfredo Baquerizo Moreno y sus Ministros Secretarios de Estado tenía más claro el tema de cómo debía ser

la participación del Estado en la actividad petrolera, que el concepto que tuvieron los ex asambleístas que integraron la Asamblea Constituyente que aprobó la actual Constitución.

A efectos de que se proteja el interés nacional, con fecha 18 de octubre de 1919 el Congreso Nacional aprueba un Decreto transitorio por el cual se dispone: “*Artículo 1.- Las minas de petróleo no adjudicadas todavía conforme a la Ley, pertenecen exclusivamente al Estado; y no podrán los particulares denunciarlas mientras no se dicta la nueva Ley relativa a la materia*”. El Presidente Alfredo Baquerizo Moreno le puso el ejecútese a este Decreto con fecha 18 de octubre de 1919, el cual fue publicado en el Registro Oficial No. 922 del 20 de octubre de 1919.

El 24 de enero de 1920, el Presidente Alfredo Baquerizo Moreno dicta un Decreto que se publica en el Registro Oficial No. 1007 del 2 de febrero de 1920, por el cual se señala que para el presente año de 1920 se pagará el 6% del producto bruto de cada una de las minas de petróleo que se encuentran en actual explotación.

El 7 de noviembre de 1920 el Congreso aprueba un Decreto por el cual se sustituye el artículo 3 del Decreto Legislativo transitorio de 18 de octubre de 1919 por el siguiente: “*Artículo 3.- Caducará igualmente ipso facto el derecho de los adjudicatarios que, en término de cinco años contados desde la vigencia de esta Ley, no comenzaren la explotación científica de las minas adjudicadas mediante la instalación de maquinarias adecuadas a esta clase de trabajos*”.

Con ello se empieza tomar conciencia de que en la actividad petrolera existe especulación por parte de los concesionarios que obtienen concesiones, no las desarrollan y las conservan en su poder hasta poder venderlas ganando buena cantidad de dinero.

Por ello, en este mismo Decreto se hace constar que se sustituye el artículo 4 del Decreto transitorio del 18 de octubre de 1919 por el siguiente: *“Artículo 4.- Mientras no se expida la nueva Ley, no podrán enajenarse ni traspasarse por ningún acto entre vivos los derechos anteriormente conferidos sobre las minas de petróleo, sin previa autorización del Poder Ejecutivo, quien, si lo estimare conveniente, podrá negarse a otorgarla”*.

Esto constituye un verdadero avance en la estructuración de un derecho petrolero que deja en claro que el titular de las concesiones petroleras es el Estado, por lo cual ningún concesionario puede traspasar derechos sin contar con la autorización del Ejecutivo.

A este Decreto del Congreso Nacional el Presidente José Luis Tamayo le puso el ejecútese el 25 de noviembre de 1920, Decreto que fue publicado en el Registro Oficial No. 67 del 29 de noviembre de 1920.

Sin embargo de ello, es con fecha 7 de noviembre de 1920 que el Congreso aprueba un Decreto que en su artículo 1 dice lo siguiente: *“Artículo 1.- Autorízase al Poder Ejecutivo para que haga adjudicaciones, en la forma y términos que a bien tuviere, de yacimientos petrolíferos en la Región Oriental de la República”*.

Con ello se inicia la actividad petrolera en la región amazónica, la cual tenía también como objetivo el ejercer soberanía y jurisdicción sobre los territorios que la componen en razón de los diferendos limítrofes seculares que se mantenían con el Perú.

Sin embargo no deja de llamar la atención de que siendo el territorio de la República del Ecuador uno solo, se legisle de una manera para un parte de territorio y de otra manera para la región oriental, con lo cual se le quitaba una de las característica de la normativa legal, cuál es la que tiene el carácter de general y universal.

El Decreto en mención fue sancionado por el Presidente José Luis Tamayo y publicado en el Registro Oficial No. 68 del 30 de noviembre de 1920.

El 8 de octubre de 1921, el Congreso Nacional aprueba la Ley sobre Yacimientos o Depósitos de Hidrocarburos, la cual es sancionada por el Presidente José Luis Tamayo con fecha 18 de octubre de 1921 y publicada en el Registro Oficial No. 332 del 21 de octubre de 1921.

El inciso primero del artículo 2 de la Ley dice lo siguiente: *“El Estado se reserva la propiedad de los depósitos o yacimientos de hidrocarburos, pudiendo el Poder Ejecutivo conceder únicamente el arrendamiento de los mismos por períodos que no excedan veinte años, contados desde la fecha en que se dé principio a la explotación, prorrogables por diez años más, con sujeción a las leyes vigentes al tiempo de la prórroga”*.

Con ello queda más claro aún que la propiedad el Estado sobre los yacimientos de hidrocarburos es indiscutida y por lo tanto se va desarrollando el concepto jurídico de que son inalienables, esto es que no se le puede discutir al Estado el dominio sobre estos recursos.

En el inciso tercero de este artículo se hace constar que el pago del impuesto a que tiene derecho el Estado se lo podrá hacer en dinero o en petróleo, en cuyo primer caso se calculará su precio en base al promedio de precios en el mercado de Londres o Nueva York respecto del trimestre anterior.

Antes de la vigencia de esta Ley y durante un largo período de tiempo regirá en la normativa jurídica el modelo de contrato de concesión, clásico en el derecho administrativo petrolero de toda la Región.

En esta Ley se consagra por primera vez la prerrogativa que tiene el Estado para declarar la caducidad de un contrato de concesión ante la presencia de causales previamente establecidas en la normativa.

Es el caso de lo señalado en el artículo 12 de esta Ley que dice. *“El arrendatario no podrá ceder el arrendamiento ni celebrar contrato de subarriendo respecto de la concesión a Gobiernos o Corporaciones Públicas Extranjeras, ni podrá tampoco aceptar a éstos como socios, so pena de caducidad de la concesión. Para la cesión o subarriendo a persona o Compañías privadas, será necesaria la autorización del Ejecutivo, sin la cual no surtirá efecto alguno dichos contratos”*.

Más causales de caducidad contractual se contemplan en el artículo 21 de la Ley, de las cuales citaré la señalada en el literal e) de este artículo que dice: *“e) La infracción de cualquiera de las otras disposiciones de esta Ley”*, con lo cual la concesionaria se encuentra definitivamente obligada a cumplir con todo el ordenamiento legal vigente porque caso contrario se le aplica la caducidad de su contrato.

El artículo 10 de la misma Ley señala que en el mismo contrato se constituirá una caución suficiente y saneada, a satisfacción del Gobierno, la misma que se hará efectiva al no principiarse la explotación dentro de los primeros 4 años de inicio de la concesión o al caducar antes de su expiración.

El artículo 25 de esta Ley prevé que los bienes afectos a la concesión pasen a manos del Estado sin costo alguno, en caso de declaratoria de caducidad contractual, pero en el caso de que el contrato terminare por vencimiento del plazo y no se hubiere dado prórroga al concesionario, éste podrá retirar las maquinarias y demás accesorios del establecimiento dentro del plazo de 6 meses contados desde el término del contrato y, sólo en caso de que no retire sus bienes en ese plazo, entonces éstos pasarán a manos del Estado.

Es importante destacar que el artículo 31 de esta Ley sobre Yacimientos o Depósitos de Hidrocarburos dice lo siguiente: *“Los yacimientos de hidrocarburos en la Región Oriental de la República, se regirán solamente por el Decreto Especial expedido en 1920 y por los contratos ya celebrados o que se celebraren”*, con lo cual se deja de aplicar la normativa de esta Ley en lo que respecta a las concesiones del oriente ecuatoriano.

Con fecha 20 de octubre de 1922, el Congreso de la República decreta la reforma del artículo 2 de la Ley sobre Yacimientos o Depósitos de Hidrocarburos, en el sentido de que el Poder Ejecutivo podrá conceder el arrendamiento de los yacimientos de hidrocarburos por períodos que no excedan 40 años, contados desde la fecha en que se dé principio a la explotación, en lugar de 20 años que era lo que constaba en la Ley original.

Esta reforma no es conveniente para los intereses del Estado porque si se alarga el período de explotación, la empresa entregará los campos petroleros cuando ya se habrán agotado las reservas petroleras, lo cual no es caso cuando el período de explotación que se concede en el contrato es menor.

Este Decreto Legislativo fue sancionado por el Presidente José Luis Tamayo el 20 de octubre de 1922 y publicado en el Registro Oficial No. 622 del 26 de octubre de 1922.

Mediante Decreto Ejecutivo, No 32 de fecha 1 de noviembre de 1923, publicado en el Registro Oficial No. 1049 del 11 de abril, se señalan de manera expresa los deberes y atribuciones del Inspector de Minas, lo cual configura y estructura de mejor manera el ejercicio del poder regulador y de control que tiene y debe tener el Estado sobre esta actividad petrolera.

Con el objeto de evitar efectos negativos en la balanza de pagos y de generar trabajo en la actividad extractiva de hidrocarburos venida a menos por la caída de los precios del

petróleo en el mercado internacional, el Presidente Isidro Ayora emite el Decreto No. 138 de fecha 16 de julio de 1931, publicado en el Registro Oficial No. 677 del 17 de julio del mismo año, por el cual se prohíbe la importación de aceite crudo, aceite diesel, gas oil, kerosene, gasolina y bencina, siempre que los precios no suban en el mercado de Guayaquil, de los que se fijan en el Decreto.

Queda encargado el Intendente General de Policía de la Provincia del Guayas para vigilar que no se eleven los precios máximos fijados para esos productos en el citado Decreto.

Esta medida constituye un paso importante en la configuración del ejercicio del derecho del Estado para fijar los precios de los combustibles en el mercado nacional.

Se hace una excepción a la normativa señalada anteriormente, cuando mediante Decreto Ejecutivo No. 167 de 1 de octubre de 1931, publicado en el Registro Oficial No, 33 del 1 de octubre de 1931, se permite la importación de gasolina para aviación y de aceite mineral “Petrosiduo”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 16 de 20 de febrero de 1932, publicado en el Registro Oficial No. 108 del 24 de febrero de 1932, se expide el Reglamento para la Inspección General del Minas, Reglamento que como lo dice el primer Considerando del Decreto se dicta para *“el debido control y vigilancia de los trabajos petroleros que se ejecuten en la República y especialmente en el Cantón Santa Elena de la Provincia del Guayas”*.

Mediante Decreto Legislativo de fecha 7 de diciembre de 1933, sancionado por el Ministerio de la Ley y publicado en el Registro Oficial No, 57 del 29 de diciembre del mismo año, se dispone en el artículo 1, lo siguiente: *“La conservación, importación, exportación, distribución y venta de gasolina corresponde al Estado. Sin embargo, los productores podrán almacenar cualquiera cantidad de tal artículo con el respectivo permiso”*. Con ello el Estado asume el control del mercado externo de combustibles.

Con fecha 14 de febrero de 1936 se expide el Decreto Ejecutivo No. 10, publicado en el Registro Oficial No. 122 del 27 de febrero de 1936, que contiene el Reglamento de Inspecciones de Minas, quedando derogado el Reglamento para la Inspección General del Minas expedido mediante Decreto Ejecutivo No 16 de 20 de febrero de 1932.

Según el artículo 3 de este Decreto: *“Artículo 3.- Para las funciones correspondientes y de acuerdo con lo establecido por la Ley de Presupuesto, las Inspecciones de Minas se dividen en dos: una para la Zona Petrolífera de Santa Elena y otra para la Zona Aurífera de Portovelo”*.

Mediante Decreto expedido con fecha 11 de marzo de 1936, publicado en el Registro Oficial No. 143 del 18 de marzo de 1936, Federico Páez, Encargado del Mando Supremo de la República en el artículo 1 decreta lo siguiente: *“Decláranse inconstitucionales las estipulaciones de los contratos celebrados entre el Gobierno y empresas o particulares, en las que se pacte la exoneración genérica de impuestos”*, ello en razón de que según la Ley sobre Yacimientos de Petróleo se libera únicamente los impuestos a los capitales empleados en la exploración y explotación de hidrocarburos o de sus derivados, la exportación, refinación y movilización de los mismos, las maquinarias y demás elementos necesarios para el ejercicio de las concesiones, por lo que no se ha legislado respecto de una exoneración genérica de impuestos.

Sin embargo de ello, mediante Decreto No. 724 de 14 de septiembre de 1936, publicado en el Registro Oficial No. 296 del 21 de septiembre de 1936, el mismo Federico Páez, Encargado del Mando Supremo de la República, dispone que las compañías petroleras no les comprende la obligación de pagar el impuesto a la renta sobre las utilidades, haciendo con ello una excepción con la actividad minera que si estaba obligada a dicho pago.

Con fecha 5 de febrero de 1937, Federico Páez, Encargado del Mando Supremo de la República, expide la Ley General de Minería, la que es publicada en el Registro Oficial No. 447 del 23 de marzo de 1937.

Esta Ley deroga el Código de Minería así como todas las leyes que se le opongan.

Es importante transcribir el artículo 1 de esta Ley que dice: “*Son bienes de dominio directo de la Nación las minas de todos los minerales y substancias fósiles que se encuentren en el subsuelo de la tierra, no obstante el dominio particular sobre la superficie de la misma*”.

Cuán importante sería recordar el contenido de esta norma a los Asambleístas que dictaron la Constitución vigente para que tengan claro que los particulares solamente pueden tener dominio sobre la superficie del suelo pero no sobre los recursos del subsuelo, lo cual constituye un principio básico del derecho público latino en general, y ecuatoriano en particular.

El inciso primero del artículo 2 de esta Ley dice lo siguiente: “*El dominio directo de la Nación sobre las substancias que enuncia el artículo anterior es inalienable e imprescriptible en consecuencia, los derechos que se otorguen de conformidad con las prescripciones de la presente Ley, en ningún caso constituirán una propiedad absoluta y definitiva*”.

El carácter de inalienable tiene que ver con el hecho jurídico de que ningún particular le puede discutir al Estado el dominio y la propiedad sobre estos recursos del subsuelo; y, lo atinente a la imprescriptibilidad, se refiera a que los particulares no pueden acceder a la propiedad de estos recursos, alegando la prescripción adquisitiva de dominio, que es una de las formas que usan los indígenas para alegar ciertos derechos en base a una permanencia ancestral en las tierras en cuyo subsuelo se encuentran recursos petroleros y mineros.

El artículo 3 de la misma Ley señala: *“Artículo 3.- El Estado puede conceder el usufructo de las minas a los particulares y a las sociedades civiles o comerciales, en las condiciones que establezca la presente Ley”*.

Esto refuerza el concepto de que la propiedad y el dominio de los recursos del subsuelo le pertenecen al Estado y que a los particulares, siempre que el Estado les haya otorgado una concesión minera o petrolera, tienen derecho únicamente al usufructo de dichos recursos.

El artículo 8 de la Ley consagra el derecho de expropiación a favor del Estado en razón de que las actividades minera y petrolera son declaradas de utilidad pública.

En el Capítulo XVI de esta Ley, artículo 165 y siguientes, se legisla sobre la caducidad contractual.

Con posterioridad a ello, Federico Páez, Encargado del Mando Supremo de la República, mediante Decreto No. 70 del 6 de agosto de 1937, publicado en el Registro Oficial No. 560 de 9 de agosto del mismo año, expide la Ley del Petróleo, con lo cual quedó derogada la Ley sobre Yacimientos Hidrocarburíferos.

Esta Ley se dicta en razón de la necesidad de armonizar la legislación petrolera y minera con la Ley General de Minería.

El artículo 1 de esta Ley del Petróleo dice lo siguiente:

“Artículo 1.- Son bienes de dominio directo del Estado y están sujetos a las disposiciones de esta Ley:

- a) Los criaderos, fuentes y depósitos naturales de petróleo;*

- b) *Los Hidrocarburos gaseosos que se encuentran en el subsuelo o que se escapan de la superficie de la tierra;*
- c) *Los depósitos naturales de Ozokerita y de asfalto; y toda mezcla de hidrocarburos de los distintos grupos que deba su origen a los agentes naturales”.*

En el artículo 2 de la Ley del Petróleo se estipula lo siguiente. *“El dominio directo del Estado sobre las substancias enumeradas en el artículo anterior es inalienable e imprescriptible; en consecuencia los derechos que se otorguen conforme a esta Ley en ningún caso constituirán una propiedad absoluta y definitiva”.*

Siguiendo la legislación y la práctica minera, en el artículo 7 de la Ley de Petróleo, las concesiones de que trata el artículo 1 de la Ley, se dividen en concesiones por contrato y en concesiones por denuncia.

En el inciso final del artículo 8 de esta Ley se establece que: *“En la Región Oriental de la República queda facultado el Gobierno para efectuar contratos de concesiones petrolíferas en las extensiones que, a su juicio crea convenientes...”.*

En el Capítulo VI de la Ley se establecen los derechos superficiarios, patentes, regalías e impuestos que tienen que pagar los concesionarios.

En el Capítulo IX se establece el régimen de sanciones, caducidades y traspasos que no difieren de las normas de derecho que vinieron estructurándose anteriormente.

El Jefe Supremo de la República, General Alberto Enríquez Gallo, dicta el Decreto No. 45 de fecha 16 de febrero de 1938, publicado en el Registro Oficial No. 94-95 del 16 y 17 de febrero de 1938, en el cual se consagra en el artículo 1 que: *“Las concesiones realizadas en forma de contrato, no tienen más valor que el que les otorga el Poder Público, de acuerdo con la equidad y el interés general”;* y, en su artículo 2 se

establece: *“De conformidad con esta Ley, el Gobierno procederá a regular las relaciones del Estado con cada una de las compañías que explotan algún ramo de la riqueza nacional”*.

Para entender el sentido de este Decreto es preciso citar algunos de los Considerandos del Decreto, que constituyen verdaderos axiomas jurídicos:

“Que, los contratos en virtud de los cuales compañías extranjeras o nacionales, corporaciones o particulares, explotan cualquier ramo de la riqueza nacional, no deben regirse por normas del Derecho Privado, ya que la alegación de derechos adquiridos amenguaría la soberanía del Estado;

Que, por lo mismo, tales contratos son meras concesiones entendiéndose por tales las que hace el Estado, reservándose implícitamente la facultad de revisarlas en cualquier tiempo que tales concesiones, por circunstancias reales, se estimen lesivas al interés nacional;

Que, cuando se trata de negociaciones relativas a intereses nacionales, el Estado, cuya representación oficial tiene el Gobierno, no se halla ni puede hallarse en igualdad jurídica, como parte contratante, con compañías extranjeras o nacionales, corporaciones o particulares, por la razón suprema de que el Estado se rige en tales casos por principios de derecho público y no por el derecho común;

Que el Gobierno, como representante del interés nacional, es el Supremo regulador de las relaciones jurídicas; en todo lo que se refiere a las utilidades, beneficios y participaciones que deben dar las personas, naturales o jurídicas, que explotan los ramos de la riqueza nacional”. Lo destacado en negrillas es mío.

Estos son conceptos jurídicos que durante los últimos 20 años se han intentado ignorarlos para intentar colocar al Estado en situación de igualdad jurídica frente a las

empresas privadas, y se ha cuestionado, sin argumentación válida, el derecho del Estado a ejercer el principio del Ius Variandi en aras a proteger el interés general frente a los intereses particulares.

Esto se refuerza con lo señalado en el artículo 1 del Decreto No. 9 expedido el 2 de marzo de 1938 por el General Alberto Enríquez Gallo, Jefe Supremo de la República, que dice: *“Artículo 1.- Los contratos a que se refieren los capítulos VI, IV y III de las Leyes Generales de Minería, de Lavaderos Auríferos y del Petróleo, respectivamente han de entenderse como concesiones sujetas a revisión, de conformidad con lo que dispone la Ley No. 45 de 16 de febrero del año en curso”*.

En este Decreto se señala de manera clara y expresa cómo el Gobierno ejercerá el derecho de revisión de las concesiones para amoldarlas a las disposiciones de este Decreto y la conveniencia del País.

Dicho Decreto se publicó en el Registro Oficial No. 110 del 9 de marzo de 1938

Con base en lo que dispone el Decreto No. 45 del 16 de febrero de 1938, el General Alberto Enríquez Gallo, Jefe Supremo de la República, expide el Decreto No. 10 de fecha 5 de marzo de 1938, publicado en el Registro Oficial No. 118-119 del 18 y 19 de marzo del mismo año, por el cual se decreta que desde el 1° de enero de 1938 en adelante la compañía Anglo Ecuadorian Oilfields Limited paguen el 10% sobre la producción de petróleo crudo, el 8% sobre la producción de gasolina natural y el doble de los derechos superficiales que regían hasta el 31 de diciembre de 1937.

El artículo 3 de este Decreto dice lo siguiente: *“En los términos de este Decreto quedan modificadas las cláusulas del contrato de concesión de 30 de agosto de 1935”*.

No puede haber ejemplo más elocuente que el que acabamos de transcribir sobre cómo el Estado, por medio del Gobierno nacional, modifica unilateralmente una cláusula contractual de un contrato de concesión.

Se podrá decir que ello es inaudito pero, lo más grave es que en determinados gobiernos se suscriben contratos lesivos al interés nacional y las compañías que de manera consciente lo hacen, pretenden que se mantenga la intangibilidad de los contratos, lo cual es imposible que se lo haga.

La seguridad jurídica, en materia de contratación pública, tiene su garantía de vigencia, de alguna manera, en función de que los contratos o concesiones se hayan ajustado a derecho y adicionalmente no favorezcan de manera desproporcionada a la parte privada como ello ocurre hasta hoy en día.

Mediante Decreto Supremo No. 27 expedido el 8 de abril de 1938 y publicado en el Registro Oficial No. 141 del 18 de abril del mismo año, el General Alberto Enríquez Gallo, Jefe Supremo de la República, dicta algunas reformas a la Ley del Petróleo, en especial en lo que tiene que ver con las declaratorias de caducidad de las concesiones y con la reversión o retiro de los bienes afectos a la concesión.

Con el objeto de evitar que se produzcan transferencias y entregas de petróleo crudo de uno a otro concesionario, el Presidente Carlos Alberto Arroyo del Río, expide el Decreto No. 3 del 15 de octubre de 1940, publicado en el Registro Oficial No. 47-48 de fechas 28 y 29 de octubre de 1940, por el cual se dicta el Reglamento para la Transferencia de Petróleos al que deberán ajustarse los concesionarios de la República.

Mediante Decreto No. 762 de fecha 24r de abril de 1952, publicado en el Registro Oficial No. 1131 del 4 de junio de 1952, el Presidente Galo Plaza Lasso dicta el Reglamento sobre la Extracción y Aprovechamiento de la Tierra-Brea, Reglamento que queda incorporado a las normas técnicas de la Ley del Petróleo.

Mediante Decreto No. 1255 del 10 de junio de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 273 del 25 de julio del mismo año, el Presidente José María Velasco Ibarra, crea una Comisión encargada de analizar los problemas relativos a la cuestión petrolera de la República, haciendo que integren dicha Comisión, entre otras personas, dos representantes, uno de Anglo Ecuadorian Oilfields Limited y otro de Manabí Exploration Company.

Mediante Decreto No. 295 del 11 de febrero de 1960, publicado en el Registro Oficial No. 1067 de 12 marzo de 1960, el Presidente Camilo Ponce Enríquez dicta el Reglamento para la Distribución y Venta de Productos Derivados del Petróleo.

Con fecha 19 de agosto de 1961 se aprueba la codificación de la Ley del Petróleo, y con fecha 19 de septiembre del mismo año se aprueba la codificación de la Ley General de Minería.

Mediante Decreto Supremo No. 1464 del 30 de junio de 1965, publicado en el Registro Oficial No 534 del 2 de julio del mismo año, la Junta Militar de Gobierno, dicta algunas normas sobre las importaciones, trueques, exploración, explotación, reservas, incremento de la producción petrolera. En dicho Decreto se establece en el artículo 1 que: *“La instalación de nuevas refinerías y la expansión de las existentes, deberán ser aprobadas por el Ministerio de Industrias y Comercio, de conformidad con la Ley y los contratos”*.

El Presidente Interino de la República, Clemente Yerovi Indaburu, expidió el Decreto No. 1208 de fecha 3 de octubre de 1966, publicado en el Registro Oficial No. 136 del 7 de octubre de 1966, por el cual se dispone que para obtener una concesión minera o petrolera se deberá acompañar la documentación que acredite la capacidad técnica y económica del solicitante, luego de lo cual el Ministro de Industrias y Comercio, mediante Acuerdo Ministerial No. 1844 del 28 de octubre de 1966, publicado en el

Registro Oficial No. 25 del 21 de diciembre del mismo año, dicta un Reglamento para normar estos procedimientos.

Cepe.-

Mediante Decreto Supremo No. 146 de 28 de enero de 1971, publicado en el Registro Oficial No. 155 del 3 de febrero de 1971, el Presidente José María Velasco Ibarra dicta la Ley de creación de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, como una institución de derecho público con personería jurídica y patrimonio propio, administrativamente adscrita al Ministerio de Recursos Naturales y Turismo.

En el artículo 2 se dice lo siguiente: *“Artículo 2.- La Corporación tendrá como finalidad explorar, explotar, industrializar, transportar y comercializar, interna y externamente, los recursos hidrocarburíferos, realizando todas las operaciones concernientes a la industria de los hidrocarburos, sea directamente o participando en compañías de economía mixta o asociándose con empresas nacionales o extranjeras, o mediante contratos de prestación de servicios”*.

El artículo 3 de este Decreto establece lo siguiente: *“Artículo 3.- Como empresa del Estado, CEPE, tiene en virtud de esta Ley y para el cumplimiento de sus fines, la administración de todos los derechos estatales sobre los yacimientos de hidrocarburos disponibles en el territorio nacional.- CEPE representará al Estado en todos los contratos de asociación que se hubieren celebrado anteriormente”*.

Por lo tanto, CEPE fue creada para actuar en nombre y representación del Estado en las actividades de desarrollo de la actividad hidrocarburífera, sea directamente o suscribiendo a nombre del Estado ecuatoriano los contratos respectivos con los concesionarios de las distintas fases de la industria hidrocarburífera.

Mediante Decreto Supremo No 1459 de fecha 27 de septiembre de 1971, publicado en el Registro Oficial No, 322 del 1 de octubre del mismo año, el Presidente José María Velasco Ibarra expide la Ley de Hidrocarburos, la cual sigue rigiendo hasta la presente fecha con las numerosas reformas que se le ha hecho.

En dicha Ley se consagra una vez más en su artículo 1, que los yacimientos de hidrocarburos pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado, y, en el artículo 2, que el Estado explorará y explotará los yacimientos en forma directa a través de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, la que podrá hacerlo por sí misma, o celebrando contratos de asociación o de prestación de servicios, con empresas nacionales o extranjeras, o constituyendo compañías de economía mixta.

En el artículo 12 y siguientes de la Ley se desarrolla la definición del modelo contractual del contrato de asociación, que es aquél en el cual CEPE contribuye con derechos sobre áreas, yacimientos, hidrocarburos u otros derechos de su patrimonio, y en que la empresa asociada contrae el compromiso de efectuar las inversiones que se acordaren por las partes contratantes. Es en los contratos donde se acordará la escala de participación de cada una de las partes en los resultados de la producción.

En el artículo 15 se desarrolla al modelo contractual de prestación de servicios en los cuales los contratistas se comprometen a efectuar por cuenta o por encargo de CEPE una labor determinada aportando capitales, equipos o maquinarias para el desarrollo de los trabajos.

Asimismo, en el artículo 16 de la Ley lo relativo a la constitución de compañías de economía mixta.

El artículo 17 facilitaba la contratación discrecional y sin concursos, cuando estipulaba que *“CEPE hará la selección de las empresas contratistas para la exploración y explotación de yacimientos y la industrialización de hidrocarburos, promoviendo,*

cuando lo estime necesario, la concurrencia de ofertas de empresas de probada experiencia y capacidad técnica y económica”.

El mismo Presidente José María Velasco Ibarra, mediante Decreto Supremo No. 1447-C del 24 de septiembre de 1971, publicado en el Registro Oficial No 325 del 3 de octubre de 1971, crea Transportes Navieros Ecuatorianos (TRANSNAVE), orientado a la transportación del petróleo ecuatoriano.

Mediante Acuerdo Ministerial No. 10889 Del 18 de mayo de 1972, publicado en el Registro Oficial No. 67 del 26 de mayo del mismo año, el Ministro de Recursos Naturales y Turismo expide el Reglamento Provisional de Operaciones Hidrocarburíferas, para asegurar que se implante una política de protección de las actividades extractivas en materia petrolera.

Con fecha 6 de junio de 1972 el Presidente Guillermo Rodríguez Lara expide el Decreto No. 630, el que es publicado en el Registro Oficial No. 80 del 14 de junio del mismo año, por el cual se añaden algunas Disposiciones Transitorias a la Ley de Hidrocarburos, con el cual se obliga a las compañías petroleras a compatibilizar las estipulaciones de sus contratos con la normativa vigente tomando en consideración el interés nacional; y, además, se dispone la devolución de áreas que estaban retenidas en exceso por parte de las compañías petroleras privadas, haciendo constar en la Disposición Transitoria SÉPTIMA que el Ministro *“declarará la caducidad del contrato de la compañía concesionaria que se opusiere en todo o en parte a la aplicación de los presentes mandatos o dificultare el normal desenvolvimiento de sus operaciones petroleras, sin perjuicio de que el Procurador General del Estado, inicie las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiere lugar”.*

Este Decreto permitió al Estado renegociar el Contrato con el Consorcio Texaco-Gulf, en condiciones mucho más favorables para el Estado ecuatoriano.

Mediante Decreto No. 522 de 23 de junio de 1972, publicado en el Registro Oficial No. 88 del 26 de junio del mismo año, el Presidente Guillermo Rodríguez Lara procede a volver a crear la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, que ya fuera constituida mediante Decreto Supremo No. 146 expedido por el Presidente José María Velasco Ibarra en febrero de 1971.

Petroecuador.-

Es en 1989 cuando el Congreso Nacional con fecha 5 de septiembre de 1989 expide la Ley 45, la misma que es sancionada por el Presidente Rodrigo Borja Cevallos e fecha 18 de septiembre de 1989. Dicha Ley elimina la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana y crea en su lugar la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR), entidad con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa.

Uno de los principales factores que han incidido en que PETROECUADOR no cumpla con las metas que se le ha trazado radica en la visión netamente rentista que tiene el Estado por medio de sus distintos gobierno respecto de mal entender que la empresa existe solamente para generar ingresos al Fisco, pero no se fija una política que le permita a la empresa contar con los recursos suficientes y oportunos para acometer su participación en las distintas fases de la industria hidrocarburífera.

En los últimos años se ha llegado a crear una situación inconcebible, en razón de que una parte de la producción petrolera estatal se encuentra en manos de PETROPRODUCCIÓN, que se rige por las normas del derecho público; y, por otro lado, existe PETROAMAZONAS S.A. que le pertenece al mismo Estado y que desarrolla actividades idénticas a PETROPRODUCCIÓN pero siendo que esta última se rige por las normas del derecho societario.

Si bien el artículo 10 de la Ley de PETROECUADOR establece que PETROECUADOR sujetará sus normas de contratación a la Ley de Hidrocarburos y a los reglamentos que para el efecto dicte el Presidente de la República, no se dictaron Reglamentos que le den una mayor dinamia a la contratación del ente estatal.

Cuando se esperaba que en el actual gobierno se den facilidades a PETROECUADOR para que actúe como una verdadera empresa petrolera, se le ponen más trabas asimilándola a la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

Los actuales modelos contractuales para la exploración y explotación de hidrocarburos

El auge de los precios del petróleo que alcanzaron determinó que el Estado busque un modelo contractual que le permite optimizar sus ingresos, para lo cual se empezó a trabajar en un nuevo modelo de contrato de prestación de servicios, diferente al que existía en la Ley de Hidrocarburos.

Este nuevo modelo contractual se lo implementó mediante la Ley 101, publicada en el Registro Oficial 306, del 13 de agosto de 1.982. Mediante este tipo de contratos las compañías se obligan para con PETROECUADOR a realizar con sus propios recursos económicos, equipos, maquinaria y tecnología, servicios de exploración y explotación de hidrocarburos. Declarada la comercialidad del yacimiento, se procede a reembolsar a la empresa contratista en dinero, en especie o en forma mixta, las inversiones realizadas, los costos y gastos asumidos en la actividad y el pago por sus servicios.

En su aplicación, hizo crisis este modelo contractual en razón de que las compañías petroleras privadas hicieron uso y abuso del sistema implementado, bajo el obvio interés de “inflar” las inversiones a fin de poder cobrar una comisión más alta por sus servicios.

Estas inversiones descontroladas afectaron severamente los intereses del País, en razón de que a la hora de que el Estado debía recibir reales beneficios, estos no aparecían debido a que los contratos no generaban renta petrolera para repartirse.

El modelo del contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos se lo creó a través de la Ley 44 Reformativa de la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No. 326 del 29 de noviembre de 1993 y, a través de este modelo, se delega a la contratista la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su propia cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción.

Quizá el impacto más grave, que trajo perjuicios económicos al País, fue el hecho de que en los Contratos suscritos se pactó la participación del Estado calculada sobre un precio referencial fijo del petróleo, violando la disposición del artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos y no hizo constar que la participación del Estado debía modificarse en razón de los precios internacionales del crudo vigentes, con lo cual las empresas privadas se beneficiaron de manera inequitativa de los altos precios de los hidrocarburos, ello a más de que a la hora de negociar las participación del Estado en estos Contratos, no se reflejó en sus niveles de participación, el hecho de que fue el Estado quien, a través de la figura contractual de Prestación de Servicios, realizó las inversiones de desarrollo de esos campos.

Además, es menester señalar que la supresión de las regalías en esta forma contractual vino a mermar de manera significativa la renta petrolera nacional, por lo cual amerita el que se proceda, por razones de equidad contractual, a una renegociación de estos contratos.

Es menester señalar que el inciso primero del Artículo 12 de la Ley de Hidrocarburos señala que estos Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos son aquellos mediante los cuales el Estado delega a la contratista, con

sujeción al Artículo 247 de la Constitución Política de la República, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos, que manda que los recursos naturales no renovables “serán explotados en función de los intereses nacionales”.

Por lo tanto, esta es una premisa constitucional mandatoria que hay que tomarla en cuenta antes de proceder a la suscripción de nuevos contrato de participación.

El Congreso Nacional, con fecha 19 de Agosto de 1.998, expide la Ley Especial 98-09, Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No. 12 del 26 de Agosto de 1.998, con la cual se agrega al Artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos algunos Artículos innumerados.

Esta reforma a la Ley de Hidrocarburos creaba un modelo contractual específico, denominado Contrato de Operaciones Especial de Gestión Compartida, que tenía y tiene por objeto crear las condiciones contractuales para que PETROECUADOR pueda incrementar y optimizar la producción petrolera y maximizar la recuperación de sus reservas, así como, de ser el caso, para realizar actividades de exploración en las áreas que les pertenecen.

En suma, bajo este modelo contractual, el Estado conserva sus derechos sobre la producción de petróleo prevista a extraerse fijada a través de una curva base de producción, obligándose a asumir la totalidad de los costos de producción incurridos hasta la curva base; y, las compañías, según los términos de su oferta, participaban únicamente de un porcentaje de la producción incremental que está por encima de dicha curva base, lo cual es absolutamente justo y legítimo.

El segundo inciso del primer Artículo innumerado que consta luego del Artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos establece, en su parte pertinente, que “En ningún caso la participación del Estado ecuatoriano en la producción incremental será menor al cuarenta por ciento”; y, el sexto Artículo innumerado señala que: “La empresa privada

cubrirá de la parte que le corresponda todos los costos, amortizaciones, depreciaciones, obligaciones patronales y participación laboral y otras que se determinen en cada contrato, así como las obligaciones tributarias de conformidad con la ley”.

Las compañías pretendieron que dentro de este mínimo del 40% estén inmersas las obligaciones tributarias, con lo cual el Estado se perjudicaba al mermarse de manera significativa sus ingresos.

Ello hizo que éste modelo contractual, que debió ser el ideal para desarrollar los campos actualmente en explotación, se lo haya boicoteado de manera deliberada con la complicidad de las autoridades de turno, para no convocar ninguna licitación bajo este marco legal.

En el Registro Oficial No. 144 del 18 de Agosto del 2.000, se publica el Decreto Ley 2000-1, contentivo de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, en cuyo Artículo 36 se sustituyen todos los Artículos agregados a continuación del Artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos mediante la Ley 98-09, antes citada, por otros Artículos.

El Tribunal Constitucional publica en el Registro Oficial No. 234 del 29 de Diciembre del 2.000, la Resolución No. 193-2000-TP y, en la Razón correspondiente que consta en la Resolución citada se hace constar que se declaró la inconstitucionalidad por el fondo del Artículo 36 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana.

En la parte considerativa de dicha Resolución se cuestiona que, a través del Artículo 36 se elimina, entre otras, “...regulaciones como la referida en el inciso segundo del primer artículo innumerado agregado por la Ley 98-09 que disponía “ En ningún caso la participación del Estado ecuatoriano en la producción incremental será menor al cuarenta por ciento””.

Esta Resolución contiene, además, el siguiente texto: “Que, las normas contenidas en el impugnado artículo 36 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana no responden a la exigencia prevista en el inciso segundo del artículo 247 de la Constitución que dispone que la explotación de los recursos naturales puede ser realizada directamente por el Estado o con la participación del sector privado, pero con la condición de que estos bienes dominiales sean explotados “en función de los intereses nacionales”, lo que no sucede al no regularse la participación del sector privado sobre el incremento real de la producción en la materia, beneficiando al sector privado sin tener en cuenta el interés público en cuyo dominio se encuentra esta clase de bienes”.

Ley de Hidrocarburos.-

En definitiva el Tribunal Constitucional se pronuncia por la absoluta e imprescindible necesidad de que se regule la participación porcentual del sector privado sobre el incremento real de producción, lo cual, obviamente, ya no es del gusto de las empresas transnacionales.

Para reactivar la producción petrolera de los grandes campos petroleros que opera PETROECUADOR, como son Shushufindi, Auca, Lago Agrio y Culebra-Yulebra, el Gobierno del ex Presidente Lucio Gutiérrez, optó por utilizar el modelo contractual de asociación para el desarrollo de los campos actualmente en producción que posee PETROECUADOR, lo cual no tiene sustento jurídico pues este modelo contractual está circunscrito para inversiones de riesgo exploratorio y no para inversiones en campos que ya están en producción.

Con tal motivo expidió el Decreto Ejecutivo No. 873 del 22 de septiembre del 2003, publicado en el Registro Oficial No. 181 del 1º de octubre del mismo año, el mismo que contiene el Reglamento del Sistema Especial de Licitación que regía la licitación y

adjudicación de los contratos que hacen relación a los Artículos 2, 3 y 19 de la Ley de Hidrocarburos. El Artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos se refiere a los contratos que suscribirá el Estado para la exploración y explotación de yacimientos hidrocarburíferos.

Concomitantemente, mediante Decreto Ejecutivo No. 906 publicado en el Registro Oficial No. 188 del 16 de Octubre del 2003, se expide el Reglamento del Contrato de Asociación previsto en la Ley de Hidrocarburos., para ser utilizado especialmente en la Licitación convocada para la adjudicación de los contratos de los campos Shushufindi, Auca, Lago Agrio y Culebra-Yulebra que opera PETROECUADOR.

Los literales a) b) y c) del Artículo 5.1 del citado Reglamento dicen lo siguiente:

“a) Para el caso de áreas que contengan campos en explotación a la fecha de la firma del contrato, la producción de la **curva base** será de propiedad del Estado Ecuatoriano y la producción adicional a la **curva base**, se dividirá entre las partes en la proporción establecida contractualmente, sin que la participación del Estado sea inferior al treinta y cinco por ciento (**35%**). Los costos de producción de la curva base serán pagado por PETROECUADOR a la asociada.

b) Para áreas no en producción con reservas probadas, la participación del Estado no será inferior al **30%**; y,

c) Para áreas no en producción con reservas posibles, la participación del Estado será según la mejor oferta.”

Las empresas transnacionales empezaron a utilizar todos los medios de presión para que se eliminen los porcentajes mínimos debía recibir el Estado ecuatoriano.

Es así que mediante Decreto Ejecutivo No. 1447 del 5 de Marzo de este año, publicado en el Registro Oficial No. 293 del 16 de Marzo, se expide el Reglamento Sustitutivo al

Reglamento del Contrato de Asociación que fuera expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 906 publicado en el Registro Oficial No. 188 del 16 de Octubre del 2.003, con el cual su reforma se centró fundamentalmente en eliminar los porcentajes mínimos a exigirse como participación del Estado en la producción incremental de los campos en explotación.

Ello, a más de ser contrario al interés público, tuvo un alto contenido de inconstitucionalidad e ilegalidad, por cuanto, como lo citamos anteriormente, el Tribunal Constitucional, se pronunció por la inconstitucionalidad cuando "...se pretendía licitar campos en explotación sin la fijación de un mínimo de porcentaje para el Estado ecuatoriano respecto de la producción incremental..."

La actuación del Procurador General del Estado evitó el que se continúe con este proceso, a todas luces ilegal y perjudicial para los intereses del País.

Respecto de la lo que se han dado en llamar las Alianzas Operativas, debemos tener en cuenta que sobre este tipo de contratación petrolera, rigen la Ley de Hidrocarburos en sus artículos 2 y 17; el Acuerdo Ministerial No. 069, publicado en el Registro Oficial No. 142 del 16 de agosto del 2.000, que contiene las Disposiciones para que PETROECUADOR, a través de PETROPRODUCCIÓN, desarrolle proyectos de rehabilitación y desarrollo de los campos e incremento de la producción de petróleo, mediante la suscripción de contratos y servicios específicos, y que la producción que se obtenga se denominará "Producción Incremental Alianzas Operativas"; y, el Decreto No. 2457 publicado en el Registro Oficial No. 507 del 19 de enero del 2.005, que reforma el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contrataciones de PETROECUADOR y sus filiales para obras, bienes y servicios específicos.

El Artículo 17 de la Ley de Hidrocarburos señala: "Art. 17.- Los contratos de obras o servicios específicos a que se refiere el inciso segundo del artículo 2 son aquellos que personas jurídicas se comprometen a ejecutar para PETROECUADOR, obras, trabajos o

servicios específicos, aportando la tecnología, los capitales y los equipos o maquinarias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cambio de un precio o remuneración en dinero, cuya cuantía y forma de pago será convenida entre las partes conforme a la ley”.

En la metodología de evaluación de este tipo de contratos, según lo señalado en el Artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos, se debe dar preferencia, en igualdad de condiciones, a las empresas nacionales que participen en este tipo de contratos. Esta es una disposición legal que no puede soslayársela.

En el año 2.004 el Gobierno Nacional llamó a los Concursos PRR-CCQ 2005 Nos. 042, 043, 044 y 045, para, bajo esta modalidad contractual, incrementar la producción de los campos Shushufindi, Lago Agrio, Auca y Culebra-Culebra-Anaconda, a cargo de PETROECUADOR.

En las bases de estos Concursos, no se hizo constar el que, en igualdad de condiciones, se debía dar preferencia a empresas nacionales, ello porque luego de muchas décadas de explotación petrolera en el Ecuador, ya es hora de que las empresas nacionales se beneficien de los réditos que genera esta actividad, con el fin de que éstos no salgan del País para ir a sustentar la opulencia y el confort de sociedades que viven bajo esos parámetros en base a nuestro atraso y subdesarrollo.

En lo que respecta a la Evaluación Económica prevista en este Concurso, no era correcto lo que se aprobó el que las empresas participantes oferten lo que se denominaba en los documentos precontractuales: “Producción Proyectada Ofertada”. Esta Producción no viene a ser otra que la producción que se obtenga debajo de la curva base, producción que le pertenece íntegramente al Estado, por lo que no puede estar sujeta a que su monto y valor dependa de una oferta presentada por empresas en este concurso.

La misma Ley de Hidrocarburos cuando en su Artículo 18.1 se refiere a estos conceptos respecto en el inciso cuarto de este Artículo que: "Se entenderá por producción incremental aquella por encima de la curva base de producción definida por PETROECUADOR que deberá considerar la tasa promedio anual histórica y la proyección futura que las actuales reservas probadas permitan".

La ineficiencia del sector petrolero al no haberse preparado adecuadamente para tener las certificaciones internacionales de las reservas y los estudios de proyección de la producción para, a partir de esta información, definir las curvas base de los campos a licitarse, no puede ser suplida por una decisión que ponga en manos de las empresas privadas el que oferten esta curva base, que en esta Invitación a Ofertar se la denominaba "Producción Proyectada Ofertada", lo cual no cambie el fondo del asunto.

Esta Invitación a Ofertar quedó sin efecto porque cuando PETROECUADOR se aprestaba a recibir las ofertas, fue defenestrado el ex Presidente Gutiérrez.

A través del Decreto Ejecutivo No. 799 del 15 de septiembre del año 2.002, publicado en el Registro Oficial No. 170 del 25 de septiembre del mismo año, se dictó el Reglamento para la celebración de Convenios de Alianza Estratégica con empresas petroleras estatales.

El citado Reglamento establece en su Art. 3 que la celebración y ejecución de los Convenios de Alianza Estratégica y de los contratos derivados de dichos convenios, se regirán por las normas del mismo Reglamento y por las disposiciones que fueren aplicables de la Ley de Hidrocarburos, Ley Especial de PETROECUADOR y sus Reglamentos.

Este modelo contractual constituye, según la definición del citado Reglamento, en un acuerdo general de cooperación o relación bilateral o multilateral representado por el compromiso de dos o más empresas petroleras estatales, que se asocian en un objetivo

común y que tiene por finalidad, participar en forma conjunta en la ejecución de proyectos relacionados con cualquiera de las fases de la industria hidrocarburífera, dentro o fuera del país, incorporando e intercambiando recursos, capacidades y experiencias.

La base legal para su implementación está dada por las normas del Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos y 2 de la Ley de PETROECUADOR.

El primero inciso del Artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos dispone lo siguiente:

“Art. 2.- El Estado explorará y explotará los yacimientos señalados en el artículo anterior en forma directa a través de PETROECUADOR la que podrá hacerlo por sí mismo o celebrando contratos de asociación, de asociación, de prestación de servicios para explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el país.”

La Constitución Política de la República en su Artículo 247 establece la posibilidad de que los recursos naturales no renovables puedan ser explorados y explotados por empresas mixtas, siempre de acuerdo con la Ley.

Recordemos que, lo que se ha tratado de precautelar, es que se fije un mínimo de participación de las empresas privadas en la producción incremental, puesto que no se discute el hecho de que la producción base debe protegerse y estar en manos del Estado.

Propuesta como empresa de economía mixta.-

Al pretender convertirse a PETROECUADOR en una empresa de economía mixta, se estaría privatizando la empresa estatal en el porcentaje que se permita la participación del capital privado en la nueva empresa, por lo que en ese mismo porcentaje se estaría permitiendo que la compañía privada que participe en la empresa de economía mixta, tenga acceso a la producción no solamente incremental sino a la producción base de los campos petroleros, lo cual contradice el espíritu de las disposiciones constitucionales y legales, y riñe con la Resolución del Tribunal Constitucional antes citada.

Una cosa es que PETROECUADOR, en virtud de los Artículos 2 y 18 de la Ley de Hidrocarburos, pueda constituir empresas de economía mixta para acometer al desarrollo de un determinado proyecto y, otra muy diferente el que se pretenda convertir a PETROECUADOR en una empresa de economía mixta, lo cual constituye una verdadera privatización, situación grave por cuanto el petróleo es un recurso del Estado, del cual depende buena parte del erario nacional.

En suma, a lo largo de la actividad hidrocarburífera en nuestro País, se han expedido numerosas disposiciones legales para normarla, así tenemos leyes, reglamentos, instructivos y las debidas reformas a fin de dar a la Industria Petrolera un adecuado manejo conforme a las necesidades del mercado y de un mundo en constante cambio.

Actualmente, la actividad hidrocarburífera se encuentra normada, en especial, por las siguientes fuentes:

- Ley de Hidrocarburos y sus Reformas.
- Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas y sus reformas.
- Reglamento de Aplicación de la Ley 42-2006 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos y sus reformas.
- Reglamento del Sistema Especial de Licitación.

- Reglamento para la aplicación de la Ley 101 en lo referente al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.
- Reglamento para la aplicación de la Ley 44, Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, y sus Reformas.
- Reglamento de la Ley Especial 98-09, Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos.
- Bases de contratación de los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos.
- Bases de contratación de los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos.
- Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas
- Instructivo para la calificación de Consultores Ambientales Hidrocarburíferos.
- Reglamento para ejecutar las actividades de almacenamiento, transporte, comercialización y venta al público de los derivados de petróleo.
- Reglamento para la comercialización del Gas licuado del Petróleo.
- Reglamento para la autorización de actividades de refinación e industrialización de hidrocarburos.
- Reglamento para la calificación de las empresas que se dedicarán a la construcción, operación o ampliación de centros de refinación y para el otorgamiento de los permisos respectivos.
- Reglamento para la calificación de las compañías inspectoras independientes que actúan en el área hidrocarburífera.
- Reglamento para la programación de embarque de petróleo crudo.
- Procedimiento y control de calidad y cantidad de los combustibles comercializados por las empresas abastecedoras y comercializadoras.
- Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y sus empresas filiales.
- Reglamento General a la Ley de PETROECUADOR y sus reformas.

- Reglamento para el funcionamiento de PETROPRODUCCIÓN; PETROCOMERCIAL; y, PETROINDUSTRIAL, respectivamente.
- Reglamento de Contratación de PETROECUADOR para Obras, Bienes y Servicios Específicos y sus reformas.
- Instructivo de Contratación de Obras, Bienes y Servicios del Sistema PETROECUADOR.
- Ley de Presupuestos del Sector Público.
- Ley de Régimen Tributario Interno.

3.1.1.-Ley de Hidrocarburos y su reforma realizada mediante la Ley 42

En los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos negociados a inicios de la década de los dos mil, se hizo constar el que el Estado debía calcular sus ingresos en base a un precio referencial de alrededor de USD \$ 15 dólares el barril, causándose con ello un enorme perjuicio al Estado por cuanto los precios del petróleo en el mercado internacional habían subido enormemente y, sin embargo, el Estado seguía participando de un precio absolutamente

Con fecha del 25 de abril del 2006, se publica en el Registro Oficial Suplemento No 257, la Ley No. 42-2006, Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos por medio de la cual se reforma, entre otros, el artículo 55 de dicha Ley señalándose que en los Contratos de Participación, las compañías contratistas “...reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios...”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1672 de fecha 11 de julio del 2006, se expide el Reglamento de Aplicación de la citada Ley 42-2006, en cuyo texto se hace constar en el artículo 2, lo siguiente: “Art. 2.- La participación del Estado en los excedentes de los precios de venta no pactados o no previstos en los Contratos de Participación para la

Exploración de Hidrocarburos y la Explotación de Petróleo Crudo, suscrito con el Estado Ecuatoriano por intermedio de PETROECUADOR, corresponde al menos al 50% de los ingresos extraordinarios producidos por la diferencia de entre el precio promedio ponderado mensual efectivo de venta FOB del petróleo ecuatoriano realizada por la contratista y el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de la suscripción de los referidos Contratos de Participación, multiplicado por el número de barriles producidos por cada contratista, conforme a lo establecido en el artículo 4 del presente Reglamento Sustitutivo”.

Por lo que el texto de este Decreto guarda idéntica relación con el texto de la Ley 42-2006.

Luego de ello, con fecha 4 de octubre del 2007, se expide el Decreto No. 662, por el cual se reforma el artículo 2 del citado Reglamento, antes transcrito, por la cual se dispone que “En el artículo 2 en lugar de “50%” deberá decir “99%””.

Ello dio lugar a la tesis 99/1 para la renegociación de los contratos petroleros.

Sin embargo, es preciso destacar que con este Reglamento se violó la Ley 42-2006, siendo que un Reglamento no puede reformar una ley, lo cual afecta jurídicamente cualquier proceso de renegociación contractual.

Luego de ello, el gobierno nacional fija como política el renegociar los contratos migrándolos al modelo contractual de prestación de servicios, siendo que la Ley 42-2006 y su Reglamento de Aplicación, hablan de la suscripción de Contratos accesorios a los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, lo cual afecta el que se proceda a una renegociación sin sustento jurídico, puesto que si se quiere cambiar los contratos a otra figura contractual, es preciso primero que se reforme la Ley 42-2006 y su Reglamento.

Finalmente, la Asamblea Nacional expide la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria

Que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre del 2007, de cuya Ley, me permito transcribir los artículos 164 y 170:

“Art. 164.- Objeto del Impuesto.- Establécese el impuesto a los ingresos extraordinarios obtenidos por las empresas que han suscrito contratos con el Estado para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables”.

“Art. 170.- Tarifa del Impuesto.- La tarifa del impuesto es del 70%”.

Con ello apareció como tesis del 70/30 para la renegociación de los contratos petroleros.

Los asambleístas y quienes les asesoraron, no repararon en el hecho de que todos los contratos petroleros contienen una cláusula por medio de la cual se prevé que cuando se produzca la creación de nuevos tributos se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación que absorba el incremento de la carga tributaria.

Lo cual quiere decir que la creación de un nuevo impuesto debe ser asumido por el mismo Estado mediante una compensación por el mismo valor.

Ello le quitó sustento a cualquier intento de renegociar los contratos en aplicación de esta Ley y ello explica la forma por demás desaprensiva que se manejan estos asuntos que son de vital importancia para la economía del País.

Son dos años y medio que en este gobierno no se han podido renegociar los contratos petroleros en razón de una buena dosis de desconocimiento de la materia petrolera, la cual se quiere suplir con actitudes altisonantes que pretenden encubrir la inoperancia oficial en esta materia.

3.2.-Ley Especial de Petroecuador y su Reglamento

Tomando en consideración el dinamismo del negocio petrolero en general, además que en nuestro país es la fuente principal de financiamiento del “Presupuesto General del Estado Ecuatoriano” , en este caso en particular, al ser PETROECUADOR la entidad publica a cargo del manejo del recurso y de la administración del mismo, el legislador tomando en consideración una necesidad imperiosa del manejo interno administrativo de toda la institución además de sus filiales, dan lugar a la creación de una ley de carácter especial para esta institución, que además consta con su reglamento específico a fin de que se pueda realizar un manejo adecuado de la Ley.

CAPITULO IV
MODELOS CONTRACTUALES EN LA INDUSTRIA PETROLERA SEGÚN
LEGISLACION ECUATORIANA

Sectores Estratégicos

Es importante tener conocimiento de cómo conceptualiza la nueva Constitución a los sectores estratégicos y, lo hace por medio del artículo 313, que dice:

“Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

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

Los Recursos Naturales no Renovables

El artículo 408 de la Constitución dice lo siguiente:

“Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

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

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

En el primer inciso se consagra el principio de la propiedad inalienable del Estado sobre los recursos naturales no renovables, lo cual implica que los particulares no consideraran para si el dominio sobre dichos recursos.

Son, además, imprescriptibles porque no se puede acceder a ellos por la vía de la prescripción adquisitiva de dominio; e, inembargables, porque ello no procede al pertenecer al patrimonio y dominio exclusivo del Estado.

En este tipo de sector de la economía podrían llevar una doble contabilidad de costos y bien podrían decirle al Estado que sus ganancias en un determinado período fueron muy pequeñas, con lo cual el Estado participaría de una utilidad mínima.

En mi criterio, se debe fijar una contribución sobre la producción, la misma que debería ser variable en incremental en función de la mayor producción del campo y, además de ello, cobrar los impuestos a los que haya lugar.

Completa lo anterior lo señalado en el artículo 317 de la Constitución que señala:

“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”.

En todo caso, es mi criterio que los artículos 317 y 408 de la Constitución debieron unificarse a efectos de evitar confusiones, repetición de textos y definir de mejor forma la normativa constitucional en materia de ingresos por la explotación de recursos naturales no renovables.

Adicionalmente, hay que destacar que es PETROECUADOR quien, por mandato de la Ley de Hidrocarburos, paga la regalías en nombre de las contratistas. Ello debe desaparecer y deben ser las empresas contratistas quienes cubran esta participación.

Obviamente que deberá sumarse todo tipo de participaciones que reciba el Estado a fin de que se permita a la empresa contratista la recuperación de sus costos y una utilidad razonable por el desarrollo de su actividad.

El rol del Estado y la ausencia de una planificación energética vinculante

El Estado no puede renunciar a ejercer el derecho y el deber de planificar las actividades que se realizan en su territorio, planificación que deberá enmarcarse en la explotación racional de los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado.

El hecho de que la empresa privada, por delegación del Estado, tenga a su cargo la explotación de ciertos bienes de dominio exclusivo del Estado no quiere decir que, ésta explotación no deba ceñirse a los parámetros de racionalidad que debe fijar el Estado, en lo que tiene que ver con:

- Definir el enfoque de su desarrollo;
- Organizar una mejor utilización de sus fuerzas productivas;
- Desarrollar de una manera responsable sus recursos naturales no renovables;
- Superar sus deficiencias en materia de importación de bienes y servicios;
- Generar tecnología propia; y,
- Buscar competitividad y complementariedad con otros mercados, etc.

El desarrollo energético debe estar condicionado a las necesidades del modelo de desarrollo interno, pensado socialmente, el mismo que debería tener un carácter

integrador del País; y, en segundo lugar, deben estar manejados, bajo los parámetros de conservación, crecimiento sustentable y un manejo ambiental equilibrado.

Ello nos lleva a la necesidad de que el Estado defina, en base a su balance energético, el enfoque de su desarrollo, a fin de que la planificación y las políticas de gestión estén orientadas obligatoriamente al cumplimiento de metas reales.

Todo ello supone la existencia de un Estado planificador (que en el Ecuador todavía se encuentra en proceso)

Dado que el Estado es el dueño indiscutido de los recursos naturales no renovables, en su utilización no puede dejar de tomarse en cuenta la necesaria e imprescindible participación de PETROECUADOR en la ejecución de los proyectos petroleros.

La contratación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos

Al respecto no se debe dejar de tener presente que la mayoría de campos que opera directamente PETROECUADOR poseen reservas probadas y se encuentran en explotación.

Los demás campos que están a cargo de la empresa estatal, aunque no han entrado en la fase de explotación, pero poseen reservas probadas como es el caso de los campos Pañacocha, y los que pertenecen al eje estructural Ishpingo–Tambococha –Tiputini.

Esto siempre hay que recordarlo porque se da el caso en que el País, la presión que, de manera permanente se ejerce porque se entregue a las empresas privadas campos con

reservas probadas que están en manos de PETROECUADOR y que requieren inversión para levantar la producción petrolera o para desarrollarla.

Lo que si no quieren estas empresas es venir al Ecuador a invertir sus capitales en inversiones de riesgo en campos prospectivos pero que todavía no se han determinado sus reservas ni probables, ni posibles, ni probadas.

4.1.- Contrato de Concesión

El término Concesión, con el devenir del tiempo, vino a constituir un óbice para los intereses de las compañías transnacionales en razón de que esta institución jurídica tuvo un desarrollo robusto que le permitió tener su propia caracterización en materia de contratación, esto es que, inmersos en el concepto de concesión se encontraban las licitaciones públicas y abiertas, con libre concurrencia de oferentes, bajo concursos realizados con bases perfectamente delineadas, sin dar lugar a un manejo discrecional en la adjudicación de los contratos.

Con el fenómeno de la globalización, la penetración de capitales en actividades que tienen que ver con todas las fases de la industria hidrocarburífera, veían dificultades para poder realizar sus contratos con preeminencia de sus intereses por sobre los intereses generales de los Estados, ante lo cual, aparece, fruto de una vieja táctica que se utiliza con frecuencia, el comenzar a utilizar un nuevo léxico que permita crear una nueva doctrina en torno a nuevas formas de concesionamiento de las actividades de las cuales es titular el Estado.

Es así como aparece el concepto de la “delegación”, término acuñado por los franceses, y desde entonces, la legislación de nuestros países empezaron a utilizar este nuevo término, que daba la facilidad de que a él se incorporen nuevos conceptos jurídicos que hacían viable y más expeditos los sistemas de contratación con nuestros países, delegación que arriba a nuestro País con la Ley de Modernización y a la que se le suman nuevos conceptos

doctrinales, que le dan la apariencia de una modernización del léxico en materia de contratación pero que, en el fondo, de lo que se trata es de que nos olvidemos de la señera figura jurídica de la concesión, sobre la cual existen bibliotecas enteras de doctrina y jurisprudencia, que en buen grado precautelan los intereses nacionales y, por ello es precisamente que ha dejado de tener vigencia.

El Contrato de Asociación

Este modelo contractual está circunscrito para inversiones de riesgo exploratorio y no para inversiones en campos que ya están en producción.

Sin embargo de ello, en varias oportunidades se ha pretendido utilizar este modelo de contrato para contratar exploración adicional y explotación de los grandes campos petroleros que opera PETROECUADOR, como son Sacha, Shushufindi, Auca, Lago Agrio, Cononaco, Libertador y Culebra-Yulebra.

La última ocasión en que se intentó utilizar este modelo contractual fue con motivo de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 906 publicado en el Registro Oficial No. 188 del 16 de Octubre del 2.003, por el cual se dictó el Reglamento del Contrato de Asociación previsto en la Ley de Hidrocarburos, para ser utilizado especialmente en la Licitación convocada para la adjudicación de los contratos de los campos Shushufindi, Auca, Lago Agrio y Culebra-Yulebra que opera PETROECUADOR.

Los literales a) y b) del Artículo 5.1 del citado Reglamento definían que la producción de la curva base será de propiedad del Estado Ecuatoriano y se definían mínimos de porcentaje de participación del Estado en la producción incremental

Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 1447 del 5 de Marzo de ese año, publicado en el Registro Oficial No. 293 del 16 de Marzo del mismo año, se expide el

Reglamento Sustitutivo al Reglamento del Contrato de Asociación que fuera expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 906 publicado en el Registro Oficial No. 188 del 16 de Octubre del 2.003, con el cual se eliminaron los porcentajes mínimos a exigirse como participación del Estado en la producción incremental de los campos en explotación, con lo cual la licitación se vio afectada de inconstitucionalidad y se abortó el concurso, en razón del amplio cuestionamiento que se hizo a esta licitación que perjudicaba abiertamente al interés nacional.

4.3.- El Contrato de Prestación de Servicios

Este modelo contractual se lo implementó mediante la Ley 101, publicada en el Registro Oficial 306, del 13 de agosto de 1.982. Mediante este tipo de contratos las compañías se obligan para con PETROECUADOR a realizar con sus propios recursos económicos, equipos, maquinaria y tecnología, servicios de exploración y explotación de hidrocarburos. Declarada la comercialidad del yacimiento se procede a reembolsar a la empresa contratista en dinero, en especie o en forma mixta, las inversiones realizadas, los costos y gastos asumidos en la actividad y el pago por sus servicios.

Según el último inciso del artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos: *“La definición de la comercialidad de los yacimientos constará en las bases de la contratación”*.

Lo anterior, guarda relación con lo señalado en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos que señala: *“Sólo cuando el prestador de servicios para exploración y explotación hubiere encontrado en el área señalada, hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al reembolso de sus inversiones, costos y gastos y al pago de sus servicios”*.

El artículo 23 del Reglamento a la Ley 101 señalaba que corresponde a la contratista solicitar a la Dirección Nacional de Hidrocarburos la declaratoria de comercialidad de

los yacimientos de hidrocarburos en el área encontrada, y que la DNH se pronunciará sobre esta solicitud, previéndose que, en caso de discrepancia, se podrá recurrir al Ministro del Ramo, en su calidad de Juez Especial de Hidrocarburos.

Esta norma fue cambiada con la reforma introducida mediante Decreto Ejecutivo No. 1770 publicado en el Registro Oficial No. 509 del 8 de junio de 1983, siendo que el artículo 23 del Reglamento en mención fue sustituido por el siguiente: “*Art. 23.- Declaratoria de comercialidad.- Conforme al artículo 9, último inciso de la ley 101, corresponde al contratista la declaratoria de comercialidad de los descubrimientos. Previamente a esta declaratoria, PETROECUADOR aprobará el plan de desarrollo propuesto por el contratista y, posteriormente a la declaratoria, autorizará que éste pase al período de explotación*”.

Por ello, cabe la afirmación de que, durante el período de exploración, el riesgo es asumido en su totalidad por la contratista.

De tal manera que queda en manos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos, en última instancia el determinar si una compañía que ha suscrito un contrato de prestación de servicios con el Estado ecuatoriano pueda pasara de la fase de exploración a la correspondiente a la explotación de un yacimiento, con lo cual se protege, de alguna manera, los intereses del Estado.

En su aplicación, hizo crisis este modelo contractual en razón de que las compañías petroleras privadas hicieron uso y abuso del sistema implementado bajo el obvio interés de “inflar” las inversiones a fin de poder cobrar una comisión más alta por sus servicios y, además, tener la posibilidad de realizar contrataciones de mayor grado sin un verdadero control, y de esa manera generar trabajo a sus empresas relacionadas.

Estas inversiones descontroladas afectaron severamente los intereses del País, en razón de que al momento que el Estado reciba reales beneficios estos no aparecían debido a que los contratos no generaban renta petrolera para repartirse.

Este tipo de contrato fue ampliamente implementado a partir de la década de los ochenta, cuando se llevaron a cabo seis rondas petroleras licitatorias y la firma de trece contratos de prestación de servicios. De los trece contratos firmados bajo esta modalidad:

- Seis, una vez que cumplieron el período de exploración, fueron concluidos al no encontrar reservas de crudo que puedan ser declaradas como comercialmente explotables.
- El resto de contratos que también cumplieron el período de exploración encontraron reservas suficientes para que sean consideradas como comercialmente explotables, de los cuales seis fueron posteriormente modificados a contratos de participación y sólo uno, el firmado con ARCO y luego transferido a AGIP, se mantuvo bajo esta forma contractual.

Las principales características de los contratos de participación incluyen los siguientes parámetros:

- Según el artículo 15 del Reglamento de Contabilidad de Costos aplicable a los Contratos de Participación *“La amortización de las inversiones de exploración, desarrollo y producción realizadas en el período de preproducción se efectuarán linealmente durante cinco años a partir del inicio de la producción”*. Ello para disminuir, lo antes posible, la carga de amortización de estas inversiones, con el objeto de permitir y viabilizar que la contratista continúe realizando inversiones en exploración adicional del campo a su cargo, por cuanto es de vital importancia que el Estado compense la producción de hidrocarburos con el incremento de nuevas reservas

en el mismo campo.

- Conforme el artículo 16 del Reglamento antes citado, la amortización de las inversiones del período de producción, que comprende los costos de las actividades de exploración y las actividades de desarrollo y producción, se efectuará anualmente por unidad de producción a partir del siguiente año fiscal en que fueron capitalizadas, en función del volumen producido de las reservas probadas.
- De conformidad con el artículo 17 del mismo Reglamento, la amortización de las inversiones del sistema de transporte y almacenamiento será en 10 años en línea recta desde el momento en que el mencionado sistema entre en operación.
- Para que la contratista tenga el derecho al reembolso de las inversiones, de los costos y gastos y del pago por sus servicios, las reservas de crudo encontradas en el respectivo bloque de explotación deben ser declaradas como comercialmente explotables. Al respecto, el literal b) del artículo 6 del Reglamento para la Aplicación de la Ley 44, Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, señala lo siguiente: **“b) Comercialidad.-** *La contratista determinará en el plan o planes de Desarrollo, los yacimientos descubiertos, que a su juicio, sean comercialmente explotables; plan y planes que deberán ser sometidos a la aprobación del Ministerio del Ramo. La aprobación del plan de desarrollo dará inicio, sin otro requisito, al período de explotación”*.
- Petroecuador tiene la facultad, previo acuerdo con las contratistas, de llevar a cabo el reembolso a las compañías privadas en dinero o en especie., en aplicación de lo que señala el penúltimo inciso del artículo 12 de la ley de Hidrocarburos.
- El inciso primero del artículo 10 del Reglamento para la Aplicación de la Ley 44, Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, establece lo siguiente: *“La contratista, una vez entregada la participación del Estado, dispondrá libremente de los hidrocarburos*

*que le correspondan; sin embargo, si el Ministro del Ramo, en aplicación del artículo 33 de la Ley de Hidrocarburos, exigiere a la contratista el suministro de una parte de su participación de petróleo crudo, para el abastecimiento de plantas refinadoras y plantas petroquímicas del país, éste se valorará al precio de referencia”. A su vez, el penúltimo inciso del mismo artículo, señala: “El Ministro de Energía y Minas, en caso de emergencia nacional, podrá exigir a la contratista el suministro de hidrocarburos para mercado interno, cuya valoración será efectuada a precio de referencia, ajustada por transporte”. El artículo 33 de la Ley de Hidrocarburos dispone lo siguiente: “**Art. 33.- [Suministro de petróleo para abastecimiento].-** Para el abastecimiento de las plantas refinadoras, petroquímicas e industrias establecidas en el país, el Ministerio del Ramo podrá exigir a los contratistas o asociados, cuando lo juzgue necesario, el suministro de un porcentaje uniforme del petróleo que les pertenece y efectuar entre ellos las compensaciones económicas que estime convenientes, para que esas plantas se abastezcan con el petróleo crudo que sea el más adecuado, en razón de su calidad y ubicación”.*

- Las contratistas no pagan regalías en razón de lo que establece el último inciso del artículo 49 de la Ley de Hidrocarburos, que dice: *“En los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, de la participación del Estado en la producción del área del contrato, se destinará el porcentaje equivalente a las regalías que corresponda a los partícipes”.*

Adicionalmente, las contratistas están exoneradas de los pagos por concepto de primas de entrada, derechos superficarios y aportes en obras de compensación. Lo que se deduce del pago por servicios, previa la deducción de la participación laboral en las utilidades y el impuesto a la renta, es el 1 % correspondiente al fomento de la investigación, el desarrollo y los servicios científicos en el campo de los hidrocarburos por

parte del Ministerio de Energía y Minas. Este porcentaje se paga desde el inicio del período de explotación de crudo en el bloque respectivo.⁶⁴

4.6.- Contrato de gestión compartida

El H. Congreso Nacional, con fecha 19 de Agosto de 1.998, expide la Ley Especial 98-09, Reformativa de la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No. 12 del 26 de Agosto de 1.998, con la cual se agrega al Artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos algunos Artículos innumerados.

Esta reforma a la Ley de Hidrocarburos creaba un modelo contractual específico, denominado Contrato de Operaciones Especial de Gestión Compartida, que tenía y tiene por objeto crear las condiciones contractuales para que PETROECUADOR pueda incrementar y optimizar la producción petrolera y maximizar la recuperación de sus reservas, así como, de ser el caso, para realizar actividades de exploración en las áreas que les pertenecen.

En suma, bajo este modelo contractual, el Estado conserva sus derechos sobre la producción de petróleo prevista a extraerse fijada a través de una curva base de producción, obligándose a asumir la totalidad de los costos de producción incurridos hasta la curva base; y, las compañías, según los términos de su oferta, participaban únicamente de un porcentaje de la producción incremental que está por encima de dicha curva base, lo cual es absolutamente justo y legítimo.

Por ello, el cuarto inciso del artículo innumerado agregado al artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos dice lo siguiente: *“Se entenderá por producción incremental aquella por encima de la curva base de producción definida por PETROECUADOR que deberá*

⁶⁴ BUSTAMANTE, Teodoro y otro, CITADO POR: PEROEcuador *“Detrás de la cortina de humo dinámicas sociales y petróleo en el Ecuador”*, págs.: 110-112.

considerar la tasa promedio anual histórica y la proyección futura que las actuales reservas probadas permitan”.

El segundo inciso del primer Artículo innumerado que consta luego del Artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos establece, en su parte pertinente, que: *“En ningún caso la participación del Estado ecuatoriano en la producción incremental será menor al cuarenta por ciento”.*

Y, el sexto Artículo innumerado señala que: *“La empresa privada cubrirá de la parte que le corresponda todos los costos, amortizaciones, depreciaciones, obligaciones patronales y participación laboral y otras que se determinen en cada contrato, así como las obligaciones tributarias de conformidad con la ley”.*

El tema es muy sencillo, el Estado en lo que respecta a la producción incremental, como dice la Ley, en ningún caso recibirá menos del 40% de dicha producción incremental, y la contratista debía asumir de la parte que le corresponda el pago de las obligaciones tributarias, con lo cual el Estado tenía asegurado el recibir al menos el 40% de la producción incremental más los impuestos que deberá pagar la contratista.

Los intereses de las grandes empresas transnacionales que siempre tienen interlocutores y se expresan en las funciones del Estado, trajeron consigo que se expida la Ley 2000-23 contentiva de la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, la misma que fue publicada en el Registro Oficial No. 144 del 18 de Agosto del 2.000, en cuyo Artículo 36 se sustituyen todos los Artículos agregados a continuación del Artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos mediante la Ley 98-09, antes citada, por otros Artículos.

En dicha Ley se sustituía el texto del artículo innumerado agregado al artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos, por otro texto en el cual se dejó de señalar que el Estado debía recibir al menos el 40% de la producción incremental en los Contratos de Operaciones

Especial de Gestión Compartida, dejándose únicamente señalado que: *“El contrato será adjudicado por el Comité Especial de Licitaciones, CEL, previa licitación pública internacional, sobre la base del Sistema Especial de Licitación al que se refiere el artículo 19 de esta ley, a favor de la empresa que ofreciere la mayor participación para el Estado...”*.

Con ello, el Estado dejaba de proteger sus intereses respecto de sus derechos en campos con reservas probadas y que se encuentran en explotación, que sean concesionados a la empresa privada, al quedar a merced de lo que oferten dichas compañías en los procesos de licitación, sin establecerse un mínimo de participación del Estado, con lo cual dichas compañías deberían competir respecto de cuál empresa oferta una mayor participación al Estado respecto de la producción incremental, a partir del 40% de participación segura del Estado en dicha producción.

El Tribunal Constitucional publica en el Registro Oficial No. 234 del 29 de Diciembre del 2.000, la Resolución No. 193-2000-TP y, en la Razón correspondiente que consta en la Resolución citada se hace constar que se declaró la inconstitucionalidad por el fondo del Artículo 36 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana.

En la parte considerativa de dicha Resolución se cuestiona que, a través del Artículo 36 se elimina, entre otras, *“...regulaciones como la referida en el inciso segundo del primer artículo innumerado agregado por la Ley 98-09 que disponía “En ningún caso la participación del Estado ecuatoriano en la producción incremental será menor al cuarenta por ciento”*”.

A continuación, en lo que nos atañe, dicha Resolución contienen el siguiente texto: *“Que, las normas contenidas en el impugnado artículo 36 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana no responden a la exigencia prevista en el inciso segundo del artículo 247 de la Constitución de 1998, que dispone que la*

explotación de los recursos naturales puede ser realizada directamente por el Estado o con la participación del sector privado, pero con la condición de que estos bienes dominiales sean explotados “en función de los intereses nacionales”, lo que no sucede al no regularse la participación del sector privado sobre el incremento real de la producción en la materia, beneficiando al sector privado sin tener en cuenta el interés público en cuyo dominio se encuentra esta clase de bienes”.

En definitiva el Tribunal Constitucional se pronunció por la absoluta e imprescindible necesidad de que se regule la participación porcentual del sector privado sobre el incremento real de producción, lo cual, obviamente ya no fue del gusto de las empresas transnacionales, por lo que este modelo contractual prácticamente se lo ha archivado.

Este modelo contractual debió ser el ideal para desarrollar los campos actualmente en explotación, sin embargo, primero se lo intentó cambiar en su contenido básico para favorecer a las compañías que siempre las ha interesado captar los campos productivos de petróleo que tiene PETROECUADOR; y, en segundo lugar, cuando ello no pudieron hacerlo en virtud de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, entonces de manera deliberada, se presionó para que el Estado no convocar ninguna licitación bajo este marco legal.

4.7.- Contrato de participación

Este tipo de contrato se lo creó a través de la Ley 44, a fines de 1.993 y, a través del mismo, se delega a la contratista la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su propia cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción.

Los defectos más graves que trajeron perjuicios al País fueron el hecho de que de manera expresa no se hizo constar que la participación del Estado debía modificarse en razón de los precios internacionales del crudo, puesto que las empresas privadas se han

venido beneficiando de manera inequitativa y arbitraria de los altos precios de los hidrocarburos, y el Estado no lo ha hecho en la misma forma.

Además, se inobservó en los contratos lo señalado en el artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos, en el sentido de que las participaciones del Estado deben calcularse en base a los precios efectivos de venta o de los precios referenciales, siendo que el mismo artículo define a los precios referenciales como "...el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR, de calidad equivalente...".

En los contratos suscritos se hizo constar un precio referencial fijo de USD \$ 15 dólares lo cual se aparta del texto legal antes citado y constituyó un enorme perjuicio al Estado ecuatoriano cuando los precios efectivos de venta superaron con largueza este precio referencial.

Ello debió ser causal de nulidad de los contratos en razón de lo que señala el artículo 1478 del Código Civil, que dice que "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano".

La violación del artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos debió dar lugar a la declaratoria de nulidad de los contratos en aplicación del artículo 1478 del Código Civil, pero el Estado ecuatoriano optó por expedir la Ley 42-2006 que debió servir como mecanismo para viabilizar la renegociación de los contratos, renegociación que hasta hoy en día no se da en términos firmes, porque lo único que se han suscrito son contratos transitorios volviendo inestable la actividad petrolera sujeta a este tipo de contratos.

En este tipo de contrato, a futuro sería necesario el introducirle una escala de participación por medio de la cual el Estado incremente su participación en la medida en que se incremente la producción y/o se incrementen los precios de los hidrocarburos.

Además, es menester señalar que la supresión de las regalías en esta forma contractual vino a mermar de manera significativa la renta petrolera nacional, por lo cual amerita el que se proceda por razones de equidad contractual a una renegociación de estos contratos.

La delegación de las facultades se aplica específicamente sobre un área de explotación acordada entre las partes y le corresponde a la operadora privada asumir las inversiones, los costos y los gastos necesarios para llevar adelante la exploración, explotación y producción de crudo, así como el riesgo asociado a estas actividades.

Las ganancias obtenidas, por parte de la empresa privada y el Estado ecuatoriano, se derivan de la participación en el volumen de crudo extraído de los correspondientes bloques petroleros. Este tipo de contrato, sin embargo, establece que el 12,5% del volumen total producido de crudo, le corresponde como participación mínima al Estado.

En caso de devolución o abandono del área objeto del contrato por parte de la operadora privada, el Estado no deberá nada a la misma y se revertirá la concesión de la exploración y explotación del crudo en esa área. Además de las mencionadas, las características principales de esta modalidad contractual son las siguientes:

- La participación en el volumen de crudo producido que corresponde a la contratista constituye el ingreso por la actividad de la compañía que le permite amortizar sus inversiones, cubrir los costos y gastos de producción y generar una utilidad.
- Este tipo de contratos no considera el pago por regalías de parte de las compañías petroleras privadas al Estado ecuatoriano.
- El riesgo de la actividad durante los períodos de exploración y explotación del crudo corresponden en su totalidad a la contratista, debido a que la participación que recibe al Estado es independiente de las variaciones en el precio del petróleo, del monto de

inversiones realizado o del descubrimiento de nuevas reservas.

- La contratista retiene el área del bloque para el cual fue contratada si se descubren yacimientos de petróleo que sean comercialmente explotables.

Con relación a la amortización aplicada a las inversiones de preproducción (que representan alrededor del 80% del monto total de inversiones) y a las inversiones de transporte, el período establecido dentro de este tipo de contratos es de 10 años. Por otro lado, la amortización de las inversiones de producción se lleva a cabo por unidad de crudo producido.

4.8.-Los Contratos de Obras y Servicios Específicos (Alianzas Operativas)

Mediante este tipo de contrato, la Contratista se compromete a ejecutar para PETROECUADOR obras, trabajos o servicios específicos, aportando tecnología, capitales, equipos y maquinarias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, a cambio de un precio o remuneración en dinero, cuya cuantía y forma de pago es convenida entre las partes.

Este contrato se diferencia del Contrato de Prestación de Servicios en el sentido de que en este Contrato la contratista no realiza inversiones de riesgo exploratorio.

De alguna manera se ha hecho abuso de este tipo de contrato pretendiéndolo convertirlo en un contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos, cuando en realidad es un contrato de servicios específicos que pueden contribuir a realizar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

4.9.- Las Alianzas Estratégicas

A través del Decreto Ejecutivo No. 799 del 15 de septiembre del año 2.002, publicado en el Registro Oficial No. 170 del 25 de septiembre del mismo año, se dictó el Reglamento para la celebración de Convenios de Alianza Estratégica con empresas petroleras estatales.

El citado Reglamento establece en su Art. 3 que la celebración y ejecución de los Convenios de Alianza Estratégica y de los contratos derivados de dichos convenios, se regirán por las normas del mismo Reglamento y por las disposiciones que fueren aplicables de la Ley de Hidrocarburos, Ley Especial de PETROECUADOR y sus Reglamentos.

Este modelo contractual constituye, según la definición del citado Reglamento, en un acuerdo general de cooperación o relación bilateral o multilateral representado por el compromiso de dos o más empresas petroleras estatales, que se asocian en un objetivo común y que tiene por finalidad, participar en forma conjunta en la ejecución de proyectos relacionados con cualquiera de las fases de la industria hidrocarburífera, dentro o fuera del país, incorporando e intercambiando recursos, capacidades y experiencias.

La base legal para su implementación está dada por las normas del Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos y 2 de la Ley de PETROECUADOR, que le asigna al Presidente de la República la facultad de dictar la política nacional de hidrocarburos; y, del Artículo 10 de esta última Ley que dispone que los sistemas de contratación de PETROECUADOR no estarán sujetos a las normas legales de la contratación pública vigentes, sino exclusivamente a la Ley de Hidrocarburos y a los Reglamentos que expida el Presidente de la República

El Art. 4 del citado Reglamento señala, de manera expresa y clara, que estos Convenios de Alianza Estratégica, así como los contratos derivados de tales Convenios, se

suscribirán en forma directa con empresas estatales, previa la aprobación del Consejo de Administración de PETROECUADOR; y, de igual modo, el Art. 18 del Reglamento de Contratación de PETROECUADOR dispone que se adoptará la modalidad de contratación directa en los contratos que deba suscribir PETROECUADOR o sus empresas filiales, derivados de Convenios de Alianzas Estratégica con empresas estatales.

4.10.-Los Campos Marginales

Según el inciso tercero del Art. 2 de la Ley de Hidrocarburos, son Campos Marginales aquellos de baja prioridad operacional o económica, considerados así por:

- Encontrarse lejanos a la infraestructura de PETROECUADOR;
- Contener crudo de baja gravedad (crudo pesado); o,
- Por necesitar técnicas de recuperación excesivamente costosas.

Deben ser calificados como tales por el Ministerio de Energía y Minas.

No podrán representar más del 1% de la producción nacional.

Serán adjudicados por el CEL, según lo previsto en el Art. 19 de la Ley de Hidrocarburos, mediante concursos abiertos, dando prioridad a las empresas nacionales del sector hidrocarburífero, por sí solas o asociadas.

Las adjudicaciones procurarán tomar en consideración:

- a) Mayor monto de inversión a realizarse en el área;
- b) Garantía de producción mínima; y,
- c) Costos de producción.

CAPITULO V

CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS PETROLEROS DE PARTICIPACION PARA LA EXPLORACION Y EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS

5.1 La Caducidad contractual en la doctrina del derecho público administrativo.

La caducidad contractual se da en el marco de las sanciones en virtud de las infracciones que cometen los contratistas del Estado en contra de la administración pública.

Gaspar Ariño Ortiz dice que la caducidad se da “...como sanción, por el incumplimiento grave de las obligaciones y deberes que corresponden al concesionario”⁶⁵

A su vez, el tratadista argentino Roberto Dromi dice que: “...La decisión administrativa que dispone la caducidad de la concesión tiene ejecutoriedad propia, es decir, la opera directamente el órgano administrativo, sin perjuicio del derecho del afectado de acudir a la justicia”.⁶⁶

Es importante destacar que el ejercicio de la jurisdicción administrativa para sancionar este tipo de infracciones se encuentra fundamentado en la potestad soberana del Estado para ejercer la regulación, el control y la sanción de los actos en el ámbito administrativo.

5.2.-La Caducidad en la Ley de Hidrocarburos.

Los efectos de una declaratoria de caducidad contractual se encuentran determinados en el artículo 75 de la Ley de Hidrocarburos que dice:

“Art. 75.- La declaración de caducidad de un contrato implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para PETROECUADOR y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la Ley y el contrato, las cuales quedarán en favor del Estado”.

En ello debe hacerse notar que la devolución de lo señalado en este artículo se realiza sin costo alguno para el Estado, razón por la cual, las empresas cuyos contratos han sido terminados por causal de caducidad contractual ejercen todo tipo de presiones y recurren

⁶⁵ ARIÑO ORTIZ Gaspar, 2.003. Principios de Derechos Públicos económicos – Modelo de Estado; gestión pública, Regulación Económica, Primera Edición, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, Pag. 571

⁶⁶ DROMI Roberto, Dr., 1.999, Licitación Pública, Segunda Edición, Imprenta Fareso S.A., Madrid – España, Pag. 589

al arbitraje internacional con el objeto de recuperar, al menos sus inversiones, lo cual no es posible porque la sanción de la caducidad contractual tiene ese particular efecto.

El artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos que se transcribe a continuación guarda concordancia con lo estipulado en el artículo 75 antes citado, pero deja sentado el concepto de que una transferencia de derechos sin contar con la autorización del Ministro del Ramo, no surten efectos legales.

“Art. 79.- La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no precede autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente Ley.

El Estado recibirá una prima por el traspaso y la empresa beneficiaria deberá celebrar un nuevo contrato en condiciones económicas más favorables para el Estado y para PETROECUADOR, que las contenidas en el contrato primitivo”.

Adicionalmente, en esta materia tiene que tomarse en cuenta lo señalado en el Decreto Ejecutivo No. 1363, publicado en el Registro Oficial No 293 del 27 de marzo del 2001, contentivo del Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos.

5.3.-Las Causales de la Caducidad en los Contratos Petroleros.

El artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos establece las causales de caducidad contractual en las que puede incurrir un contratista, que son las siguientes:

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

1. *Dejare de pagar las regalías, primas de entrada, derechos superficiarios, participaciones y otros compromisos establecidos en la Ley o en el contrato; o dejare de cumplir cualesquiera de las obligaciones determinadas en el artículo 31;*
2. *No depositare las cauciones o garantías a que se hubiese obligado en la forma
y en los plazos estipulados en el contrato;*
3. *No iniciare las operaciones de exploración según lo previsto en el contrato o si una vez iniciadas las suspendiere por más de sesenta días sin causa que lo justifique, calificada por PETROECUADOR;*
4. *Suspendiere las operaciones de explotación por más de treinta días, sin justa causa, previamente calificada por el Ministerio, salvo fuerza mayor o caso fortuito que deberán avisarse a PETROECUADOR, en un plazo máximo de diez días;*
5. *No reiniciare, en un plazo máximo de treinta días, las operaciones de explotación, una vez desaparecidas las causas que motivaron la suspensión;*
6. *No invirtiere las cantidades mínimas anuales, no realizare las perforaciones o no efectuare las tareas para los períodos de exploración y explotación, según lo establecido en el contrato;*
7. *Obstare o dificultare la vigilancia y fiscalización que deben realizar los funcionarios autorizados del Estado, o no proporcionare los datos y demás informaciones sobre cualesquiera otros asuntos de la actividad petrolera que le compete;*

8. *Incurriere en falsedades de mala fe o dolosas, en las declaraciones o informes sobre datos técnicos de exploración, explotación, actividades industriales, transporte o comercialización, o sobre datos económicos relacionados con las inversiones, costos o utilidades;*
9. *No efectuare las inversiones de utilidades estipuladas en el contrato;*
10. *Hubiese empleado fraude o medios ilegales, en la suscripción del contrato;*
11. *Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio;*
12. *Integrare consorcios o asociaciones para las operaciones de exploración o explotación, o se retirare de ellos, sin autorización del Ministerio; y,*
13. *Reincidiere en infracciones a la Ley y sus reglamentos”.*

Para la determinación de las causales de caducidad se entenderá que el sujeto activo de las infracciones es la contratista, y el sujeto pasivo es el Estado.

5.4.-La jurisdicción para la resolución de la caducidad de los contratos petroleros y los recursos establecidos para las apelaciones.

El artículo 76 de la Ley de Hidrocarburos determina el procedimiento a seguirse en este caso, que es el siguiente:

“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”.

Sin embargo de ello, por fuera del marco legal en los contratos petroleros se hace constar un procedimiento por el cual, el Ministro del Ramo antes de tomar la decisión le corre traslado del expediente a PETROECUADOR quien, a su vez pondrá en conocimiento de la contratista los cargos en su contra y le dará un plazo de 10 días para que conteste desvirtuando o aceptando el reclamo y en este último caso ofreciendo subsanarlo dentro de un plazo no mayor de 30 días.

Si dentro de estos plazos, la contratista no solucionare las faltas o incumplimientos o no los justificare a satisfacción de PETROECUADOR, el Representante Legal de la empresa estatal solicitará al Ministro del Ramo la declaratoria de caducidad contractual, a partir de cuyo momento, recién se aplica lo estipulado en el artículo 76 de la Ley de Hidrocarburos.

Este procedimiento sui generis que se establece en los contratos no respeta la norma legal y, por ende, no tiene valor jurídico, sin embargo de lo cual se lo hace constar en las cláusulas contractuales.

5.5.-La institución jurídica de la reversión de los bienes afectos a una Concesión o delegación. Efectos y consecuencias de las declaratorias de Caducidad.

Con respecto a la figura jurídica de la reversión, el artículo 29 de la Ley de Hidrocarburos establece lo siguiente:

“Art. 29.- Al término de un contrato de exploración y explotación, por vencimiento del plazo o por cualquier otra causa ocurrida durante el período de explotación, el contratista o asociado deberá entregar a PETROECUADOR, sin costo y en buen estado de producción, los pozos que en tal momento estuvieren en actividad; y, en buenas condiciones, todos los equipos, herramientas, maquinarias, instalaciones y demás

muebles e inmuebles que hubieren sido adquiridos para los fines del contrato, así como trasladar aquéllos que PETROECUADOR señale, a los sitios que ella determine. Si la terminación del contrato se produjere en el período de exploración, el contratista o asociado entregará a PETROECUADOR, sin costo y en buenas condiciones, los pozos, campamentos y obras de infraestructura.

Asimismo, al término de un contrato, para fines de refinación, transporte por oleoductos, poliductos y gasoductos, almacenamiento y comercialización, por vencimiento del plazo o por cualquier otra causa, el contratista o asociado deberá entregar a PETROECUADOR, sin costo y en buen estado de conservación, las propiedades, maquinarias, instalaciones, equipos y demás bienes adquiridos para los fines del contrato.

Sin embargo, durante los diez últimos años del plazo de un contrato, PETROECUADOR podrá convenir con el contratista o asociado, inversiones con formas especiales de amortización y con pago de la parte no amortizada, al término del plazo del contrato.

Los contratistas de obras o servicios específicos, los transportistas y los distribuidores de derivados de hidrocarburos, al por mayor y al por menor, no están sujetos a las disposiciones constantes en este artículo”.

De esta institución jurídica hay que resaltar lo siguiente:

La reversión de los bienes afectos a una concesión o delegación, se produce:

- a) Porque el titular de la propiedad inalienable sobre los recursos naturales no renovables es el Estado, lo cual quiere decir que jamás podrán ser transferidos de por vida a particulares los campos en exploración y explotación de hidrocarburos; y,

- b) Porque los servicios públicos que prestan las empresas privadas bajo el régimen de delegación, como son, a modo de ejemplo, la refinación de hidrocarburos y el transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos, no se los delega de por vida, porque la titularidad regalística sobre estos servicios es intransferible a favor del Estado.

Además, es importante tomar nota que la reversión de los bienes se produce sin costo alguno para PETROECUADOR, en razón de que los costos de las empresas contratistas se amortizan y sirven en su momento para disminuir la base imponible para el pago del Impuesto a la Renta.

El artículo 30 de la Ley de Hidrocarburos establece lo siguiente:

“Art. 30.- Los contratistas o asociados no podrán enajenar, gravar o retirar, en el curso del contrato, parte alguna de los bienes a que se refiere el artículo anterior, sin autorización del Ministerio del Ramo.

La negligencia, el descuido o el dolo en la conservación de los bienes referidos en aquél artículo, que son propiedad virtual del Estado, acarrearán responsabilidad civil y penal de acuerdo con las leyes”.

Ello constituye una medida de precaución para que los bienes que en algún momento van a revertir al Estado, bien sea por vencimiento del plazo del contrato, o por cualesquier otra causa, se encuentren debidamente cuidados.

Nótese que en la redacción de este artículo, que es la referente a que la propiedad de los bienes que usan las contratistas son de propiedad virtual del Estado, siendo que ello constituye una prueba de que los bienes afectos a una concesión se encuentran únicamente bajo gestionamiento privado.

En lo que respecta a la reversión en materia de la caducidad contractual, el artículo 75 de la Ley de Hidrocarburos, establece lo siguiente:

“Art. 75.- La declaración de caducidad de un contrato implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para PETROECUADOR y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la Ley y el contrato, las cuales quedarán en favor del Estado”.

Ello quiere decir que en este caso, por efectos de la caducidad contractual, se anticipa la reversión de los bienes afectos al contrato, sin esperar el vencimiento del contrato.

5.6.-La doctrina Calvo en el marco jurídico ecuatoriano y las normas jurídicas internacionales para evitar la intromisión de los Estados en los asuntos internos de otros Estados.

Como salvaguardia de la soberanía e independencia de los Estados débiles, el jurista y diplomático argentino Carlos Calvo, fundándose en la igualdad que en el orden internacional debe existir entre los Estados y en el orden interno entre los individuos, sostuvo la tesis de que debía rechazarse tanto la creación de un privilegio exorbitante y funesto a favor de los Estados fuertes, cuanto el reconocimiento de una desigualdad injustificable entre los nacionales y extranjeros dentro de cada país (Ossorio y Florit).⁶⁷

Carlos Calvo fue uno de los fundadores del Instituto de Derecho Internacional Público de Gante (Bélgica) en 1873. Además, fue miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas del Instituto de Francia y de la Real Academia de la Historia de Madrid (España). Su obra más importante se denomina El Derecho Internacional

⁶⁷ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo III, pág. 301.

Teórico y Práctico en Europa y América, publicado por primera vez en 1863. También compiló, en una colección de quince volúmenes, una obra sobre tratados latinoamericanos, publicada entre 1862 y 1867. La Doctrina Calvo, es reconocida por varias Constituciones latinoamericanas. De acuerdo con ella, quienes viven en un país extranjero pueden realizar sus demandas, reclamaciones y quejas sometándose a la jurisdicción de los tribunales locales y evitando el recurso a las presiones diplomáticas o intervenciones armadas de su propio gobierno. La Doctrina Calvo a veces se confunde con la Doctrina Drago, debida al también jurista argentino Luis María Drago, que establece una aplicación más restringida del mismo principio. Calvo justificaba su tesis señalando que era necesario impedir que las naciones más poderosas interfirieran en la jurisdicción de las más débiles. Por otro lado, los escritos de Calvo han tenido una influencia decisiva en el desarrollo del Derecho internacional en el siglo XX. Falleció en París en 1906.⁶⁸

Hoy en día, en suma la Doctrina Calvo, se basa en la prohibición de que un determinado país ejerza reclamación diplomática en defensa de las compañías que son nacionales de ese país.

Las Constituciones Políticas de nuestros países consagran los principios de esta Doctrina. Es así que la actual Constitución vigente desde el 20 de octubre del 2008, señala en su artículo 307 lo siguiente: “Los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático”.

El inciso segundo del artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos señala, de manera expresa, lo siguiente:

⁶⁸ Microsoft ® Encarta ® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

“Estas empresas extranjeras se sujetarán a los tribunales del país y renunciarán expresamente a toda reclamación por vía diplomática. Aquella sujeción y esta renuncia se considerarán implícitas en todo contrato celebrado con el Estado o con PETROECUADOR”.

El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, comúnmente conocido como “Pacto de Bogotá” fue aprobado el 2 de septiembre de 1947, y en su artículo 7 establece: “Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo”.

Además de ello, hay que tomar en cuenta la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía, aprobada por la 1408ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de la ONU realizada el 21 de diciembre de 1965, que dice que solemnemente declara que:

“1 Ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, están condenadas.

2. Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordina el ejercicio de sus derechos soberanos u obtener de él ventajas de cualquier orden...”.

5.7.-El Arbitraje en el marco constitucional y legal ecuatoriano.

La enciclopedia Encarta, define al arbitraje, como el procedimiento por el cual las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios mediadores las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a Derecho.

La resolución adoptada por los árbitros se denomina laudo arbitral y tiene la eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser ejecutables de manera forzosa por los tribunales ordinarios de justicia.

El arbitraje puede ser de Derecho, cuando los árbitros fallan de acuerdo con la legislación aplicable, por lo que se les exige ser abogados en ejercicio, o de equidad, si fallan de acuerdo con su leal saber y entender y sin sujeción a trámites, debiendo tan sólo dar la oportunidad a las partes para ser oídas y presentar las pruebas que estimen convenientes, para lo que basta que sean personas naturales que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. En el primero, el laudo tiene el mismo valor que una sentencia de instancia y puede ser objeto de recurso en cuanto al fondo, mientras que en el segundo, el valor del laudo es el de una sentencia firme y definitiva.

El arbitraje se concreta el momento que se consigue “el convenio arbitral” que es por el que, las partes expresan su voluntad inequívoca de someter a este tipo de solución todas o algunas de las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir de determinadas relaciones jurídicas. En el convenio arbitral deberá establecerse un procedimiento para la designación de un número siempre impar de árbitros, aunque sea la designación de un tercero quien los nombre.

Con la reforma introducida en la Constitución Política de la República que fuera publicada en el Registro Oficial No. 969 de 1996, se añade una frase al final del artículo 16 del cuerpo constitucional, que dice “salvo el caso de convenios internacionales”, con

lo cual se viabiliza el arbitraje internacional respecto del Estado ecuatoriano y de sus Instituciones o empresas.

Dicho artículo reformado dice lo siguiente:

“Los contratos celebrados por el Gobierno o por entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales”.

Con base en ello se dicta la Ley de Arbitraje y Mediación, fue aprobada por el Congreso Nacional el 21 de agosto de 1977 y publicada en el Registro Oficial No.145 del 4 de septiembre de 1977.

En la elaboración del proyecto de ley, participaron activamente la Cámara de Comercio de Quito, la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), la que conforma en Guayaquil un grupo de trabajo encargado de analizar la propuesta de la Cámara de Comercio de Quito, planteamientos que son acogidos por la Corte Suprema de Justicia por medio del Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia – PROJUSTICIA, auspiciado por el Banco Mundial.

La pregunta que cabe hacerse es: ¿Qué interés específico tuvo el Banco Mundial para financiar estudios y componentes que dieron lugar a que el Ecuador dicte su Ley de Arbitraje y Mediación, por la cual se abrió de par en par las puertas para el arbitraje internacional entre el Estado ecuatoriano y las empresas transnacionales?

La respuesta a esta interrogante es fuerte, ya que existe antecedentes que no los analizaremos pero que por ellos podríamos presumir que, fue, por facilitar que el Ecuador se someta a los arbitrajes internacionales para de esa manera poder “blindar”

los intereses de las transnacionales ante posibles actos emanados del ejercicio de la jurisdicción ordinaria ecuatoriana, jurisdicción que se expresa en la potestad o capacidad de juzgar que es parte del ejercicio de la soberanía nacional.

Con la consagración del arbitraje internacional, definitivamente, asistimos a la privatización de la justicia en el campo de las relaciones entre el Estado y las compañías transnacionales, consagrando una igualdad material y legal entre un Estado y una compañía, lo cual constituye un despropósito jurídico que solamente se explica por la necesidad de proteger en exceso las inversiones de estas compañías.

Mediante la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, se procedió a derogar la interpretación realizada al artículo 1505 del Código Civil, con lo cual independientemente de que un contrato entre el Estado ecuatoriano y una compañía extranjera sea suscrito en el Ecuador o en el extranjero, se viabilizó el que se pueda someter la solución de disputas mediante el arbitraje internacional.

Adicionalmente en el artículo 42 de dicha Ley se contempla la posibilidad de que toda persona jurídica pública sea libre de estipular lo concerniente a la legislación aplicable, lo cual hace que los arbitrajes a los que somete el Estado ecuatoriano o sus Instituciones, puedan ser juzgados mediante una normativa que no es la ecuatoriana, con lo cual se hace tabla raza del marco jurídico que acompaña en todo momento a la ejecución de un determinado contrato si es suscrito en el Ecuador.

Se presionó a los países en vías de desarrollo para que aceptaran el someter a arbitraje internacional los casos de expropiación de las inversiones de sus empresas transnacionales, siendo que en la mayoría de casos no se trata de la figura jurídica de la expropiación que se da constitucional y legalmente por motivos de índole social, sino que más de un contrato termina por causas de caducidad contractual, que constituye una sanción administrativa que adopta tal o cual Estado cuando se dan determinadas violaciones contra la normativa legal y las cláusulas contractuales, tipificadas como

causales de dicha caducidad y, además, también ante diversas medidas que adopta un Estado en uso de su poder de jurisdicción, de regulación y de control.

Por ejemplo, cuando un determinado país aplica una multa a una empresa transnacional, este inmediatamente recurre al arbitraje internacional bajo la simulación de que se ha producido una expropiación de sus inversiones o se ha afectado sus expectativas económicas en la ejecución de un determinado contrato.

Por lo tanto con esta figura deformada de la expropiación que incluso hoy la denominan “expropiación indirecta”, de lo que se trata es de crear un marco de inmunidad o de impunidad que proteja de las transnacionales independientemente de que sus actos constituyan transgresiones al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Lo trascendente de los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones suscritos entre los Estados, constituye una manera de proteger los intereses de las compañías transnacionales que les pertenecen; pero, además, este tipo de tratados tiene como objetivo primordial el viabilizar de una manera fraudulenta el que, sin que exista un compromiso expreso de determinado país para someterse a determinado arbitraje, se logre este objetivo con base en el contenido de sus cláusulas, como lo demostraré posteriormente.

5.8.-El Arbitraje Internacional

El recurrir al arbitraje internacional, por la presión diplomática y de los organismos multilaterales de crédito, se ha convertido en una regla que se hace constar en todos los contratos que suscribe el Estado con empresas extranjeras, en materia petrolera, arbitraje que, casi en su generalidad, está pacto se realice bajo el CIADI.

Si bien, antes de la presencia del fenómeno neoliberal ya existían organismos de arbitraje internacional como el CIADI, sin embargo de ello, los países que suscribieron

los convenios constitutivos no los habían ratificado porque las Constituciones y la normativa de los países no lo permitían en razón de la prohibición de someterse a una jurisdicción extraña a la que ejercen los Estados.

Cuando aparece la desregulación del derecho público y la discrecionalidad para llevar a cabo las contrataciones públicas, se viabiliza el arbitraje internacional para que “blinde” los abusos y desviaciones producidas en la contratación con empresas transnacionales.

A manera de ejemplo, Roberto Dañino Zapata, ex Secretario General del CIADI, con motivo de un Seminario Internacional de Arbitraje que tuvo lugar en Lima, el 24 de agosto del 2005, dijo lo siguiente: “...existen fuertes vínculos entre el CIADI y el Banco Mundial...”, “...hace sólo 10 años el CIADI tenía cinco causas pendientes por un valor de 15 millones de dólares mientras que hoy tenemos 97 casos en trámite con montos que superan los 25 mil millones de dólares” y “Este crecimiento.... también es producto de la explosión de los tratados bilaterales de inversión”.

Hoy, desde luego son muchísimo más casos los que se ventila en el CIADI, por montos mucho más altos.

Existe otro tipo de arbitraje y es el que las partes acuerden someterlo a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), denominada en inglés UNCITRAL.

Este arbitraje conduce al error de creer que son las Naciones Unidas quienes realizan este tipo de arbitraje, pero ello no es así, porque lo único que ha hecho las Naciones Unidas es elaborar unas Reglas de Arbitraje que contienen ciertas normas y procedimientos para las partes puedan utilizarlas y viabilizar un arbitraje, en el que participan como árbitros ciudadanos particulares, pero de ninguna manera participan como árbitros funcionarios de las Naciones Unidas.

Igualmente se puede recurrir a la Cámara Internacional de Arbitraje de París, siendo que sus procedimientos, al igual que en el caso del CNUDMI, repite en lo sustancial el sistema de arbitraje del CIADI.

El CIADI es la herramienta jurídica más importante que tiene el Banco Mundial para proteger a las transnacionales

La creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones se dio por medio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Convenio que se estructura en el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, más conocido como el Banco Mundial.

Lo primero que debemos observar es que se iguala, material y jurídicamente, en un procedimiento arbitral a un Estado con una transnacional, por ello se habla del arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

Al respecto, la pregunta que cabe hacerla es ¿los nacionales o empresas de los países en vías de desarrollo como el Ecuador, realizan inversiones cuantiosas en actividades que tiene que ver con la explotación de recursos naturales no renovables o la prestación de servicios públicos como lo son la electricidad, las telecomunicaciones, etc, en los países industrializados? Definitivamente NO. Por lo tanto este Convenio está concebido para proteger las inversiones que vienen desde las transnacionales de los países industrializados hacia los países pobres. Por ello están seguros que una empresa ecuatoriana no va a demandar, por ejemplo a los Estados Unidos de América en arbitraje internacional, porque definitivamente no es viable que ello se dé.

Conforme el artículo 1 de dicho Convenio, el CIADI tiene por objeto resolver las diferencias relativas a inversiones bajo procedimientos de conciliación o arbitraje.

Por lo tanto, el CIADI es el Centro de arbitraje instituido por el Banco Mundial, tanto que la sede del CIADI es la oficina principal del Banco Mundial y el Presidente del Banco Mundial es el Presidente del Consejo de Administrativo del CIADI.

Es menester tener presente que, fruto de los Acuerdos de Bretton Woods, por los cuales las potencias industrializadas occidentales, luego de la Segunda Guerra Mundial, dictaron las bases sobre cómo a su decisión inconsulta tendría que funcionar la economía mundial, dentro de estos acuerdos se encuentran dos fundamentales que tienen que ver con el hecho de que se le otorgó el derecho de que sea el gobierno de los Estados Unidos el que designe al Presidente del Banco Mundial y que sea Europa la que designe al Presidente del Fondo Monetario Internacional, con lo cual el poder económico mundial fue compartido a espaldas de toda la comunidad internacional, a quienes nos consideraron y nos siguen considerando como objetos de la historia y no sujetos de la misma.

El artículo 10 del Convenio que crea el CIADI establece que “El Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos serán elegidos a propuesta del Presidente, por el Consejo de Administrativo...”. Por lo tanto, quien nombra al Secretario General del CIADI es el Presidente del Banco Mundial, que a su vez es designado por el Presidente de los Estados Unidos de América.

De esta manera, el Banco Mundial es ser juez y parte en materia de inversiones transnacionales, porque su rol se centra precisamente en proteger a los inversionistas y no a los Estado receptores de las inversiones.

Las personas que tienen que ver con un arbitraje del CIADI no responden ante nadie por sus actos

Los artículos 21 y 22 del Convenio que crea el CIADI, establecen que los miembros del Consejo Administrativo, los conciliadores, los árbitros, los apoderados, consejeros,

abogados, testigos o peritos, gozarán de inmunidades frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad, lo cual, obviamente jamás se va a dar.

Ello hace que quienes intervienen en un proceso arbitral no den cuenta a nadie de sus actos y no respondan por sus actuaciones en un determinado proceso arbitral, lo cual es diametralmente distinto en el caso de la jurisdicción de cada uno de nuestros países en donde los jueces, testigos, peritos, etc. son personas que están obligadas a responder por sus actos, si se apartan o son contrarios a la normativa vigente.

El Convenio del CIADI viola el principio de intervención en nuestros países

El Convenio que establece el CIADI viola la doctrina Calvo, cuando en el numeral (2) del artículo 27 del Convenio, se señala que: “...no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de las controversias”.

Esta redacción intenta evitar que un determinado Estado, ante la evidente presión diplomática que realizan los gobiernos a los cuales pertenece determinada transnacional, se vea imposibilitado de invocar la Doctrina Calvo, porque le van a contestar que lo único que se trató es de la realización de gestiones diplomáticas informales con el fin de facilitar la resolución de una controversia.

De manera fraudulenta en el CIADI no se verifica si existe o no el consentimiento de un Estado para ser llevado a arbitraje internacional

Respecto de la solicitud de arbitraje, el numeral (3) del artículo 36 establece que “El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción

del Centro (el CIADI). Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación”.

La Resolución 214 de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial establece en su numeral 20 como función del Secretario General del CIADI la siguiente: “Además, al Secretario General se le confieren facultades para denegar el registro de una solicitud de conciliación o arbitraje, a fin de evitar en esta forma la incoacción de dichos procedimientos si, de acuerdo con la información ofrecida por el solicitante, encuentra que la diferencia se halla *manifiestamente* fuera de la jurisdicción del Centro (Artículos 28 (3) y 36 (3)). Esta facultad limitada de “filtrar” las solicitudes de conciliación o de arbitraje se le otorga al Secretario General para evitar lo enojoso que pudiera resultar para una de las partes (particularmente un Estado) la incoacción de un procedimiento contra la misma en una controversia que dicha parte no hubiere consentido en someter a la jurisdicción del Centro, así como para evitar la posibilidad de que se ponga en movimiento el mecanismo del Centro en casos que caen indudablemente fuera de la jurisdicción del Centro por otras razones, como, por ejemplo, que el solicitante o la otra parte no reúna los requisitos necesarios para ser parte en los procedimientos conforme al Convenio”.

Ello no se cumple porque el Secretario General del CIADI, inobserva el contenido de esta Resolución 214 de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial y registra la solicitudes de arbitraje sin sujetarse a esta norma, sin verificar si existe el consentimiento expreso de un Estado para que se lleve a cabo un determinado arbitraje, dejando que ello se resuelve en una instancia siguiente, que tiene que ver con la discusión sobre jurisdicción y competencia que se la invoca ante un tribunal de arbitraje ya constituido, cuando ya no existe forma de que un Estado pueda “escaparse” del arbitraje. Allí radica una de las trampas que contiene este tipo de arbitraje.

El tema clave de la designación del árbitro dirimente

Conforme el artículo 37 del Convenio que establece el CIADI, “...el Tribunal de Arbitraje se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal de común acuerdo”.

Como generalmente no se ponen de acuerdo las partes en la designación del árbitro dirimente (el que puede inclinar la balanza con una votación de dos a uno), el artículo 38 del Convenio establece que en este caso, será el Presidente del Consejo Administrativo o sea el Presidente del Banco Mundial, quien designe el árbitro dirimente, con las consecuencias que ello implica en la definición de un laudo arbitral en tal o cual sentido. Esto no reviste la más elemental imparcialidad, siendo como dijimos que el Banco Mundial es juez y parte en materia de inversiones.

El recurso de nulidad instituido bajo el CIADI, constituye un procedimiento fraudulento y una ofensa contra el sentido común

El Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, más conocido como Tratado de Nueva York, señala en su artículo 5 que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia o laudo arbitral si la parte “prueba ante la autoridad competente del país en que pide el reconocimiento y la ejecución”, por ejemplo:

- ✓ Que la ley que ha sido aplicada no es válida; que el acuerdo de sometimiento al arbitraje, éste no es válido en virtud de la ley que es aplicada;
- ✓ Que la parte no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o no ha podido hacer valer sus medios de defensa;
- ✓ Que la sentencia arbitral se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las cláusulas compromisorias, o contengan pronunciamientos que excedan este compromiso o cláusula;
- ✓ Que la constitución del tribunal de arbitraje se ha constituido irregularmente;
- ✓ Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o

suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada sentencia;

- ✓ Que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o,
- ✓ Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público.

Todo lo anterior, pierde fundamento, cuando el artículo 7 de dicho Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras establece que: “Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes...”.

De esta manera, cuando el Ecuador ratifica el Convenio que establece el CIADI se somete a las disposiciones del artículo 52 de dicho Convenio, por las cuales una de las partes puede pedir la anulación del laudo señalando otras causas para proceder en ese sentido de las que están contempladas en el Tratado de Nueva York, dejando de lado causas importantísimas para que un Estado pueda ejercer su derecho a la defensa como son las siguientes:

- ✓ Que el acuerdo de sometimiento al arbitraje, no sea válido en virtud de la ley que es aplicada;
- ✓ Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada sentencia; que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o,
- ✓ Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público.

Pero, además, según las normas del Convenio que establece el CIADI, quien deberá conocer el recurso de nulidad interpuesto será una Comisión ad hoc integrada por 3 personas seleccionadas de la Lista de Árbitros, Comisión que la deberá constituir el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI o sea el Presidente del Banco Mundial.

Pero el asunto no queda allí, por cuanto en el numeral (6) del mismo artículo 52 del Convenio que establece el CIADI establece que “Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo”.

De tal manera que el asunto se vuelve interminable hasta que, en la práctica las empresas transnacionales, hagan valer sus intereses y no sus derechos.

La procedencia jurídica de la denuncia del CIADI

El artículo 71 del Convenio que establece el CIADI señala expresamente lo siguiente: “Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”.

Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 54, lo siguiente:

“54. La terminación de un tratado o el retiro de una Parte podrán tener lugar:

- a) Conforme las disposiciones del tratado; o,
- b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las Partes después de consultar a los demás Estados Contratantes”.

Esto que es elemental lo cito, porque hay defensores del CIADI que alegan que un Estado no se puede retirar unilateralmente de este tipo de Convenios porque se estaría violando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo cual como vemos no es así.

La Constitución vigente desde el 20 de octubre del 2008 en esta materia no refleja coherencia y más bien es superficial y contradictoria.

El tema de la competencia sobre la denuncia de los tratados internacionales

La Constitución vigente desde el 20 de octubre del 2008 establece en su artículo 419 que: “La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos en que:7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”.

Este artículo, en lo personal me parece procedente en lo que tiene que ver con la ratificación de los tratados internacionales, pero no en el caso de la denuncia de los mismos, porque ello constituye una prerrogativa que siempre la ha tenido y debe tenerla el Ejecutivo, que es quien define la política internacional del País, por mandato del artículo 147 de la Constitución, y que debe ejercerla, en especial en el caso de que se haya cumplido el plazo de vigencia de un determinado Tratado.

Pero, además, es contradictorio con la norma del inciso primero del artículo 420 de la Constitución que señala que “La denuncia de un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República”. El procedimiento administrativo de la presentación de la denuncia de un determinado tratado, le corresponde hacerlo a la Cancillería por intermedio de sus representantes acreditados en el exterior, pero de ninguna manera constituir al Presidente de la República en un mero tramitador de la denuncia de un determinado tratado.

Por lo tanto, aquí existe una contradicción de norma constitucional, por lo que debía esperarse que sea resuelta por la Corte Constitucional y no asumir con prisa que el procedimiento a seguirse será el de tramitar la denuncia de este Convenio del CIADI por medio de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, que tiene las funciones de la Asamblea Nacional hasta que se posesiones los Asambleístas electos el 26 de abril de este año, según la disposición del artículo 17 del Régimen de Transición.

Pero, además, el dejar en manos de la Asamblea Nacional la denuncia de los tratados puede traer más un dolor de cabeza al Ejecutivo de turno que ejerciendo la política internacional del País, se vea limitado a tomar un decisión en esta materia.

El fondo del cuestionamiento al arbitraje internacional no puede soslayárselo

El artículo 422 de la misma Constitución establece, en la parte que tiene relación con el presente análisis dice lo siguiente: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios”.

Por lo tanto, no cabía esperar a que desde el 20 de octubre del 2008 que se puso en vigencia la nueva Constitución, la decisión de retirarse del CIADI se la considere procedente por la mera aplicación de este artículo 422, cuando desde el 15 de enero del 2007, el Ecuador ya debió salirse del CIADI.

Además, cabe otra reflexión que nace de la transcripción del artículo 422 en el sentido de que entonces siguiendo el texto constitucional ¿Si cabría, por lo tanto, el que en

materia de controversias en Latinoamérica, el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional?

Pero además, el texto transcrito, tampoco es claro en otro aspecto, cuando señala que se exceptúa los tratados que establezcan este tipo de soluciones por la vía del arbitraje internacional cuando se trate de ciudadanos de Latinoamérica. Por lo tanto, las divergencias con personas jurídicas (que no son ni pueden ser ciudadanos) no cabrían ser solucionadas por la vía del arbitraje internacional.

Entender esta parte y otras del texto constitucional se vuelve harto difícil por sus inconsistencias.

Lo actuado en materia de la ratificación del Convenio que establece el CIADI está salpicada de inconstitucionalidades y de rastacuerismo

Según la información oficial del Banco Mundial que consta su página web, el Ecuador es miembro del CIADI desde el 14 de febrero de 1986.

En el Registro Oficial No. 386 del 3 de marzo de 1986, se publica el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, sin que conste que el Congreso Nacional aprobó la ratificación de dicho Convenio y que el Presidente lo promulgó como ley de la República.

Es de anotarse que a esa fecha, el Ecuador no podía, por mandato constitucional y legal, el aceptar someterse a una jurisdicción extraña, peor de manera general y ante el caso de contratos suscritos dentro del País y no en el exterior, como lo señala la interpretación al artículo 1505 del Código Civil, hoy 1478.

Esto tan es así de cierto que recién con fecha 19 de abril del 2001 se publica en el Registro Oficial No. 309 el Decreto No. 1417-B por el cual el Presidente Constitucional

de la República Ratifica el citado Convenio, haciéndose constar en el artículo Primero de este decreto el que se “compromete para su observancia el honor nacional”, frase que huelga decirlo, constituye un despropósito monumental en razón de que el honor nacional no puede estar comprometido en el cumplimiento de un Convenio que establece que los derechos del Estado ecuatoriano y de sus Instituciones y empresas pueda estar sometido al arbitraje del Banco Mundial. Esta redacción constituye un desatino desproporcionado.

Es importante dejar registrado los nombres de Miembros del Tribunal Constitucional de ese entonces que dieron su dictamen favorable para que el Ecuador entre a formar parte del Convenio que establece el Centro de Arbitraje del Banco Mundial (CIADI) y ellos son los doctores: Hernán Rivadeneira Játiva, Hernán Salgado Pesantez, René De La Torre Alcívar, Oswaldo Cevallos y Luis Mantilla Anda; y, quienes se abstuvieron de aprobarlo fueron los doctores Guillermo Castro Dáger, Carlos Helou Cevallos y Marco Morales Tobar. Ello se encuentra publicado en el Registro Oficial No. 180 del 10 de octubre del 2000.

Pero, además, hay que señalar que ello constituye una prueba plena de que el Ecuador recién forma parte del CIADI a partir de la ratificación realizada en el 2001 y una vez que se cumplan 30 días del depósito del Instrumento de ratificación en Washington ante el Secretariado de las Naciones Unidas.

Por lo tanto, es necesario y urgente investigar dos hechos importantes:

- 1) ¿Por qué el Banco Mundial asevera que el Ecuador es Miembro del CIADI desde el 14 de febrero de 1986? Ello puede dar luces a que de pronto 30 días antes de esa fecha, esto es el 15 de enero de 1986 alguien presentó algún documento ante el Secretariado de las Naciones Unidas por el cual el Ecuador ratificó el Convenio en mención, siendo que ello no es factible que jurídicamente haya sucedido?

- 2) ¿Por qué razón se publicó en el Registro Oficial No. 386 del 3 de marzo de 1986, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, cuando ello no pasó por el filtro del Congreso Nacional y del Presidente de la República, ni era posible que suceda por las prohibiciones constitucionales y legales de la época?

Prueba de ello es que recién en el 2001 se ratifica dicho Convenio, lo cual solamente podía darse hipotéticamente si en 1986, el Ecuador ratificó el Convenio, lo denunció en fecha posterior y volvió a ratificarlo en el 2001, lo cual definitivamente no sucedió así.

Aquí hay mucha tela para cortar.

El tema de los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones

El artículo 1505 del Código Civil estableció como norma el que “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho Público Ecuatoriano. Así la promesa de someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas es nula por vicio en el objeto”.

Mediante Decreto Supremo No. 797-B, publicado en el Registro Oficial No. 193 del 15 de octubre de 1.976, se procedió a la interpretación de este artículo, de la siguiente manera:

“Art. 1.- Interpretase el artículo 1505 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 153 de la Constitución Política en el sentido de que el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional”.

Durante los gobiernos militares del General Rodríguez Lara y del Triunvirato presidido por el Almirante Alfredo Poveda Burbano, se puso en vigencia la Constitución Política de la República de 1945.

El artículo 153 de esta Constitución, que fuera expedida el 6 de marzo de 1945 y promulgada en el Registro Oficial No. 228 de los mismos mes y año, establece lo siguiente:

“Art. 153.- Todo contrato celebrado por extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, con el Gobierno, con corporaciones nacionales o con individuos particulares, lleva implícita la condición de la renuncia a toda reclamación diplomática.

En los contratos que en el Ecuador celebraren los extranjeros con el Gobierno o con entidades de Derecho Público, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción a una jurisdicción extraña”.

Aquí se cumple el viejo aforisma jurídica “Hecha la ley, hecha la trampa”.

La Constitución expedida el 7 de diciembre de 1977, publicada en el Registro Oficial No. 564 del 12 de abril del mismo año, entró en vigencia desde el 10 de agosto de 1979, fecha en que se posesionó el Presidente Constitucional de la República Ab. Jaime Roldós Aguilera, ello para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de esta Constitución.

Esta Constitución contempla en su artículo 16 lo siguiente:

“Art. 16.- Los contratos celebrados por el Gobierno o por entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevan implícita la renuncia toda reclamación diplomática; si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se puede convenir la sujeción a una jurisdicción extraña”.

Posteriormente esta Constitución se codifica con sus reformas en cumplimiento de la Vigésimo Quinta Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria de la Constitución

Política del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.93 del 23 de diciembre de 1992, en cuya oportunidad no se modificó el artículo 16 de la Constitución antes transcrito.

Luego, se publica en el Registro Oficial No. 969 del 18 de junio de 1996, una reforma al artículo 16 de la Constitución, por la cual, se añade en la parte final de este artículo, la frase: “, salvo el caso de convenios internacionales”.

Hasta antes del 18 de junio de 1996, el Ecuador no podía sujetarse a una jurisdicción extraña, o sea a una jurisdicción arbitral, salvo el caso de contratos suscritos en el exterior. Ello explica el por qué algunos contratos, como los de la deuda externa fueron suscritos en el exterior para “facilitar” el arbitraje internacional en el caso de controversias surgidas con el Estado ecuatoriano.

Lo que es más grave, tampoco hasta el 18 de junio de 1996, el Ecuador podía suscribir tratados o convenios internacionales por los cuales el Ecuador aceptaba el someterse a arbitraje internacional, de manera indiscriminada, esto es bien sea que los contratos amparados por dichos tratados o convenios internacionales sean suscritos en el extranjero o en el Ecuador.

Con base en lo anterior, hay que dejar en claro que existen numerosos tratados de protección y promoción recíproca de inversiones que fueron suscritos, sometiendo al Ecuador al arbitraje internacional del CIADI, del Mecanismo Complementario del CIADI o de otro tipo de arbitrajes internacionales, cuando en esa fecha no existía la posibilidad indiscriminada de un sometimiento a este tipo de jurisdicción extraña. Es el caso de los Tratados suscritos por el Ecuador con los siguientes países:

<u>País</u>	<u>Fecha de suscripción</u>	<u>Registro Oficial</u>
Suiza	02/05/1968	No. 198 del 07/04/1971

Chile	27/10/1993	No. 785 del 20/09/1995
Venezuela	18/11/1993	No. 548 del 14/10/1994
Paraguay	28/01/1994	No. 782 del 28/01/1994
Argentina	18/02/1994	No. 785 del 20/09/1995
Gran Bretaña	10/05/1994	
Francia	07/09/1994	No. 778 del 11/09/1995
El Salvador	16/05/1994	No. 831 del 28/11/1995
China	21/03/1994	No. 104 del 09/07/1997
Alemania	21/03/1996	No. 84 del 11/06/1997
Rumania	21/03/1996	No. 104 del 09/07/1997
Canadá	29/04/1996	
Bolivia	25/05/1995	No. 159 del 24/09/1997

Nótese que algunos de los Tratados en mención, incluso son publicados en el Registro Oficial en fecha anterior al 16 de junio de 1996, fecha desde la cual era factible el sometimiento al arbitraje internacional independientemente de dónde se haya suscrito el contrato correspondiente.

La Constitución vigente a la fecha establecía en el artículo 59, literal g) que era el Congreso Nacional para conocer exclusivamente: “g) Aprobar los tratados públicos y demás convenciones internacionales”.

En el caso de los Estados Unidos de América, es preciso dejar en claro que el 27 de agosto de 1993 se suscribe en Washington el Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con la República del Ecuador, el mismo que es aprobado por el Congreso Nacional mediante Resolución de fecha 28 de septiembre de 1994, fecha en la cual la norma constitucional y legal no permitía la suscripción de este tipo de Tratados.

De lo anterior se colige que la Cancillería ecuatoriana procedió a suscribir los Tratados señalados anteriormente, siendo que a la fecha de la suscripción no existía norma

constitucional ni legal que ampare este tipo de tratados en lo que respecta al sometimiento indiscriminado a una jurisdicción extraña.

Lo anteriormente citado amerita una investigación que de lugar a la determinación de las responsabilidades y sanciones penales correspondientes a las personas que se permitieron suscribir y publicar en el Registro Oficial tratados internacionales que no habían sido aprobados por el Congreso Nacional y que, además, no podían ser aprobados porque el ordenamiento constitucional y legal no se lo permitía.

El Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América

El nombre de Tratado no es correcto, porque no se puede hablar de que existen inversiones de los dos lados, en razón de que el gran flujo de inversión viene desde los Estados Unidos de América hacia el Ecuador.

Por lo tanto, en estricta lógica debió llamárselo Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones de nacionales del los Estados Unidos de América realizadas en la República del Ecuador

La destrucción del concepto de expropiación en el derecho público ecuatoriano, en razón de lo que se conceptúa como “Inversiones” dentro del Tratado

El Artículo III del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, en su punto 1, dice lo siguiente:

“1.- Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de

conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II. La indemnización equivaldrá al valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer si ocurre con anterioridad....”.

El Artículo 323 de la Constitución Política de la República establece:

“Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda confiscación”.

Este concepto jurídico no difiere en lo sustancial de lo señalado en el artículo 33 de la Constitución de 1998.

El asunto de fondo radica en que se trata de utilizar la figura jurídica de la expropiación en materia de inversiones, porque ella garantiza la indemnización, con el objeto de obtener posiciones de ventaja e inmunidad a favor de las transnacionales, frente a la potestad jurisdiccional del Estado .

El Artículo 4 de la Ley de Hidrocarburos señala:

“Art. 4.- Se declara de utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases, esto es, el conjunto de operaciones para su obtención, transformación, transporte y comercialización. Por consiguiente, procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes y la constitución de servidumbres generales o especiales de acuerdo con la ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria”.

El Artículo 91 de la Ley de Hidrocarburos establece:

“Art. 91.- A petición de una empresa contratista o de PETROECUADOR, podrá el Ministerio del Ramo, previa declaratoria de utilidad pública, expropiar a favor de PETROECUADOR, para que ésta ceda su uso a la empresa interesada, terrenos u otros bienes inmuebles, o constituir servidumbres, que fuesen indispensables para el desarrollo de cualquier aspecto de la industria petrolera. Todos los gastos y pagos que deban efectuarse para estos fines correrán por cuenta de la empresa interesada o de PETROECUADOR....”

Queda claro que la expropiación en el sector petrolero está circunscrita a terrenos o inmuebles que se precisen para el desarrollo de la actividad.

A manera de ilustración, voy a transcribir la Cláusula 5.2.8 del Contrato de Participación suscrito por el Estado ecuatoriano con la OCCIDENTAL, mediante la cual PETROECUADOR se obliga a: Solicitar y obtener oportunamente del Ministerio del Ramo, a petición de la Contratista, previa la declaratoria de utilidad pública, la expropiación a favor de PETROECUADOR, de terrenos u otros bienes inmuebles o la constitución de servidumbres de cualquier naturaleza que fueren necesarias para el cumplimiento de las obligaciones de la Contratista, según este Contrato de Participación; bienes o derechos cuyo uso o aprovechamiento será cedido gratuitamente por PETROECUADOR a la Contratista, la que asumirá todos los gastos y pagos relacionados con tales expropiaciones o constitución de servidumbres”.

Entonces en el mismo Contrato de Participación se contempla también la posibilidad de que se dé una determinada expropiación por causas de utilidad pública, en aplicación de lo que determina el Artículo 4 de la Ley de Hidrocarburos.

El verdadero trasfondo está en torno a catalogar de manera intencionada la expropiación con un carácter jurídico extensivo y analógico, que no lo tiene en derecho público, con el

objeto de garantizar que exista inmunidad legal respecto de las acciones que pueda tomar el Estado en ejercicio de su jurisdicción administrativa.

La caducidad contractual es otra figura del derecho administrativo distinta de la expropiación, que extingue la relación contractual. Es una sanción administrativa contemplada en el derecho público ecuatoriano como tal, sujeta al hecho de que se cumplan con uno o más de ciertos presupuestos fácticos, que se encuentran enumerados la ley y en el contrato.

Además, la Ley de Hidrocarburos se establece que la declaración de caducidad de un contrato trae consigo la reversión de los bienes sin costo alguno para PETROECUADOR y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la ley y el contrato, las cuales quedarán a favor del Estado.

La Ley contempla una serie de instituciones jurídicas que traen consigo la incautación de bienes por parte del Estado. Así por ejemplo el comiso aduanero, el comiso especial en el caso de tráfico de estupefacientes.

Cada figura jurídica tiene su propia identidad, y de lo que se trata en el Tratado para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, es de confundir manera intencionada la figura jurídica de la expropiación con otras instituciones jurídicas del derecho ecuatoriano.

En el Tratado de Libre Comercio (TLC), que iba a suscribir el Ecuador con los Estados Unidos de América, también se pretendió introducir también este falso concepto de la expropiación directa e indirecta en beneficio de los EEUU

En el Artículo 6 del Capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio (TLC) a suscribirse con el Ecuador, se hace constar lo siguiente:

“Artículo 6: Expropiación e indemnización

1) Ninguna de las Partes podrá expropiar ni nacionalizar directa o indirectamente una inversión cubierta mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización de esa inversión (“expropiación”), salvo que:

- a) sea por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva;
- d) apegada a los principios de legalidad y del debido proceso y los Artículos del 5.1 al 5.3”.

La segunda situación abordada por el Artículo 6.1 del Capítulo Inversiones del TLC es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

En este Artículo se dice:

(a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:

(i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto tenga o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;

(ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y,

(iii) el carácter de la acción gubernamental.

(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público tales la como salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

En el derecho ecuatoriano no existe la expropiación directa e indirecta sino que es una única figura jurídica única que se da por causa de utilidad pública o social, constituyendo una limitación al derecho de propiedad, para permitir el que se usen determinados bienes, para un objeto público o social determinado.

El párrafo 3 del Artículo II del Tratado vulnera el principio jurídico de la litis pendencia y crea inseguridad jurídica

“3. a) Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.

b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición la expansión o la enajenación de las inversiones. Para los fines de la solución de diferencias, de conformidad con los artículos VI y VII, una medida podrá tenerse por arbitraria o discriminatoria aún cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de que dicha medida se examine en los tribunales o en los tribunales administrativos de una de las Partes.

c) Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones.”

El Tratado vulnera el principio doctrinario del derecho de que la materia tributaria no puede ser sujeto de arbitraje internacional

El Artículo X del Tratado dice:

“1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.

2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:

- a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III;
- b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV; o,
- c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tales como se menciona en el inciso a) o en el inciso b).

En la medida en que no estén sujetas las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en plazo razonable”.

Como vemos vuelve a aparecer el tema tributario vinculado a la expropiación, lo cual como ya lo analizamos anteriormente, es un total contrasentido.

El Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, no contempla el ejercicio del recurso de nulidad respecto de los laudos arbitrales

El punto 6 del Artículo VI del Tratado dice:

“6. Todo laudo arbitral dictado en virtud de este artículo será definitivo y obligatorio para los fines de la diferencia. Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio”.

Esta disposición del Tratado inobserva, lo señalado la Ley de Arbitraje y Mediación y en las distintas normas que rigen los arbitrajes, que tienen que con el ejercicio del recurso de nulidad respecto del laudo que se ha dictado.

El Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, no contempla la reconvencción ni el derecho a la contrareclamación, que puede ser ejercida por el Estado ecuatoriano

El punto 7 del Artículo VI del Tratado dice, su parte pertinente:

“7. En todo procedimiento relativo a una diferencia en materia de inversión, las Partes no emplearán como defensa reconvencción, derecho de contrareclamación o de otro modo...”.

Esto limita las posibilidades de defensa del País, en casos en que exista algún aspecto vinculante sobre la materia objeto del arbitraje.

Las reservas que hacen los dos países al Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, son asimétricas y desiguales en perjuicio del Ecuador

Los puntos 3 y 4 del Protocolo del Tratado establecen una desigualdad marcada respecto de las reservas realizadas por los dos países en materia de excepciones, como se indica a continuación:

<p>Los Estados Unidos se reservan el derecho a establecer o mantener excepciones restringidas al trato nacional, previsto en el artículo II, párrafo 1, en los sectores o materias que se indican a continuación:</p> <p>Transporte aéreo; transporte marítimo y de cabotaje; banca; seguros; asignaciones oficiales; programas gubernamentales de seguros y préstamos; producción de energía y electricidad; agencias de aduanas; propiedad de bienes inmobiliarios; propiedad y operación de estaciones de emisoras de radio y televisión comercial, propiedad de acciones en la “Communications Satellite Corporation”; provisión de servicios públicos de telefonía y telegrafía; prestación de servicios de cable submarino; aprovechamiento de la tierra y los recursos naturales, explotaciones de minas en propiedades públicas; servicios marítimos y servicios afines; y corretaje a título primario de valores del Gobierno de los Estados Unidos.</p> <p>Los Estados Unidos se reservan el derecho a hacer o mantener excepciones</p>	<p>El Ecuador se reserva el derecho a hacer o mantener excepciones restringidas al trato nacional, previsto en el Artículo II, párrafo 1, en los sectores o materias que se indican a continuación:</p> <p>Pesca tradicional (que no incluye procesamiento de la pesca ni la acuicultura); propiedad y operación de estaciones emisoras de radio y televisión comercial.</p>
---	--

<p>restringidas al trato de nación más favorecida, prevista en el artículo II, párrafo 1, en los sectores o materias que se indican a continuación:</p> <p>Propiedad de bienes inmobiliarios, explotación de minas en propiedades públicas, servicios marítimos y afines; y corretaje primario de valores del Gobierno de los Estados Unidos.</p>	
---	--

Además, según el literal e) del Artículo 79 de la Constitución mencionada, se estipulaba que los Tratados y demás Convenios Internacionales debían celebrarse, de conformidad con la Constitución y leyes de la República, por lo que en ese entonces la jerarquía de un Tratado internacional se encontraba por debajo del valor jurídico de una ley, en este caso debía someterse a la disposición del Artículo 1.505 del Código Civil, antes señalado.

La necesaria denuncia del Tratado debió realizarse en su debida oportunidad

El Artículo XII del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU establece, en sus numerales 1 y 2, lo siguiente:

1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación y permanecerá en vigor por un período de diez años y continuará en vigor a menos que se denuncie de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo...

2. Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación.”

El protocolo de canje de los Instrumentos de Ratificación del Tratado se realizó el 11 de abril de 1.997, por lo tanto, su vigencia se encuentra pactada desde el 11 de mayo de 1.997, hasta el 11 de mayo del 2.007.

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del Artículo XII del Tratado, cualquiera de las Partes, en este caso, el Ecuador, puede denunciar el Tratado al concluir el período inicial de diez años, que fenece el 11 de mayo del 2.007, pero para ello, era necesario que se presente una notificación por escrito en tal sentido al Gobierno norteamericano, hasta el 10 de mayo del 2.007 o en cualquier fecha posterior.

Según el Art. VI, el consentimiento en la diferencia en materia de inversión es, según el Tratado, una diferencia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte y sigue el siguiente procedimiento

Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes procurarán primeramente resolverla mediante consultas y negociaciones.

El párrafo 2 de este artículo dice que si la diferencia no se soluciona podrán optar por una de las siguientes vías de resolución:

1. Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia;
2. A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o

3. Conforme lo dispuestos en el párrafo 3 de este artículo.

El párrafo 3 dice que:

“a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2; y hayan transcurridos seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

i Del CIADI; o

ii Del mecanismo complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o

iii Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o

iv De cualquier otra institución arbitral o conforme otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

4. Cada una de las partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de.

a) Un “consentimiento por escrito” de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del mecanismo complementario; y

b) Un “acuerdo por escrito” a efectos del artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (“Convención de Nueva York”).

De tal suerte que, así el Ecuador denuncie el Convenio que establece el CIADI, de todas maneras por lo pactado en el Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito con los Estados Unidos de América, de todas maneras, se nos llevaría al arbitraje del CIADI, por medio del Mecanismo Complementario del CIADI que en lo sustancial es el mismo tipo de arbitraje, que se lo aplica cuando uno de los dos Estados son miembros del CIADI.

En este caso, los Estados Unidos siempre serán miembros del CIADI, por lo cual las empresas norteamericanas podrán llevar al Ecuador al arbitraje de este Mecanismo Complementario del CIADI.

Por lo tanto, cabe la denuncia de estos dos instrumentos internacionales.

5.9.-Breve análisis de los términos del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de hidrocarburos suscrito entre el Estado Ecuatoriano y la Compañía Occidental; y razones jurídicas para declarar la caducidad.

A continuación, se evidenciará que la Compañía OCCIDENTAL conocía perfectamente que rige la institución jurídica de la caducidad contractual respecto del Contrato de Participación suscrito con el Estado ecuatoriano, representado por PETROECUADOR

1. En la Cláusula 22.1.1 suscrito por OCCIDENTAL, se pactó: “Legislación aplicable: Este Contrato de Participación se rige exclusivamente por la legislación ecuatoriana...”

2. La Cláusula Vigésimo Primera del Contrato, se denomina “DE LA TERMINACIÓN Y CADUCIDAD DE ESTE CONTRATO DE PARTICIPACIÓN”, lo cual implica que OCCIDENTAL conocía de la existencia de la institución jurídica contemplada en el derecho público ecuatoriano que se denomina caducidad contractual, la cual es aplicable por parte del Estado ante la presencia de infracciones cometidas por la contratista, que traigan consigo la aplicación de esta sanción administrativa.

3. En la Cláusula 5.6.1 del Contrato, se estipula que: “La Contratista asume plena responsabilidad frente al Estado ecuatoriano y PETROECUADOR respecto de las obligaciones adquiridas en virtud de este Contrato de Participación”.

4. OCCIDENTAL conocía el contenido de la Cláusula 21.1 del Contrato de Participación, que dice: “Terminación: Este Contrato de Participación terminará: VEINTE Y UNO PUNTO UNO PUNTO UNO.- Por declaratoria de caducidad emitida por el Ministerio del Ramo por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (76 de la Ley de Hidrocarburos, en lo que sean aplicables.- VEINTE Y UNO PUNTO UNO PUNTO DOS.- Por transferir derechos y obligaciones del Contrato de Participación, sin autorización del Ministro del Ramo”.

5. En el mismo Contrato, OCCIDENTAL acepta el procedimiento a seguirse, estipulado en la Cláusula 21.2, para la declaratoria de caducidad prevista en la Ley de Hidrocarburos, procedimiento que ha sido respetado por el Estado ecuatoriano.

6. La Cláusula 16.6.1 del Contrato suscrito por OCCIDENTAL, señala: “La transferencia de este Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo deberán ser autorizadas por el Ministerio del Ramo, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes, de manera especial se cumplirán las disposiciones previstas en el artículo setenta y nueve de la Ley de Hidrocarburos y en los

Decretos Ejecutivos Números ochocientos nueve, dos mil setecientos trece, y mil ciento setenta y nueve.”

7. El inciso primero del Art. 79 de la Ley de Hidrocarburos señala: “Art. 79.- (Nulidad de la transferencia de contratos y de la cesión de derechos).- La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no precede autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto de la presente Ley”.

8. EL Decreto Ejecutivo Número 809, reformado con los Decretos Ejecutivos Nos. 2.713 y 1.179, constituye el Reglamento al Art. 79 para la Transferencia y Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos el que en su artículo 1, establece lo siguiente:

“Art. 1.- (Convención básica para transferencia o cesión de derechos y obligaciones).- Los derechos y obligaciones derivados de los contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos u otras formas contractuales vigentes en la legislación ecuatoriana, podrán transferirse o cederse, total o parcialmente, a favor de terceros, previa la autorización correspondiente del ministerio del ramo, caso contrario dicha transferencia o cesión serán nulas y dará origen a la declaratoria de caducidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos”.

10. Según la Cláusula 21.1 del Contrato suscrito por la OCCIDENTAL, la caducidad contractual se resolverá por las causales establecidas en el Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos, entre las cuales se transcribe la señalada en el numeral 11 de dicho Artículo que se refiere a: “Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio.”

La reversión de los bienes afectos al Contrato en razón de la caducidad contractual

De igual manera, OCCIDENTAL al suscribir el Contrato de Participación para la Explotación y Exploración adicional de Hidrocarburos, conocía que la reversión es una institución jurídica del derecho público administrativo que se aplica ante el vencimiento de un contrato o anticipadamente, por la declaratoria de caducidad contractual.

1. En la cláusula 21.2.4 del contrato firmado por OCCIDENTAL, se establece expresamente que: “Declarada la caducidad se aplicará lo dispuesto en el Art. 75 de la Ley de Hidrocarburos...”.

2. El Art. 75 de la Ley de Hidrocarburos establece: “Art. 75.- La declaración de caducidad de un contrato implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para PETROECUADOR y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la ley y el contrato, las cuales quedarán a favor del Estado”.

3. En el Contrato de Participación suscrito con OCCIDENTAL, OXY se compromete al contenido de las Cláusulas 18.1 y 18.6, cuyo texto es el siguiente:

“18.1 Los bienes adquiridos por la Contratista para la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios formarán parte de los bienes destinados a la ejecución de este Contrato de Participación y estarán sujetos a la reversión al Estado, con sujeción a lo estipulado en la cláusula DIECIOCHO PUNTO SEIS de este instrumento”.

“18.6 Al término de este Contrato de Participación, por vencimiento del plazo del Período de Explotación o por las causas establecidas en la cláusula VEINTE Y UNO PUNTO UNO, la Contratista deberá entregar a PETROECUADOR, sin costo y en buen estado de producción, los pozos que en tal momento estuvieren en actividad; y, en buenas condiciones, salvo el desgaste normal, todos los equipos, herramientas,

maquinarias, instalaciones y demás muebles e inmuebles que hubieren sido adquiridos para la ejecución del Contrato de Participación, de conformidad con el Artículo 29 de la Ley de Hidrocarburos, excepto aquellos que hubieren sido dados de baja, de acuerdo con el procedimiento que convenga a las Partes”.

4. El Artículo 29 de la Ley de Hidrocarburos en su parte pertinente dice en la parte pertinente: “Art. 29.- Al término de un contrato de exploración y explotación, por vencimiento del plazo o por cualquier otra causa ocurrida durante el período de explotación, el contratista o asociado deberá entregar a PETROECUADOR, sin costo y en buen estado de producción, los pozos que en tal momento estuvieren en actividad; y, en buenas condiciones, todos los equipos, herramientas, maquinarias, instalaciones y demás muebles e inmuebles que hubieren sido adquiridos para los fines del contrato, así como trasladar aquellos que PETROECUADOR señale, a los sitios que ella determine”.

OCCIDENTAL incurre en causal de caducidad contractual

La Compañía OCCIDENTAL, sin contar con la autorización previa del Ministro de Energía y Minas, transfirió a la Compañía CITY, con fecha de vigencia 1° de octubre del 2.000, el 40% de los derechos y obligaciones del Bloque 15 y de los Convenios Operacionales de Explotación Unificada de los Campos Edén Yuturi y Limoncocha.

Esta transferencia constan en el Farmout Agreement (Cesión contractual) y en el Operating Agreement (Contrato de Operación), suscritos por las compañías OCCIDENTAL y CITY; y, esta transferencia fue registrada en la United States Securities & Exchange Commission, que es la oficina federal de los Estados Unidos de América en donde se registran las cesiones de derechos y obligaciones de las compañías cuyas matrices se encuentran domiciliadas en ese país.

El Farmout Agreement suscrito entre la OCCIDENTAL y CITY

Según el Simon and Schuster's Internacional Dictionary, farmout es “dar en contrato”, “ceder por contrato”.

Conforme consta expresamente en el encabezamiento del Acuerdo de Farmout, éste fue suscrito entre la OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY y la CITY INVESTING COMPANY LIMITED, con fecha de vigencia 1 de octubre del 2.000, a las 04h00, hora local del Ecuador, denominada como “Hora de Vigencia”.

La United States Code, es publicada por The Office of the Law Revision Counsel of the U.S. House of Representatives desde 1.926. En su Sección 101, denominada Definiciones, se señala que por farmout agreement se entiende un convenio escrito, mediante el cual el propietario de un derecho para perforar o producir u operar hidrocarburos, en estado líquido o gaseoso en su yacimiento, acuerda o ha acordado, transferir o asignar todo o parte de ese derecho a otra entidad.

Según lo señalado expresamente en el Farmout Agreement, el Bloque 15 de la Región Amazónica junto con los Campos Unificados Edén Yuturi y Limoncocha, se denominan colectivamente: “Bloque 15”.

De la misma manera, al Contrato de Participación para la Explotación y Exploración Adicional del Bloque 15 y a los Convenios Operacionales de Explotación Unificada de los Campos Edén Yuturi y Limococha, se los denomina: “Contratos Participativos”.

Según el Artículo 1.01 del Farmout Agreement, el término “Propiedad Sujeta al Farmout” (o sea propiedad sujeta a cesión), según lo que expresamente se establece en el Farmout Agreement, significa e incluye:

a) Los Contratos Participativos y los derechos e intereses allí otorgados a OCCIDENTAL en y con respecto al Bloque 15 y las obligaciones asociadas a

OCCIDENTAL (incluso todos los gastos de capital y apoyo de la sede y de la oficina en Quito), acumulados después de la Hora de Vigencia de los mismos ;

b) Todos los pozos, equipos, tuberías auxiliares, instalaciones y bienes muebles situados en el Bloque 15 en la Hora de Vigencia y pertenecientes u otorgados y en posesión de OCCIDENTAL para uso en conexión con los Contratos Participativos y el Bloque 15, o cualquiera de ellos;

c) Toda la información, datos e informes (incluso sísmicos, geofísicos, geológicos y otros tipos de datos e informes técnicos, muestras, registros de pozos, datos, información y análisis de pozos y de producción en cualquier forma que se mantengan) relacionados con el Bloque 15 pertenecientes o en posesión de OCCIDENTAL a partir de la Hora de Vigencia;

d) Todos los arrendamientos, licencias, derechos de paso y servidumbres pertenecientes y en posesión de OCCIDENTAL a la Hora de Vigencia para uso en conexión con los Contratos Participativos y el Bloque 15, o cualquiera de ellos; y,

e) Los derechos y obligaciones de OCCIDENTAL acumulados después de la Hora de Vigencia, en conexión con los contratos y acuerdos del Oleoducto de Crudos Pesados.

Ya vimos anteriormente que “Hora de Vigencia”, según se define en el Farmout Agreement es el 1 de octubre del 2.000, a las 04h00 hora local del Ecuador.

Por lo tanto, no cabe ninguna duda que, con fecha de vigencia 1 de octubre del 2.000, OCCIDENTAL transfirió o cedió a CITY lo señalado anteriormente, lo cual constituye una violación de la prohibición señalada en la Ley de Hidrocarburos y en el Contrato suscrito entre el Estado ecuatoriano y la OCCIDENTAL, de ceder uno o más de sus derechos, sin la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas, porque lo que incurrió en causal de caducidad de un contrato petrolero, como efectivamente sucedió

La Cláusula 2.06 del Farmout Agreement denomina como el “Cierre”, al cierre de las transacciones descritas en el Farmout Agreement.

Según el Farmout Agreement, en el “Cierre” debía suceder lo siguiente:

- a) OCCIDENTAL y CITY debía formalizar el Joint Operating Agreement o Contrato de Operación (Éste lo suscribieron el 31 de octubre del 2.000, con fecha de vigencia 1 de octubre del 2.000);
- b) OCCIDENTAL y CITY debía formalizar la Carta Convenio relacionada con el Oleoducto de Crudos Pesados (Ello fue formalizado concomitantemente);
- c) OCCIDENTAL haría que Occidental Oil and Gas Holding Corporation formalice el Acuerdo de Garantía a favor de CITY INVESTING COMPANY LIMITED y de ALBERTA ENERGY COMPANY LTD. (Ello fue formalizado concomitantemente);
- d) CITY haría que ALBERTA ENERGY COMPANY LTD formalice el Acuerdo de Garantía a favor de OCCIDENTAL (Ello fue formalizado concomitantemente);
- e) CITY debía efectuar el pago del Anticipo a OCCIDENTAL, como se indica en la Cláusula 3.02 por un monto de US \$ 67'000.000 y un pago de US \$ 440.436,97 a OCCIDENTAL indicado en la Sección 3.03 (Esto se pagó antes del 31 de octubre del 2.000 mediante Transferencia realizada a través del Chase Manhattan Bank a la Cuenta No. 323-258735 de OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY);
- f) CITI debía realizar el pago por “El Período de Ajuste” (Esto se pagó antes del 31 de octubre del 2.000 mediante Transferencia realizada a través del Chase Manhattan

Bank a la Cuenta No. 323-258735 de OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY); y,

g) OCCIDENTAL debía presentar a CITY un informe del cálculo del Flujo de Caja Neto Ajustado (Ello se dio concomitantemente).

Por lo tanto, vemos que se dio efectivamente el cierre de las transacciones entre OCCIDENTAL Y CITY, denominado en el Farmout Agreement el “Cierre”.

El Joint Operating Agreement (JOA) es el Contrato de Operación suscrito entre la OCCIDENTAL y CITY.

En el encabezamiento de este Contrato se dice: “El presente CONTRATO DE OPERACIÓN queda suscrito entre OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY, compañía constituida en el estado de California, Estados Unidos de América (en adelante “OEPC”) y CITY INVESTING COMPANY LIMITED, compañía constituida en Bermuda (en adelante “AECI”). En ocasiones se podrá referir en el presente Contrato a las citadas compañías como “parte” o “partes”, dependiendo de si se habla de ellas en forma individual o colectiva, respectivamente”.

El Artículo 1 de este Contrato se refiere a las definiciones, de las cuales, para una mejor comprensión de lo pactado, vamos a reseñar las siguientes:

“1.10 Bloque 15, según se utiliza en adelante, significa los derechos contractuales a la zona cubierta por el Contrato de participación más los derechos contractuales a las zonas cubiertas por el campo unificado de Edén Yuturi y el campo unificado de Limoncocha”.

Como se ve está pactando sobre de derechos contractuales sobre la zona cubierta por e Contrato, que es lo que verdaderamente está prohibido transferirse sin la autorización

expresa del Ministerio de Energía y Minas, ello por mandato de la Ley de Hidrocarburos y de las estipulaciones del Contrato suscrito entre el Estado y OCCIDENTAL.

“1.27 Fecha Efectiva, significa la fecha de entrada en vigor del presente Contrato de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 2”.

El Artículo 2 de este Contrato establece: “El presente Contrato entrará en vigor a partir del 1 de octubre de 2000, y se mantendrá su vigencia hasta que haya finalizado el último de los Contratos Participativos y se hayan retirado todos los materiales, equipos y propiedad personal utilizados en relación con las Operaciones Conjuntas, y que las Partes hayan efectuado la liquidación final”.

Entonces no cabe ninguna duda que este Contrato fue suscrito con fecha de vigencia 1 de octubre del 2.000, siendo que no se había contado con la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas, por lo su suscripción y aplicación constituyeron causal de caducidad del Contrato de OCCIDENTAL suscrito con el Estado ecuatoriano.

“1.39 Cuenta Conjunta significa las cuentas mantenidas por el Operador de acuerdo con las disposiciones del presente Contrato y con el Procedimiento Contable para Operaciones Conjuntas”

“1.40 Operaciones Conjuntas significa aquellas operaciones y actividades llevadas a cabo por el Operador en virtud del presente Contrato para el Bloque 15 (Incluido el campo unificado de Edén Yuturi y el campo unificado de Limoncocha) cuyos costos sean cobrables a cuenta de la totalidad de las Partes”.

Vemos con nitidez cómo los costos de las Operaciones Conjuntas son cobrables a las Partes, en este caso, las Partes, son OCCIDENTAL y CITY.

“1.41 Propiedad Conjunta significa todos los pozos, instalaciones, equipos, materiales, información, fondos y propiedades que cualquier momento se tengan para ser utilizados en Operaciones Conjuntas”.

De esta definición se puede colegir que CITY al igual que OCCIDENTAL eran propietarios de los pozos, instalaciones, equipos, materiales, fondos, etc. y no cabía que se confunda a la opinión pública en el sentido de que CITY era nada más dueña de un porcentaje de la producción del Bloque 15.

“1.43 Comisión de Administración significa la Comisión constituida de acuerdo con el Artículo 5”

Esto lo analizaremos más adelante.

“1.48 Operador significa OEPC, nombrada como tal en virtud del presente Contrato”.

Ello quiere decir que quién nombró a OCCIDENTAL como Operador del Contrato de Participación suscrito con el Estado ecuatoriano, son los Partes del Contrato de Operación, en este caso OCCIDENTAL y CITY.

Como el Operador de los campos a cargo de OCCIDENTAL y CITY era la misma OCCIDENTAL, con ello se quiso engañar a la ciudadanía haciéndole creer que solamente existía OCCIDENTAL en el manejo de los campos del Bloque 15, Edén Yuturi y Limoncocha, pero se ocultó que OCCIDENTAL daba la cara en el tema porque era la Operadora de los campos, en base a la designación que le hicieran las dos compañías OCCIDENTAL y CITY.

“1.51 Contratos Participativos significa el Contrato de Participación suscrito entre las entidades identificadas como tales en la parte expositiva del presente Contrato –así como cualquier prórroga, renovación o enmienda del mismo que se acuerde por escrito por

dichas entidades-, el Contrato de Operación para el Campo Unificado de Edén Yuturi y el Contrato de Operación para el Campo Unificado de Limoncocha, incluyendo leyes, estatutos, reglas y normas con respecto a la exploración, desarrollo y producción de Petróleo que rigen tales instrumentos o que hayan sido incorporados por las condiciones de tales instrumentos”.

Por lo tanto, cuando en el Contrato de Operaciones se habla de Contratos Participativos, ello quiere decir que se refiere al Contrato de Participación del Bloque 15 y a los Convenios o Contratos Operacionales de Explotación Unificada de los Campos Edén Yuturi y Limoncocha.

“1.52 Interés Participativo significa el porcentaje indiviso de participación de cada Parte en los derechos y obligaciones derivados de los Contratos Participativos y el presente Contrato, según se describe con mayor detalle en el Artículo 3.2.1”.

Nótese que se habla del porcentaje proindiviso de cada Parte, esto es de la OCCIDENTAL y de CITY en los derechos y obligaciones de los Contratos Participativos, derechos y obligaciones que no podían transferirse por expresa prohibición del numeral 11 de Artículo 74 y del inciso primero del Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, así como de la Cláusula VIGÉSIMO PRIMERA del Contrato suscrito entre OCCIDENTAL y el Estado ecuatoriano el 21 de mayo de 1.999.

Los voceros de la OCCIDENTAL decían en su oportunidad que lo que se ha transferido era un “interés económico” y no un “interés legal”, pero es de hacerse notar que la Ley de Hidrocarburos no hace ninguna diferencia entre estas dos calidades, puesto que se refiere de manera general a las transferencia de uno o más de los derechos del Contrato, como causal de caducidad contractual, si no se cuenta de manera previa con la autorización formal del Ministerio de Energía y Minas.

Si embargo de ello, es preciso destacar que en el Artículo 3.2.1 se dice que CITY: “estará obligada y acepta cumplir todas las obligaciones y correr con todos los costos, cargos gastos y responsabilidades atribuibles al Interés Farmout en los Contratos Participativos y el Bloque 15, y tendrá derecho a los derechos y beneficios atribuibles a tal Interés Parcial que devenguen de y después de la fecha efectiva y atribuible a períodos de tiempo a partir de las 4:00 local del Ecuador de la fecha efectiva, bajo y sujeto a las condiciones y disposiciones del presente Contrato, del mismo modo y hasta el mismo extremo que si AECI (CITY) tuviera la titularidad legal de un interés económico del 40% como participante en los Contratos Participativos y el Bloque 15.....Ello da como lugar a los siguientes Intereses Participativos efectivos a los efectos del presente Contrato: OEPC (OCCIDENTAL) 60%, AECI (CITY) 40%”.

Todo está claro. La participación de OCCIDENTAL en el 60% de los derechos y obligaciones derivados de los Contratos Participativos (Bloque 15 y campos Edén Yuturi y Limoncocha) y del Contrato de Operaciones, y la participación de CITY en un 40% de los mismos derechos.

Ello dejó sin fundamento la afirmación de los defensores de OCCIDENTAL de que CITY no ostentaba un título legal, siendo que lo pactado hace que, en la práctica, CITY gozó de los derechos y beneficios de tener el 40% del título legal de la participación en el Contrato del Bloque 15 y en el de los Campos Edén Yuturi y Limoncocha.

Ello se refuerza cuando en el Artículo 3.3.1 del Contrato de Operaciones se pacta que: “...todos los derechos e intereses en y bajo los Contratos Participativos, así como toda Propiedad Conjunta y todo el Petróleo producido en el Área del Contrato, será, con arreglo a lo dispuesto en los Contratos Participativos, propiedad de las Partes conforme a sus respectivos Intereses Participativos”.

Pues es así que se pactó que serían propiedad de las Partes, conforme sus Intereses Participativos, esto es 60 % de OCCIDENTAL y 40% de CITY, los derechos e intereses

en y bajo los Contratos Participativos, esto es los Contratos del Bloque 15 y el de los Campos Edén Yuturi y Limoncocha.

“1.53 Parte significa cualquiera de las entidades que se citan en el primer párrafo del presente Contrato y cualesquiera sucesores o cesionarios permitidos respectivamente por éstas”.

En este caso, Parte es OCCIDENTAL o CITY, según la entidad de que se trate, como se lo explicó anteriormente.

Al ser CITY, Parte de los Contratos Participativos, suscritos por OCCIDENTAL con el Estado ecuatoriano, se violó las normas antes citadas de la Ley de Hidrocarburos y las estipulaciones del Contrato.

En el Artículo 3.1.1 del Contrato de Operación se hace constar que: “El presente Contrato tiene por objeto establecer los respectivos derechos y obligaciones de las Partes con respecto a las operaciones bajo los Contratos Participativos, incluyendo sin límite la exploración, evaluación, desarrollo y producción conjuntas de Petróleo del Área del Contrato y el Transporte de Petróleo hasta el Punto de Levantamiento.”

Por ello, no existió ninguna duda de que OCCIDENTAL transfirió derechos y obligaciones de su Contrato suscrito con el Estado ecuatoriano.

En el Artículo 3.3.2 del Contrato de Operaciones se establece que: “...las obligaciones de las Partes bajo los Contratos Participativos y todas las responsabilidades y gastos en los que incurra el Operador en relación con las Operaciones Conjuntas se cobrarán a la Cuenta Conjunta, y todos los créditos a la Cuenta Conjunta serán compartidos por y entre las Partes en función de sus respectivos Intereses Participativos”.

Mediante el Artículo 4.1 del Contrato de Operación, OCCIDENTAL y CITY nombran a OCCIDENTAL como Operador de los campos petroleros a cargo del Contrato suscrito por OCCIDENTAL con el Gobierno ecuatoriano.

Pero, es necesario afirmar que el Operador, cuyo nombramiento nace de la voluntad de las dos compañías, no solamente de OCCIDENTAL sino también de CITY, no tenía ni tuvo, lo que podría decirse, autonomía de acción conforme se confirma a continuación.

Es por ello que en el Artículo 4.2.2 se señala el marco en base al cual el Operador puede desempeñar sus funciones en las Operaciones Conjuntas de las dos compañías OCCIDENTAL y CITY.

Es así que el Artículo 4.2.2.1 del Contrato de Operación se señala que el Operador “Llevará a cabo las Operaciones Conjuntas de acuerdo con las disposiciones de los Contratos Participativos, este Contrato y las autorizaciones e instrucciones de la Comisión de Administración...”.

En el Artículo 4.2.2.3 del Contrato de Operación se dice que “El Operador contará con la autorización de la Comisión de Administración de prácticas contables concretas que no entren en conflicto con el procedimiento contable”.

En el Artículo 4.2.2.4 del Contrato de Operación se establece que el Operador “Cumplirá con los deberes de la Comisión de Administración establecidos en el Artículo 5, y preparará y presentará las propuestas de programas de trabajo, presupuestos y AG (Autorizaciones de Gasto) a la Comisión de Administración según lo dispuesto en el Artículo 6. EL Operador llevará a cabo todas las Operaciones Conjuntas de acuerdo con los Programas de Trabajo y Presupuestos que se aprueben”.

Así mismo, en el Artículo 4.2.2.5 del Contrato de Operación se dice que el Operador “permitirá que los representantes de cualquiera de las Partes tengan, en todo momento

en que sea razonable y a su cuenta y riesgo, un acceso razonable a las Operaciones Conjuntas con el derecho de observar todas las Operaciones Conjuntas e inspeccionar toda la Propiedad Conjunta, así como llevar a cabo auditorías según se contempla en el procedimiento contable”.

Lo anterior dice que CITY tenía todos los derechos respecto de las Operaciones Conjuntas y de la Propiedad Conjunta, por lo que actuaba con ánimo de señor y dueño en la administración de los Contratos Participativos.

En el Artículo 4.2.2.8 del Contrato de Operación se establece que el Operador “Abonará al Gobierno para la Cuenta Conjunta, dentro de los plazos y en la forma prescrita por los Contratos Participativos y todas las leyes y normas aplicables, todos los pagos periódicos, cánones, impuestos, cargos y otros pagos relativos a las Operaciones Conjuntas...”.

Aquí vemos cómo el pago de los impuestos relativos a las Operaciones Conjuntas se realizó de la Cuenta Conjunta de las dos Partes que son OCCIDENTAL y CITY.

Cuando la compañía OCCIDENTAL le dijo a la opinión pública que ella era la única contraparte con el Gobierno ecuatoriano, ello no respondió a la realidad como lo veremos a continuación.

En el Artículo 4.2.2.10 del Contrato de Operación se dice que el Operador “Tendrá de acuerdo con las decisiones de la Comisión de Administración, el derecho y la obligación en exclusiva de representar a las Partes en todos los tratos con el Gobierno con respecto a cuestiones que surjan en relación con los Contratos Participativos y las Operaciones Conjuntas”.

Por lo tanto, OCCIDENTAL que era a la vez, Operador y Parte de los derechos y obligaciones del Contrato, representaba ante el Gobierno ecuatoriano a sí mismo y a la otra parte que era CITY.

Veamos a continuación algunos aspectos adicionales relativos al establecimiento de la Comisión de Administración.

En el Artículo 5.1 del Contrato de Operación se acuerda que “Con el fin de hacerse cargo de la supervisión y dirección global de las Operaciones Conjuntas se establece una Comisión de Administración compuesta por representantes de cada una de las Partes que ostenten un Interés Participativo”.

Ello es una prueba más y contundente de que el Operador sujetaba sus actos a las decisiones de la Comisión de Administración integrada por representantes de cada una de las Partes, esto es de OCCIDENTAL (60%) y de CITY (40%).

El Artículo 5.2 del Contrato de Operación establece que “...la Comisión de Administración tendrá el poder y el deber de autorizar y supervisar las Operaciones Conjuntas que sean necesarias o deseables para cumplir con los Contratos Participativos, y explorar y explotar adecuadamente el Área del Contrato de acuerdo con el presente Contrato y en un modo apropiado para las circunstancias”.

Por ello es que carece de total fundamento el argumento de OCCIDENTAL de que lo único que había transferido a CITY es el 40% sobre la producción final de los Contratos Participativos. Ello no era así, por cuanto, CITY (luego ALBERTA ENERGY) tuvo una decisiva y real participación en la administración de estos Contratos y, por ende, en las toma de decisiones respecto de las Operaciones Conjuntas para el manejo de los Campos del Bloque 15 y de Edén Yuturi y Limoncocha.

Coherentemente con lo afirmado, vemos que el Artículo 5.9.2 dice que “Los siguientes hechos requerirán el voto afirmativo de una (1) o varias partes que, colectivamente, ostente (n) al menos sesenta y seis y dos tercios por ciento (66-2/3%) de los Intereses Participativos:”

Según el Contrato de Operación, entre los hechos que requieren del voto afirmativo del 66,66 % de los Intereses Participativos está el señalado en el Artículo 5.9.2.2 que se refiere a la “Aprobación de un Programa de Trabajo y Presupuesto, o de cualquier enmienda o modificación que afecte a un Programa de Trabajo y Presupuesto”; y, el relativo al Artículo 5.9.2.4 que tiene relación con las “Decisiones sobre financiación de Operaciones Conjuntas (incluida cualquier decisión de sufragar deudas relacionada con tal financiación) antes de la Fecha de Cesión”.

¿Acaso no estaba claro que antes de la Fecha de Cesión, ya CITY tenía derechos decisorios respecto del manejo de las Operaciones Conjuntas del Bloque 15 y de los Campos Edén Yuturi y Limoncocha?.

El Artículo 6 del Contrato de Operación se refiere a los Programas de Trabajo y Presupuestos.

En lo que respecta a la exploración y valoración, el Artículo 6.1.1 del Contrato de Operación establece que “Dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la firma del presente Contrato, el Operador entregará a las Partes un Programa de Trabajo y Presupuesto que detallen las Operaciones Conjuntas acometidas en virtud de los Contratos Participativos para el resto del Año Natural en curso, así como las que se propongan para los Contratos Participativos correspondientes al próximo Año Natural”.

El Artículo 6.1.2 del Contrato de Operación dice que “El 1 de octubre de cada Año Natural subsiguiente, o antes de esa fecha, el Operador entregará a las Partes una

propuesta de Programa de Trabajo y Presupuesto que detalle las Operaciones Conjuntas que se llevará a cabo durante el próximo Año Natural.”

Ello quiere decir que se pactó que sean las Partes, esto es OCCIDENTAL y CITY quienes deban conocer y aprobar el Programa de Trabajo y Presupuesto, por lo que la participación de CITY en la votación para aprobar los Programas de Trabajo y Presupuesto desde el año 2.000 en adelante, fue decisiva, determinante y vinculante.

De lo anteriormente expuesto, es fácil y elemental colegir que, los casos “OCCIDENTAL” y “PETROBRAS”, son absolutamente diferentes.

En el primer caso, en la práctica se produjo desde el 1 de octubre del 2.000 la transferencia del 40% de los derechos y obligaciones del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 15 y de los Convenios Operacionales de Explotación Unificada de los Campos Edén Yuturi y Limoncocha, por parte de de OCCIDENTAL a CITY.

Es más, las dos Partes co-administraron el citado Contrato y los Convenios Operacionales, a través de la Comisión de Administración creada para el efecto por medio de Joint Operating Agreement.

En el caso, conforme lo analizamos anteriormente, ECUADORTLC S.A. y “PETROBRAS”, lo único que suscribieron fue una Carta de Intención, para que de obtenerse las autorizaciones ministeriales, se proceda a futuro a ceder a TEIKOKU OIL ECUADOR el 40% de los derechos y obligaciones que tenía ECUADORTLC S.A. y PETROBRAS en los Contratos de de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos de los Bloques 18 y 31, y en el Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul. Una vez que el Ministro de Energía y Minas expidió el Acuerdo Ministerial autorizando se proceda a dicha

cesión, las compañías recién a partir de esa fecha procedieron a hacerlo. Ello lo veremos a en un acápite posterior.

Proceso contractual de declaratoria de la caducidad contractual

El debido proceso en el trámite de la declaratoria de caducidad contractual estipulado en la Cláusula 21.2 del Contrato, duró 21 meses, y en la compañía tuvo todas las facilidades para desvanecer los cargos que se le imputaban y pedir la práctica de todas las diligencias que tuvo a bien pedir.

1. Mediante oficios Nos. 10881, 10882 y 10883 del 24 de agosto de 2004, el Procurador General del Estado, comparece ante el Presidente Constitucional de la República, el Ministro de Energía y Minas y el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, y solicita que de conformidad con los numerales 11, 12 y 13 del Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos y las cláusulas 21.1.1 y 21.1.2 del Contrato de Participación, previo el cumplimiento del trámite pertinente, se declare la caducidad de los *contratos participativos*.

2. El Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR avoca conocimiento del pedido y, en aplicación de lo que dispone la Cláusula 21.2.1, mediante Oficio No. 434-PEP-2004 4485 del 15 de septiembre del 2.004, notifica a la OXY con los cargos de incumplimiento legal y contractual efectuados en su contra, dándole 10 días de plazo para que desvanezca los cargos.

3. Mediante Comunicación No. OF-GG-4-2004 del 24 de septiembre del 2.004 el señor Presidente y Gerente General de OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCCION COMPANY (OEPC) se dirige al Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR señalando que no existen suficientes argumentos para que PETROECUADOR recomiende al Ministro de Energía y Minas dar por terminado el Contrato respectivo.

4. Mediante oficio No. 267-PEP-2005 de 2 de agosto de 2005, el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, en aplicación de la Cláusula 21.2.1 del Contrato suscrito por OXY, solicita se declare la caducidad de los *contratos participativos*, en vista que OXY no ha desvirtuado ni justificado las causales de caducidad.
5. El Ministro de Energía y Minas, en aplicación al Art. 76 de la Ley de Hidrocarburos y a la Cláusula 21.2.3 del Contrato suscrito por OXY, mediante Oficio No. 589-DM-0514024 de 15 de noviembre del 2.005, hace conocer a la compañía de los incumplimientos legales y contractuales formulados por el Procurador General del Estado y por el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR y, en función de lo que determina el procedimiento establecido, le concede a la OXY 60 días de plazo para que desvanezca los cargos.
6. La OXY contesta dicha notificación en fecha 7 de febrero del 2.006.
7. Se abre el período de prueba en donde se dio todas las facilidades para que la Compañía presente las pruebas de su defensa y se practiquen todas las diligencias pedidas en el proceso de caducidad.
8. Mediante escrito de 15 de mayo de 2006, el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, dando contestación al traslado corrido por el Ministro de Energía y Minas para que se pronuncie sobre una propuesta transaccional de OXY, señaló que la propuesta era contraria a la ley, inviable y lesiva a los intereses de PETROECUADOR, y en consecuencia, solicitó que se continúe con el trámite respectivo.
9. Mediante Resolución de 15 de mayo de 2006, el Ministro de Energía y Minas acepta la demanda y petición presentada por PETROECUADOR y la petición del Procurador General del Estado, declarando la caducidad de los *contratos participativos*

y disponiendo que se proceda de acuerdo con la ley, es decir de conformidad con los artículos 74 y 75 de la Ley de Hidrocarburos ya citados.

El arbitraje internacional por parte del CIADI no tiene asidero jurídico

OCCIDENTAL presentó el 17 de mayo de 2006 una solicitud de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, organismo dependiente del Banco Mundial.

1. En la Cláusula 21.3 del Contrato suscrito voluntariamente por OCCIDENTAL, se pactó: “Para los efectos de caducidad y sanciones se aplicará lo dispuesto en el capítulo IX de la Ley de Hidrocarburos”.

2. Todo el contenido de la Cláusula Vigésima del Contrato suscrito con OCCIDENTAL, se refiere a los casos en que se puede solicitar arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito o del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI; y, OCCIDENTAL fundamenta la solicitud de arbitraje en base a la Cláusula 20.3 del Contrato.

3. En la Cláusula 21.4 del contrato suscrito por OCCIDENTAL se establece que para todos los demás casos distintos a aquellos que producen caducidad, *es decir excluida la caducidad*, las partes podrán recurrir a los procedimientos convenidos en la Cláusula Vigésima, que, como lo señalamos anteriormente, se refiere al arbitraje. Por lo tanto, se puede recurrir a arbitraje internacional por otras causas menos para casos de caducidad contractual, como es el de la caducidad de los contratos de participación suscritos entre OXY y el Estado ecuatoriano.

4. La jurisdicción y la competencia para resolver las apelaciones de las Resoluciones del Ministro de Energía y Minas se encuentran plenamente definidas en la Cláusula 22.1.2 del Contrato suscrito por OXY, en donde se pacta: “...la contratista

tendrá derecho a acudir directamente ante el Tribunal Distrital Número Uno de lo Contencioso Administrativo, órgano jurisdiccional competente para conocer las reclamaciones directas o para resolver las apelaciones de las decisiones del Ministro de Ramo”. En consecuencia, en este caso, no es procedente el arbitraje, sino el recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito.

5. El arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos que el Ecuador reconoce y que se encuentra previsto en la Constitución, la Ley y los Convenios Internacionales. Sin embargo, en este caso en particular, el arbitraje nacional e internacional está expresamente excluido para la caducidad, de acuerdo a lo estipulado en las Cláusulas del Contrato con OXY, ya mencionado.

6. De conformidad con el Art. VIII del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito por el Ecuador con los Estados Unidos de América, el Tratado no puede menoscabar las Leyes, los procedimientos y los fallos administrativos y judiciales del Estado ecuatoriano. En concreto el Tratado no se puede ir contra expresas disposiciones de la Ley de Hidrocarburos, ni contra la Resolución de caducidad contractual dictada por el Ministro de Energía y Minas, en razón de que constituye un fallo administrativo.

7. El Tratado habla de que no se podrá expropiar las inversiones, pero ello tiene que ver con el caso expreso de que se de una expropiación, que no es este caso jurídico y, además, a las inversiones de una determinada empresa, no se le concede inmunidad respecto de las infracciones que cometa contra ley expresa y que por ello se pueden desentender de los términos de lo pactado en sus contratos en el Ecuador.

8. No ha habido, en este caso, violación de ningún otro tratado internacional. El Ecuador es un país respetuoso de los tratados internacionales que ha suscrito.

9. El Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, entró en vigencia el 11 de abril de 1.997, la Constitución Política de la República del Ecuador actualmente vigente rige desde el 10 de agosto de 1.998, el Contrato con OXY fue suscrito el 21 de mayo de 1.999. Por lo tanto, la compañía bien conocía que en el Contrato constaban todas las Cláusulas que se han señalado anteriormente y que se refieren a la caducidad contractual y a la reversión, como instituciones jurídicas que caben su aplicación ante determinadas infracciones a la Ley de Hidrocarburos y al Contrato, realizada por determinada compañía. Si no estaba de acuerdo con su inclusión en el Contrato o creía que la Constitución y el Tratado las invalidaba ¿porqué en la oportunidad de la suscripción del Contrato con PETROECUADOR no lo manifestó de esa manera?

10. Sin embargo de ello, el arbitraje se instaló en la Audiencia Preliminar que tuvo lugar en Washington los días 2 y 3 mayo del 2007, a la cual concurrió el Ecuador, siendo que ello constituye una vinculación concluyente al proceso. Con ello el Ecuador se divorció de la tesis de la campaña electoral en la que sus mandatarios ofrecieron cortarse las manos antes que ir al arbitraje del CIADI en este caso. En todo caso la suerte del País está echada y no queda más que, paragonando a Gabriel García Márquez, decir que ello constituye la “crónica de una debacle anunciada en contra del Ecuador”.

5.10.-La posibilidad jurídica de la Declaratoria de Caducidad del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del bloque 18 y del convenio operacional de explotación unificada del yacimiento común Hollín del Campo Palo Azul, a cargo de las empresas Ecuadortlc s.a., Cayman, Petromanabí y Petrobras.

A) TRANSFERENCIAS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL BLOQUE 18

El 19 de diciembre de 1.995 se suscribe el Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 18, entre PETROECUADOR y la empresa AMOCO del Ecuador B.V.

Mediante los respectivos Acuerdos Ministeriales se procede a autorizar sucesivas transferencias de derechos y obligaciones, las mismas que contaron con los criterios favorables e PETROECUADOR y los dictámenes favorables de la Dirección Nacional de Hidrocarburos.

De esta manera, se produjeron las siguientes transferencias del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos correspondiente al Bloque 18, en función de los Acuerdos dictados por el Ministro de Energía y Minas, en aplicación de lo que determina el artículo de la Ley de Hidrocarburos:

Con autorización del Acuerdo Ministerial No. 336 del 4 de junio de 1.996, AMOCO Ecuador B.V. transfirió a ELF HIDROCARBURES EQUATEUR, el 40 % de los derechos y obligaciones;

Con autorización del Acuerdo Ministerial No. 076 del 29 de septiembre de 1.997, AMOCO Ecuador B.V. transfirió a CAYMAN INTERNATIONAL EXPLORATION COMPANY, INC. , el 60 % de los derechos y obligaciones.

Con autorización del Acuerdo Ministerial No. 079 del 4 de noviembre de 1.997, ELF HIDROCARBURES EQUATEUR transfirió a PETROMANABÍ S.A. el 40 % de los derechos y obligaciones;

Con autorización del Acuerdo Ministerial No. 142 del 9 de abril del 2.001, CAYMAN INTERNATIONAL EXPLORATION COMPANY S.A. transfirió a ECUADORTLC S.A. el 40 % de los derechos y obligaciones.

Con autorización del Acuerdo Ministerial No. 146 del 19 de abril del 2.001, PETROMANABÍ S.A. transfirió a ECUADORTLC S.A. , el 28 % de los derechos y obligaciones.

Mediante Acuerdo Ministerial No. 155 de fecha 17 de mayo del 2.001, se autorizó a los accionistas de ECUADORTLC S.A. para que transfieran la totalidad del capital social de la compañía, a favor de PECOM ENERGÍA S.A. El acto mercantil de traspaso de acciones representa el 100% del capital social de ECUADOR TLC S.A. y equivale al 70% e los derechos y obligaciones del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 18. Este constituye un acto registrado legalmente en la Superintendencia de Compañías.

B) TRANSFERENCIAS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL CAMPO PALO AZUL

La declaratoria de yacimiento común unificado del Campo Palo Azul

Mediante Acuerdo Ministerial No. 076 del 20 de septiembre del 2.000, el Ministro de Energía y Minas declara como yacimiento común a las áreas de operación de PETROPRODUCCIÓN del Bloque 18 y al Yacimiento Hollín del Campo Palo Azul.

El Acuerdo Ministerial No. 076 se expide con base en la solicitud que, en tal sentido, le formularan con Oficio No. 3636-PPR-G-2000 del 14 de agosto del 2.000, el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, y los Gerentes Generales de las empresas CAYMAN INTERNATIONAL EXPLORATION COMPANY S.A. y PETROMANABÍ S.A.; y contó con los siguientes dictámenes:

✓ El Informe de la Dirección Nacional de Hidrocarburos contenido en el Memorando Nos. 124-DNH-CO-PT-ER 004767, de fecha 13 de septiembre del 2.000; y,

✓ El Informe de la Dirección de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas contenido en el Memorando No. 473-DAJ-JE de fecha 15 de septiembre del 2.000.

La aprobación de los términos del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul

En aplicación de lo que dispone el artículo 85 de la Ley de Hidrocarburos y 58 del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, el Ministro de Energía y Minas expide el Acuerdo Ministerial No. 379 del 5 de agosto del 2.002, por el cual aprueba los términos del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul, a suscribirse con la operadora del Bloque 18, ECUADORTLC S.A.

Esto es muy importante tomarlo en cuenta por cuanto el Ministro no se limita a autorizar la suscripción de dicho Convenio sino que, además, aprueba sus términos o sea su contenido.

La expedición de este Acuerdo Ministerial No. 379 contó con los siguientes pronunciamientos favorables del Consejo de Administración de PETROPROEcuador, que fungía como Directorio de PETROPRODUCCIÓN, mediante Resolución No. 183-CAD-2002-04-11 del 11 de abril del 2.002; del Vicepresidente de PETROPRODUCCIÓN, quien mediante Oficio No. 2147 PPR-ACU-2002 del 18 de abril del 2.002, solicitó al Ministro de Energía y Minas emita el respectivo Acuerdo ministerial aprobatorio del citado Convenio; de la Dirección Nacional de Hidrocarburos contenido en el Memorando Nos. 774-DNH-EE 188, de fecha 6 de mayo del 2.002; y, de la Dirección de la Procuraduría Ministerial del Ministerio de Energía y Minas contenido en el Memorando No. 197-DAJ-JE de fecha 10 de mayo del 2.002.

Mediante Acuerdo Ministerial No. 005 expedido el 22 de junio del 2.004, el Ministro de Energía y Minas dispone se inscriba en el Registro de Hidrocarburos, la protocolización

que contiene los documentos otorgados en el exterior relativos al cambio de de la matriz de la compañía extranjera PÉREZ COMPANC ECUADOR por la de PETROBRAS ENERGÍA ECUADOR; la Resolución de la Superintendencia de Compañías No. 03.Q.IJ.2736 del 25 de julio del 2.003, documentos que fueron debidamente inscritos en el Registro Mercantil el 1 de agosto del 2.003; así como la copia certificada de este Acuerdo Ministerial No. 005.

Mediante Acuerdo Ministerial No. 095 del 27 de diciembre del 2.006, el Ministro de Energía y Minas, en consideración de que se produce el cambio de denominación o razón social de la compañía PECOM ENERGÍA S.A., casa matriz de ECUADORTLC S.A., a compañía PETROBRÁS ENERGÍA S.A., explicita los montos que deben cancelar al Estado ecuatoriano.

Este proceso contó con los dictámenes favorables del Procurador General del Estado, contenidos en los Oficios No. 09199 y 028028 del 2 de junio del 2.004 y del 22 de septiembre del 2006, respectivamente, enfatizando este funcionario en su último pronunciamiento que este "...es vinculante para la administración pública sobre la materia consultada; y, por otra parte, que, con arreglo a lo preceptuado en el cuarto inciso del artículo 13 de la Codificación de la Ley de la Procuraduría General del Estado, el presente pronunciamiento tiene el carácter de definitivo".

El Caso TEIKOKU

Mediante Acuerdo Ministerial No. 118 del 11 de enero del 2.007, el Ministro de Energía y Minas autoriza a la compañía ECUADORTLC S.A. para que transfiera el 40% de los derechos y obligaciones que tiene en el Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 18 y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul, a favor

de la compañía TEIKOKU OIL ECUADOR, subsidiaria de la compañía TEIKOKU OIL CO. LTD.

Este Acuerdo Ministerial No. 118, contó con los pronunciamientos favorables del Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR formulado mediante Oficio No. 505-ACP-L-T-F-2005 3460 del 20 de julio del 2.005; el dictamen favorable emitido por el Procurador General del Estado mediante Oficio No. 028608 del 17 de octubre del 2.006; el Oficio No. 1203-ACP-L-T-F-2006 del 10 de enero del 2.007 suscrito por el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR; el Informe de la Dirección Nacional de Hidrocarburos formulado mediante Memorando No. 105-DNH-EE 0023 del 11 de enero del 2.007; y, el Informe de la Procuraduría Ministerial del Ministerio de Energía y Minas contenido en el Memorando No. 0034-DPM-AJ del 11 de enero del 2.007.

D) TRANSFERENCIAS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL BLOQUE 31

Con fecha 26 de julio de 1.996, se suscribió el Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 31, entre el Estado ecuatoriano y la compañía PÉREZ COMPANC S.A..

Con base en el Acuerdo Ministerial No. 131 del 3 de julio de 1.998, el Ministro de Energía y Minas PÉREZ COMPANC S.A. transfirió la totalidad de los derechos y obligaciones a su subsidiaria indirecta PÉREZ COMPANC, Sucursal Ecuador.

Mediante Acuerdo Ministerial No. 005 del 22 de junio del 2.004, se dispuso que, la Dirección Nacional de Hidrocarburos inscriba la protocolización de los documentos relativos al cambio de denominación de la matriz extranjera PÉREZ COMPANC ECUADOR por la de PETROBRAS ENERGÍA ECUADOR.

Con base en la autorización del Acuerdo Ministerial No. 117 del 11 de enero del 2.007, PETROBRAS ENERGÍA ECUADOR, transfirió el 40% de derechos y obligaciones a la compañía TEIKOKU OIL ECUADOR, subsidiaria de la compañía TEIKOKU OIL CO. LTD. Dicho Acuerdo Ministerial contó con los pronunciamientos favorables del Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR formulado mediante Oficio No. 505-ACP-L-T-F-2005 3460 del 20 de julio del 2.005; el dictamen del Procurador General del Estado mediante Oficio No. 028608 del 17 de octubre del 2.006; el Oficio No. 1203-ACP-L-T-F-2006 del 10 de enero del 2.007 suscrito por el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR; el Informe de la Dirección Nacional de Hidrocarburos formulado mediante Memorando No.106-DNH-EE 0024 del 11 de enero del 2.007; y, el Informe de la Procuraduría Ministerial del Ministerio de Energía y Minas contenido en el Memorando No. 0035-DPM-AJ del 11 de enero del 2.007.

Mediante Acuerdo Ministerial No. 119 del 12 de enero del 2.007, el Ministro de Energía y Minas autoriza a la compañía PETROBRAS ENERGÍA S.A., como único accionista de la compañía ECUADORTLC S.A., transferir una acción a favor de la compañía PETROBRAS ENERGÍA ECUADOR S.A..

La expedición del citado Acuerdo Ministerial se la realiza ante el pedido de la compañía ECUADORTLC S.A. mediante Oficio No. ETLC-991-GRN-2006, del 17 de julio del 2.006, que se fundamenta en la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el Artículo 147 de la Ley de Compañías sustituido por el Artículo 68 de la Ley No. 2005-27. Este Acuerdo Ministerial contó con al pronunciamiento favorable de la Dirección Nacional de Hidrocarburos formulado con Memorandos No. 3050-DNH-EE 1091 del 19 de septiembre del 2.006 y No. 4175-DNH-EE 1384 del 20 de diciembre del 2.006; así como de la Dirección de la Procuraduría Ministerial del mismo Ministerio, mediante Memorando No. 1338-DPM-AJ del 20 de diciembre del 2.006.

Al 11 de enero del 2.007, los porcentajes de participación en los derechos y obligaciones del Contrato de Participación para le Exploración y Explotación de

Hidrocarburos del Bloque 18 y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul, fueron los siguientes:

❖	ECUADORTLC S.A.	30%
❖	TEIKOKU OIL ECUADOR	40%
❖	CAYMAN INTERNATIONAL EXPLORATION COMPANY S.A.	18%
❖	PETROMANABÍ S.A.	12%

Al 11 de enero del 2.007, los porcentajes de participación en los derechos y obligaciones del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 31, fueron los siguientes:

❖	PETROBRAS ENERGÍA ECUADOR	60%
❖	TEIKOKU OIL CO. LTD.	40%

D) ANÁLISIS DE UNA EVENTUAL PROCEDENCIA DE CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS RELATIVOS A LOS BLOQUES 18 Y 31, ASÍ COMO DEL CONVENIO OPERACIONAL DE EXPLOTACIÓN UNIFICADA DEL YACIMIENTO COMÚN HOLLÍN DEL CAMPO PALO AZUL

D.1 EL TEMA DE LA DECLARATORIA COMO YACIMIENTO COMÚN DEL YACIMIENTO HOLLÍN DEL CAMPO PALO AZUL

Premisa Fundamental

Lo actuado dentro de los Contratos de los Bloques 18 y 31, y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Hollín del Campo Palo Azul, es menester tomar en cuenta las normas constitucionales, legales y reglamentarias que rigen estos instrumentos.

Según las normas de la Constitución que rigió hasta el 20 de octubre del 2008, la Contraloría General del Estado tiene atribuciones para ejercer el control de las entidades del Estado, y la potestad exclusiva para determinar, en caso de haberlas, las responsabilidades administrativas (multas), civiles culposas (glosas) o indicios de responsabilidad penal, si las hubiera como resultado de sus actividades de control, facultades constitucionales que son ratificadas en la normativa vigente.

La Contraloría General del Estado ya actuó en este caso

El Dr. Antonio Posso Salgado, Diputado del H. Congreso Nacional, con Oficio No. 784-SV-APS-HCN del 9 de enero del 2001, presenta una denuncia ante el Contralor General del Estado, sobre lo que denominó: “DENUNCIA SALVATAJE PETROLERO POR UN MIL CIEN MILLONES DE DÓLARES, (55 MILLONES DE BARRILES DE PETRÓLEO) A TRAVÉS DE LA ADJUDICACIÓN ILEGAL DEL CAMPO PALO AZUL DE PETROECUADOR AL CONSORCIO CONFORMADO POR CAYMAN Y PETROMANABÍ...”

En su comunicación, el Diputado cuestiona las transferencias de derechos y obligaciones efectuadas respecto del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 18, así como respecto del proceso seguido para la determinación por el Ministro de Energía y Minas como común del Yacimiento Hollín del Campo Palo Azul, afirmando que han existido “elementos claros de que se ha incurrido en la comisión de delitos tipificados en la legislación penal ecuatoriana como son: peculado, estafa contra el Estado, colusión en perjuicio del Estado, abuso de autoridad, tráfico de influencias, aprovechamiento indebido de información reservada, aprovechamiento del cargo para hacer concesiones ilegales”.

La Contraloría General del Estado, en atención a la denuncia presentada, efectuó el Examen Especial No. DA3-08-2003, con el cual se realizó la Auditoría de Gestión al Proceso de Transferencia de Derechos y Obligaciones del Contrato de Participación para

la Exploración y Explotación de Petróleo Crudo en el Bloque 18 y al proceso seguido para la determinación y calificación de común del Yacimiento Hollín, del Campo Palo Azul. El período analizado comprendió desde el 31 de marzo del 1.996 al 30 de junio del 2.001.

La Contraloría General del Estado, en dicha Auditoría, concluyó en la página 97 del Informe respectivo, lo siguiente: “A base de estudios técnicos de la Contraloría General del Estado, de la información de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y del Colegio Regional de Ingenieros Geólogos, de Minas y Petróleos, se determina que no existen irregularidades en la declaratoria de campo unificado”.

Con motivo de la realización de la Auditoría de Gestión, la Contraloría General del Estado, analizó todos los puntos de vista sean contrapuestos y controversiales sobre la materia auditada, siendo que el este órgano de control no encontró elementos de convicción que le permita determinar irregularidades en el proceso de declaratoria de campo unificado.

Como es obvio, la Contraloría General del Estado realizó la Auditoría de Gestión con base en la normativa jurídica de ese período.

El artículo 331 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, dispone que la impugnación de las resoluciones o decisiones del Contralor General del Estado, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tendrán lugar sólo respecto de aquellas que impliquen establecimiento de responsabilidades de carácter civil o administrativo, y, que no serán susceptibles de impugnación ante dicho Tribunal, los actos o decisiones del Contralor General que consisten en dictámenes o informes que le corresponde emitir de acuerdo con la ley, así como los informes de auditoría y exámenes especiales.

En este caso, la Contraloría General del Estado no estableció responsabilidades de carácter civil o administrativo, por lo cual, ni siquiera una eventual impugnación al

Examen hubiese sido procedente, por cuanto el Recurso de Reconsideración se lo aplica para los casos de multas y destituciones y constituye un recurso administrativo; y, es preciso hacer notar que el ejercicio de este recurso caduca en 30 días.

La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, señala en su artículo 346 que el Recurso de Revisión procede, de existir fundamentos, para que el Contralor General del Estado revise las Resoluciones, en lo relativo al establecimiento de responsabilidades civiles, de oficio o a petición de quien se encuentre directamente afectado por ellas, según los casos contemplados en la Ley. Es necesario, también dejar constancia que, conforme lo señalado en el numeral 3, del Artículo 351 de la misma Ley, no procede el Recurso de Revisión, cuando desde la fecha en que se notificó de la resolución original haya transcurrido más de un año. En el presente caso, la Auditoría de Gestión realizada por la Contraloría General del Estado no determinó responsabilidades civiles de ningún orden, por lo que la presentación de este recurso hubiese constituido un contrasentido jurídico.

Es de particular importancia destacar que el primer inciso del Artículo 353 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que regía a la fecha en que se expidió el Acuerdo Ministerial No. 076, esto es al 20 de septiembre del 2.000, establecía que: “La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las operaciones o actividades de las entidades y organismos sujetos a esta ley y sus servidores, así como para notificar las glosas, caso de haberlas, caducará en cinco años contados desde la fecha en que hayan tenido lugar dichas operaciones o actividades”.

Esta disposición es concordante con en el primer inciso del Artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que establece: “La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en cinco años, contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos”.

Por todo lo señalado anteriormente, sólo las responsabilidades, en caso de habérselas establecido, eran susceptibles de impugnación por la vía de los recursos administrativos interpuestos ante el Contralor General del Estado, o por la vía judicial, mediante demandas presentadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, en el presente caso, la Contraloría General del Estado no encontró irregularidades que le permitan establecer algún tipo de responsabilidades.

Por lo tanto el informe del Contralor General del Estado suscrito por el Dr. Marcelo Terán Andrade, Director de Auditoría 4 de la Contraloría General del Estado, actuando por delegación del Contralor General del Estado, en base a la normativa del Reglamento de Delegación de Firmas, quedó firme y causó estado el momento en que lo aprueba el Contralor General del Estado, en razón de que su pronunciamiento no puede ser revisado ni en sede administrativa ni en sede judicial.

La Constitución vigente hasta el 20 de octubre del 2008, señala en el Artículo 24, numeral 16 que ” “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa”. Por esta adicional razón, lo actuado por la Contraloría General del Estado no puede ser objeto de una nueva revisión.

La Contraloría General del Estado realizó el Examen Especial de Ingeniería al Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul, a cargo de PETROPRODUCCIÓN.

El período analizado comprendió desde el 1 julio del 2.001 y el 31 de mayo del 2.004.

El Informe del Examen Especial fue aprobado por la Contraloría General del Estado el 6 de octubre del 2.004.

El objeto del Examen fue evaluar el cumplimiento de leyes, normas, estipulaciones contractuales y especificaciones técnicas que rigen para la inversión de recursos públicos.

Dentro del Alcance del Examen se indica que: “El examen evalúa el proceso seguido para la suscripción del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento común Hollín, en el campo Palo Azul, y su posterior ejecución.

Los Objetivos del Examen, fueron lo de realizar una “Evaluación técnica, económica y legal del proceso seguido para la suscripción y posterior ejecución del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento común Hollín, en el campo Palo Azul, y su vinculación con el contrato de Participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, celebrados entre PETROECUADOR y AMOCO B.V.”.

En el texto de dicho Examen no se señalan hechos que determinen una objeción a la suscripción, legalidad y validez del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul.

Posteriormente la Contraloría General del Estado procede a analizar una denuncia presentada con la denominación de: “10 Razones para Declarar la Caducidad de PETROBRAS”.

Mediante Memorando No. 067-GHC-06 del 12 de septiembre del 2.006, la Contraloría General del Estado concluye que: “Por lo expuesto, la denuncia presentada sin firma de responsabilidad no está sustentada y como se desconoce la identidad del o los denunciantes no fue factible obtener información adicional para analizarla”; y, el Contralor General del Estado mediante Oficio No. 076347 DA3 del 19 de diciembre del 2.006, se dirige al Ministro de Energía y Minas, en el mismo sentido.

El pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado

Con el mismo número de Oficio (No. 784-SV-APS-HCN de fecha 9 de enero del 2.001), por el cual el Dr. Antonio Posso Salgado, Diputado del H. Congreso Nacional presentó su denuncia ante el Contralor General del Estado, el Diputado Posso Salgado lo hizo con igual tenor al Fiscal General del Estado, en la cual se acusó de haberse cometido los delitos de “peculado, estafa contra el Estado, colusión en perjuicio del Estado, abuso de autoridad, tráfico de influencias, aprovechamiento indebido de información reservada, aprovechamiento del cargo para hacer concesiones ilegales”.

En la Indagación Previa No. 32-2001 se acumuló un expediente de catorce cuerpos y se llevaron a cabo todas las diligencias del caso; y, como resultado de esta Indagación, la Ministra Fiscal General del Estado se dirigió al señor Presidente de la Sala Pena de la Corte Suprema de Justicia, manifestándole que: “La Constitución Política de la República, en su artículo 212 indica que la Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, indicios que, en el caso que nos ocupa, no han sido determinados, conforme se aprecia de los informes singularizados en el considerando que antecede”; y, en el punto CUARTO de su Resolución, precisa que: “Por todo lo expuesto, conforme el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal, desestimo la denuncia del H. Diputado Antonio Posso Salgado, contra el ingeniero Pablo Terán Rivadeneira, Ex Ministro de Energía y Minas; y, solicito a usted que en aplicación del Art. 39 del mismo cuerpo legal, ordene el archivo de la misma”.

Analizado este pedido, el Presidente de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia luego de oír al denunciante, con fecha 27 de julio del 2.006, dispuso el archivo de la Indagación bajo los siguientes términos: “2. LA DESESTIMACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.- ...Atendiendo la petición formulada, por legal y procedente lo solicitado en razón de la competencia que me asiste como juez penal y que fue analizada precedentemente, se dispone el archivo de la presente indagación previa, y en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 39 segundo párrafo de la ley adjetiva penal, se

ordena la devolución de las actuaciones al Ministerio Público requirente. Hágase saber y cúmplase”.

Este Artículo 39 del Código de Procedimiento Penal señala que la resolución del juez de archivar la denuncia no podrá ser modificada mientras no varíen las circunstancias que la fundamentaron o se mantenga el obstáculo que impedía la instauración del proceso.

Además, ya causó estado el pronunciamiento de la Contraloría General del Estado en el sentido de que no existieron irregularidades en la declaratoria como yacimiento común del Yacimiento Hollín del Campo Palo Azul; y, no han existido nuevos elementos de convicción que permitan prever que podría revisarse lo actuado por la Fiscalía General del Estado, salvo que se proceda en este, como en otros caso, de una manera política, apartándose de las normas del derecho.

La solicitud de que declare como común a un yacimiento constituye un derecho de cualquier contratista, el mismo que no puede soslayárselo

El Artículo 85 de la Ley de Hidrocarburos dispone lo siguiente:

“Art. 85.- [Convenios Operacionales de Explotación Unificada].- La explotación de yacimientos comunes a dos o más áreas de contrato hará obligatorio celebrar convenios operacionales de explotación unificada, con el objeto de lograr mayor eficiencia y economía en la operación. Tales convenios deberán ser aprobados por el Ministerio del Ramo”.

El Artículo 58 del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, vigente a la fecha del acto administrativo dice lo siguiente:

“Art. 58.- [Explotación Unificada].- La explotación de yacimientos comunes a dos o más áreas de contrato, hará obligatorio para los contratistas en las áreas de contrato

afectadas, o CEPE si actuare por sí misma en un área afectada, celebrar convenios operacionales de explotación unificada, con el objeto de lograr mayor eficiencia y economía en la operación. Tales convenios será aprobados por el Ministerio de Energía y Minas.

Cuando por razones técnico-económicas-operacionales las partes involucradas no llegaren a un acuerdo definitivo sobre el convenio, podrá celebrarse un convenio operacional provisional, el mismo que igualmente será aprobado por el Ministerio de Energía y Minas.

Si por las razones antes indicadas las partes involucradas no acordaren un convenio operacional provisional, el Ministerio de Energía y Minas, establecerá los parámetros básicos con el objeto de permitir la explotación oportuna de un determinado campo hidrocarburífero descubierto.

Serán considerados comunes y por lo tanto sujetos a régimen de explotación unificada, los yacimientos calificados sobre las bases técnicas como tales por el Ministerio de Energía y Minas, a solicitud de los contratistas o de las contratistas involucradas”.

En este caso, el Ministro de Energía y Minas procede a dictar dos Acuerdos Ministeriales que son los siguientes:

✓ Acuerdo Ministerial No. 076 del 20 de septiembre del 2.000, por el procedió a declarar como común a las áreas de operación de PETROPRODUCCIÓN y del Bloque 18, al Yacimiento Hollín del Campo Palo Azul, con base en los pronunciamientos de PETROECUADOR, de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y de la Dirección de la Procuraduría Ministerial del Ministerio de Energía y Minas, lo cual existiendo estos Informes, le correspondía de manera obligatoria proceder en ese sentido en aplicación de los Artículos 85 y 58 de la Ley de Hidrocarburos y del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas; y,

✓ Acuerdo Ministerial No. 379 del 5 de agosto del 2.002, por medio del cual aprobó los términos del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul, previo conocimiento del Consejo de Administración de PETROPRODUCCIÓN, y a solicitud del Vicepresidente de PETROPRODUCCIÓN, formulada mediante Oficio No. 2147 PPR-ACU-2002 del 18 de abril del 2.002. El Acuerdo Ministerial contó con los Informes favorable de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y de la Dirección de la Procuraduría Ministerial del Ministerio de Energía y Minas. Ello no podía negarse a hacerlo el Ministro de Energía y Minas, por cuanto, el mismo Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas antes citado, en el inciso tercero del artículo 57 establece que: Si por las razones antes indicadas las partes involucradas no acordaren un convenio operacional provisional, el Ministerio de Energía y Minas, establecerá los parámetros básicos con el objeto de permitir la explotación oportuna de un determinado campo hidrocarburífero descubierto”.

Quienes han abogado porque se declare la caducidad contractual del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, alegan que se ha incurrido en las causales señaladas en los numerales 8, 10 y 12 del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos.

En este punto crucial es importante tomar en cuenta que el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos señala en la parte introductoria que “El Ministro del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos si el contratista:”. A continuación se citan las acciones que realizadas por el Contratista constituyan causales de caducidad contractual.

Ello quiere decir que estas causales operan en función de la conducta que asuma el Contratista quien viene a constituirse en sujeta activo de este tipo de infracción contra la administración pública.

A continuación, transcribiré dichas causales alegadas:

“8. Incurriere en falsedades de mala fe o dolosas, en las declaraciones o informes sobre datos técnicos de exploración, explotación, actividades industriales, transporte o comercialización, o sobre datos económicos relacionados con las inversiones, costos o utilidades”.

“10. Hubiese empleado fraude o medios ilegales, en la suscripción del contrato”.

“12. Integrare consorcios o asociaciones para operaciones de exploración o explotación, o se retirare de ellos, sin la autorización del Ministerio”.

El caso de los numerales 8 y 10 no pueden ser alegados como causal de caducidad contractual por el tema relativo a la declaratoria como común del Yacimiento Común Hollín del Campo Azul, porque esta declaratoria la dictó el Ministro de Energía y Minas mediante la expedición del Acuerdo Ministerial No. 076 del 20 de septiembre del 2.000, con los pronunciamientos favorables de PETROECUADOR, de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y de la Procuraduría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas, razón por la cual, no existe la posibilidad de que un Contratista pueda ser incurso en estas dos causales que tiene que ver fundamentalmente con una determinada conducta ilegal en la que pueden incurrir lo funcionarios públicos, bien sea quien dictó el Acuerdo Ministerial calificando como común un yacimiento que no lo sea o quienes lo asesoren indebidamente.

En los dos casos, es preciso que se pruebe que ha existido mala fe, dolo, empleo de fraude o medios ilegales, en las actuaciones de los citados funcionarios públicos, pero de ninguna manera del contratista porque tanto el Ministro, como los funcionarios a cargo de PETROECUADOR, de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y de la Procuraduría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas, son quienes tienen la total libertad y, por ende, la responsabilidad de analizar la información técnica que poseen para proceder o no en el sentido de declarar como común un yacimiento compartido.

Por lo tanto, de ninguna manera se puede imputar el cometimiento de estas conductas al contratista porque el no constituye el sujeto activo de este tipo de infracciones, en razón de que no es el Contratista quien tuvo la potestad de dictar el Acuerdo Ministerial No. 076 del 20 de septiembre del 2000 para declarar como común en este caso al Yacimiento Hollín del Campo Palo Azul, ni de presentarle sus dictámenes favorables.

En el caso del numeral 12, tampoco se puede alegar esta causal porque si bien se hace constar en el Convenio Operacional del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul que se ha constituido un Consorcio para su implementación, no debemos olvidar que es el Ministro de Energía y Minas quien expide el Acuerdo Ministerial No. 379 del 5 de agosto del 2002, y lo hace en uso de las atribuciones que le concede tanto el artículo 85 de la Ley de Hidrocarburos, como el artículo 58 del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas.

Por medio de dicho Acuerdo Ministerial, el Ministro aprueba los términos del Convenio Operacional del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul, por lo que al hacerlo implícitamente aprobó el hecho de que se haya hecho constar la constitución de un determinado Consorcio, hecho que incluso más responde a un error de redacción en el citado Convenio porque en la práctica no existió tal Consorcio, sino que de esa manera se hicieron llamar las compañías CAYMAN y PETROMANABÍ que tenían derechos y obligaciones en el Bloque 18 y luego en el Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul.

D.2 EL TEMA DE LA TRANSFERENCIA DEL 40% DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS DE LOS BLOQUES 18 Y 31 Y DEL CONVENIO OPERACIONAL DE EXPLOTACIÓN UNIFICADA DEL YACIMIENTO COMÚN HOLLÍN DEL CAMPO PALO AZUL, FAVOR DE TEIKOKU OIL ECUADOR

Los representantes de las compañías ECUADORTLC S.A., PETROBRAS ENRGÍA ECUADOR Y TEIKOKU OIL ECUADOR, con fecha 24 de enero del 2005, suscriben una “Carta de Intención”, mediante la cual las partes se comprometen a:

“1. Dentro de los 30 días contados a partir de la suscripción de la presente Carta de Intención, las Partes se comprometen en forma conjunta a solicitar al Ministerio de Energía y Minas y a PETROECUADOER la autorización previa para, iniciar el trámite para implementar las siguientes transferencias:

(a) la cesión del 40% de los derechos y obligaciones que posee EcuadorTLC en el Contrato del Bloque 18 y del Contrato de Palo Azul, a favor de Teikoku Ecuador; y

(b) la cesión del 40% de los derechos y obligaciones que posee EcuadorTLC en el Contrato del Bloque 31”.

En el Capítulo IV de la Carta de Intención se dice lo siguiente:

“1. Condición precedente

La eventual transferencia de participaciones objeto de las solicitudes referidas en el capítulo anterior (I. Objeto) sólo tendrán lugar en caso de que:

(i) las Partes hayan recibido las notificaciones de los acuerdos ministeriales respectivos, los que deberán haber aprobado las cesiones y

(ii) las Partes hayan suscripto el contrato de cesión de derechos y obligaciones.

(iii) Estas transferencias hayan sido inscritas en la Dirección Nacional de Hidrocarburos.

En el evento de que las autoridades gubernamentales ecuatorianas no autorizaren estas transferencias de derechos y obligaciones, la presente Carta de Intención se considerará fallida y quedará sin valor alguno, sin que nada deba una parte a la otra por su intención expresada en este documento”.

En esta Carta de Intención se señalan, además, derechos y obligaciones que asumirían las Partes respecto a, entre otras cosas, las inversiones a realizarse y la operación de los campos, pero estos son contemplados en el punto 2 del Capítulo IV de dicha Carta, denominado “2. Secuencia de actividades post-autorización”, que como su nombre lo dice serán asumidos luego de las autorizaciones gubernamentales y no antes de que ello ocurra.

En el Capítulo V de la Carta de Intención se estipula:

“V Plazo

El plazo de esta Carta de Intención será el necesario para la tramitación de los acuerdos ministeriales mediante los cuales se autorice la transferencia de los derechos y obligaciones de los contratos de participación, luego de lo cual las Partes procederán en conformidad con lo que dispongan los referidos acuerdos ministeriales y la legislación ecuatoriana vigente”.

El punto 1 del Capítulo VII de la Carta de Intención dice lo siguiente:

“1. Queda entendido y así lo aceptan las Partes, que la firma de la presente Carta de Intención no conlleva ni implica, ni podrá ser considerada como un acuerdo o contrato para la cesión de derechos y obligaciones en los contratos de participación aquí aludidos, sino que constituye el entendimiento condicionado de las Partes para solicitar autorizaciones gubernamentales necesarias al efecto, y una vez concedidas, proceder a

negociar los términos y condiciones de dicha cesión, respetando en rigor la normativa ecuatoriana”.

Mediante Oficio No 028-GRN-05 del 25 de enero del 2.005, el Presidente de PETROBRAS ENERGÍA ECUADOR se dirige al Ministro de Energía y Minas y le informan de la suscripción de la Carta de Intención, lo cual constituye una prueba de la buena fe con la que estaban actuando.

Y, es con el Oficio No. ETLC-139-GRN-2005 del 31 de enero del 2.005, que el Gerente General de ECUADOR TLC S.A. y el Representante de TEIKOKU OIL ECUADOR, se dirigen al Ministro de Energía y Minas con el objeto de solicitar la autorización para que ECUADOR TLC S.A. transfiera el 40% de los derechos y obligaciones de los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos de los Bloques 18 y 31 y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul.

En dicho Oficio, además, se explicita que: “...EcuadorTLC S.A. mantendrá el 30% de los derechos del Contrato de Participación y seguirá operando el Bloque 18 de la Región Amazónica”.

El señor Darío Gerardo Lamanna, en nombre y en representación de las compañías PETROBRAS ENERGÍA Y ECUADORTLC S.A. con Oficio No. PETROBRAS-121-GRN-2005 del 14 de marzo del 2.005, le envía al Ministro de Energía y Minas copia certificada de la Carta de Intención anteriormente citada.

El Director Nacional de Hidrocarburos mediante Oficio No. 427-DNH-EE-0000504279 del 6 de abril del 2.005, solicita a PETROECUADOR emita el informe capacidad legal, solvencia económica y legal de PETROECUADOR con relación a la solvencia económica e idoneidad técnica y operativa de la empresa TEIKOKU OIL ECUADOR, subsidiaria de TEIKOKU OIL CO LTD..

El Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, por medio del Oficio No. 505-ACP-L-T-F-2005 3460 del 20 de julio del 2.005, expresa que la compañía TEIKOKU OIL ECUADOR “calificaría su situación de capacidad legal para operar en el Ecuador”, que la compañía TEIKOKU OIL CO LTD. “calificaría su situación de idoneidad técnica y operativa en el sector hidrocarburífero”, y que “calificaría su situación de solvencia económico-financiera”.

El Ministro de Energía y Minas, con Oficio No. 868 DM 0613683 del 12 de octubre del 2.006, solicita al Procurador General del Estado, absuelva la siguiente pregunta:

“¿Procede autorizar la transferencia del 40% de los derechos y obligaciones del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Petróleo Crudo en los Bloques 18 y 31 y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín en el Campo Palo Azul, solicitado por EcuadorTLC S.A., Petrobrás Energía Ecuador a favor de TEIKOKU, para lo cual solicito se sirva considerar el alcance y connotación de la “Carta de Intención” suscrita entre las partes para dicha transferencia, la misma que tiene fecha anterior al pedido de autorización para transferencia presentado al Ministerio de Energía y Minas?”

Mediante Oficio No. 028608 de fecha 17 de octubre del 2.006, el Procurador General del Estado, absuelve la consulta de la siguiente manera: “Sobre la base de lo expuesto, y en atención a los términos de su consulta, considero jurídicamente procedente que el Ministerio de Energía y Minas autorice la transferencia del 40% de los derechos y obligaciones del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Petróleo Crudo en los Bloques 18 y 31 y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul, solicitado pro EcuadorTLC S.A. y Petrobrás Energía Ecuador a favor de Teikoku Ecuador, sin que la fecha de suscripción de la Carta de Intención pueda argüirse como un óbice para el efecto”.

En el mismo Oficio, el Procurador General del Estado, manifiesta:

BASE NORMATIVA

2.3 Los artículos 1489 y 1495 del Código Civil preceptúan:

“Art. 1489.- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no”.

“Art. 1495.- La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”.

ANÁLISIS

3.3 Jurídicamente, la cesión es un contrato y, por ende, el nacimiento de las obligaciones que dicho contrato emanen, puede supeditarse al cumplimiento de una condición. En el caso que nos ocupa, no sólo las obligaciones auto impuestas por las partes suscriptoras de la Carta de Intención giran en torno a la obtención de las autorizaciones gubernamentales previas para transferir el 40% de los derechos y obligaciones de los Bloques 18 y 31 (situación que evidencia la voluntad de cumplir las exigencias legales), sino que adicionalmente la mencionada Carta no tiene la naturaleza ni las características de un contrato de cesión propiamente dicho, tan sólo refleja un compromiso de hacer algo (obtención de las autorizaciones previas necesarias para la validez de tal cesión). Una situación similar se verifica en las promesas de celebrar un contrato, uno de cuyos elementos de la esencia es la determinación “...de un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato” (Vid. Art. 1750, numeral 3 del Código Civil).

De lo afirmado en el párrafo inmediato supra resulta irrelevante que la Carta de Intención haya sido suscrita en fecha anterior a la solicitud de autorización presentada por las empresas que la suscriben y, por consiguiente, a través de dicho instrumento no se transfieren derechos y obligaciones”.

Al respecto, debemos tomar en cuenta que, de acuerdo con el Artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, los pronunciamientos del Procurador General del Estado cuando absuelve consultas que le realizan las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, tienen el carácter de vinculantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico y son de carácter obligatorio para la administración pública.

El artículo 1489 del Código Civil establece lo siguiente:

“Art. 1489 (ex 1516).- [Concepto de obligación condicional].- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no”.

A su vez, el artículo 1495 del Código Civil estipula:

“Art. 1495 (ex 1522).- [Condiciones suspensivas y resolutorias].- La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple suspende la adquisición de un derecho; y, resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”.

El modo cómo debía cumplirse la condición se encuentra claramente determinado en su sentido literal en la Carta de Intención y ello se encuentra encuadrado en lo que establece el artículo 1.500 del Código Civil, cuando se dice en dicha Carta que: “En el evento de que las autoridades gubernamentales ecuatorianas no autorizaren estas transferencias de derechos y obligaciones, la presente Carta de Intención se considerará

fallida y quedará sin valor alguno, sin que nada deba una parte a la otra por su intención expresada en este documento”.

En este caso no se trata de un acuerdo privado, sino de un acuerdo público que incluso fue hecho conocer al Ministro de Energía y Minas y, además, constituyó un acuerdo que (la Carta de Intención) que no surtió efecto legal alguno antes de que el Ministro de Energía y Minas autorizara la transferencia de derechos y obligaciones a favor de TEIKOKU, porque en el caso de que no lo hubiese hecho, la Carta de Intención debía ser considerada fallida en virtud de lo que dispone el artículo del Código Civil.

Por lo tanto no se incurrió en la causal de caducidad contractual contemplada en el numeral 11 del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos que se refiere al hecho de que el Contratista: “11. Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio”.

La petición del ex Ministro de Energía Alberto Acosta al Presidente Constitucional de la República

El ex Ministro de Energía y Minas Alberto Acosta, mediante Oficio No. 0681 DM 0708371 del 13 de junio del 2.007 se dirige al Presidente de la República, en el cual cita lo que, a su criterio, existieron, ciertas irregularidades, en lo actuado respecto al Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 18 y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul.

Es de admirarse que no se menciona nada respecto del Bloque 31 en ninguna parte del citado Oficio, siendo que los cuestionamientos que se hacen tienen que ver generalmente, sobre los mismos temas del Bloque18 y del Campo Palo Azul.

Al comienzo de su Oficio el ex Ministro habla de la necesidad de “determinar las posibles infracciones y el establecimiento de la eventual sanción de caducidad de estos instrumentos”, pero en el antepenúltimo párrafo del citado Oficio se hace constar lo siguiente: “...la conveniencia de recuperar para el pueblo ecuatoriano lo que fraudulentamente se le ha quitado, con la farsa de un yacimiento común inexistente”.

Cuando se habla de “conveniencia” ello no implica ni es sinónimo de legalidad, puesto que responde más bien a la satisfacción de un determinado interés, por lo que constituye un elemento a favor de una posible objeción por las compañías.

Adicionalmente, cuando se dice que se debe “recuperar para el pueblo lo que fraudulentamente se le ha quitado”, implica que ya se tiene formado el criterio de que ha existido una infracción antes de que se inicie y peor concluya un proceso de caducidad contractual en donde debe darse el debido proceso.

Por consiguiente, el ex Ministro de Energía y Minas anticipó criterio sobre una materia que se encuentra bajo su jurisdicción administrativa, y al hacerlo cometió prevaricato dejando la prueba debidamente actuada por medio del contenido de su Oficio No. 0681 DM 0708371 del 13 de junio del 2007.

Es necesario tener presente que el ex Ministro de Energía y Minas, mediante Acuerdo Ministerial No. 059 del 14 de mayo del 2.007, conformó una Comisión para indagar este supuesto tipo de irregularidades, Comisión que presenta su Informe con Oficio No. 001-CEACP-MEM-2007 de fecha 2 de julio del 2.007, cuyo documento lo denomina “ANÁLISIS TÉCNICO, ECONÓMICO Y JURÍDICO DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS DEL BLOQUE 18 Y DEL CONVENIO OPERACIONAL DE EXPLOTACIÓN UNIFICADA DEL CAMPO PALO AZUL”.

Por lo tanto, bien se puede colegir que el ex Ministro de Energía y Minas, se dirigió al señor Presidente Constitucional de la República con Oficio No. 0681 DM 0708371 del 13 de junio del 2.007, sin conocer los términos del Informe que realizara dicha Comisión el 2 de julio de este año.

En su oficio en ex Ministro de Energía y Minas expresa que “Recibido el oficio del Presidente de PETROECUADOR y el expediente, el Ministro definirá si continúa o no el proceso, independientemente de lo que opine la empresa estatal”.

Al respecto, el Contrato de Participación de los Bloques 18 y 31, establece en la Cláusula VEINTE Y UNO PUNTO DOS que: “PETROECUADOR notificará del reclamo del incumplimiento a la Contratista, para que conteste en el plazo de diez (10) días; no obstante, la Contratista dentro del plazo de (30) treinta tomará las acciones para remediar, corregir o rectificar la falta o incumplimiento que originó el reclamo....”; y, en la Cláusula VEINTE Y UNO PUNTO DOS PUNTO DOS señala en lo pertinente a este caso que: “Si dentro de los plazos mencionados....la Contratista no solucionare tales faltas o incumplimientos, PETROECUADOR solicitará al Ministro de Energía y Minas la declaratoria de caducidad de esta Contrato”.

Por lo transcrito, es por demás obvio que no se puede dejar de contar con el criterio de PETROECUADOR en este caso como lo señala el ex Ministro en su Oficio, constituye, por decir lo menos, un desconocimiento de la materia que estaba manejando, siendo que el Contrato suscrito era por demás necesario que se revisado aunque sea someramente para no incurrir en este tipo de contrasentidos jurídicos.

Las causales invocadas por el ex Ministro en su Oficio son las mismas que ya fueron analizadas anteriormente a excepción de las señaladas en los numerales 2 y 13 del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos que se refieren a que el Contratista:

“2. No depositare las cauciones o garantías a que se hubiere obligado en la forma y en los plazos estipulados en el contrato”.

No se fundamenta esta causal y, tratando de adivinar, es posible que se refiera al caso de una presunta falta de presentación de una garantía por parte de la compañía EcuadorTLC S.A.; sin embargo, no se toma en cuenta que si existió la garantía solidaria de la matriz de dicha compañía.

“13. Reincidiere en infracciones a la Ley y sus Reglamentos”.

Al no precisarse la reincidencia respecto de cuáles infracciones, el tema se vuelve subjetivo.

El pedido de caducidad contractual planteado por el Procurador General del Estado

El Procurador General del Estado, mediante Oficio No. 08498 del 18 de febrero del 2008, solicita se inicie el proceso administrativo para que se declare la caducidad del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación Hidrocarburífera del Bloque 18 y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul.

La causal de caducidad contractual esgrimida por el Procurador General del Estado es la relativa al numeral 11 del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos, que refiere a que el Contratista: “11. Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio”.

Se refiere a la supuesta transferencia de derechos y obligaciones del Bloque 18 y del Campo Palo Azul, realizada a favor de TEIKOKU, lo cual ya lo analizamos anteriormente.

Sin embargo, es importante dejar en claro algunos conceptos:

El pronunciamiento del Procurador General del Estado es extemporáneo y no surte efecto jurídico alguno, por cuanto el Procurador General del Estado ya se pronunció con Oficio No. 028608 del 17 de octubre del 2006, absolviendo una consulta que le formulara el Ministro de Energía y Minas de ese entonces, con Oficio No. 868 DM 0613683 del 12 de octubre del 2006, señalando lo siguiente:

“Sobre la base de lo expuesto, y en atención a los términos de su consulta, considero jurídicamente procedente que el Ministerio de Energía y Minas autorice la transferencia del 40% de los derechos y obligaciones del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en los Bloques 18 y 31 y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín en el Campo Palo Azul, solicitado por EcuadorTLC S.A y Petrobrás Energía Ecuador a favor de Tekoku (sic), sin que la fecha de suscripción de la Carta de Intención pueda argüirse como un óbice para el efecto”.

El Artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado señala que la reconsideración de un pronunciamiento del Procurador General del Estado solamente puede darse dentro del término de quince días, contados a partir de la fecha del pronunciamiento inicial del Procurador.

Transcurrido el término de quince días contado desde el 17 de octubre del 2006, el pronunciamiento del Procurador General del Estado no puede ser cambiado por otro pronunciamiento de otro Procurador General del Estado puesto que el dictamen del 17 de octubre del 2006 se encuentra en firme y ha causado estado.

Hay que tomar en cuenta un hecho adicional, el que el inciso quinto del Artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establece lo siguiente: “Si el pronunciamiento dictado por el Procurador General fuere adverso a los intereses de las

instituciones del Estado, las máximas autoridades de las entidades y organismos del sector público o sus representantes legales están obligados a solicitar la reconsideración del pronunciamiento”.

En este caso, el Ministro de Energía y Minas no pidió la reconsideración del pronunciamiento del Procurador General del Estado.

Con la solicitud del Procurador General del Estado, formulada con el Oficio No. 08498 de fecha 18 de febrero del 2008, dirigido al Ministro de Minas y Petróleos, en el sentido de que se inicie el proceso administrativo de caducidad del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación Hidrocarburífera del Bloque 18 y del Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul, la Procuraduría General del Estado está reconsiderando su pronunciamiento efectuado con Oficio No. 028608 del 17 de octubre del 2006.

El Estado es uno sólo y cuando sus funcionarios se pronuncian lo hacen a nombre y en representación del Estado, por lo que un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado no puede ser cambiado por el solo hecho de que se haya cambiado de Procurador General.

Si es digno de tomar en cuenta dos aspectos:

El uno que se refiere al hecho incomprensible de que el Procurador General del Estado solicita se declare la caducidad del Contrato para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 18 y el Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Hollín del Campo Palo Azul, en razón de una supuesta transferencia de derechos y obligaciones a favor de TEIKOKU, pero olvida el Procurador que también en la Carta de Intención se habla de la transferencia de derechos y obligaciones del Contrato para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 31 y no se dice

nada al respecto, lo cual implica que existe una falta total de sindéresis y de preocupación para manejar con solvencia e idoneidad casos de esta trascendencia.

Y, el otro que se refiere a que el Procurador General del Estado dejó de considerar como una causal de caducidad contractual el caso de la declaratoria como común del Yacimiento Hollín del Campo Palo Azul, porque este tema definitivamente no lo menciona en su solicitud de caducidad contractual formulada mediante Oficio No. 08498 de fecha 18 de febrero del 2008, dirigido al Ministro de Minas y Petróleos.

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

Partiendo de la premisa de que el “oro negro” constituye el recurso más importante de la economía nacional es preciso considerar que en los últimos años se insiste en un manejo poco profesional de este recurso sin que prime la debida planificación como herramienta imprescindible para un tema de alta sensibilidad como el petrolero.

En materia de este trabajo de investigación es preciso señalar que para obtener resultados favorables en los procesos de contratación petrolera que generen verdaderos beneficios al país es preciso que los actores involucrados en los citados procesos tengan conocimientos profundos de las normas legales pertinentes partiendo del derecho constitucional como columna vertebral del derecho administrativo, económico y petrolero.

Gran parte de la normativa legal vigente ha sido modificada sin beneficio de inventario puesto que se ha encaminado a la defensa de los intereses de las empresas transnacionales del sector privado, lo que ha provocado evidentes mecanismos de desregulación del Estado impulsados por los recetarios de los organismo multilaterales

de crédito que han sido implantados en América Latina. A manera de ejemplo no se ha legislado respecto de la necesaria distinción entre los servicios públicos “propios” y los servicios públicos “impropios”, lo cual, a mi juicio tiene por objetivo mantener indefinido el procedimiento a seguirse para la delegación de los primeros al sector privado o para la autorización de los segundos al mismo sector. Estos procedimientos son muy disímiles y fruto de esta confusión como ejemplo se podría considerar la autorización para la construcción y operación del Oleoducto de Crudos Pesados a la compañía OCP Ltda. bajo un procedimiento casi doméstico como si se tratara de autorizar el funcionamiento de taxis, farmacias etc.

Estas preocupaciones deben quedar en la mente de las actuales y futuras generaciones de funcionarios bajo cuya responsabilidad está el manejo de la cosa pública y de los ciudadanos en general como antecedentes para coadyuvar a forjar verdaderas políticas de estado en materia petrolera que tengan como objetivo fundamental el beneficio nacional.

La declaratoria de la caducidad del caso Occidental con el Estado Ecuatoriano, es un hito importante dentro de los procesos administrativos jurídicos en materia petrolera, como ejemplo de fortaleza y de unidad nacional en el batallar para la defensa de los recursos nacionales, en defensa de nuestros derechos, en defensa del derecho ecuatoriano y sobre todo de la dignidad de todos los ciudadanos.