



**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
FLACSO
SEDE ECUADOR**

PROGRAMA DE ESTUDIOS SOCIOAMBIENTALES

CONVOCATORIA 2009-2011

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
SOCIALES CON MENCIÓN EN GOBERNANZA ENERGÉTICA**

**LOS CONTRATOS PETROLEROS UTILIZADOS DISCRECIONALMENTE
EN EL ECUADOR, COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL POLÍTICO,
ECONÓMICO Y SOCIAL: ENFOQUE REALIZADO DESDE EL ESTADO
SOCIAL DE DERECHO Y EL NEO-CONSTITUCIONALISMO**

GABRIEL GEOVANNY MORALES VILLAGOMEZ

FEBRERO DEL 2012



**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
FLACSO
SEDE ECUADOR**

PROGRAMA DE ESTUDIOS SOCIOAMBIENTALES

CONVOCATORIA 2009-2011

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
SOCIALES CON MENCIÓN EN GOBERNANZA ENERGÉTICA**

**LOS CONTRATOS PETROLEROS UTILIZADOS DISCRECIONALMENTE
EN EL ECUADOR, COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL POLÍTICO,
ECONÓMICO Y SOCIAL: ENFOQUE REALIZADO DESDE EL ESTADO
SOCIAL DE DERECHO Y EL NEO-CONSTITUCIONALISMO**

GABRIEL GEOVANNY MORALES VILLAGOMEZ

ASESOR DE TESIS: DR. IVAN NARVAEZ Q.

LECTORES: DR. TEODORO BUSTAMANTE

ING. PATRICIO BAQUERO

FEBRERO DEL 2012

DEDICATORIA

Dedicado a mí esposa Mónica y a mis hijas, María José, Gabriela Elizabeth y Andrea Salomé. A mi madre Beatriz.

AGRADECIMIENTOS

A la FLACSO Sede Ecuador, por haberme permitido acceder a sus aulas y obtener una formación científica en las implicaciones sociales, culturales, económicas y ambientales, relacionadas con las políticas públicas y la gobernanza energética.

Al Dr. Iván Narváez por su humanismo, por toda la motivación y el impulso que me brindó, por su desprendimiento incondicional al transmitirme sus conocimientos, por su asesoramiento, sus consejos y todo su tiempo brindado para que pueda culminar con éxito ésta tesis y la Maestría.

A los catedráticos y profesores de la FLACSO, Guillaume Fontaine, Teodoro Bustamante, Alberto Acosta, Alexei Páez, Marco Naranjo, Marc Le Calvez, Mauricio Medinacely, Patricio Baquero, Pablo Cisneros y Rommel Lara, por todos los conocimientos impartidos, por su compromiso con la investigación y la formación de profesionales en las Ciencias Sociales y sobre todo por su calidad humana.

Al personal administrativo de la FLACSO que con su esfuerzo cotidiano y su trabajo tesonero y silencioso contribuyen al engrandecimiento de la Institución y son el complemento indispensable para nuestra formación.

A mis compañeras y compañeros por sus voces de aliento y su solidaridad.

INDICE

INDICE.....	5
RESUMEN.....	8
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I.....	14
POLÍTICAS PETROLERAS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS.....	14
Del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho como antecedentes del Estado Constitucional de Derechos.	15
<i>El Estado.....</i>	<i>15</i>
<i>El Estado Social de Derecho.....</i>	<i>19</i>
El Estado Constitucional de derechos y el nuevo paradigma Neoconstitucionalista del Ecuador...22	
Políticas Públicas.....	28
La gobernanza energética.....	33
El principio de legalidad y la discrecionalidad.....	41
Modalidades Contractuales vigentes.....	45
<i>Contratos de Asociación.....</i>	<i>45</i>
<i>Contratos de Prestación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Ley No. 101, de 13 de agosto de 1982).....</i>	<i>46</i>
<i>Contratos de Participación.....</i>	<i>49</i>
<i>Contrato de Explotación y Exploración Adicional de Campos Marginales.....</i>	<i>52</i>
<i>Contratos de Servicios Específicos.....</i>	<i>53</i>
<i>Alianzas Operativas.....</i>	<i>54</i>
<i>Alianzas Estratégicas.....</i>	<i>56</i>
<i>Explotación de Campos Unificados y Compartidos.....</i>	<i>56</i>
<i>Constitución de Empresas de Economía Mixta.....</i>	<i>59</i>
Semejanzas y Diferencias entre las Modalidades Contractuales de Prestación de Servicios y Participación	60

<i>Por el Objeto</i>	<i>60</i>
<i>Reembolsos de las Inversiones y Pagos a la Contratista.....</i>	<i>60</i>
<i>Propiedad del Petróleo.....</i>	<i>60</i>
<i>Pago de Regalías.....</i>	<i>61</i>
<i>Ingreso Bruto de las Contratistas.....</i>	<i>61</i>
<i>Administración del Contrato.....</i>	<i>61</i>
<i>Partes del Contrato.....</i>	<i>61</i>
<i>Periodo de Exploración.....</i>	<i>61</i>
<i>Periodo de Explotación.....</i>	<i>62</i>
<i>Aprobación de Planes y Presupuestos.....</i>	<i>62</i>
<i>Declaratoria de Comercialidad.....</i>	<i>62</i>
<i>Régimen Tributario.....</i>	<i>62</i>
<i>Protección del Ambiente.....</i>	<i>63</i>
CAPITULO II.....	64
LOS CONTRATOS PETROLEROS.....	64
Antecedentes Históricos y problemática de la Contratación Petrolera en el Ecuador.....	64
<i>Los contratos petroleros y la política hidrocarburífera a partir del auge petrolero de los años setenta.....</i>	<i>67</i>
<i>La reapertura a la inversión extranjera y los contratos de prestación de servicios.....</i>	<i>68</i>
<i>El Estado privatizador y los contratos de participación.....</i>	<i>70</i>
La Contratación Petrolera y su Marco Normativo e Institucional.....	72
La política petrolera y la contratación petrolera en la administración del Presidente Rafael Correa.....	82
Regulación de las actividades hidrocarburíferas en la Constitución del 2008.....	84
Reforma a la Ley de Hidrocarburos y a la ley de Régimen Tributario Interno e implementación del Contrato único de Prestación de Servicios.....	88
Acuerdos alcanzados en la renegociación de los Contratos Petroleros.....	94
<i>Renegociación con la Italiana AGIP Operadora del Bloque 10.....</i>	<i>95</i>
<i>Renegociación con la Argentina Repsol-YPF.....</i>	<i>95</i>

<i>Renegociación con Andes Petroleum que opera el Bloque Tarapoa.....</i>	<i>96</i>
<i>Renegociación con la Empresa Petrooriental operadora de los Bloques 14 y 17.....</i>	<i>96</i>
<i>Renegociación con ENAP de Chile.....</i>	<i>96</i>
<i>Empresas que no llegaron a acuerdos en la renegociación.....</i>	<i>97</i>
CAPITULO III.....	100
LOS CONTRATOS PETROLEROS UTILIZADOS COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL Y DE PODER	100
Las políticas públicas energéticas al servicio del poder.....	100
El Ecuador inserto en un neo-nacionalismo petrolero	105
Las nuevas políticas energéticas: de la ilusión al desencanto.....	110
El mecanismo “Garbage Can” y “Policy Window”.....	111
Resultados Globales de la Renegociación de los contratos en el Gobierno del Presidente Rafael Correa.....	122
CAPITULO IV.....	125
CONCLUSIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	129
ANEXOS	139
SIGLAS.....	145

RESUMEN:

El presente trabajo constituye un análisis comparativo entre las políticas públicas y la gobernanza energética implementadas en el Ecuador, en relación con la exploración y explotación de Hidrocarburos, específicamente la contratación petrolera, que han servido de instrumento de control político y económico de quienes han ostentado el poder y que tiene sus incidencias directas sobre las poblaciones que habitan las áreas de influencia hidrocarburífera, las comunidades indígenas, el medio ambiente, los territorios ancestrales, las zonas intangibles y la renta petrolera obtenida de la extracción y su influencia en el desarrollo económico y social del país, análisis que se realiza desde dos enfoques, el tradicional e inequitativo Estado social de derecho que ha caracterizado al Ecuador hasta antes del 19 de octubre del 2008 y el Estado constitucional de derechos y de justicia que se inicia a partir del 20 de octubre del 2008, en que se pone en vigencia la Constitución del Ecuador elaborada en Montecristi-Manabí, aprobada mediante Referéndum y que trae consigo un nuevo paradigma en la forma filosófica, política, jurídica, social y económica de concebir al Estado y con la cual se le inserta al Ecuador en un modelo de Estado Neoconstitucionalista.

Este trabajo consta de cuatro Capítulos, en el Primer Capítulo se pretende realizar una aproximación al marco teórico relacionado con la concepción del Estado, el Estado de derecho, el Estado social de derecho y el Estado constitucional de derechos o Neoconstitucionalista; las políticas públicas y la gobernanza energética. Se aborda la contratación petrolera y su marco normativo e institucional; el principio de legalidad y la discrecionalidad con la que actúan los funcionarios públicos en el manejo de los bienes públicos y específicamente en la licitación, negociación y suscripción de los contratos, a fin de poder determinar hasta qué punto los contratos fueron licitados y adjudicados arbitrariamente, fuera de los límites de la legalidad. Se analizan las modalidades contractuales que estuvieron vigentes y que no obstante de haberse realizado una reforma a la Ley de Hidrocarburos y dispuesto que todos los contratos se migren a la modalidad de prestación de servicios, las modalidades de asociación, participación y campos marginales, siguen vigentes y son las mismas en el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos.

En el Segundo Capítulo se hace una referencia histórica a lo que ha sido la problemática de la contratación petrolera en el Ecuador en el Estado Social de derecho. Ya insertos en el Estado constitucional de derechos se analiza la política petrolera en la administración del Presidente Rafael Correa, la normativa vigente y los principios constitucionales que regulan la actividad hidrocarburífera y ambiental en la nueva Constitución del 2008.

Se analiza la coyuntura constitucional, económica, social y legal que antecedió a la expedición de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno de 27 de julio del 2010, impulsada por el Presidente Rafael Correa y las perspectivas de las nuevas políticas públicas en el sector petrolero, los principales cambios institucionales en el sector hidrocarburífero y las connotaciones en el desarrollo social, económico y ambiental que tendrían para el país la migración de los Contratos de Prestación de Servicios, Participación, Servicios Específicos y Campos Marginales a la “Modalidad de Prestación de Servicios reformada”.

En el Tercer Capítulo se analizan las políticas públicas y la forma de gobernanza que ha caracterizado al Ecuador, a partir del marco teórico enunciado en el Capítulo I, para comparar lo que ha significado para el Ecuador la contratación petrolera, en el anterior Estado social de derecho y su proyección en el nuevo Estado constitucional de derechos, a fin de determinar contradicciones, falencias, ventajas económicas, sociales y ambientales, en relación con las políticas públicas adoptadas y la gobernanza implementada en cada proceso, la forma como se instrumentalizaron los contratos petroleros y las relaciones de tensión existentes entre el Estado como dueño de los recursos naturales y las empresas petroleras privadas que operan los campos.

En el Cuarto Capítulo se recogen las conclusiones y recomendaciones derivadas de este trabajo.

Palabras claves: Políticas Públicas, Gobernanza, Contratación Petrolera, Constitución, Estado Social de Derecho, Estado Constitucional de Derechos, Neoconstitucionalismo, Renta Petrolera, extracción, discrecionalidad, medio ambiente, principio de legalidad.

INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas en materia hidrocarburífera en el Ecuador durante la vigencia del Estado de Derecho y el Estado social de derecho”¹, expresados en la ley positiva², entendida ésta como el mandato de la autoridad pública, que manda prohíbe o permite hacer algo, alude a la representación histórica de las constituciones liberales tradicionales que rigieron en el Ecuador hasta octubre del 2008, las que estuvieron sujetas a políticas coyunturales de los diferentes gobiernos, sin que hayan podido trascender los límites temporales y convertirlas en políticas de cumplimiento obligatorio y de largo plazo.

La vigencia del Estado social de derecho, concluyó con la entrada en vigencia de la Constitución del 2008³, con la cual se instaura en el Ecuador el “Estado constitucional de derechos y justicia”⁴, se produce un cambio trascendental en la forma de concebir al Estado, aflora un nuevo paradigma y se pasa de un modelo de Estado pluricultural y multiétnico, patrimonialista⁵, caracterizado en la Constitución de 1998, al

¹ El jurista Ramiro Ávila caracteriza al Estado Social de Derecho como aquel en el que las constituciones no son rígidas y se pueden reformar por el procedimiento ordinario de la creación de leyes. La ley determina la autoridad y la estructura de poder al que se lo entiende en la forma y como aquel instaurado a partir de la Revolución Francesa, dividido en tres: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial y que en la práctica el poder se encuentra concentrado en el legislativo. (Ávila: 2008) Al Estado social de derecho se lo concibe como la actuación del Estado en cuanto administrador o la administración pública, en relación con los particulares o administrados, todos subordinados al ordenamiento jurídico, que les reconoce derechos y garantías que se ejercen dentro de los límites.

² Santo Tomás considera que las leyes positivas deben ser expresión de la ley natural, la cual a su vez es expresión de la ley eterna. Así, aquellas leyes positivas que sean contrarias a las leyes naturales “contra natura” no son leyes buenas y es justo que el ciudadano se niegue a cumplirlas, mientras que aquellas que son conforme a la ley natural son justas y buenas y el ciudadano está obligado a cumplirlas. El legislador debe utilizar su razón práctica para tratar de dar con la ley positiva, acorde con los principios prácticos generales insertos en la naturaleza humana. La legalidad no siempre coincide con la moralidad.

³ La Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el R. O. No. 1 de 11 de agosto de 1998, que en su Art. 1 instituyó el “Estado social de derecho” fue derogada con la promulgación de la Constitución expedida en el 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008 que instituye el “Estado constitucional de derechos y de justicia”

⁴ Según Zagrebelsky el Estado Constitucional se ha venido construyendo en Europa y es presentado como una versión particular del Estado de derecho en donde se da prioridad a los derechos fundamentales y a su exigencia. El Derecho Constitucional afecta a la posición de la ley concebida según el Estado de derecho, el principio de legalidad retrocede, priman los derechos y garantías sobre la ley.

⁵ El Estado Patrimonialista es una categoría desarrollada Max Weber, para quien el Estado patrimonial se resolvía fácilmente en un haz de privilegios. El Estado Patrimonial instaura una dominación legítima, de carácter tradicional. La dominación descansa en la creencia cotidiana, en la “santidad” de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad.

Estado intercultural y plurinacional de garantías y derechos que pretendería la construcción de una sociedad más justa, que profundice la democracia y que fortalezca y beneficie a la sociedad y no al mercado, como se hizo en el “neoliberalismo” (PNBV, 2009: 19).

A partir del año 1982, se suscribieron varios tipos de contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, que se pretenden analizar en este trabajo, desde el punto de vista político, legal, social, ambiental y económico.

Hay que resaltar que el Ecuador es un productor marginal en el mercado mundial de hidrocarburos y desde el año 1972, en que se inició el auge petrolero, se sigue extrayendo y exportando petróleo e importando derivados para el consumo interno, con un impacto social y ambiental negativo irreversible e incalculable, lo cual hace necesario dotarle al Estado y a sus instituciones de las políticas públicas y de la normatividad que permita construir un nuevo modelo de desarrollo, que no esté basado en la extracción de recursos naturales no renovables y que se proyecte al cambio de la matriz energética.

Desde que se inició el auge petrolero en el Ecuador, se implementaron varias modalidades o formas contractuales en el sector hidrocarburífero. En relación con la suscripción de dichos contratos se analizará los beneficios obtenidos de la extracción hidrocarburífera, buscando determinar si estos respondieron a políticas públicas debidamente instrumentadas por el Estado, a planes estratégicos de gobierno o simplemente a la improvisación y discrecionalidad de quienes tenían a su cargo la dirección y administración del país o si la administración de los recursos naturales se circunscribió a la coyuntura política que vivió el país en cada período de gobierno republicano, lo cual habría influenciado directamente en el modo de gobernanza y en la gobernabilidad del país.

Habiendo transcurrido más de cuatro años de gobierno del Econ. Rafael Correa y más de tres años de encontrarse vigente la Constitución del 2008, se analizará lo que han significado para el Ecuador los contratos petroleros, su incidencia en las políticas públicas y la gobernanza energética⁶ en materia hidrocarburífera, (Fontaine, 2010: 88-

⁶ Guillaume Fontaine (2010) manifiesta que la gobernanza en tanto estructura o modelo que resulta de los esfuerzos de intervención de todos los actores (sociales, políticos y económicos) en la actividad de gobernar (o de gobierno), define las reglas de juego y constituye un instrumento analítico para entender cómo funciona un

89), desde el enfoque del anterior Estado social de derecho que incluye a lo que se ha dado en llamar “La larga noche neoliberal⁷” y las políticas públicas que se están tomando en torno a la nueva Constitución del 2008.

Insertos en el Estado constitucional de derechos, es relevante analizar la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y de Régimen Tributario Interno expedida el 27 de julio del 2010, que entró en vigencia por el ministerio de la ley, no obstante de que el Gobierno a través del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, en el 2009 elaboró y socializó el proyecto de nueva “Ley del Sector Hidrocarburífero” que nunca se puso en vigencia.

La Ley Reformatoria a la ley de Hidrocarburos patrocinada por el Presidente de la República, cambió la institucionalidad hidrocarburífera del país y determinó los parámetros y condiciones para la renegociación de los contratos petroleros vigentes, migrándolos de las modalidades contractuales de participación; prestación de servicios; campos marginales; y servicios específicos, a una sola modalidad contractual de “prestación de servicios” pero reformada, en cumplimiento de lo que se estableció en el Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País⁸ y en el Plan Nacional de Desarrollo (PND, 2007)⁹.

Si se toma en cuenta que la actividad hidrocarburífera estuvo y está ligada al directamente desarrollo socio económico del país, determina incluso su modelo de desarrollo. La contratación petrolera ha incidido en la problemática política, ética, social, ambiental, económica y hasta cultural del país en los últimos cuarenta años y obviamente en la gobernanza y en la gobernabilidad del Ecuador.

sistema social o político, cada modo de gobernanza es el fruto de las interacciones sociales. (La Petropolítica. Una teoría de la gobernanza energética).

⁷ Desde inicios de la década de los noventa empieza a gestarse el proyecto neoliberal que apuntaba a la reinserción del país en un nuevo orden internacional. La privatización o mejor dicho la transnacionalización de las empresas energéticas estatales constituyeron uno de los pilares de ese proyecto (PND, 2007: 23-63-72-73).

⁸ En el Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País se consideró la necesidad de revisar los contratos petroleros y replantear la distribución de toda la renta petrolera en forma similar a la que se realizó con Texaco en los años setenta, pero sin que exista nacionalización de los recursos.

⁹ El Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2007-2010 fue elaborado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES y publicado en el mes de agosto del 2007, contiene un Plan específico para el Sector Estratégico de los Hidrocarburos sobre la base la Agenda Energética de junio del 2007. Este Plan de Desarrollo de conformidad con el Art. 280 de la Constitución es de cumplimiento obligatorio y en la actualidad ha sido reemplazado por el Plan Nacional para el Buen Vivir (PNBV, 2009-2013).

Se partirá del postulado de que siempre existe tensión en cualquier actividad extractiva por el control de la producción y la distribución de las rentas petroleras, entre el dueño del recurso natural y la empresa que extrae los recursos, lo cual determina la evolución del sector petrolero en el tiempo, dependiendo de cuál actor es el dominante en el diseño y la implantación de la política petrolera, política que debería tener como objetivo, a largo plazo, el desarrollo de la industria y obtener la mayor cantidad de ingresos o favorecer el aumento del ingreso fiscal en el corto plazo, aun a expensas de la inversión, sacrificando la capacidad de producción presente (Espinosa, 2006).

CAPITULO I

POLÍTICAS PETROLERAS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

En este Capítulo se pretende realizar una aproximación a los instrumentos teóricos que permitan fundamentar la investigación y el análisis de las políticas públicas y la gobernanza energética, su incidencia en el manejo del sector estratégico hidrocarburífero, desde dos enfoques: el Estado social de derecho que rigió en el Ecuador hasta octubre del 2008 en que entró en vigencia la Constitución de Montecristi y por ende el Estado constitucional de derechos y de justicia. Se trata de comprender la forma cómo actúan el Estado y sus principales actores y en qué condiciones se toman las decisiones en el manejo del sector hidrocarburífero y especialmente en la negociación y suscripción de los contratos petroleros, para lo cual se analizará el nuevo paradigma Neoconstitucionalista¹⁰ y varios aspectos jurídicos relacionados con el principio de legalidad y de discrecionalidad, en la aplicación del marco normativo y la interacción institucional que regulan las actividades hidrocarburíferas.

Se realizará una aproximación al marco teórico relacionado con las políticas públicas, la gobernanza energética y cómo se interrelacionan con la Contratación Petrolera y su marco normativo e institucional; ello implicará conceptualizar el principio de legalidad y la discrecionalidad con la que actúan los funcionarios públicos a nombre del Estado para licitar y adjudicar los contratos. Se hace además una referencia histórica de lo que ha sido la problemática en la contratación petrolera en el Ecuador y de las modalidades contractuales que estuvieron y están vigentes en los dos modelos de Estado. Respecto al Estado constitucional de derechos se analiza brevemente la normativa y los principios constitucionales que regulan la actividad hidrocarburífera y ambiental, teniendo como marco la nueva Constitución del 2008¹¹.

¹⁰ Las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma del Estado constitucional son de tal naturaleza que ya puede hablarse de un Estado (neo) constitucional. El neoconstitucionalismo como nuevo paradigma alude distintos aspectos de una nueva cultura jurídica, una teoría del derecho propia, una ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada. Como ideología se identifica como filosofía política que considera que el Estado constitucional de derecho representa la mejor o más justa forma de organización política (Carbonel,2009: 7-123)

¹¹ La Constitución de Ecuador de 2008 proporciona el marco para la organización del Estado ecuatoriano y la relación entre el gobierno y sus ciudadanos. A diferencia de de la Constitución de 1998, define la separación en 5 poderes de las cinco funciones del Estado: función Ejecutiva, legislativa, judicial, función de

Para contextualizar esta investigación se analizará los antecedentes históricos y la problemática de la Contratación Petrolera en el Ecuador, a partir del año 1993, en que se expide una de las tantas reformas a la Ley de Hidrocarburos, con la cual se regula como nuevas modalidades contractuales los contratos de Participación y Campos Marginales, que reemplazaron y dejaron atrás los contratos de prestación de servicios y que vuelve a ser retomada nuevamente por el Presidente Rafael Correa.

Del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho como antecedentes del Estado Constitucional de Derechos

El Estado

Al Estado se lo concibe como la organización política y jurídica de la nacionalidad, dentro de un territorio determinado, que busca la consecución del bien común. Es un instrumento creado por la sociedad para auto dirigirse. Es una organización política que interrelaciona elementos como el territorio y la población, que para el caso ecuatoriano está matizada por diversas culturas, pueblos y nacionalidades, con objetivos comunes, bajo el gobierno de la autoridad.

Frecuentemente nos referimos al Estado de derecho, independientemente de cuál sea el modelo de Estado, para hacer referencia a la problemática de lo que se ha denominado como el gobierno de las leyes¹², en contraposición al gobierno de los hombres. El Estado de derecho se sujeta a su propia normatividad expedida que somete incluso a los mismos gobernantes. Es el gobierno de acuerdo con lo establecido en las normas. El Estado está sujeto al derecho.

Transparencia y de Participación Ciudadana y Control Social. El Art. 1 establece como modelo el estado Constitucional de Derechos y de justicia.

¹² Un antiguo debate de filosofía política entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres, ha sido sintetizado por Norberto Bobbio, quien manifiesta que el buen gobierno es aquél en el cual los gobernantes son buenos porque gobiernan respetando las leyes o es aquél en el cual hay leyes buenas porque los gobernantes son sabios, reducen el privilegio, la discriminación y la arbitrariedad. Presenta al derecho y al poder como dos caras de la misma moneda, solo el poder puede crear derecho y solo el derecho puede limitar el poder. En el extremo opuesto del Estado despótico está el Estado democrático. Los antiguos exaltaban el gobierno de las leyes contraponiéndole al gobierno de los hombres. Manifiesta que hoy cuando hablamos del Gobierno de las leyes pensamos en las leyes fundamentales y las normas que obligan más que a los gobernados a los gobernantes.

El concepto de Estado de derecho contiene dos elementos básicos, la supremacía de la Constitución y la separación de funciones en el ejercicio del poder. Esta expresión se incluiría por primera vez en la Constitución francesa de 1791¹³ que tuvo como contrapunto al totalitarismo.

El Estado de derecho es el antecedente jurídico y político inmediato al Estado social de derecho que surge del constitucionalismo social con las constituciones de Querétaro (México 1917)¹⁴ y de Weimar (Alemania 1919)¹⁵, las que generaron un nuevo enfoque del Estado de derecho que se desarrolló durante el liberalismo, en donde la acción estatal tenía como límite la salvaguardia de la libertad del individuo.

El Estado social de derecho surge como una forma de organización estatal encaminada a realizar la justicia social y respetar la dignidad humana, mediante la sujeción de las autoridades públicas, a los principios, derechos y obligaciones sociales de orden constitucional, hay una íntima interrelación entre Estado y la sociedad.

Según Heller (1985) el Estado de Derecho es el resultado provisional de un proceso de racionalización del poder que reivindica y fortalece a la burguesía, pero en forma progresiva también a los trabajadores, quienes organizados en sindicatos y aun en partidos, busca establecer el poder legislativo del pueblo (Fernández, 2004). Considera que el Estado es la organización que surge en el mundo occidental a partir del renacimiento, cuyos elementos de discontinuidad son: el ejército propio, la

¹³ La Constitución Francesa de 1791, llevaba como preámbulo la Declaración de los derechos del hombre y dividía el gobierno en tres poderes: ejecutivo, desempeñado inicialmente por el rey, con derecho a vetar las leyes aprobadas por la asamblea; legislativo, formado por un cámara de diputados, elegidos, sin distinción de clase, por los contribuyentes directos, que se renovaba cada dos años totalmente, y el judicial compuesto por magistrados electivos.

¹⁴ La Constitución de Querétaro de 1917 es una aportación de la tradición jurídica mexicana al constitucionalismo universal, dado que fue la primera constitución de la historia que incluye las mejores aportaciones al régimen legal en cuanto a derechos sociales, dos años antes que la Constitución de Weimar de 1919. Entre los cambios respecto de la Constitución de 1857, se encuentran la eliminación de la reelección del presidente de la República y el cargo de vicepresidente. Cuenta con 136 artículos y 19 transitorios.

¹⁵ En el año de 1919 fue aprobada la Constitución alemana de Weimar por la Asamblea Nacional, suscrita por el Presidente del Reich en Schwarzburg, entró en vigencia el 14 de agosto. Acepta tres partes fundamentales que debe tener una Constitución: 1) preámbulo; 2) parte orgánica; y, 3) parte dogmática. Se subdivide en cinco apartados: individuo, vida social, religión y sociedades religiosas, educación y enseñanza, vida económica. Finalmente, siguen disposiciones transitorias y finales. Tiene 165 artículos, entre ellos 56 sólo sobre derechos fundamentales. Con esta Constitución se pasó de una legislación, hasta entonces de carácter excepcional a un auténtico derecho especial. Con su promulgación se dio nacimiento al llamado constitucionalismo social que transformó la visión del derecho constitucional, adecuándolo a los tiempos nuevos (Reinhard Rürup, 1992: 126-158).

centralización del territorio, la sumisión del Estado al derecho, la división de poderes, el sufragio, la constitución, etc. Antes del renacimiento no existían Estados en un sentido propiamente dicho, sino que se trataba solamente de organizaciones políticas.

Por otra parte, Hans Kelsen (1974: 138) quien construyó una teoría jurídica positivista, identifica al Estado con la totalidad del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta que el sistema legal es un sistema jerárquico ordenado a partir de una Constitución, que aspira a su completitud como sistema, a través de la existencia de principios lógico-formales que se ordenan conforme a la lógica de los antecedentes e imponen deberes para la prevención de una sanción. Todo Estado tiene que ser Estado de derecho en sentido formal, que permita construir un orden coactivo que debe ser necesariamente jurídico (Lifante, 2003: 35-135).

El aporte de Jellinek (1954) en esta materia ha sido descriptivo y más amplio, desde el punto de vista científico, al partir de un criterio dualista que considera tanto los aspectos sociológicos de Heller como los jurídicos de Kelsen. El Estado sería al mismo tiempo una formación social y una institución jurídica; de ahí que, para estudiarlo sea preciso el concurso de dos ciencias autónomas o dos facetas: la teoría jurídica del Estado propugnada por Kelsen y la teoría social del Estado. A la primera corresponde la aplicación del método jurídico, mientras que a la segunda el método de las ciencias naturales. El Estado de derecho se exteriorizaría en el derecho, con un orden jurídico como norma y limitación de la voluntad soberana, pero el Estado de derecho (Rechtsstaat)¹⁶ no solo se restringe al aspecto jurídico, pues debe ser también Estado de cultura y reclama hacer estudios sobre la naturaleza física, económica, ética y política del mismo. El Estado puede ser considerado desde un doble punto de vista: sociológico y jurídico, aunque el fundamento último del mismo es de carácter meta jurídico, de manera que la positividad del derecho no se fundamenta en otra norma o principio del mismo ordenamiento sino que descansa en la convicción de su obligatoriedad. La Teoría General del Estado de Jellinek (1954), encuentra al referirse a los fines del

¹⁶ El concepto de Rechtsstaat se originó en el sistema jurídico-político alemán. Hace referencia al Estado regulado o normado, lo que generalmente se entiende como Estado de derecho o imperio de la Ley, en el cual el poder del Estado está limitado a fin de proteger la población de abusos de poder. Los ciudadanos tienen derechos básicos garantizados por la Constitución.

Estado y a los elementos del Estado, que son los aportes más clásicos para describir al Estado como una persona moral y en lo físico por la coexistencia de un elemento material (territorio); un elemento sustancial (población); y, un elemento formal (gobierno o poder) y que relacionado alguno de los elementos entre sí, como territorio y el poder dará lugar a la forma de Estado; la relación entre población y poder dará lugar a la forma de gobierno.

Jellinek contribuye a la teoría del Estado desarrollando ideas que dan fundamento a la legitimidad de un poder para legislar sobre lo excepcional y la fuente última de decisión de los conflictos la cual no estaría en el poder judicial sino el poder ejecutivo, en el que se encontraría mejor representada la soberanía popular y la construcción de un derecho objetivo como poder del Estado, cuyo obrar debe ajustarse al derecho y no solamente a una vertiente sociológica del poder, que también debe reflejarse en los fines del Estado, para asegurar la solidaridad y el progreso común.

Desde el enfoque sociológico el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de mando y formada por hombres que viven permanentemente en un territorio. Desde el punto de vista jurídico el Estado es una corporación o sujeto de derechos y obligaciones, formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentada en un territorio determinado.

Jellinek (1954), en los tipos empíricos de Estado que expone en su obra Teoría General del Estado, considera al contrario que Heller que el Estado ha existido desde siempre y ha evolucionado desde su forma más primitiva de Estado antiguo, hasta la actualidad como Estado contemporáneo. A diferencia de los elementos de la discontinuidad de Heller, Jellinek se basa para elaborar su teoría en los elementos de continuidad del Estado, como lo son la existencia de un grupo humano. Dicho grupo se encuentre subordinado a un poder de mando y que dicho poder se ejerza a través de una serie de normas.

Ferrajoli (2003: 13) describe al Estado de derecho, desde dos puntos de vista diferentes: “Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”. Los estados de derecho son ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal, correspondiente al uso del término alemán Rechtsstaat. Una

segunda designación considera como Estado de derecho solo a aquellos ordenamientos jurídicos en los que los poderes públicos están sujetos a la ley, no sólo en las formas sino también en los contenidos, todos los poderes incluido el legislativo están vinculados al respeto de principios substanciales, establecidos por las normas constitucionales como la división de poderes y los derechos fundamentales.

El Estado Social de Derecho

Sobre la base del Estado de derecho surge el Estado social de derecho, como una forma de organización estatal encaminada a realizar la justicia social y respetar la dignidad humana, mediante la sujeción de las autoridades públicas, a los principios, derechos y obligaciones sociales de orden constitucional, hay una íntima interrelación entre Estado y la sociedad.

Heller elaboró una teoría del Estado que tuvo en cuenta la fenomenología, es decir, el análisis sociológico de los aspectos fácticos que fundamentan la creación de instituciones, así según la concepción de Héller, en (Valadés, 1994: 61-65), ya no se refiere sólo al Estado sino al Estado social de derecho que lo conceptualiza como:

“la Sujeción a la actividad estatal a normas que garantizan: 1 La separación de funciones de los órganos de poder; 2 El ejercicio de la autoridad sobre las personas conforme a las disposiciones conocidas y no retroactivas; 3 El respeto a los derechos y libertades individuales; 4 La reivindicación y tutela de los grupos sociales económicamente débiles y 5 El desarrollo del pluralismo como instrumento de la sociedad para expandir sus prerrogativas y controlar los órganos de poder.”

Héller atribuye al Estado social de derecho la función de tres elementos, el Estado, el Derecho y la sociedad. Percibió con claridad esa situación y planteó la transición del Estado liberal de derecho al Estado social de derechos como una forma de permitir al movimiento obrero y a la burguesía alcanzar un equilibrio jurídicamente regulado. Se planteó la viabilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, limitando la propiedad privada; subordinando el régimen laboral al derecho; interviniendo coercitivamente el Estado en el proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público. El Estado social debe intervenir siempre que la economía de mercado haga peligrar las

condiciones mismas del mercado libre o pueda causar daños significativos a la economía nacional o al medio ambiente.

Elías Díaz coincide con Heller en considerar al Estado social de derecho como una etapa de transición provisional hacia el socialismo del Estado social de derecho y posteriormente hacia el Estado democrático de derecho (Valadés, 1994: 63). Según Díaz, el Estado social de derecho requiere de un ejecutivo fuerte, que sea capaz de hacer prevalecer el interés reivindicatorio de la sociedad y la aptitud intervencionista del Estado, similar al Estado de bienestar¹⁷ caracterizado por la prestación creciente de servicios públicos de interés social como educación, vivienda, salud, asistencia social; que se nutre de un sistema impositivo progresivo, que tutele los derechos urbanos, obreros y agrarios y que redistribuye la riqueza.

Este modelo de Estado empieza a afianzarse después de la Segunda Guerra Mundial, con un Estado intervencionista que pretende corregir los desajustes económicos y sociales generados por el capitalismo. Se implantó progresivamente a través de programas de seguridad social, sistemas tributarios progresivos para financiar obras públicas, políticas fiscales y monetarias, entre otras y comprendió una amplia concepción política, económica, social y jurídica que terminó remplazando al Estado liberal de derecho. Al Estado social de derecho se le asigna la función de defender y garantizar la democracia mediante la participación ciudadana, que impulsa la organización civil mediante asociaciones comunitarias, gremios económicos e industriales o sindicatos.

El Estado está en la obligación de satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos, en especial de las poblaciones vulnerables y excluidas de la sociedad mediante la redistribución de la riqueza. Es prestador de servicios públicos que permitan a la población alcanzar una vida digna para todos. Para el cumplimiento de su función social, debe ajustar una infraestructura adecuada de asistencia y establecer el financiamiento de los programas que la sustentan.

¹⁷ El Estado de bienestar o “Welfare State”, describe a un gobierno grande y costoso, responsable de brindar servicios de educación, salud, pensiones, habitación, energía, seguro de desempleo y a la población, va mucho más allá al darse a sí mismo la responsabilidad del cuidado total del ciudadano desde que nace hasta que muere, cuidar al ciudadano desde la cuna hasta el lecho de muerte. Requiere de un tipo de gobierno de poder concentrado y muy grande. La motivación central del Estado de bienestar es altruista y poco realista (Mora, 2008).

El Estado social de derecho introduce como principios constitucionales los Derechos Económicos y Sociales elevados a su máxima categoría que se convierten en ejes primordiales del accionar del Estado. Estos Derechos Económicos y Sociales permiten que los derechos individuales tradicionales se hagan efectivos y que su materialización se logre en el desarrollo de todas las actividades que ejecuta el Estado. La incorporación de los Derechos Económicos y Sociales en las nuevas constituciones trajo consigo la aparición de una serie de instituciones protectoras y garantes de estos derechos, como el ombudsman¹⁸ o defensor del pueblo, o el Procurador de Derechos Humanos.

La división de poderes y el sistema de contrapesos fue perdiendo espacio ante la creciente hegemonía que fue adquiriendo el Ejecutivo que interacciona con la sociedad representada en partidos políticos y en poderes sociales que se convirtieron en poderes políticos, en una interrelación permanente, que funciona como un solo organismo.

La democracia es participativa, designa a los gobernantes y busca relaciones de igualdad y justicia en la sociedad. La soberanía popular se materializa con la participación del pueblo.

En lo económico el Estado social de derecho es intervencionista, dirige íntegramente el proceso de desarrollo, establece las reglas y regula las relaciones económicas para garantizar la participación de todos los actores en el sistema. Está llamado a proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad, controlar la actividad económica privada para evitar abusos, interviene en el mercado y en los precios, regula los salarios y evita que se consoliden los monopolios privados.

El Estado debe fomentar la iniciativa privada y generar las condiciones necesarias para la inversión y el desarrollo empresarial y financiero.

¹⁸ Tiene su origen en Suecia, significa representante, mediador, comisionado, protector, defensor o mandatario del pueblo, es designado por el Parlamento para supervisar la actuación de los gobernantes y corregir los actos de mala administración pública. Brinda una mayor protección a los ciudadanos. La Constitución de Finlandia de 1919 incorpora en su texto esta Institución para oponerse a las autoridades que afectaban con actos ilegales la vida de los ciudadanos. Lo mismo sucede con Noruega en donde el Ombudsman data de 1952 y Dinamarca que lo institucionaliza en 1955.

Este modelo de Estado se hace evidente en el Ecuador en la Constitución de 1998 en la que se incluyen en el texto constitucional los Derechos Económicos y Sociales conocidos como de segunda generación.

El Estado Constitucional de derechos y el nuevo paradigma Neoconstitucionalista del Ecuador

En los paradigmas del Estado de derecho y del Estado social de derecho predominaba el principio de legalidad como normas de derecho positivo y la subordinación de la legalidad a las constituciones rígidas, jerárquicamente ordenadas a las leyes, como normas de reconocimiento de la validez (Ferrajoli, 2003, 18). Las normas que forman parte del ordenamiento jurídico positivo se encuentran vigentes porque han sido aprobadas formalmente, aunque se disocian de la justicia y de la validez y por tanto debían ser aplicadas¹⁹.

El tradicional Estado de derecho en el Ecuador ha dejado de ser el paradigma de la racionalidad jurídica²⁰ para encontrarnos ahora con el Estado constitucional de derechos, en el cual a decir de García (1998), la Constitución se convierte, en el espacio en donde convergen valores, directrices y principios de raíz liberal y democrática, como instrumentos empleados para resolver los más importantes casos en el derecho y por lo tanto se adhieren nítidamente a la ahora famosa tesis de la vinculación entre el derecho y la moral (García, 1998: 61-62).

¹⁹ En el neoconstitucionalismo, de la teoría jurídica relacionada con la validez, eficacia y justicia de la norma jurídica el positivismo sólo respondía a la primera y dejaba la eficacia y la justicia a la Sociología Jurídica y a la Filosofía o la Ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones. Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico. Se pretende que la norma, además de ser válidamente expedida, sea justa porque respeta y desarrolla los derechos humanos y sea eficaz y operativa porque ellos están garantizados en la práctica. Ahora, la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos. (Santiago, 2008: 10).

²⁰ La racionalidad jurídica en el siglo XIX estuvo influenciada por el paradigma positivista que reduce la racionalidad a la científicidad y el positivismo jurídico, entre un modelo formalista que le apostará a una racionalidad analítica-deductiva (Exégesis, jurisprudencia de concepto) y el modelo anti formalista que defenderá -influida por las nascentes ciencias sociales, una mezcla de racionalidad analítica-inductiva y racionalidad práctica o valorativa, con cierta primacía de la primera sobre la segunda, y culminará con un giro hacia el irracionalismo (escuela libre del derecho, realismo jurídico norteamericano, Kelsen). El positivismo redujo la racionalidad humana a racionalidad matemática; de manera que discutir los problemas relativos a valores era, según esta corriente, adentrarse en el terreno de lo subjetivo y por consiguiente, de lo irracional. (Carrillo, 2008: 341,342)

El Estado constitucional de derechos, neo-iuspositivista²¹, enmarcado en la corriente de pensamiento del neoconstitucionalismo se caracteriza por tener una Constitución rígida que no puede ser reformada por procedimientos parlamentarios ordinarios. A ésta Constitución se la concibe como norma jurídica que puede ser aplicable por cualquier persona, autoridad o juez en forma directa. Todos los actos están sometidos a la Constitución, incluso la ley. Por el contrario en el Estado social de derecho, por el principio de legalidad todo acto y el mismo poder estaban sometidos a la ley objetiva.

Quizá lo que más caracteriza al Estado constitucional de derechos son las garantías²² y los derechos contenidos en la Constitución, protegidos en última instancia por la Corte Constitucional, cuya fuente principal está dada por la Asamblea Constituyente y no como en el Estado social de derecho, en el poder legislativo que interpretaba la ley y era considerado como el primer poder del Estado.

A diferencia del Estado social de derecho en el Estado constitucional de derechos, la Constitución garantiza los derechos fundamentales de las personas, pero sobre todo busca la justicia, es decir busca la equidad e igualdad. El poder está sometido a la Constitución lo que le diferencia del Estado social de derecho y de su antecesor el Estado de derecho. La Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Constitución es material, orgánica, invasiva y procedimental, de aplicación inmediata, en cuanto tiene derechos y garantías que deben ser protegidos por ser el fin mismo del Estado, incluso por sobre la soberanía y el patrimonio civil. Establece los órganos que forman parte del Estado. Se constituyen mecanismos de participación para tomar decisiones y elaborar las leyes, sin que el poder legislativo sea el principal operador de justicia.

Según Prieto Sanchis (2003: 123-158), al Estado constitucional de derechos o neoconstitucionalista se lo puede entender como el Estado de derecho que designa el

²¹ Estado Constitucional que nace tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias que en confrontación con el estado de derecho reflejan dos experiencias históricas diferentes. (Ferrajoli, 2003: 14)

²² Para Comanducci, el (neo) constitucionalismo como ideología, se diferencia parcialmente del constitucionalismo clásico por acentuar mucho más el objetivo, de garantizar los derechos fundamentales, que el de limitar al poder estatal. Este cambio de énfasis se debe a que el Estado democrático contemporáneo, a diferencia de aquél al que se oponía el constitucionalismo clásico, no es más visto con temor y sospecha (Comanducci: 2003).

modelo institucional de una forma de organización política, fundamentada en una nueva teoría del derecho y en una ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada. En cuanto a ideología al Estado se lo identifica con la filosofía política, la que considera que el Estado constitucional de derechos representa la mejor o más justa forma de organización política, con mayores garantías judiciales e inevitablemente se reducen las esferas de decisión de la mayoría parlamentaria, en aumento de la ponderación judicial.

Metodológicamente el constitucionalismo como ideología puede asumirse como un modelo óptimo del Estado de derecho, evolucionado, que sostiene una vinculación necesaria entre derecho y moral y que postula la obligación de obediencia al Derecho.

Como modelo el Estado constitucional de derechos sería el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas, la una que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, que se resuelve en el judicialismo, que vigila el respeto básico de la organización política y por otra parte, la tradición que concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político muy bien articulado, como si fuera el programa directivo de una empresa de transformación social y política, que no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, así el neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones, fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. La noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática y se traduce en el apoderamiento de la mayoría, a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular. De la segunda tradición se establece un ambicioso programa normativo en una Constitución transformadora que pretende condicionar las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo no corresponde al legislador sino a los jueces (Sanchis, 2003: 123-133).

El Estado constitucional de derechos reclama una nueva teoría del derecho, que la explique y fundamente, alejada del llamado positivismo jurídico²³, que haga entender

²³ El positivismo jurídico es un sistema filosófico que admite únicamente el método experimental y rechaza toda noción a priori y todo concepto universal y absoluto. Para Kelsen el Derecho es un fenómeno autónomo cuyo conocimiento es el objeto de la Ciencia Jurídica como quehacer intelectual distinto a la ética y de las ciencias sociales. Reduce el Derecho a una lógica formal pura, centrada en el análisis de la norma jurídica. El Estado

el porqué la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho y que conlleva la existencia de más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador y la coexistencia de valores contradictorios (Sanchis, 2003)

Según Carbonel (2009: 9-10) las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma del Estado constitucional son de tal importancia que ya puede hablarse de un Estado (neo) constitucional y cuando se habla de neoconstitucionalismo se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado: 1. Los fenómenos evolutivos que han tenido impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional y por otra parte 2. El término neoconstitucionalismo.

El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos 50 años, sobre todo a partir del final de la segunda guerra mundial. Son ejemplos de este tipo de Constituciones los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después (Carbonel, 2009: 9).

En Latinoamérica la Constitución Brasileña de 1988, la Colombiana de 1991, que se caracterizan fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, han dejado de ser exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos (Carbonel, 2009: 9-10).

Se debe destacar el componente liberal que impregna al neoconstitucionalismo, cuyo compromiso se da hacia esta ideología que se basa en la defensa de los principios de la dignidad, la autonomía y la inviolabilidad de las personas que nadie, ni siquiera la voluntad popular puede violentar, aun a costa de su propio sacrificio.

El profesor Prieto Sanchís destaca cinco características que definirían lo que significa hoy el neoconstitucionalismo, a saber: 1. El predominio de los principios sobre las reglas, 2. El empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción, 3. La presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, 4. el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería

no es sino el orden jurídico mismo, de forma que todo acto estatal es simultáneamente un verdadero acto jurídico.

una homogeneidad ideológica y finalmente 5. El constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del derecho (Sanchis, 2003: 131).

Ramiro Ávila (2011) analiza el neoconstitucionalismo desde una visión constitucionalista propia latinoamericana-andina y ecuatoriana, desde el Derecho y las Ciencias Sociales, tratando de encontrar un pensamiento propio para dar respuesta a sus propias realidades. Manifiesta que la Constitución ecuatoriana del 2008 es garantista, igualitaria, participativa y plurinacional, en donde hay una relación entre reglas y principios, que a diferencia entre Estado constitucional y Estado de Derecho, entre moral y derecho o la identificación de legislación y políticas públicas, se fortalece al ejecutivo, se debilita al legislativo y se crean dos nuevas funciones: la electoral y la de transparencia y control social. Reconoce la fuerte y expansiva declaración de derechos y garantías. La dimensión orgánica de la Constitución es un medio para la realización de los derechos de las personas y colectividades, lo cual le da una fuerte vocación democrática a la nueva Constitución, por sobre el contenido técnico-formal, su redacción o incluso por sobre su coherencia. Así el valor de la Constitución radicaría más en los avances de fondo que se han incorporado respecto al constitucionalismo pasado y sus proyecciones hacia el futuro, como resultado de un nuevo pacto social. Más allá de las deficiencias formales y orgánicas, lo más importante son los derechos y garantías, su dimensión plurinacional e interculturalidad, su profundo compromiso con la naturaleza, la solidaridad y la justicia.

La Constitución del 2008, al proclamar en su artículo 1 que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia, lo inserta en ese nuevo paradigma jurídico-constitucional, conceptualizado como el “neoconstitucionalismo” (Ávila, 2008: 775-793). Lo asimila con un Estado de justicia que sería el resultado de la superación de un Estado que provocaba y generaba inequidad. El modelo constitucionalista se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos y en la consolidación de un Estado fuerte.

La calificación del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y de Justicia sintetizaría el contenido de todo el texto constitucional normativo instaurado en el Ecuador como un nuevo paradigma, por tanto, no hay que extrañarse que la Constitución del 2008 en sus 444 artículos trate de normar en forma directa y al detalle todos los aspectos relacionados con la administración pública y privada de sus

ciudadanos. El Estado social de derecho que se dejó atrás con la expedición de la nueva Constitución, estuvo determinado por la autoridad y la estructura del poder, sistema que solo en apariencia era menos autoritario y más democrático, dividido en los tres poderes clásicos²⁴. En el anterior modelo de Estado la estrategia de desarrollo ha consistido en generar riqueza a través de la exportación de bienes primarios agrícolas, como el cacao, banano o recursos no renovables como el petróleo (PNBV, 2009: 27)

Aunque en el país no se la refiere a la Constitución del 2008 como “neoconstitucionalista”, esta se enmarca en esa corriente de pensamiento, cuya filosofía ha sido abordada desde diversas disciplinas y por diversos autores, que tratan de explicar esta corriente que entraña conceptos como la extensión del texto constitucional de principios a norma garantista, para regular directamente las controversias; ponderación versus subsunción; independencia del legislador, a quien se considera como una guía de producción legislativa y medio de producción entre las necesidades o exigencias de la sociedad y las exigencias constitucionales; la interpretación de los jueces, la concepción de la Constitución como un objetivo, una guía, principios y garantías. (Ver Anexo No.1)

Esta Constitución rompe con el paradigma de la vigencia en el Ecuador de constituciones fundamentadas en el positivismo jurídico, concebidas como producto de la voluntad del soberano, que una vez promulgada, en su conocimiento, definición y validez no entraba un criterio de justicia y podían ser calificadas como justas o injustas, sin que ello implique ningún tipo de disminución en su carácter jurídico, lícita o ilícita, legal o ilegal (Martínez, 2006: 47-54). La nueva Constitución considera como centro del desarrollo al ser humano y ha sido elaborada para posicionar la planificación y las políticas públicas como instrumentos para la consecución del “Buen Vivir, Sumak kawsay o vida plena”²⁵ y la garantía de derechos que pretende erradicar la pobreza;

²⁴ La teoría de la división de poderes fue enunciada por Montesquieu en su obra “El Espíritu de Las Leyes”, a mediados del siglo XVIII. Creía firmemente que la libertad de la que gozaba Inglaterra se debía a la separación de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, así como la existencia de frenos y contrapesos entre esos poderes. Estableció la separación de poderes como un dogma del constitucionalismo liberal. En cada Estado debía existir tres poderes. (Montesquieu. El Espíritu de las Leyes 1748).

²⁵ El Sumak Kawsay en el pensamiento Kichwa, es el buen vivir o vida plena para alcanzar un grado de armonía total con la comunidad y con el cosmos. En el Art. 275 de la Constitución se refiere a la condición que requerirían las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades para que gocen efectivamente de sus derechos y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades y de la convivencia

busca la promoción del desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, la participación ciudadana como protagonista en la toma de decisiones y en la formulación de políticas públicas (PNBV, 2009). Se establecen garantías constitucionales desde la perspectiva del Buen Vivir que permita su aplicación en forma directa e inmediata de los derechos, sin necesidad de que exista la legislación secundaria.

En lo económico la Constitución del 2008 propone la construcción de un nuevo modelo de acumulación y redistribución de la riqueza que implicaría salir del modelo primario exportador, democratizar el acceso a los medios de producción, crear las condiciones para incrementar productividad y generar empleo que sea sostenible en el tiempo, mediante el impulso de una economía popular, social y solidaria, pues en el Ecuador la concentración de la producción exportable se enfoca en el sector primario, se exportan productos tradicionales, es decir, la producción exportable está determinada por la explotación de recursos naturales no renovables. En una primera fase se pretende una sustitución selectiva de importaciones con el objetivo de producir cambios en la matriz energética. En una segunda fase se persigue consolidar un superávit energético, a través de la producción y consumo de energía limpia y bioenergía; y, en una tercera fase se buscaría sustituir las exportaciones con bienes con mayor valor agregado y no exclusivamente dependientes de los procesos extractivos (PNBV, 2009: 55-58).

Políticas Públicas

En el idioma inglés existen dos acepciones para la palabra política, la primera se refiere a la lucha por el poder (politics). La segunda se define como las acciones que lleva a cabo el gobierno del Estado, mediante propósitos y programas para la resolución de un problema público (policy). Los términos políticas públicas y política podrían generar confusión, no obstante, varios autores como (Alcántara, 2004) Meny y Thoening; Roth, 2007) utilizan el término inglés (policy) cuando se refieren a políticas públicas y a la acción del gobierno y (politics) cuando se trata de la lucha por el poder. El término

armónica con la naturaleza. El buen vivir se construiría desde las posiciones que reivindican la revisión y reinterpretación de la relación entre la naturaleza y los seres humanos, es decir desde el tránsito del actual antropocentrismo al Biopluralismo (Guimaraes citado en Acosta 2008 y en el Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013: 17-24.)

public policy (política pública) fue formulado por primera vez por Harold D. Laswell²⁶ en 1951 (Citado por Mesa, 2008: 20).

Para Peters las políticas públicas son el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno que actúan directamente o a través de agentes y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos. Esta definición según Pallares (1982: 142) es genérica, a la que hay que agregarle algunas consideraciones, pues las políticas públicas deben ser consideradas como un proceso decisional, por el conjunto de decisiones que se toman en un plazo de tiempo determinado, en una secuencia racional. Existen también casos de inacción por lo cual una política también puede consistir en lo que no se está haciendo. Pallares menciona además que para que una política pueda ser considerada como pública debe haber sido generada o al menos procesada en el marco de los procedimientos, instituciones y organizaciones gubernamentales.

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE las políticas públicas son diseños para la acción pública que deben ser implementados, evaluados y de ser necesario corregidos en un ciclo de políticas públicas ideal de “planificar-hacer-verificar-actuar”, señala que una buena formulación de políticas comienza con la combinación de autoridad política efectiva y con conocimiento técnico en el centro del gobierno. “Una política es un plan para alcanzar un objetivo de interés público”. Se usa el término con cierta flexibilidad y al referirse a política puede referirse tanto a una idea, intención, métodos para alcanzar dichos objetivos. Las políticas se identifican y deciden mayoritariamente en la esfera política. Su formulación se identifica dentro y fuera del gobierno y el gobierno acuerda a través de rutinas intergubernamentales, qué políticas diseñar, adoptar e implementar. El proceso lineal de un ciclo de políticas informa el diseño de nuevas políticas o corrige la implementación de las políticas ya adoptadas. Según la OCDE, los Gobiernos de América Latina recurren a la formulación de políticas públicas más racional. En teoría los ministros y las agencias independientes alinean sus acciones con las metas generales de su gobierno o programas estandarizados de fortalecimiento de capacidades, pero en la práctica

²⁶ Harold D. Laswell fue uno de los precursores de la psicología política, propuso que las ciencias de las políticas incluyan el estudio de los métodos de investigación del proceso de la política, las consecuencias de los estudios de las políticas y sus nuevas variantes.

cumplen sus propios objetivos adaptando sus políticas a sus propias necesidades (OCDE, 2010: 2-10).

Para Roth (2002) las políticas públicas tienen un espíritu público, es decir lo que va más allá del individualismo y de lo privado, actúa sobre lo accesible, lo común, lo colectivo. Esta acepción describe un ámbito determinado de acción, no obstante Susan Velasco (2010:17) hace referencia a Meny y Thoening (1992: 103) y cataloga a las políticas públicas como “sistemas de acción pública” desde donde opera una autoridad gubernamental que incide sobre otros actores, a través de actividades y procesos, no describe a las políticas públicas desde el ámbito de acción sino desde el punto de vista de quien ejecuta las acciones y su incidencia o consecuencia de estas acciones. Trae a colación la presencia de una autoridad o autoridades que son los funcionarios públicos que actúan y deciden sobre un sector específico de la sociedad y área geográfica determinada. Esta acepción nos sirve para analizar las políticas públicas, desde el ámbito energético y específicamente hidrocarburífero, políticas implementadas en el Ecuador y que se toman verticalmente, desde el punto de vista de la autoridad gubernamental, la que actúa en base a consideraciones del sector estrictamente energético, sin tomar en cuenta otros ámbitos como el social, cultural o ambiental. A este análisis se agrega un ingrediente adicional respecto a las políticas públicas energéticas, adoptadas en el Ecuador hasta estos días, para establecer si en estos dos casos son construcciones políticas y sociales originadas en la ciudadanía o con la contribución de los afectados u actores directos que deben intervenir y ayudar a construir políticas públicas, desde un enfoque “neoinstitucionalista” y al cual también se refiere Susan Velasco (2010).

De acuerdo con Roth existen cuatro elementos centrales que nos permiten identificar la existencia de una política pública: 1. Implicación del gobierno; 2. Percepción de problemas; 3. Definiciones de objetivos y 4 Proceso. Cada uno de ellos implica una etapa por la cual debería atravesar la política y los diferentes actores involucrados en dicho proceso (Roth, 2006: 27).

Ante una situación determinada considerada por los actores como un problema público, de relevancia económica, social, energética, cultural o ambiental el Estado interviene mediante planes, proyectos y programas que son puestos en marcha con la finalidad de cambiar la situación prevaleciente.

Según Pallares (1982) las normas jurídicas son instrumentos de acción de las políticas públicas. Las normas jurídicas, constituyen el único recurso propio y exclusivo del Estado, a través de las cuales los poderes públicos autorizan y establecen las actividades que constituyen las políticas y limitan la discrecionalidad en el actuar de los que la elaboran y ejecutan.

Las políticas públicas son técnicas y dispositivos específicos que dan viabilidad a su aplicación. Las instituciones son normas y procedimientos y no simplemente organizaciones o entidades públicas, sino estructuras que permiten aplicar una política pública y la elección de un instrumento por parte del gobierno, se conoce como la instrumentación de la política pública. Las políticas públicas utilizan instrumentos por medio de los cuales el gobierno crea las condiciones de las personas y el contexto que los rodea, para cambiar la situación prevaleciente. En este punto se podría afirmar que el cambio normativo, la transformación del marco institucional o la implementación de las modalidades contractuales son instrumentos de las políticas públicas.

Es necesario también referirse al ciclo que deben cumplir las políticas públicas las que pueden ser examinadas a partir de su ciclo de vida. El Ciclo de la política o (policy cycle) permite estudiar a las políticas públicas desde una perspectiva lineal al dividirla en etapas, facilita el estudio del proceso de la política y permite a los investigadores enfocarse en una sola fase y examinarla a profundidad. Cualquier política pública puede encontrarse en varias etapas al mismo tiempo. Simultáneamente la política pública puede estar en la etapa del diseño, implementación y evaluación²⁷.

Wayne Parsons (2007) destacó las etapas que eran consideradas para un ciclo en las décadas de 1970 y 1980: 1) Problema; 2) Definición del problema; 3) Identificación de respuestas o alternativas de solución; 4) Evaluación de opciones; 5) Selección de las opciones de política pública; 6) Implementación; y, 7) Evaluación. El número de etapas en las cuales se divide el ciclo de la política varían según el autor y según el interés de análisis que se quiera realizar (Ejea, 2006:10).

La aplicación de las políticas públicas solo puede realizarse con un ejercicio previo en la definición de éstas, basadas en las demandas de la sociedad y de la

²⁷ El ciclo de las políticas públicas fue desarrollado por Harold D. Laswell a principios de la década de los cincuenta. De acuerdo con Laswell existe un modelo del proceso de decisión definido en siete fases: inteligencia, promoción, prescripción, invocación, aplicación, terminación y evaluación.

capacidad de respuesta del Estado. Muchas de las políticas responden a expectativas de carácter general, produciéndose un enfrentamiento en el ejercicio de los derechos particulares y públicos (Andrade, 2008: 4).

La construcción de las políticas públicas en El Ecuador inserto en el neoconstitucionalismo buscarían un quiebre en la trayectoria histórica del desarrollo y de la democracia y una propuesta de transformación del gobierno de la “Revolución Ciudadana” que requiere de la consolidación de un proceso constituyente a través del desarrollo normativo y de la implementación de Políticas Públicas acertadas. La Constitución del 2008 en su normativa contiene políticas públicas que buscan concretar la transformación del Estado de manera coherente, con el nuevo proyecto de cambio, para que los derechos del “Buen Vivir” sean ejercidos mediante la construcción de una ciudadanía radical que fije las bases materiales de un proyecto nacional, inspirado por la igualdad en la diversidad (PNBV, 2009: 16).

En el nuevo constitucionalismo las políticas públicas son concebidas también como medios o garantías de los derechos fundamentales. Las garantías políticas destacan la participación ciudadana como un mecanismo de exigibilidad de estos derechos, lo que implica la necesaria intervención de la voluntad política del poder, especialmente de la Función Ejecutiva y Jurisdiccional, para hacer efectivo el sistema de derechos, de este modo, la política pública pasa a garantizar los derechos (Ávila, 2008: 3-4).

En lo referente a la política petrolera, Patricio Baquero la conceptualiza como “el conjunto de objetivos, acciones, estrategias, actividades y administración del recurso petrolero, que afecta a los asuntos públicos y el poder” por tanto, se requiere lograr la optimización de la renta petrolera, al crecimiento del país enmarcado dentro de los principios y el ordenamiento jurídico. Este autor coincide con (Navarro, 2005) en que la política petrolera debe trascender los períodos gubernamentales y elevarse al rango de política de Estado para conservar y mejorar el bienestar general y la calidad de vida de la población presente y futura, manifiesta además que para su formulación deben considerarse: la situación nacional, el entorno internacional, la protección del medio ambiente con conceptos de desarrollo sostenible, la calidad de vida de la población presente y futura y la aplicación de nuevas tecnologías(Baquero, 2006: 138).

La gobernanza energética

“El concepto de gobernanza es un instrumento analítico para comprender cómo funciona un sistema social y político reflexivo” (Fontaine y Velasco, 2009: 2).

El mismo Fontaine, (2010: 23-25) define a la gobernanza como un modo de regulación de las interacciones del Estado, la sociedad, los actores económicos y los actores internacionales que en tanto estructura o modelo resulta de los esfuerzos de intervención de todos los actores, así cada momento de gobernanza es el fruto de las interacciones sociales y el medio, mediante el cual los actores pueden interpretar ese modelo y dar lugar a la formación de distintos tipos de acuerdos.

La gobernanza energética como sistema y a la vez como dispositivo institucional y legal que enmarca las políticas energéticas nacionales y los intercambios económicos incluye el régimen general de ley y las políticas sectoriales y demás regímenes normativos específicos como los reglamentos ambientales y los reglamentos de consulta previa a las poblaciones (Fontaine, 2010:101).

El análisis de la gobernanza se puede hacer desde tres enfoques: global, nacional y sectorial. Desde un enfoque global geopolítico se hacen hincapié en los procesos de globalización, conflictos transnacionales e integración regional y las estructuras de gobierno en el ámbito internacional, derecho internacional, organismos multilaterales y organizaciones supranacionales, este enfoque nos sirve para analizar cuál ha sido el contexto en el que se han manejado los recursos energéticos del Ecuador y específicamente el hidrocarburífero²⁸ y de qué manera han influenciado sobre su administración los organismos internacionales y los países considerados como hegemones, como Estados Unidos, Brasil, China o Venezuela, en el manejo de los recursos y en la búsqueda de su seguridad de abastecimiento de petróleo y el control geopolítico²⁹ de la región. Aquí podemos mencionar la noción de “buena gobernanza”³⁰,

²⁸ El Ecuador hasta el año 2008, era el quinto productor de petróleo en América después Venezuela y Brasil, posee según la CEPAL el 0.4% de las reservas mundiales de crudo.

²⁹ Según Fontaine, (2010: 23) que cita a (Klare, 2004: 223) La geopolítica define la rivalidad entre dos o más actores internacionales, por el control de territorios, recursos naturales, accidentes geográficos vitales (como los ríos o los estrechos marítimos) y otros puntos privilegiados desde el punto de vista económico o militar.

³⁰ Esta noción de buena gobernanza acorde con los intereses de las principales agencias, muestra la contemplación de principios básicos que son “sugeridos” como la mejor vía para conformar la buena gobernanza; como transparencia, participación y responsabilidad (accountability) y secundariamente la coordinación y

adoptada por las agencias de cooperación, noción que no es otra cosa que un programa de políticas neoliberales que buscaban desregularizar y prescindir del Estado propietario como administrador de los recursos naturales y sobre la base de lo cual se realizó una reestructuración institucional del Estado, priorizando las nociones de eficacia y relegando aspectos sociopolíticos como la legitimidad y la justicia en el proceso de gobierno y desarrollo. (Hewitt de Alcántara, 1997). Esta definición se contrapone con la definición de “Buena Gobernanza” que plantea Kaufmann, según la cual ésta dependería de la libertad de expresión, la transparencia en la rendición de cuentas, la estabilidad política y la ausencia de violencia, la eficacia del gobierno, la calidad reguladora, el imperio de la ley y el control de la corrupción (Fontaine y Puyana, 2009: 4).

Desde un enfoque nacional, que comprende los procesos de elecciones políticas y debates en la esfera pública y las estructuras de gobierno en un Estado de derecho se debe analizar un nuevo modelo de gobernanza que rompa con aquella en la que las grandes o medianas potencias buscan la oportunidad de influencia y de ganar poder al interior de otros estados, sobre la base de intervenir en ellos financiando acciones políticas abiertas o encubiertas, tendientes a desestabilizar al gobierno en unos casos, o en otros procura apoyar partidos o candidaturas que sean afines a sus intereses o proyectos (Arriagada, 2006). La intervención política en los países del área Andina, entre ellos Ecuador, se enfrentan a problemas de gobernabilidad, como resultado de profundas fallas en sus sistemas políticos, así la causa fundamental de la crisis se encontraría en el campo de la política, en sus constituciones, en sus sistemas de partidos, leyes electorales, en el tipo de relaciones de la sociedad civil con el sistema político, en los patrones de conducta de sus clases dirigentes y en los elevados niveles de corrupción, además de evidentes problemas con la población indígena, lo que ha creado una fractura étnica que afecta la gobernabilidad (Arriagada, 2006: 14). Desde el enfoque sectorial, se requiere analizar los procesos, políticas públicas, regulación y las estructuras del gobierno que responden a las demandas sociales, autoridades de tutela, organismos de control y mecanismos de asignación de recursos (Fontaine, 2008: 4).

coherencia en un ámbito de buenas relaciones entre los actores en juego (Cerrillo, 2001: 15 citado por Pineda 2005: 5).

La gobernanza jerárquica es característica de los gobiernos tradicionales en los que el Estado interviene en la esfera privada de los individuos, mediante el dominio legal, el imperio de la ley, como ha sucedido en el en los últimos años.

La gobernanza autónoma es característica de las empresas privadas y cuando se hace referencia a la cogobernanza se está hablando de un modo específico de gobernanza horizontal que está en contraposición con la gobernanza jerárquica.

En lo relacionado con los países andinos la gobernanza energética ha seguido dos vías desde la década de los años noventa: 1. La de la regulación por el mercado mediante una política de apertura del sector hidrocarburífero a los capitales privados y 2. Aquella de la regulación por el Estado, lo que ha dado lugar a que se hable del retorno de un nuevo nacionalismo petrolero, que aparece a finales de la década de los noventa en la zona Andina, como escenario de importantes cambios políticos que se expresan a través de un nuevo estilo de gobierno en Venezuela, Bolivia y Ecuador, neo nacionalismo que buscaría promover la integración regional por medio de alianzas estratégicas (Fontaine, 2010: 203-206). En el caso ecuatoriano toma relevancia el concepto de “neonacionalismo”³¹ con el Presidente Rafael Correa, que ofreció imprimir un cambio en las políticas públicas energéticas, las que debían incidir directamente en la gobernanza del país, fortaleciendo la intervención del Estado en el sector hidrocarburífero como sector estratégico y la transferencia de las operaciones que estaban a cargo de las empresas privadas a las empresas estatales o públicas, no obstante, el éxito que pueda tener esta nueva forma de gobernanza energética no depende únicamente de la capacidad productiva de las empresas estatales, sino de factores exógenos como el de la variación de los precios del petróleo, lo cual por si mismo contradice a la esencia de un proyecto “neonacionalista”.

La noción de gobernanza ha sido utilizada para referirse a los procesos de toma de decisión y ejercicio de autoridad en el ámbito del sector público, relacionados a asuntos de carácter colectivo o a un sistema de reglas formales e informales que establecen las pautas de interacción entre los diferentes actores en el proceso de toma de decisiones. La gobernanza supone que la gobernabilidad no puede estar garantizada

³¹ “El nacionalismo petrolero no es tanto un proyecto nacional o un proyecto bolivariano, sino una cortina de humo detrás de la cual lo que está de por medio es la resolución de los problemas de gobernanza energética, ahondado por la creciente dependencia de los países andinos hacia los hidrocarburos” (Fontaine 2010:207).

sólo por los gobiernos, sino por el funcionamiento eficaz de redes más o menos institucionalizadas de actores estratégicos que disponen de su propia autonomía y de su agenda estratégica (Ojeda, 2005), no obstante la gobernanza energética en los últimos años se ha dado jerárquicamente sin la participación de los principales actores, las comunidades indígenas que pudieran ser afectadas, la ciudadanía y sin los beneficiarios o partícipes de la renta petrolera³².

Prats (2003: 244) hace referencia a un sistema institucional que enmarca la acción de los actores sociales y la acción de gobernar y que incluye la política, las políticas públicas y la administración pública.

Según Andrade (2008: 2) el sistema político está determinado por un conjunto de estructuras, mecanismos y procesos que sustentan la participación e interrelación entre los actores, representado por un marco institucional, que comprende el ámbito de la gobernanza. Hace referencia a (Mayntz, 2000) para manifestar que la gobernanza constituye un marco institucional, normativo que delimita y regula las relaciones entre los diversos sectores sociales, públicos y privados, individuales y comunitarios, estatales y particulares, ámbito institucional que tiene la función de legitimar y motivar diversas formas de gobierno y de aplicación del poder, que a la vez vincula a las relaciones que se establecen entre los actores sociales y políticos, es decir, en los modos de gobernanza energética e hidrocarburífera que se han adoptado en el Ecuador, las relaciones entre los diferentes actores públicos y privados, debieron ser normadas, reguladas y legitimadas en un ámbito institucional y normativo estatal, bajo el sometimiento de la Constitución, los convenios internacionales, la Ley de Hidrocarburos y sus diferentes reformas, reglamentos operacionales y ambientales, decretos, acuerdos ministeriales y demás normativa que estuvo y está vigente.

Según (Fontaine, 2009: 2) la gobernanza se define por la naturaleza del régimen político, el grado de separación de los poderes, la organización de la administración pública, los instrumentos de validación de decisiones institucionales y los

³² Hasta el año 2007, según la entonces DNH, la renta petrolera se componía principalmente de los ingresos generados por Petroecuador, las regalías o participación de la producción devengada al Estado en los contratos con empresas privadas, que variaban en función de los tipos de contratos y el impuesto a la renta (El 25% de ganancias) privados del petróleo. A partir del año 2008, esta composición ha variado, como consecuencia del nuevo marco normativo e institucional impulsado por el Presidente Rafael Correa, que derivó en la renegociación de los contratos petroleros bajo una sola modalidad contractual única de prestación de servicios.

procedimientos de control y vigilancia. Entre los actores económicos encontramos a las compañías petroleras privadas transnacionales y sus representantes que han intervenido directamente en el poder formal y han tenido influencia en los gobiernos de turno para proponer las políticas públicas y crear el marco normativo e institucional que les permita regular la contratación petrolera desde una perspectiva patrimonialista, capitalista y de libre mercado, sin dar mayor apertura a la intervención de otros actores en la toma de decisiones como lo sucedido con Bernardo Tobar, quien formó parte de la denominada "comisión sin rostro" que analizó las propuestas presentadas para construir el Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) y luego fue contratado por la Empresa OCP como uno de sus gerentes (La Hora, 2002); o como cuando en el año 2004, Luis Camacho ex funcionario de Petrobrás operadora de los Bloques 18 y 31 asumió la Presidencia Ejecutiva de la Estatal Petroecuador, para lo cual mediante Decreto Ejecutivo y a discreción del Presidente de la República Coronel Lucio Gutiérrez, se reformó el Reglamento Sustitutivo a la Ley de Petroecuador para permitir expresamente que ex-ejecutivos de las empresas petroleras privadas puedan ocupar la Presidencia Ejecutiva de Petroecuador (El Mercurio, 2004), sin embargo de que Petroecuador era la administradora y la contraparte de las empresas privadas en los contratos petroleros suscritos. Quizá la mayor intervención en el poder formal por parte de los actores privados en los gobiernos de turno está dada en el Gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén, en el que el poder constituido propició la desregularización del Estado, la privatización de los bienes públicos, permitiendo incluso que vía Reglamento³³ se modifiquen los contratos de prestación de servicios a contratos de participación para ampliar los plazos de los contratos y asegurar la onerosa participación de las empresas operadoras en perjuicio del Estado. Esta diversidad de factores y variables han determinado y determinan el modelo de gobernanza energética que ha vivido y vive el Ecuador, en una constante colisión entre quienes buscan un mayor control del Estado sobre los recursos hidrocarburíferos y quienes, en nombre de la inversión y la apertura

³³ El Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos No. 44, Decreto Ejecutivo No.1417, publicado en el R.O. No. 364, de 21 de enero de 1994, en su Art. 28 dispuso como "Principio básico" que las modificaciones contractuales a las que se llegue por acuerdo de las partes, no podrán afectar obligaciones que emanan de la Ley, así se facultó para que las modificaciones de los contratos de prestación de servicios a participación se implementen, a través de contratos adicionales o modificatorios y puedan aplicarse a todos los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

al capital privado operan los campos, por lo general empresas privadas o públicas transnacionales.

En la concepción de Fontaine y Puyana (2006: 20-29) se tendría cuatro dimensiones de la gobernanza energética en el Ecuador. Una primera dimensión de la gobernanza y que incluso puede ser la más importante, la dimensión política, que para muchos autores desborda las otras dimensiones, todas las demás dimensiones estarían subordinados a la adopción de políticas que implican directamente la toma de decisiones, incluso irrespetando y contraviniendo el ordenamiento jurídico³⁴. La problemática alrededor del parque nacional Yasuní (PNY) es un claro ejemplo de cómo se ha manejado la normativa hidrocarburifera y ambiental con relación a las áreas petroleras del país (Andrade, 2008: 5).

En una segunda dimensión la económica y financiera, la gobernanza tiene que ver directamente con las acciones tendientes a obtener la mayor cantidad de recursos económicos, producto de las exportaciones y venta del crudo ecuatoriano en los mercados internacionales, lo que implica el buscar el control de la producción (propiedad del crudo) por parte del Estado, en menoscabo de la producción de las empresas operadoras, el incremento de reservas y políticas de venta de los hidrocarburos en el mercado internacional, para obtener los mejores precios y consecuentemente más ingresos. Los aspectos económicos y financieros están a su vez determinados por factores exógenos como los precios internacionales de los hidrocarburos, la calidad del crudo y la oferta y demanda internacional. El modelo económico del Ecuador se fundamenta en las exportaciones de crudo, que permiten el financiamiento del gasto público. En una tercera dimensión social de la gobernanza energética, se podría manifestar que el Ecuador tiene un complejo entramado de relaciones sociales, en las que han intervenido las empresas productoras, el Estado con su institucionalidad, nacionalidades indígenas y pueblos ancestrales, organizaciones, sindicatos, ambientalistas, ONGs, entre otros actores. La interacción entre estos,

³⁴ Con la llegada al poder de una coalición política de corte empresarial en 1984, las propuestas principales fueron la apertura al mercado externo, la liberalización económica y la desregulación de la economía y las finanzas. Se evidenció así un proceso de “estatización del neoliberalismo”. La propuesta del “Frente de Reconstrucción Nacional, estuvo caracterizada por la constitución de un estilo de gestión personalista, anti institucional en donde los procesos licitatorios para las diferentes rondas petroleras fueron realizadas previo la aprobación de un marco normativo legal que fue manipulado discrecionalmente para favorecer la adjudicación y suscripción de los contratos petroleros con empresas transnacionales, contratos totalmente desfavorables para los intereses del Estado (PNBV, 2009: 31-32).

siempre ha sido compleja, pues ha estado en conflicto el modelo de desarrollo extractivista y el daño irreparable que se ha ocasionado a la naturaleza en la Región Amazónica, la sobrevivencia de los pueblos no contactados, la protección de la biodiversidad y de los ecosistemas, la delimitación y prohibición de explotación en zonas declaradas como intangibles y la distribución de la renta petrolera entre los pobladores de los sectores en donde se extraen los hidrocarburos. Son problemas sociales que inciden directamente en la gobernanza energética ecuatoriana.

En cuanto a la cuarta dimensión ética, podríamos manifestar que la exploración y explotación de los hidrocarburos en el Ecuador está relacionada también con problemas éticos que según Fontaine y Puyana, (2006: 28) muestran un sistema de gobernanza ambiental subsumido a las políticas energéticas del país y heredero de un ordenamiento territorial que comprende la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas de la Amazonía. Fontaine y Puyana hacen referencia a un trabajo de investigación de Iván Narváez “*En Huaorani: Mundos paralelos, mundos superpuestos y submundos*”, en el cual se analiza la situación de los indígenas afectados por las actividades petroleras y la conservación del parque Yasuní.

Las perspectivas de discusión de los temas socio-ambientales vinculados a la explotación petrolera en el Ecuador según Teodoro Bustamante (2003:27-49) son abordadas en varias dimensiones. Desde el punto de vista político son un recurso de enorme valor que sirve para mantener un esquema de poder y de legitimidad. El Estado ecuatoriano como Estado rentista debe desarrollar la actividad de producción petrolera, que transita entre las expectativas y las esperanzas de que el país y el conjunto de la sociedad puedan resolver los problemas sociales y económicos y la depredación de la riqueza y de la naturaleza. La explotación petrolera va mucho más allá de presentar algunos problemas manejables de niveles de contaminación. Estructura un proceso social de desarrollo, caracterizado por la concentración, la violencia, conflictos de tierras, resquebrajamiento de las organizaciones, o dinámicas sociales tales como la prostitución, delincuencia, marginalidad urbana, entre otras. Por otra parte la producción de petróleo genera recursos económicos abundantes que se distribuyen de una forma “monstruosamente injusta”.

Subsisten hasta el día de hoy los conflictos sociales que se generaron desde el inicio del proceso extractivo petrolero en la Región Amazónica, proceso extractivo que

ha estado marcado por los impactos físicos, bióticos y sociales que han generado situaciones de conflicto con relevancia socio-político, con casos dramáticos que se han convertido en emblemáticos, de la lucha de los pueblos y nacionalidades indígenas y de otros sectores, como el de los conflictos generados por Texaco, Maxus y AGIP empresas transnacionales responsables de irreversibles impactos negativos en la vida de los pueblos amazónicos, particularmente el Huaorani (Narváz, 2009: 93).

En la nueva concepción neoconstitucionalista del Ecuador se requeriría de instituciones políticas y modos de gobernanza pública sostenidas en una estructura de representación política pluralista y diversa en la que se cuente con la participación ciudadana y la deliberación pública en la toma de decisiones y en el control social de la acción estatal. Esto significaría que en la elaboración de las políticas públicas y en los sistemas de gobernanza energética, ambiental e hidrocarburífera deberían participar los diferentes actores estatales, institucionales y sociales, con la necesaria deliberación pública, previo a la toma de decisiones y ejercer un control social sobre las acciones ya tomadas por el Estado. La gobernanza participativa entrañaría la presencia de una ciudadanía activa y de fuertes movimientos sociales, asociaciones comunitarias, colectivos ciudadanos, organizaciones civiles que trabajen en temas nacionales y la institucionalización de múltiples dispositivos participativos que culmine en una redistribución más justa de la riqueza social (PNBV, 2009: 22-23).

El Plan Nacional del Buen Vivir del 2009 PNBV, pretendería articular lo que Fontaine (2007: 11-14) manifiesta y lo describe como una “buena gobernanza”³⁵ que se articule con la gobernabilidad “democrática”, en función de la capacidad de la sociedad ecuatoriana de lograr la estabilidad política, la integración social, para resolver los conflictos, a partir de la negociación e institucionalización de los arreglos logrados y con responsabilidad “*eccountebility*”³⁶ de las instituciones hacia la sociedad civil (Fontaine, 2007: 11).

³⁵ La definición de buena gobernanza según Fontaine (2009) es más precisa que la que utilizan comúnmente en los organismos internacionales de cooperación.

³⁶ El “Accountability” se asocia a la rendición de cuentas que se utiliza como sinónimo de responsabilidad, dar cuenta, responder por algo, dar cumplimiento, básicamente a nivel de gestión pública. Es aún un concepto en construcción, no obstante se lo relaciona con la necesidad de transparentar acciones y decisiones en lo público como en lo privado, dar cuenta a la sociedad de las políticas de administración, gobierno y funciones; de informar y ser transparentes.

El principio de legalidad y la discrecionalidad

En el Estado social de derecho, el principio de la legalidad es la más alta garantía en beneficio de los administrados, en contra de las posibles arbitrariedades de la autoridad, para lo cual el ordenamiento jurídico establece el marco legal. Todo está determinado en la ley. Los actos normativos administrativos no pueden contradecir la ley ni la Constitución y los órganos públicos no pueden obrar fuera de su competencia, que vienen a ser los límites dentro de los cuales han de moverse las personas naturales y jurídicas públicas y privadas. Positivamente el principio de legalidad se manifiesta en el deber de la administración de respetar la reserva de ley. (Pérez, 2009: 121). Sin embargo no toda actividad a cargo de la administración tiene establecido límites a los cuales deba aquella ceñirse, por lo que en muchos casos es la propia ley la que otorga a la administración poderes de apreciación de la oportunidad para la toma de decisiones, lo que se conoce como discrecionalidad. La ley no puede prever y reglamentar todas las relaciones jurídicas que se producen en la sociedad, por lo que en muchos casos, la ley se limita a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta libertad de apreciación de los hechos para decidir. El ejercicio de una actividad discrecional debe tener su fundamento y su razón de ser en una ley. En el Estado constitucional de derechos el principio de legalidad está determinado por la propia Constitución como norma.

Pérez (2009) diferencia la potestad discrecional de la administración del principio de la autonomía de la voluntad, lo cual supone la libertad de actuación cuando la ley autoriza dicha libertad.

La actividad reglada de la administración tiene un contenido y procedimiento de ejecución determinados expresamente por la norma jurídica, en contraposición con el poder discrecional que está sujeto a la norma jurídica, pero dentro del marco general de la competencia del órgano, así la potestad discrecional contempla un rango de mayor o menor amplitud de acciones posibles dentro de la competencia establecida, siendo todas las acciones legalmente válidas desde el punto de vista legal, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional puede quedar libre de la administración, lo discrecional no puede ser conceptualizado como arbitrario. Un ejemplo de poder discrecional está dado

cuando la Administración se manifiesta en la adjudicación del contrato público (Pérez, 2009: 391-465)

En el modelo del Estado social de derecho las instituciones, organismos y dependencias tienen la obligación de someterse en sus actuaciones a la Constitución y a la ley, prevaleciendo el principio de legalidad, mientras que en el Estado constitucional de derechos y de justicia, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, al igual que en el modelo de Estado anterior, deben ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, pero prevalece la norma Constitucional por sobre cualquier otra norma³⁷.

La función legislativa que tiene la facultad para elaborar las leyes y la función ejecutiva con su potestad reglamentaria, no son capaces de regular todas las acciones y actividades administrativas del Estado y requieren racionalizar el ejercicio del poder, en el entendido de que un margen de discrecionalidad es inevitable en las actividades administrativas del Estado.

La potestad discrecional debe ser limitada por las normas procedimentales y por los principios rectores del ordenamiento jurídico, pues la potestad discrecional puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, que otorga la norma y que ha de materializarse en el marco de la Constitución, leyes y reglamentos y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión del administrador o funcionario público o los actos de la administración pública pueda ser racionales, razonables y proporcionales a la finalidad perseguida.

Algunos tratadistas del derecho administrativo consideran que en todos los actos administrativos concurren elementos reglados y discrecionales y que no existen los actos discrecionales puros, por lo que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos de elección, a ella concurren elementos predeterminados por el derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano.

El sometimiento de la actividad administrativa como la adjudicación de los contratos, en donde actúa la potestad discrecional debe ser controlada a través de un conjunto de mecanismos subordinados a los principios generales del derecho a fin de

³⁷ Constitución de 1998, Art. 119; Constitución del 2008, Art. 226.

disminuir el cometimiento de arbitrariedades en la expedición de los actos administrativos, de ahí que en la elaboración de los principios, normas legales y reglamentarias que emanan del Estado, a través del poder público, se utilicen los verbos en forma imperativa, mandatorio, como cuando se dispone que “deberá hacer algo” en lugar de “podrá hacer algo”.

La potestad discrecional en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que procede ésta, en relación con los hechos y la variabilidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión final, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder, sino al contrario, debe fundarse en una situación fáctica probada y valorada dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano o funcionario que debe tomar la decisión, de allí que es necesario que se motive la decisión, en los términos que la Constitución y la ley lo determinan, para justificar la discrecionalidad.

En la adjudicación de los contratos no basta con la adjudicación, sino que es necesario que la administración valore íntegramente el contenido de las ofertas y las alternativas posibles, la relación costo-beneficio que suponen cada una de esas alternativas y los procedimientos precontractuales y que se exteriorice justificadamente su decisión para que no opere la arbitrariedad y no sea afectado el interés público³⁸.

En el caso de la adjudicación de los contratos petroleros se requería una valoración no solamente desde el punto de vista económico, técnico o legal, sino una valoración frente a posibles efectos que pueden merecer otra valoración principal, con responsabilidad intergeneracional como el impacto social que se pudo haber causado a las comunidades indígenas y el impacto ambiental o ecológico que se podrían haber ocasionado, cuestiones relativas a la seguridad y defensa del Estado, políticas demográficas y otros impactos, es decir la decisión de quienes tenían a cargo la

³⁸ Según Carla Huerta el interés público es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos a determinarse y transformarse en decisiones jurídicas. El Interés público se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada. Puede identificarse con alguno de los fines del Estado, mismo y es la pauta de actuación a la que la administración pública ha de sujetarse (Huerta, 2005: 134).

adjudicaron de los contratos petroleros³⁹ debía ser ponderada, amparada en la legalidad, a fin de que no se persigan otros fines públicos o privados distintos al interés del país y no sean ejecutados en una discrecionalidad que les permitió elegir una, entre varias opciones igualmente válidas que a la postre resulten perjudiciales para el Estado. En la elaboración de las bases de contratación, evaluación de ofertas y adjudicación de los contratos no se procedió con criterios de sostenibilidad del ecosistema⁴⁰ ni con responsabilidad intergeneracional (Morales, 2008).

El principio de legalidad y la potestad discrecional, desde los enfoques positivista y neoconstitucionalista sirven, para analizar si las actuaciones de quienes intervinieron en los procesos licitatorios o rondas petroleras, en representación del Estado Ecuatoriano y adjudicaron los contratos para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, lo hicieron en cumplimiento de las competencias y potestades atribuidas y dadas por la Constitución y la Ley o si se extralimitaron, incurriendo en una desviación de poder y si actuaron ilegalmente.

En cuando a la entrega de licencias ambientales para que las empresas petroleras puedan realizar sus operaciones en las áreas protegidas, ha existido influencia y presiones que se ejercen en el ámbito económico privado, en las políticas estatales y en la política internacional, como sucedió en la entrega de la licencia ambiental a Petrobras para que pueda operar en el Bloque 31 cercano al eje ITT, un día antes de que el Presidente Lula da Silva visite el país (Andrade, 2008:10). Se puede observar claramente como la superposición de las leyes y la contradicción que encuentran los actores en la aplicación de las normas, permite instrumentalizar la normativa a discreción de los funcionarios públicos.

³⁹ Los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, de conformidad con el Art. 19 de la Ley de Hidrocarburos, antes de la reforma de julio del 2010, eran adjudicados por el Comité Especial de Licitación, CEL, mediante un sistema especial de licitación cuya forma, requisitos y procedimientos se determinaron mediante Reglamento expedido por el Presidente de la República. El Comité de Licitación estaba conformado por el Ministro del Ramo, quien lo presidía; el Ministro de Defensa Nacional; el Ministro de Finanzas y Crédito Público; y el Contralor General del Estado. El Presidente Ejecutivo de Petroecuador actuaba como Secretario. El Procurador General del Estado, emitía informes jurídicos previo suscribir cada contrato y el Comando Conjunto de las Fuerza Armadas sobre asuntos de seguridad.

⁴⁰ La sostenibilidad ecosistémica, es un criterio que promueve y privilegia el uso sostenible de los recursos naturales, las prácticas favorables a la producción responsable con el ambiente y la limitación de las externalidades de la producción a la capacidad de resiliencia del ecosistema (PNBV-2009-2013: 115)

La extralimitación y la discrecionalidad con la que han actuado muchos funcionarios públicos que administran el sector hidrocarburífero han dejado al descubierto núcleos de corrupción en torno a la industria petrolera y han actuado frecuentemente en contubernio con las empresas nacionales y transnacionales, sacando provecho en forma dolosa (Narváez, 2009:4).

Modalidades Contractuales vigentes

En el Ecuador se han suscrito contratos petroleros bajo las modalidades típicas⁴¹, pero también transgrediendo el ordenamiento jurídico y para evitar las licitaciones, se han suscrito contratos atípicos⁴².

Las modalidades contractuales para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes hasta el día de hoy en el Ecuador, son las mismas que fueron determinadas en la Ley de Hidrocarburos expedida en 1971, codificada en 1978 y posteriormente reformada en varias ocasiones. Estas modalidades no han sido derogadas, no obstante de haberse reformado la Ley en julio del 2010 y migrado los contratos a una sola modalidad contractual, la de prestación de servicios reformada y son las siguientes:

Contratos de Asociación

El Art. 13 de la Ley de Hidrocarburos reformada conceptualiza a los contratos de asociación, como aquellos en los que el Estado por intermedio de la Secretaría de Hidrocarburos⁴³ contribuye con derechos sobre áreas, yacimientos, hidrocarburos u otros derechos de su patrimonio y la empresa asociada o contratista, contrae el compromiso de efectuar las inversiones que se acordaren por las partes contratantes. En

⁴¹ Las modalidades contractuales típicas, para la exploración y explotación de hidrocarburos, (dos fases de la industria hidrocarburífera) inversión a riesgo de la contratista, son Prestación de Servicios, Participación, Asociación, Campos Marginales y Compañía Mixta.

⁴² Los contratos y convenios de servicios específicos, que a su vez se dividen en Alianzas Estratégicas y Alianzas Operativas, se suscribieron a la amparo de una normativa diferente a la establecida en la Ley de Hidrocarburos, inicialmente sólo para la fase de explotación, pero a partir del Gobierno Ec. Rafael Correa se aplicó para las dos fases de la industria. Se podría decir que son formas contractuales atípicas o no-petroleras.

⁴³ Hasta antes de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos del 27 de julio del 2010, quien representaba al Estado como contraparte en los contratos petroleros era la Empresa Estatal Petroecuador.

el caso de abandono o devolución total de las áreas por improductividad, el Estado nada debe a la empresa asociada y queda extinguida la relación contractual de asociación.

Este contrato de riesgo fue aplicado por la ex CEPE y se caracterizó por fijar una escala de participación de las partes en los resultados de la producción, mediante negociación entre el Estado y la contratista, lo que constituyó el pago y la utilidad por las inversiones que realizaba CEPE, la que tenía derecho a adquirir una participación efectiva en los derechos y acciones conferidos en esos contratos y en los activos adquiridos por las contratistas. Si la empresa asociada realizaba gastos o inversiones superiores a los mínimos estipulados, no se alteraba la escala de participación en los resultados de la producción que se fijó en el contrato de asociación. La Contratista no estaba excluida de pagar el impuesto sobre la renta, generada por la comercialización de los hidrocarburos, que le correspondía por la participación en la producción.

Contratos de Prestación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Ley No. 101, de 13 de agosto de 1982)

Esta modalidad contractual fue retomada mediante Ley No. 101 y con ésta se reemplazó a los contratos de Operaciones Hidrocarburíferas⁴⁴, estableciéndose que el Estado explorará y explotará los yacimientos en forma directa a través de CEPE (Petroecuador), la que podía hacerlo por sí misma o celebrando contratos de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos. El riesgo exploratorio asumían las compañías privadas y la propiedad del petróleo que se explotaba era del Estado. Las compañías recibían las alícuotas de su capital y la rentabilidad de las mismas, mediante un sistema de formulas financieras que pretendían considerar todas las variables posibles y la dinámica mercantil.

Esta modalidad tuvo una gran aceptación durante la década de los ochenta y se tornó en un fracaso por la subjetividad otorgada a la declaración de comercialidad, cuando ya se encontraba hidrocarburos, que significaba la aprobación de los gastos exploratorios realizados por parte de la contratista, para el pago por parte del Estado, al

⁴⁴ Ley No. 101, Reformativa de la Ley de Hidrocarburos, publicada en el R.O. No. 306, el 13 de agosto de 1982, mediante la cual se implementó la modalidad contractual de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.

que le cargaban millonarios sueldos de los altos funcionarios de las contratistas, insumos traídos exclusivamente de los lugares de origen de las compañías. Estos contratos eran administrados por la cogestión de los "Comités de Administración" cuyas funciones eran onerosas y también cargadas al Estado.

Siendo contratos de riesgo las compañías privadas realizaban actividades de exploración y explotación con sus propios recursos y si llegaban a descubrir yacimientos comercialmente explotables, el Estado efectuaba el reembolso de los costos e inversiones incurridas y reconocía una tarifa por barril producido. Solo cuando el prestador de servicios para exploración y explotación encontraba en el área señalada, hidrocarburos comercialmente explotables, tenía derecho al reembolso de sus inversiones, costos y gastos y al pago de sus servicios. Los contratistas como operadores del Estado, no estaban sujetos al pago de regalías, primas de entrada, derechos superficarios y aportes en obras de compensación, debiendo pagar anualmente al Estado, desde el inicio del periodo de explotación una contribución no reembolsable equivalente al 1% del monto del pago por los servicios, previa deducción de la participación laboral y del impuesto a la renta, destinada a promover la investigación, el desarrollo y los servicios científicos, en el campo de los hidrocarburos y la minería.

Antes de cualquier distribución de los ingresos, se debía deducir los costos de producción, transporte y comercialización, para lo cual la contratista debía previamente presentar sus balances y estados financieros actualizados ante la Contraloría General del Estado. De los ingresos netos que se originen en los contratos de Prestación de Servicios para exploración y explotación de hidrocarburos, el Presidente de la República debía destinar los recursos necesarios para formar un fondo permanente de inversión, para la búsqueda de nuevas reservas de hidrocarburos, fondo que debía ser administrado por CEPE, bajo la súper vigilancia de la Contraloría General del Estado.

El Comité de Administración del Contrato estaba conformado por dos delegados de cada parte. Este Comité tenía carácter asesor, coordinaba y controlaba las relaciones entre las partes, provenientes de la ejecución de los programas contractuales. También se establecía la posibilidad de efectuar subcontratos y de traspasar y ceder derechos del Contrato previa autorización del Ministerio del Recursos Naturales de ese entonces.

En este tipo de contratos, las personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan para con CEPE, (PETROECUADOR), a realizar con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo con los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.

El pago por los servicios prestados a pagarse se realizaba de acuerdo a la siguiente fórmula matemática:

$$TS = PR \cdot (INA) + R (P-C) Q$$

En donde **TS** significa la Cuantía anual de pago de la Tasa por Servicios en dólares de los estados Unidos de América.

PR Significa la Tasa promedio del “PRIMATE RATE” en fracción decimal, determinado por el Banco Central del Ecuador, sobre la base del “PRIMATE RATE” fijado por los principales bancos de los Estados Unidos de América, que correspondía al promedio mensual del periodo anual aplicable.

INA Significa la suma de las inversiones de Desarrollo y producción realizadas por la Contratista, menos los reembolsos de dichas inversiones, acumulados y pagados por CEPE a la Contratista, ajustada al inicio de cada año Fiscal.

R Significa el factor promedio en fracción decimal, que garantiza la utilidad de la contratista.

C Significa costos de producción, sin incluir la Tasa por Servicios, mas costos de transporte, por unidad de producción.

P Significa Precio del mercado Internacional promedio para el año vigente.

Q Significa Producción anual fiscalizada del Área del Contrato en Unidades de Producción.

Estos reembolsos y pagos serán realizados por CEPE (PETROECUADOR) en dinero, de los ingresos brutos que produzcan los yacimientos que se encuentren en el área objeto del contrato.

Si convenía a los intereses del Estado, los reembolsos y pagos por servicios a la contratista podían ser realizados en especie (Petróleo Crudo) o en forma mixta.

El Estado le permitía a la contratista para que tenga como opción preferente la compra de la producción del área del contrato, a un precio que, en ningún caso era inferior al precio de referencia definido en el Art. 71 de la Ley de Hidrocarburos, no obstante, se podía adjudicar a la empresa que oferte a un precio en mejores condiciones. El precio de referencia era el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR, de crudo de calidad equivalente. En el caso del gas natural se consideraba el precio de referencia de los energéticos sustituibles.

Antes de cualquier distribución de los ingresos provenientes de las áreas sujetas a contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, se deducirán los costos de transporte y comercialización, así como los costos de producción, en los que se incluían los reembolsos y pagos que CEPE (PETROECUADOR) deba realizar a la respectiva contratista.

La definición de la comercialidad de los yacimientos constaba en las Bases de la Contratación expedidas por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo.

Por ser la totalidad de la producción del área del contrato de propiedad del Estado, CEPE (PETROECUADOR) debía entregar de la producción neta, el porcentaje equivalente a las regalías, a favor del Presupuesto General del Estado.

Las utilidades que obtenían las contratistas de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos estaban sujetas al pago del Impuesto a la Renta, de conformidad con la tarifa única del 44.4% y en caso de inversión de utilidades en el país esta tarifa se reducía al 25% sobre los montos reinvertidos.

Los contratos de Prestación de Servicios fueron convocados y adjudicados por el Comité Especial de Licitación CEL.

Contratos de Participación

En el Gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén, se expidió la Ley No. 44, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, el 29 de noviembre de 1993, mediante la cual se crearon las modalidades contractuales de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos; y, Explotación y Exploración Adicional de Campos Marginales.

Se los conceptualizó como aquellos celebrados por el Estado, por intermedio de la entonces empresa Estatal Petroecuador⁴⁵, mediante los cuales se delegaba a la contratista, con sujeción a lo dispuesto en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución de la República⁴⁶, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción. La contratista, una vez iniciada la producción tenía derecho a una participación en la producción del área del contrato, la cual se calculaba a base de los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo contrato, en función del volumen de hidrocarburos producidos. Esta participación, valorada al precio de venta de los hidrocarburos del área del contrato, en ningún caso podía ser menor al precio de referencia, constituyendo el ingreso bruto de la contratista, del cual se efectuaban las deducciones y se pagaba el impuesto a la renta, de conformidad con las reglas previstas en la Ley de Régimen Tributario Interno.

La participación del Estado en los contratos de petróleo crudo, en ningún caso debía ser menor a 12.5 % de la producción total fiscalizada del área del contrato, cuando el volumen sea menor a 30.000 barriles diarios, al 14% cuando ésta se encuentre entre 30.000 y 60.000 barriles diarios y al 18.5 %, cuando la producción supere 60.000 barriles diarios. Estos límites no regían para el caso de los contratos para la exploración y explotación de gas natural libre, cuyos porcentajes de participación de la producción que correspondían al Estado ecuatoriano, “en ningún caso debían ser menores al 16%”, no obstante el contrato suscrito en 1996, para la extracción de gas en el Bloque 3, en forma absurda e ilegal, los negociadores del Contrato fijaron un margen de participación de 10% para el Estado y 90% para la Contratista EDC Ecuador Ltd. La participación de la contratista no estaba sujeta al pago de regalías, sin embargo, de la participación del Estado en los contratos de petróleo crudo, el Ministro de Finanzas destinaba el porcentaje equivalente a las regalías que corresponda a los partícipes, calculado en base a la producción total fiscalizada de petróleo crudo del área del contrato; esto es, el resultante de la suma de las participaciones del Estado y de la contratista. La

⁴⁵ Esta facultad ya no le compete a PETROECUADOR y ha sido entregada a la Secretaría de Hidrocarburos creada según Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos expedida el 27 de julio del 2010.

⁴⁶ Se refiere al Art. 46 de la Constitución Política de la República de 1978, reformada. En la Constitución de 1998 correspondió al Art. 247.

participación de la contratista también podía ser recibida en dinero, previo acuerdo con el Estado. Este mismo modelo de contratación se aplicaba o asimilaba para la explotación de los campos compartidos o unificados y aquellos cedidos por el Estado para operación de las empresas privadas, al igual que para los contratos de campos marginales.

Los Contratos de Participación utilizaban un modelo de negociación que se fundamentó en el "congelamiento" de los parámetros o variables de cálculo, en los que se encontraban las decisiones autónomas del país sobre tributación, costos de servicios estatales y diferenciales de calidad y precios, que afectaban la "economía del contrato", por lo que, el contrato fijaba garantías de ampliación de participación en el petróleo por incrementos de dichos parámetros. En estos contratos se eliminó la posibilidad de revisión de la participación e implantación de estrategias de equidad por parte del Estado en la distribución del ingreso petrolero.

El contrato de Participación garantizaba su estabilidad económica a favor de la Contratista, en casos de modificaciones del régimen tributario y nunca a favor del Estado.

Como consecuencia de esta reforma a la Ley de Hidrocarburos, la mayor parte de compañías petroleras extranjeras que operaban en el país, modificaron sus contratos de Prestación de Servicios y de Asociación a Participación.

La producción de hidrocarburos, debía ser medida en un centro de fiscalización y entrega. El Estado por intermedio de PETROECUADOR, recibía su participación en este centro de finalización y entrega, que debía ser medida y calculada de acuerdo a la fórmula establecida en las Bases de Contratación y en los contratos.

Para los contratos de gas natural los porcentajes de participación de la producción que correspondía al Estado eran ofertados por las oferentes, y en ningún caso podía ser menor al 16%, establecido en el inciso final del Art. 49 de la Ley de Hidrocarburos.

En caso de devolución o abandono total del área del contrato por la contratista, nada debía el Estado a la contratista y quedaba extinguida la relación contractual.

Este modelo de contratación se aplica o alcanza para la explotación de los campos compartidos o unificados y aquellos cedidos por el Estado para operación.

La contratista entregaba porcentajes fijos de participación por rangos de

producción de petróleo y los valores correspondientes al 25% del impuesto a la renta. Estos rangos y porcentajes eran establecidos por el contratista. La participación porcentual que las compañías asignaban al Estado en el primer rango de producción muy ligeramente sobrepasaban los porcentajes de regalías pagadas por los contratos de concesión y el Estado recibía valores que no eran significativos por impuesto a la renta.

Se puede concluir que la filosofía de estos contratos fue la eliminación de la posibilidad de revisión de la participación e implantación de estrategias de equidad por parte del Estado en la distribución del ingreso petrolero. Sin embargo de lo anterior, mediante Ley No. 2006-42, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 25 de abril del 2006, se determinó la obligación de las compañías petroleras que operaban en el país de cancelar los valores por el porcentaje de participación del Estado en los ingresos extraordinarios, en los excedentes de los precios de venta de petróleo crudo, no previstos en los contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

El contrato de Participación garantizaba su estabilidad económica a favor de las contratistas en casos de modificaciones del régimen tributario.

Los contratos de Participación eran adjudicados por el Comité Especial de Licitación CEL.

Contrato de Explotación y Exploración Adicional de Campos Marginales

Los Contratos de Campos Marginales fueron creados conjuntamente con los contratos de Participación, mediante Ley No. 44, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No. 326 de 29 de noviembre de 1993 y se conceptualizaron como aquellos contratos celebrados por el Estado, por intermedio de Petroecuador⁴⁷, mediante los cuales se delegó a la contratista, la facultad de exploración y explotación adicional en los campos de producción marginal que operaba el Estado, realizando la contratista todas las inversiones requeridas para la exploración y explotación adicional, en campos que estaban ya en producción. Estos campos se concesionaron a la empresa privada para que la contratista inicialmente mantenga la producción, luego aumente la misma y realice

⁴⁷ Al igual que en las demás modalidades contractuales ésta facultad ya no le compete a PETROECUADOR y ha sido entregada a la Secretaría de Hidrocarburos creada según Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos expedida el 27 de julio del 2010.

exploración adicional en el área entregada. El objeto del contrato era la explotación de petróleo crudo y exploración adicional de hidrocarburos para un campo, considerado y calificado como Marginal por el Ministro sectorial, a fin de incrementar la producción e incorporar nuevas reservas.

Estos campos fueron considerados como de baja prioridad operacional o económica para el Estado, por encontrarse lejanos a la infraestructura de la estatal Petroecuador, por contener crudo de baja gravedad (crudo pesado); o, por necesitar técnicas de recuperación excesivamente costosas, siempre y cuando dicha explotación y exploración adicional signifique mayor eficiencia técnica y económica en beneficio de los “intereses del Estado” y representen más del 1% de la producción nacional, debiendo sujetarse a los cánones internacionales de conservación de reservas. El Estado era dueño de la producción hasta una Curva Base, reintegrando a la contratista los costos operativos de la misma. Adicionalmente tenía derecho a recibir la participación ofertada por la empresa contratista sobre el incremental de producción de la Curva Base.

Las contratistas debían ejecutar, por su cuenta y riesgo, las actividades e inversiones comprometidas para una explotación eficiente y continua de petróleo crudo, así como para la exploración adicional de hidrocarburos en el área del contrato, utilizando tecnologías adecuadas de última generación.

Contratos de Servicios Específicos

Estos contratos no petroleros o atípicos se fundamentaron en los Arts. 10 de la derogada Ley Especial de Petroecuador⁴⁸ y en los Arts. 2 y 17 de la Ley de Hidrocarburos, cuya naturaleza estaba dada para obras bienes o servicios que requería contratar la entonces Empresa Estatal Petroecuador y sus Empresas Filiales, como por ejemplo para comprar llantas, insumos servicios de alimentación etc., no para la exploración o explotación de hidrocarburos, sin embargo se suscribieron varios contratos para la explotación de hidrocarburos. Los contratos suscritos bajo estas modalidades, a diferencia de las otras modalidades previstas en el Art. 2 de la Ley de Hidrocarburos, no fueron adjudicadas por

⁴⁸ La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en la Disposición Final Segunda, numeral 2.1.1, derogó la Ley Especial de Petroecuador y sus Empresas Filiales y mediante Decreto Ejecutivo No. 315 expedido por el Presidente de la República se creó la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, como una persona de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, con domicilio principal en el cantón Quito, provincia de Pichincha.

el Comité Especial de Licitación, de acuerdo a lo previsto en el entonces Art. 19 de dicha Ley, sino por el Consejo de Administración de la anterior empresa Estatal Petroecuador. Así se dio forma a una figura contractual inexistente en la legislación hidrocarburífera ecuatoriana y se abrió la puerta para que varios campos petroleros que operaba la entonces Filial de Petroecuador, Petroproducción, sean entregados a la empresa privada mediante contrataciones directas, sin que exista riesgo para las contratistas en la inversión pues ya se conocían las reservas existentes.

Estos contratos se convirtieron en una especie de contratos híbridos, en donde las contratistas a su antojo y conveniencia, con el aval de los funcionarios del Estado, ya sea de la Empresa Estatal, Dirección Nacional de Hidrocarburos (Hoy Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos ARCH) o Ministerio del Ramo, aplicaban con excesiva discrecionalidad la normativa prevista para los Contratos de Prestación de Servicios o Participación, según la conveniencia.

Hay que destacar que uno de estos contratos, el de Servicios Específicos suscrito bajo esta modalidad atípica o no petrolera, para la Evaluación, Desarrollo y Producción de Petróleo Crudo en el Área Shiripuno suscrito con el Consorcio ELF HYDROCARBURES EQUATEUR y PETROBRAS INTERNACIONAL S.A. BRASPETRO, que a la vez operaban los bloques 14 y 17 y ahora operados por Andes Petroleum, según la Empresa estatal no significó beneficio alguno para el país, pues la contratista no realizó inversión, ni obtuvo producción alguna, utilizando dicha área solo como servidumbre o paso vecinal, entre el Bloque 14 y 17 operados por el mismo consorcio.

Alianzas Operativas

En mayo del 2000 se puso en marcha esta nueva modalidad contractual para promover el incremento de la producción petrolera de cuatro campos operados por Petroproducción y se la denominó, “Alianzas Operativas”, que propuso la participación conjunta de las empresas de servicios y Petroproducción para incrementar la recuperación del crudo en los campos Víctor Hugo Rúaes, Atacapi-Parahuacu, Mauro Dávalos y Culebra-Yulebra.

Para los campos Víctor Hugo Rúaless y Atacapi-Parahuacu, se firmó un contrato con el Consorcio liderado por la empresa nacional DYGOIL, que debía invertir más de 92 millones de dólares.

Estos contratos o convenios atípicos o no petroleros se regularon según lo dispuesto en los Arts. 2 y 17 de la Ley de Hidrocarburos y en el Acuerdo Ministerial No. 069, publicado en el Registro Oficial No. 142, del 16 de agosto del 2000, que contenía disposiciones para que la entonces empresa Estatal Petroecuador, a través de su Filial Petroproducción contrate con empresas nacionales privadas y desarrolle proyectos de rehabilitación de los campos estatales e incremente la producción de petróleo, mediante la suscripción de contratos de servicios específicos.

Las empresas privadas, bajo la coordinación de Petroproducción, proveían de un conjunto amplio de servicios y otorgaban el financiamiento. El pago de los costos por los servicios, mas una tasa de financiamiento y gestión que se lo efectuaba sobre la base del incremento de producción obtenida en el respectivo campo, para el efecto, se constituyó un fideicomiso administrado por el Banco Central del Ecuador. Es decir se estaba constituyendo en una forma de “cooperación” del capital privado con el capital Estatal.

A inicios del 2003 los campos: Mauro Dávalos Cordero (MDC), Biguno, Huachito y Paraíso que eran operados por Petroproduccion, pasaron a ser operados bajo la modalidad de Alianza Operativa, por la empresa chilena SIPEC, subsidiaria de ENAP. En estos campos la contratista debía realizar inversiones superiores a los 60 millones de dólares, para conseguir una producción incremental de al menos 13 mil barriles.

Para los campos Humayaco, Víctor Hugo Rúaless (VHR), se suscribieron convenios operacionales de servicios específicos, en los que el Estado, a través de Petroecuador mantenía la operación de los campos y amortizaba las inversiones de la empresa privada en 5 años, con un 35 % de la producción incremental fideicomisada, mediante contrato con una sociedad en la que estaba al frente la Empresa Nacional DYGOIL, entre otras empresas internacionales. El Fideicomiso aseguró a la empresa privada un pago cumplido sobre sus inversiones.

Estos convenios operacionales estaban dirigidos a suscribirse preferentemente con Empresas privadas nacionales.

Alianzas Estratégicas

Los Convenios de Alianzas Estratégicas con empresas petroleras estatales fueron regulados, mediante Decreto Ejecutivo No. 799, publicado en el Registro Oficial No. 170, de 25 de septiembre del 2000. Dicho Decreto señalaba que las Alianzas Estratégicas⁴⁹ son acuerdos generales de cooperación bilateral, a todo convenio o relación bilateral o multilateral representado por el compromiso de dos o más empresas estatales que se asocian en un objetivo común y que tengan como 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. Es decir la condición prevaleciente era que la contratista sea una empresa Estatal.

Estos convenios tenían la finalidad de ejecutar proyectos conjuntos en cualquier fase de la industria hidrocarburífera. El primer contrato suscrito mediante esta figura jurídica se realizó con la compañía ENAP de Chile, para la rehabilitación y desarrollo de cuatro campos de Petroproducción. La compañía ENAP recibía un pago en efectivo por sus servicios, equivalente a un porcentaje de la producción de los campos dependiendo del nivel de precio del crudo.

Se han suscrito alianzas estratégicas con las Empresas ENAP de Chile, ECOPETROL de Colombia, PETROBRAS de Brasil, PDVSA de Venezuela, ANCAP de Uruguay, entre otras empresas estatales.

Explotación de Campos Unificados y Compartidos

Este concepto se aplica a aquellos yacimientos que se distribuyen dentro de dos áreas de producción que pertenecen o están siendo operadas por dos empresas diferentes y están dentro de los límites superficiales de ambas, por lo tanto, se determina geográficamente la proporción del yacimiento que está en uno y otro lado, basados en cálculos matemáticos e información geológica. Se establece un acuerdo, para que una u otra empresa opere el campo. La producción se reparte de acuerdo con el porcentaje de

⁴⁹ El Decreto Ejecutivo 799 fue derogado tácitamente con la Expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del R. O. No. 48 de 16 de octubre del 2009, que en sus Arts. 35 y 36 establecen el nuevo marco legal correspondiente para la suscripción de Alianzas estratégicas.

propiedad establecido previamente, que corresponde a cada empresa. La empresa que opera el campo, cobra por cada barril que extrae y descuenta ese valor al otro socio. Si lo hace la empresa privada, el costo varía entre 8 y 12 dólares, si lo hace el Estado sus costos están entre 3 y 4 dólares.

La Ley de Hidrocarburos en su Art. 85 establece que la explotación de yacimientos comunes, a dos o más áreas del contrato, hará obligatorio celebrar convenios operacionales de explotación unificada, con el objeto de lograr mayor eficiencia y economía en la operación. Para la suscripción de estos Convenios se requiere la aprobación previa del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables.

El Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, todavía vigente, expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 389, del entonces Ministerio de Minas y Petróleos el 26 de Septiembre del 2002, en el Art. 51, referente a la “Explotación Unificada” determina que la explotación de yacimientos comunes a dos o más áreas del contrato, hará obligatorio para las contratistas en las áreas del contrato afectadas suscribir este tipo de acuerdos. Es decir, fueron considerados como comunes y por tanto sujetos al régimen de explotación unificada, los yacimientos calificados como tales por el anterior Ministerio de Energía ahora de Recursos Naturales No Renovables, que emitió su calificación según los términos previstos en el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas.

Los convenios operacionales de explotación unificada fueron sujetos al mismo régimen contractual del contrato principal, ya sea de Participación o Prestación de Servicios y en torno a estos se reguló los plazos y el cumplimiento de las obligaciones contractuales. “Lo accesorio siguió la suerte de los principal”.

Bajo esta modalidad, acuerdo o convenio, el 7 de agosto del 2002 se suscribió el Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín, en el Campo Palo Azul entre Petroproduccion y el Consorcio que operaba el Bloque 18, integrado por ECUADOR TLC, CAYMAN INTERNATIONAL Y PETROMANABI⁵⁰. La Cláusula Octava del Convenio estipuló una fórmula para el cálculo de las participaciones, la misma que estaba determinada por una Tabla de Factores X1 y X2, que tomaban como referencia a un rango de precios del petróleo para el cálculo. Este

⁵⁰ Posteriormente la Empresa Brasileña PETROBRAS, subrogó en sus derechos y obligaciones a Ecuador TLC por una transferencia o cesión de derechos y obligaciones.

Convenio Operacional de Explotación Unificada era administrado por la Empresa Estatal Petroproduccion. El campo tenía una producción diaria de 16 mil barriles de crudo, que representan unos 350 millones de dólares anuales aproximadamente, dependiendo del precio del petróleo.

En este tipo de Convenio la producción de crudo asignada al Estado se calculó en función de las reservas probadas y del precio por barril, la participación del Estado era inversamente proporcional al volumen de producción, mientras más importante sea el volumen, más bajo era el porcentaje de la renta percibida por el Estado.

Sobre la suscripción de este Convenio pesa una sombra de duda, pues los parámetros técnicos y económicos que permitieron su calificación como Unificado por parte del entonces Ministerio de Minas y Petróleos son cuestionados por la relatividad y discrecionalidad con la que procedieron quienes intervinieron en la calificación y entrega de éste campo a la Empresa Privada y hoy son motivo de examinación por parte de la Contraloría General del Estado y de indagación por parte de la Fiscalía.

Las investigaciones datan desde hace 10 años atrás, pero en junio de 2007, el entonces Ministro de Energía, Alberto Acosta, lanzó la tesis de la caducidad del Contrato de participación para el Bloque 18 y su accesorio el Convenio Unificado para el Campo Palo Azul ya operados por PETROBRAS, por haber trasladado el 40% de las participaciones a la empresa japonesa Teikoku, sin autorización previa del Ministerio de Energía y Minas. Al mismo tiempo el Econ. Acosta, mediante Acuerdo Ministerial No. 059, conformó una Comisión Especial para que investigue el caso de la entrega del Campo Palo Azul, la que llegó a la conclusión de que habrían causales de caducidad del contrato y que debía procederse con la reversión a favor del Estado de dichos contratos. Con estos antecedentes, el ahora ex Procurador General del Estado, Xavier Garaicoa, solicitó el inicio del proceso de caducidad y el entonces presidente de Petroecuador, Capitán Fernando Zurita, notificó a la compañía con dicho proceso y a su vez solicitó al entonces Ministerio de Minas y Petróleos la caducidad del Contrato, pero al poco tiempo los dos funcionarios dejaron sus cargos y el nuevo titular de Petroecuador, también marino, Luis Jaramillo, habló de un “acuerdo al más alto nivel” para no caducar

el contrato, según una información del Diario La Hora, del día lunes 22 de febrero del 2010.

En la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia se substancia una acción penal en contra de varios ex funcionarios de diferentes administraciones de Petroecuador y de un ex Ministerio de Minas y Petróleos, por la entrega y manejo irregular del campo unificado Palo Azul, ubicado en la provincia de Orellana. Desde el año 2001 hasta el año 2010 se habrían explotado aproximadamente 50 millones de barriles de petróleo del campo Palo Azul, con una participación del 50% promedio para el Estado y 50% para la Contratista, es decir que a un promedio de 60 dólares el barril, ésta se habría beneficiado en forma ilegal de una cifra cercana a los 1.500 millones de dólares (Villavicencio, 2010).

Constitución de Empresas de Economía Mixta

Según la Ley de Hidrocarburos, el Estado puede explorar y explotar yacimientos hidrocarburíferos constituyendo compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras. Esta Ley determina que las compañías de economía mixta que forme PETROECUADOR para la exploración y explotación de hidrocarburos y las demás fases de la industria hidrocarburífera, deben sujetarse a las disposiciones de la Ley de Compañías y demás leyes pertinentes, en cuanto a su constitución y funcionamiento.

El contrato social de la Empresa de Economía Mixta debe contemplar estipulaciones como los órganos directivos y de administración; el plazo de duración del contrato; las obligaciones mínimas de inversión y de trabajo; las regalías, primas, derechos superficiarios, obras de compensación y otras obligaciones similares; las garantías que debe rendir la empresa asociada para caucionar el cumplimiento de sus obligaciones; la extensión y la forma de selección de las áreas de explotación; los derechos, deberes y responsabilidades del operador; las relaciones de los asociados en la etapa de producción; y, las formas, plazos y otras condiciones de las amortizaciones.

Semejanzas y Diferencias entre las Modalidades Contractuales de Prestación de Servicios y Participación

Es importante realizar una comparación entre estas dos modalidades contractuales, pues la totalidad de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos suscritos por el Estado ecuatoriano y que se encuentran vigentes, se enmarcan en las modalidades contractuales de participación y prestación de servicios.

Por el Objeto

En las dos modalidades contractuales el Estado, por intermedio de PETROECUADOR delega a la Contratista la facultad de explorar y explotar hidrocarburos. En el Contrato de Prestación de Servicios, la contratista tiene el derecho al reembolso de sus inversiones costos y gastos y al pago por sus servicios, solo cuando hubiere encontrado hidrocarburos comercialmente explotables. En el de Participación, la contratista tiene derecho a una participación fija en la producción fiscalizada, una vez iniciada la producción.

Reembolsos de las Inversiones y Pagos a la Contratista

En el de Prestación de Servicios los reembolsos y pagos eran realizados en dinero, en especie o en forma mixta. En el de participación la contratista podía recibir su participación en petróleo o en dinero, además tenía derecho a comercializar la producción que le pertenece.

En el de Prestación de Servicios a la contratista le correspondía el reembolso por parte del Estado de las inversiones de exploración, de desarrollo y de producción, costos y gastos de operación y de producción. En el de participación, a la contratista le correspondía su porcentaje de participación según los parámetros ofertados.

Propiedad del Petróleo

El contrato de Prestación de Servicios se diferencia del contrato de Participación en que la totalidad de la producción del Área del Contrato era de propiedad del Estado. Como contraparte el Estado cancelaba a la contratista, los reembolsos por concepto de amortización de las inversiones de exploración y producción, pago de los costos y gastos

más la Tasa de Servicios correspondiente, como se estipulaba en el Art. 16 de la Ley de Hidrocarburos. En el contrato de Participación solo le pertenecía al Estado el petróleo de su participación, el mismo que era entregado en el Centro de Fiscalización.

Pago de Regalías

En el de Prestación de Servicios y debido a que el crudo era de propiedad del Estado en su totalidad, PETROECUADOR pagaba las regalías correspondientes. En el de Participación PETROECUADOR pagaba las regalías correspondientes a la participación del Estado.

Ingreso Bruto de las Contratistas

En el de Prestación de Servicios, el Ingreso Bruto de la contratista correspondía al valor de las ventas en el mercado nacional y en el exterior. En el de participación el Ingreso Bruto de la contratista estaba calculado a precio de venta, del cual pagaba el Impuesto a la Renta.

Administración del Contrato

En el Contrato de Prestación de Servicios, la administración del Contrato le correspondía a un Comité de Administración del Contrato. El de Participación era ejecutado bajo responsabilidad de la contratista, supeditada al control y fiscalización de la entonces DNH y la supervisión del cumplimiento de obligaciones contractuales era realizado por la Unidad de Administración de Contratos Petroleros de PETROECUADOR.

Partes del Contrato

En las dos modalidades, las partes eran el Estado ecuatoriano, representado por PETROECUADOR en calidad de contratante y la contratista privada nacional o extranjera.

Período de Exploración

En los dos tipos de contratos este período duraba hasta cuatro años, prorrogables hasta por dos años más.

Periodo de Explotación

En el Contrato de Prestación de Servicios este período iniciaba con la autorización de PETROECUADOR, previa aprobación del Plan de Desarrollo por parte del Ministerio de Minas y Petróleos de ese entonces, su plazo era de veinte años, prorrogables. En los contratos de Participación, este período inicia con la autorización de PETROECUADOR previa aprobación del Plan de Desarrollo por parte del Ministerio de Minas y Petróleos, durara hasta veinte años para petróleo crudo y veinticinco años para gas, prorrogables, de acuerdo a los intereses del Estado.

Aprobación de Planes y Presupuestos

En los Contratos de Prestación de Servicios le correspondía a PETROECUADOR y al entonces Ministerio de Energía Minas y Petróleos las aprobaciones. En los Contratos de Participación le correspondía al conocimiento de PETROECUADOR y la posterior aprobación del Ministerio de Energía.

Declaratoria de Comercialidad

En el Contrato de Prestación de Servicios y en el de Participación la contratista determina en el Plan o planes de desarrollo, los yacimientos descubiertos, que a su juicio, son comercialmente explotables, los que deben ser sometidos a la aprobación del Ministerio de Minas y Petróleos.

Régimen Tributario

Como ya se manifestó, en el análisis del Contrato de Prestación de Servicios, el Ingreso Bruto de la contratista correspondía al valor de las ventas en el mercado nacional y en el exterior. Para calcular el Impuesto a la Renta de la contratista, de la Tasa por los Servicios se deducían únicamente los gastos reconocidos por la Ley de Régimen Tributario Interno. A este resultado se aplicaba la deducción del gravamen a la producción; sobre este nuevo resultado se aplicaba el 15% de participación laboral para obtener la base imponible. La Contratista debía pagar un gravamen por la producción por más de 30.000 BPPD, gravamen básico del 3% más 1 % por cada 10.000 BPPD adicionales a los 30.000 BPPD hasta un máximo del 30%. En los contratos de Participación se calculaba a precio de venta, el cual en ningún caso sería menor al

precio de referencia, lo cual constituía el ingreso bruto de la contratista, del cual efectuaba las deducciones y pagaba el impuesto a la renta, de conformidad con el Título I de la Ley de Régimen Tributario Interno. La contratista pagaba el 25% de impuesto a la renta. La base imponible se obtenía restando del ingreso bruto de la contratista, los costos y gastos incurridos. La Contratista debía pagar un 15% de participación laboral.

Protección del Ambiente

En el contrato de Prestación de Servicios, se debía cumplir con las disposiciones legales y los convenios internacionales aplicables a la materia. En los contratos de Participación, la contratista debía presentar un Estudio de Impacto Ambiental, EIA, antes de iniciar las operaciones y dentro de los primeros seis meses, a partir del registro del contrato. Un año antes de la finalización del contrato las partes debían contratar una auditoría integral ambiental del área del contrato, la misma que debía estar concluida no más allá de tres meses antes de la terminación del mismo.

CAPITULO II

LOS CONTRATOS PETROLEROS

Antecedentes Históricos y problemática de la Contratación Petrolera en el Ecuador

Para conceptualizar al contrato petrolero partamos del sistema contractual romano, tradición jurídica recogida en el Código Civil ecuatoriano, en el que el contrato aparece como una forma de acuerdo, convención o pacto, o el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar, así el contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles protegido por una acción que le atribuye plena eficacia jurídica. Los contratos son bilaterales porque obligan a ambas partes, las que tienen capacidad para obligarse y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca. Algunos contratos exigen, para su perfección ser formalizados en documento especial, como por ejemplo en escritura pública y registrados en una agencia u organismo estatal, de modo que, en esos casos especiales, con la sola voluntad de las partes, no basta.

El contrato tiene una connotación patrimonial que origina efectos jurídicos u obligaciones exigibles, de modo que a aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir cualidad contractual.

En el Ecuador no se puede hablar de un “Derecho Petrolero” como disciplina que estudie la contratación petrolera, con su propio objeto, epistemología y método, no obstante que la legislación ecuatoriana de hidrocarburos ha sido un conjunto muy amplio de normas jurídicas positivas, que han formado parte de su ordenamiento jurídico conformado por la Constitución, los tratados internacionales, leyes, reglamentos y demás normativa, que regulan las actividades relacionadas al sector energético. Tampoco existe un concepto que pueda describir o definir con exactitud lo que son los contratos petroleros, entendiéndose como tales todos aquellos contratos en los que el objeto tiene que ver o está relacionado con la exploración, explotación, transporte, almacenamiento industrialización y venta de hidrocarburos, entre los cuales se encuentra el gas natural.

A los contratos petroleros se los podría encasillar entre los contratos de concesión de los que (Pérez, 2009: 833) manifiesta que son los más relevantes de la contratación administrativa. A través de estos contratos el Estado, encargado de la administración

pública, realiza su actividad y presta el servicio público en forma directa o indirectamente, mediante delegación, según las facultades previstas en la Constitución y en la demás normativa legal.

Sin embargo de lo anterior, se ha limitado a llamar “contratos petroleros” solo a aquellos que tienen que ver directamente con dos fases de la industria hidrocarburífera, la exploración y la explotación “Upstream” de petróleo o gas natural.

Los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos se enmarcan dentro del derecho público, pues en este tipo de contratos interviene el Estado como sujeto de derecho, revestido de su potestad estatal, frente a personas naturales o jurídicas⁵¹ de derecho privado. La contraparte frente al Estado comparece en un plano de aparente inferioridad, pues el derecho público es imperativo y de cumplimiento obligatorio y no permite que el particular intervenga en igualdad de condiciones.

A los procesos de contratación petrolera en el Ecuador se les conoce como procesos de contratación especial, no obstante de que el Derecho Público rige en un marco legal específico de la Contratación Pública, los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, no se han sujetado a los procedimientos comunes de contratación pública, previstos en el ordenamiento jurídico, sino a un régimen especial de licitación.

Así, se puede afirmar que la contratación petrolera en el Ecuador durante su historia republicana es el resultado de un proceso histórico, político, social y jurídico de logros y fracasos, que inició en el año de 1878, con la concesión, como privilegio exclusivo de derechos, a favor del colombiano M G. Mier y Cía., para que pueda extraer hidrocarburos de los terrenos de Santa Elena (Fontaine, 2007: 14) y en un primer período se cierra con la ascensión al poder del Gobierno de facto, “Nacionalista y Revolucionario” del General Rodríguez Lara, en el año 1972, con el cual se inicio el auge petrolero del país y transformación en la forma de concebir al Estado.

⁵¹ Nos referimos a personas jurídicas creadas como a una ficción del derecho, que genera las mismas obligaciones y derechos que una persona natural, como las compañías petroleras con un domicilio, nombre, capacidad y patrimonio, que pueden ser representadas por otra o por otros o por personas naturales. Una **persona jurídica** es un sujeto de derechos y obligaciones.

Antes del auge petrolero del año 1972, en el Ecuador podemos identificar tres períodos, claramente definidos, según la modalidad o forma contractual: un primer período el de “Concesión o Privilegios” que dura hasta 1909, un segundo el de “Arrendamientos” que dura hasta 1938 y un tercero denominado como el de apertura a las “Concesiones de Áreas” en forma ilimitada, que dura hasta 1971 (Jarrín, 2007: 17).

El país durante esta época no se benefició de la explotación de petróleo de la Península de Santa Elena, ni del oriente, sino sólo las empresas transnacionales y personajes ligados al poder político. Para dar dos ejemplos, en el Gobierno de José Luis Tamayo se expidió la Ley sobre Yacimientos o Depósitos de Hidrocarburos, inspirada por un abogado extranjero que estaba de tránsito por el país, el señor Enrique Coloma Silva, que por siete años ocupó el cargo de Director General de la Dirección General de Minas y Petróleo⁵² y luego fue gerente de la Compañía Anglo. “Esta función dual, muchas veces simultánea de servicios al Estado y a la vez de compañías extranjeras se ha repetido innumerables veces, hasta la presente época” personajes que “fueron obsecuentes servidores de intereses particulares de las compañías Extranjeras” (Jarrín, 2007: 9-11). “Coloma Silva”, fue enemigo acérrimo de la revisión de los contratos de hidrocarburos, emprendida por el Gobierno del General Enríquez y defendió a ultranza a las compañías extranjeras. Este personaje, en el año 1940, desde su cargo, publicó un estudio titulado “*La minería y el petróleo en el Ecuador*”, en donde defendía con vehemencia la reforma de los decretos de 1938, sobre minería y petróleos, para dar “mayor seguridad de la inversión del capital foráneo” (La Insignia, 2000).

Entre los años de 1961 y 1964 los sucesivos gobiernos del Ecuador entregaron casi todo el oriente en concesión a las compañías americanas Texaco-Gulf. Hasta 1971 se habían entregado miles de hectáreas a una media docena de empresas petroleras, sin establecer mayor regulación o control. En muchos casos ni siquiera había contratos suscritos. Hasta entonces los ingresos provenientes del petróleo no tenían influencia en el desarrollo del país y representaban apenas el 1.4% de las exportaciones totales, la economía se sustentaba en la exportación de productos agrícolas como el banano y el cacao (Naranjo, 2005: 90).

⁵² La Dirección General de Minas y Petróleo estaba adscrita al Ministerio de Obras Públicas y correspondía a lo que ahora es el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables.

En el año 1971 se expidieron la Ley de Hidrocarburos⁵³ y la Ley de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE⁵⁴, marco jurídico que tuvo como objetivo la necesidad de explorar, producir, industrializar y comercializar los hidrocarburos, bajo los principios de que los recursos naturales eran inalienables e imprescriptibles. Se reguló la contratación para la exploración y explotación de los yacimientos de petróleo con las compañías petroleras privadas, que hasta entonces operaban en el país. Desde esta época, el desarrollo económico del Ecuador se fundamentó en gran parte en los recursos que genera la producción petrolera.

Los contratos petroleros y la política hidrocarburífera a partir del auge petrolero de los años setenta.

El 16 de febrero de 1972 asume el gobierno del Ecuador una dictadura militar, dirigida por el General Rodríguez Lara que imprime al Estado un espíritu nacionalista: ingresó al Ecuador en la OPEP, (Fontaine, 2008: 2) puso en vigencia la Ley de Hidrocarburos, estructuró CEPE, incrementó las regalías para el Estado. Realizó una renegociación de los contratos, incluido el Contrato con Texaco- Gulf. Buscó un manejo soberano de los hidrocarburos mediante un plan de acción, basado en conceptos de recurso estratégico, soberanía, nacionalismo y autoridad militar. Con esta filosofía se revirtió al Estado antiguas concesiones y contratos con las compañías extranjeras. Se vislumbra por primera vez una política de Estado clara para el manejo del petróleo que se la contiene en el “*Plan Integral de Transformación y Desarrollo del Ecuador*”, para el Quinquenio 1973-1977. En el Capítulo IV de dicho Plan se detalla un programa completo que pretendió asegurar al país la mayor participación en los ingresos provenientes del petróleo; defender los precios del crudo en el orden internacional; elevar las reservas

⁵³La Ley de Hidrocarburos se publicó en el R. O. No. 322 de 1 de octubre de 1971, a finales del Gobierno del Dr. José María Velasco Ibarra, para regular la contratación petrolera, estableciendo como modalidades contractuales los contratos de asociación, operación, prestación de servicios y de compañía mixta. El General Guillermo Rodríguez Lara, como “Jefe del Consejo Supremo” del autodenominado “Gobierno Nacionalista y Revolucionario” aplicó esta Ley por primera vez.

⁵⁴ Mediante Ley No. 146, publicada en el R.O. No. 155 de 3 de febrero de 1971, el Presidente Velasco Ibarra, antes de ser depuesto del poder por las Fuerzas Armadas, expidió la primera Ley de CEPE. El General Guillermo Rodríguez Lara, mediante Decreto Supremo No. 522, publicado en el R.O. No. 88, de 26 de junio de 1972, expidió una nueva Ley de CEPE, adecuando la primera Ley a la filosofía y lineamientos generales del “Plan de acción del Gobierno Revolucionario y Nacionalista.”

probadas; racionalizar el ritmo de explotación del crudo; formular una legislación apropiada; intervención escalonada del Estado en la actividad hidrocarburífera; instalar refinerías estatales; cimentar una política de comercialización de crudo y de derivados, dotar de medios de transporte terrestre y marítimo para el crudo, participación directa del Estado a través de CEPE en la exploración y explotación de áreas y campos petroleros, entre otras acciones. Este Plan se lo implementó y muchos de los objetivos propuestos perduran hasta el día de hoy y son los hechos más destacados de la dictadura militar.

Así, para finales de 1972 Ecuador llegó a exportar 60 millones de dólares en petróleo, a un precio de USD 2.50 el barril, (Naranjo, 2005: 91), se convirtió en el tercer país exportador de crudo en Latinoamérica, después de Venezuela y México. Para 1974, los precios del barril exportado saltaron de US \$ 2.56 a US \$ 13,9. Esta riqueza permitió la consolidación del papel intervencionista y regulador del Estado, especialmente en el sector económico y productivo del país.

CEPE en el año 1975, realizó con éxito la primera perforación exploratoria, el pozo 18-B Fanny, que produjo 2.066 barriles diarios. Habiendo sido este pozo descubierto por el Estado, pasó luego a manos de la Empresa Norteamericana City Investing, junto con los campos Marian y Tarapoa, mediante un contrato de Asociación que posteriormente fue modificado ilegalmente y vía reglamentaria a Contrato de Participación,⁵⁵ en lugar de revertirlo en beneficio del Estado. En la actualidad opera en estos campos la Empresa China, Andes Petroleum, mediante un contrato de prestación de servicios (Como modalidad única) sustentado en la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de 27 de julio del 2010.

La reapertura a la inversión extranjera y los contratos de prestación de servicios

Desde el año 1982, con la expedición de la Ley 101⁵⁶ la política energética ecuatoriana fue direccionada a beneficiar a las empresas privadas y no al interés público (PNBV-

⁵⁵ Cuando el plazo del Contrato de Asociación concluía se modificó a Participación, con la compañía City que operaba también los Campos Tarapoa, 18B-Fanny y Marian 4-A. El Comando Conjunto de las FF. AA, con Oficio No. 2000167-DIN, del 31 de agosto del 2000, manifestó que este contrato se celebró con violación a las normas legales y contractuales.

⁵⁶ Esta modalidad contractual fue retomada mediante Ley No. 101, que reformó la Ley de Hidrocarburos, en el Gobierno del Dr. Oswaldo Hurtado, con la cual se reemplazó a los contratos de Operaciones Hidrocarburíferas.

2009-2013: 39-55-103), con la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios, en los gobiernos del Dr. Oswaldo Hurtado, Ing. Febres Cordero y Dr. Rodrigo Borja, con lo cual se pretendió atraer la inversión extranjera. Las mayores beneficiarias con esta modalidad fueron las empresas transnacionales, no obstante la discusión probablemente esté en que, siendo ésta una modalidad contractual de riesgo, el país no disponía de la tecnología ni de los recursos necesarios para asumir ese riesgo, razón por la cual las modalidades contractuales y ésta de prestación de servicios eran en definitiva las que regulaban la distribución de los costos y los beneficios de la producción de hidrocarburos, una vez declarada la comercialidad de los campos (Bustamante, 2003: 38), la protección del medio ambiente pasaba a segundo plano y los impactos ambientales que generaron la actividad petrolera se derivaron de las características y técnicas de la explotación como aguas de formación que se convirtieron en el principal indicador de contaminación, razones entre otras, por las cuales esta modalidad fue cuestionada.

Debido a un vacío en la legislación ecuatoriana cuando se negociaron los contratos petroleros de prestación de servicios fueron diseñados sin tener en cuenta adecuadamente la conservación del medio ambiente y las relaciones comunitarias con los pueblos indígenas y campesinos en los sitios de influencia de esta actividad.

Los contratos de prestación de servicios pudieron ser una buena opción para el país, pero resultaron en un fracaso, debido a los bajos precios del petróleo durante su vigencia y la forma deshonesto y desaprensiva con la que las compañías extranjeras cargaron al Estado los costos y gastos de los bienes e insumos utilizados para la exploración y explotación, cuyos costos auditados por la DNH⁵⁷, con la aquiescencia de un Comité de Administración del Contrato, integrado por representantes de las contratistas y del Estado. Esto dio como resultado que se benefició a las empresas extranjeras en forma desmedida y el desprestigio de esta modalidad contractual.

⁵⁷ La Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno publicada en el R.O. No.244 de 27 de julio del 2010, reformó el Art. 11 de la Ley de Hidrocarburos y creó la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero que reemplazó a la anterior Dirección Nacional de Hidrocarburos DNH, Agencia a la cual le compete el control de las operaciones hidrocarburíferas y la fiscalización de la producción en el Ecuador.

El Estado privatizador y los contratos de participación

En la década de los noventa hubo en Latinoamérica la aplicación de reformas macroeconómicas inspiradas en el llamado “Consenso de Washington” que alejaron a las economías latinoamericanas de la posibilidad de insertarse en una senda de desarrollo integral a largo plazo. (Moreno, Pérez y Ruiz, 2004) y por el contrario, en el caso ecuatoriano, se influenció a los gobiernos para la aplicación de políticas públicas equivocadas, tendientes a quitarle al Estado su papel regulador y controlador. En el año 1994, las políticas de Gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén tuvieron como objetivo las privatizaciones⁵⁸. El Ecuador abandonó la OPEP. Se dictó la Ley de Presupuestos del Sector Público, con la cual se le privó de autonomía financiera a la empresa Estatal Petroecuador⁵⁹ se redujeron sus inversiones y empezó el traspaso sistemático de campos y áreas productivas del Estado a la empresa privada, mediante contratos de participación, campos marginales y servicios específicos. (Fontaine, 2007: 4). Se intentó incluso entregar el Oleoducto Transecuatoriano SOTE a la empresa privada, a cambio de la construcción de carreteras y de un nuevo oleoducto que serviría exclusivamente para transportar el crudo pesado de las empresas privadas. Se reformó la Ley de Hidrocarburos implementando como modalidad los contratos de participación⁶⁰ para atraer la inversión extranjera, se eximió a las compañías petroleras del pago de las regalías y de impuestos, como el caso de la devolución del IVA.

Las petroleras privadas subieron su producción, mientras que el volumen de crudo fiscalizado del Estado disminuyó hasta ubicarse en alrededor del 57%, sumando la

⁵⁸ El Arq. Durán Ballén entregó la administración hidrocarburífera del Estado a su Vicepresidente el Econ. Alberto Dahik quien fue responsable directo de la implantación de las políticas públicas privatizadoras del sector público y especialmente del energético. El Econ. Alberto Dahik abandonó el país y fue relevado de la Vicepresidencia de la República, acusado de hechos de corrupción.

⁵⁹ En el Gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén, mediante Ley No. 18, publicada en el Suplemento del R. O. No. 76, de 30 de noviembre de 1992, se reformó la Ley de PETROECUADOR, con la Ley de Presupuestos del Sector Público, modificando los Arts. 14, 15 y 16 de la Ley No. 45, quitándole a la Empresa Estatal su autonomía financiera, para que dependa exclusivamente de las asignaciones que realizaba el entonces Ministerio de Economía y Finanzas.

⁶⁰ Cuando muchos de los contratos petroleros habían superado la fase de exploración y por consiguiente descubierto reservas de petróleo comercialmente explotables, ya se había amortizado las inversiones de las compañías y se alistaban para producir, se expidió la Ley No. 44, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, mediante la cual se crearon las modalidades contractuales de Participación y de Campos Marginales, modificando los contratos de prestación de servicios a participación, pactando la repartición de las ganancias petroleras en un promedio 80% para la Contratista y 20% para el Estado.

producción de la Estatal Petroecuador y la producción de la participación con las empresas privadas. Las inversiones extranjeras directas se incrementaron de 126 millones a 1.555 millones de dólares entre 1990 y 2003 (Fontaine, 2007: 4-5).

En el año 1998 asumió el Gobierno el Dr. Jamil Mahuad que pretendió, inclusive transformar a PETROECUADOR en sociedad anónima de acciones, convirtiendo sus activos, campos, pozos, instalaciones y demás bienes, en numerario (Acciones), para luego, una vez transformados en capital accionario, traspasarlas a la empresa privada. Esta política en el manejo de los hidrocarburos, provocó la consolidación de los “movimientos sociales”⁶¹ y ciudadanos, en defensa del patrimonio del país, entre los que tuvo relevancia la participación de los trabajadores petroleros de la empresa estatal, que precipitaron las caídas de los gobiernos del Ab. Abdalá Bucarán, (1996-1997), Dr. Jamil Mahuad (1998-2000) y posteriormente del Coronel Lucio Gutiérrez (2003-2005), gobiernos que impulsaron la modificación de los “Contratos de Prestación de Servicios” a “Participación” o entregaron campos al sector privado con formas contractuales sui generis, ilegales (Morales, 2008). Se entregaron campos descubiertos y desarrollados por el Estado a la empresa privada, por un monto que superó los 70 mil barriles diarios de producción, los que la empresa Estatal Petroecuador dejó de operar y producir.

Para el año 2003 el Gobierno del Coronel Lucio Gutiérrez anunció la implantación de una política petrolera soberana, propuso licitar nuevas áreas y ejecutar el proyecto ITT, pero durante los dos años de gobierno bajó la producción de petróleo, no se licitó o adjudicó un sólo contrato petrolero y se pretendió licitar los 4 mejores campos denominados como las “Joyas de la corona” que operaba la Estatal Petroproducción, esto en cumplimiento a un compromiso suscrito con el FMI⁶², mediante la modalidad contractual de asociación, licitación que fue suspendida por la intervención del Congreso Nacional y del Procurador General del Estado⁶³, que se pronunciaron por la ilegalidad de

⁶¹ La sociedad civil entendida como un tejido de asociaciones, organizaciones, redes y movimientos sociales que actúan como tantos intermediarios entre la ciudadanía y el Estado, entre lo público y lo privado asume un papel importante en la institucionalización de los arreglos procedentes de los conflictos sociales (Fontaine, 2010: 21). Los nuevos movimientos sociales incorporan demandas relacionadas con el medio ambiente en luchas que no son solamente por defensa de este último, sino también por la democracia, la autonomía y la autogestión (Leff, 1997:73, citado por Fontaine 2010).

⁶² El 10 de febrero del 2003, el Gobierno del Coronel Lucio Gutiérrez suscribió una carta de intención con el FMI, a cambio de conseguir créditos directos, comprometiéndose a abrir el sector petrolero a la inversión privada.

⁶³ El Procurador del Estado emitió un pronunciamiento vinculante, manifestando que el Reglamento Sustitutivo al Reglamento del Contrato de Asociación, expedido con Decreto No. 1447, publicado en el R. O. No. 293 de 16

la modalidad contractual de asociación, debido a que ésta tenía como objetivo la exploración y explotación de hidrocarburos (dos fases) y los campos a licitarse eran campos en producción, con reservas probadas que no conllevaban riesgo alguno.

Desde 1972 hasta la presente fecha quizá el hecho más relevante para la historia Petrolera del Ecuador es la declaratoria de caducidad del Contrato de exploración y explotación de hidrocarburos suscritos con Occidental, para el Bloque 15 de la Región Amazónica, como sanción por el traspaso ilegal de sus acciones a la Empresa ENCANA. Esta declaratoria se produjo en el año 2006, en el Gobierno del Dr. Alfredo Palacio. Con la reversión del Bloque 15 al Estado, la producción de petróleo de éste campo, que en promedio era de 94.000 barriles diarios pasó a propiedad total del Estado y hoy este Bloque petrolero es operado por la Empresa Pública Petroamazonas EP.

La Contratación Petrolera y su Marco Normativo e Institucional.

El sistema de gobernanza energética enmarca también a la contratación petrolera. Este sistema enfrenta muchas aristas y complicaciones en su funcionamiento, en cuanto al régimen legal que regula las modalidades contractuales, la politización de la empresa estatal, como contraparte en los contratos petroleros⁶⁴ ante las empresas transnacionales, los conflictos ambientales causados por las actividades hidrocarburíferas, la repartición de la participación petrolera del Estado en los contratos petroleros y de las empresas extranjeras; y, el inequitativo reparto o distribución de la renta petrolera.

Es necesario definir otros aspectos relacionados con la industria petrolera y los contratos petroleros, con el propósito de identificar la forma en la que deben responder estos instrumentos a una buena gobernanza⁶⁵, eficaz y efectiva, en la que se actúe con

de marzo de 2004, no podía ser aplicado pues el contrato de asociación se aplica para la exploración y explotación de hidrocarburos, (dos fases) y es de riesgo, no para una sola de esas dos actividades o fases. Todos los decretos ejecutivos y los acuerdos ministeriales expedidos durante el Gobierno del Coronel Lucio Gutiérrez, que reglamentaban esta modalidad contractual fueron derogados y al momento esta modalidad contractual, aunque existe en la Ley de Hidrocarburos, no puede ser aplicada mientras no se regule mediante un reglamento claro.

⁶⁴ En el Suplemento del Registro Oficial No. 244 de 27 de Julio del 2010, se creó la Secretaría de Hidrocarburos (SH) como entidad adscrita al Ministerio Sectorial, como encargada de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros. Hasta antes de la reforma esta facultad la tenía la empresa Pública Petroecuador, la que suscribía los contratos con las empresas privadas, a nombre del Estado ecuatoriano.

⁶⁵ No se refiere a la buena gobernanza conceptualizada por los organismos internacionales, sino la buena gobernanza a la que se refiere Guillaume Fontaine (2009).

criterios de eficiencia, sin menoscabar el desarrollo humano sostenible e intergeneracional⁶⁶, que busque la conservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, a fin de minimizar los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico, generados por las actividades hidrocarburíferas, porque no se puede prescindir del modelo de desarrollo extractivista que caracteriza desde el año 1972 al Ecuador. Implica también el cobro de regalías y contribuciones tributarias, sin descuidar una autosuficiencia energética, aspectos que en unos casos estuvieron previstas en la ley o fueron estipuladas en los contratos y que en otros, a pesar de estar previstos en la ley y estipulados en los contratos, no se cumplieron por situaciones relacionadas con la ética de quienes intervinieron en los procesos de licitación y adjudicación y en su administración o por debilidad del sistema institucional controlador del Estado, situaciones que no ayudaron al mejoramiento de la gobernabilidad democrática del país.

El Estado en el sistema de gobernanza energética, cumple un doble papel, político y económico, es a la vez un actor institucional que produce normas jurídicas y un actor económico que ejerce una actividad lucrativa, por intermedio de las empresas petroleras públicas (Fontaine, 2003: 24), pues interviene a través de sus empresa públicas en una actividad propia del sector privado.

La normativa legal y reglamentaria que sustentaron y todavía sustentan las diferentes modalidades contractuales para la exploración y explotación de hidrocarburos, las convocatorias a las rondas internacionales petroleras⁶⁷, la preparación de las bases de contratación, los procesos licitatorios, la adjudicación de los contratos y

⁶⁶ La Constitución del 2008, en su Art. 317, por primera vez en la historia constitucional del Ecuador dispone que en la gestión de los recursos naturales no renovables el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional.

⁶⁷ Las Rondas Petroleras son licitaciones que se abren para que compañías internacionales vengan al Ecuador e inviertan a su propio riesgo en la exploración y explotación de hidrocarburos en campos, áreas y bloques petroleros. La Primera Ronda Petrolera se convocó en la presidencia del Dr. Oswaldo Hurtado, el 16 de junio de 1983, mediante la modalidad contractual de Prestación de Servicios. Se licitaron once bloques y se inscribieron 25 empresas. La última Ronda de Licitación internacional se realizó en el Gobierno del Dr. Gustavo Noboa, se licitó cuatro bloques de la Región Litoral, en la Novena Ronda Petrolera, el 18 de diciembre del 2002; se inscribieron seis empresas de las cuales ofertó solo una para dos bloques, el 4 y el 5. Este proceso quedó inconcluso y lo retomó el Gobierno del Coronel Lucio Gutiérrez, sin que se hayan podido suscribir los contratos, pues a pesar de haberse adjudicado, negociado los contratos y obtenido los informes respectivos del Procurador General del Estado y del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el Estado no compareció a las notarías públicas de la ciudad de Guayaquil a suscribir los contratos, el 9 de octubre del 2005, con la Asociación Sundown-Clipper, de nacionalidad norteamericana (Morales, 2007, 74-76).

su ejecución, desde que el Ecuador se transformó en productor de petróleo, tuvieron hasta el 19 de octubre del 2008, como base al inequitativo e injusto modelo de Estado de derecho y el Estado social de derecho.

Hay que resaltar que desde que se expidió la Ley de Hidrocarburos en el año 1971, la legislación hidrocarburífera se fue convirtiendo en una fuente de inseguridad jurídica, de lagunas legales y de inconsistencias jurídicas, que generaron confusión y problemas en la ejecución de los contratos, lo cual ha incidido en el reparto de la participación en la producción entre el Estado y las empresas transnacionales y en la cantidad de ingresos económicos al Presupuesto General del Estado. Consecuentemente se afectó al desarrollo social y económico del país. Reforma tras reforma a la legislación hidrocarburífera se la convirtió en un cuerpo legal anacrónico y disperso.

Concluida la dictadura militar el 9 de agosto de 1979⁶⁸, el regreso a la democracia se realizó al amparo de la Constitución de 1978, aprobada vía referéndum. (Nicola, 1978: 365). Para 1981 se cambió la perspectiva económica, cesó el financiamiento privado internacional y empezaron las políticas de ajuste impuestas por el Fondo Monetario Internacional, no obstante, en el Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, elaborado por el entonces Consejo Nacional de Desarrollo CONADE se planteó que para ese período el petróleo constituiría el 60% de las exportaciones del Ecuador, el 16% del PIB y el 58 % del financiamiento público (Santos-Mora, 1987: 61-62).

La Constitución del año 1978 careció de principios que regulen la exploración y explotación de hidrocarburos y la protección de las comunidades indígenas, territorios ancestrales y del medio ambiente. Las operaciones hidrocarburíferas se realizaban casi a libre discrecionalidad de las Empresas privadas, y el poco cuidado puesto en estos aspectos se realizó más en cumplimiento de un pacto de caballeros (Narváez, 2009: 73-97).

⁶⁸ El último Ministro de Gobierno de la dictadura militar, General Richelieu Levoyer Artieda, a través de la televisión anunció el Plan de Reestructuración Jurídica del Estado, con sus lineamientos y esquemas. El 15 de enero de 1978, se realizó el referéndum para aprobar la Constitución que entraría en vigencia a partir del 10 de agosto de 1979, con la posesión del Presidente Constitucional de la República.

Desde el año 1982, con la Expedición de la Ley No. 101⁶⁹ la política energética ecuatoriana fue direccionada a beneficiar a las empresas privadas⁷⁰, con la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios, con lo cual se pretendió atraer la inversión extranjera. Estos contratos habrían dejado resultados perjudiciales para el país por una injusta repartición de la renta petrolera entre el Estado como dueño del recurso y las empresas operadoras multinacionales, problemas socio ambientales en la Región Amazónica.

Para 1986 caen vertiginosamente los precios del petróleo y como consecuencia, el pago del servicio de la deuda externa empezó a asfixiar la economía del país. Esta situación se agravó con el terremoto producido en 1987, con epicentro en la Región Amazónica que ocasionó la rotura del Sistema de Oleoducto Trans-Ecuatoriano SOTE que obligó a suspender las exportaciones de crudo, casi por tres meses.

La Ley de PETROECUADOR, Empresa que subrogó en sus derechos y obligaciones a CEPE, se expidió el año 1989, al amparo o desamparo de la Constitución Política de 1978, reformada que regía en ese entonces.

En el año 1993, en el Gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén y bajo la influencia del Consenso de Washington⁷¹, teniendo como marco la misma Constitución de 1978, se procedió a reformar la Ley de Hidrocarburos para buscar apertura a las inversiones extranjeras directas. La Ley No. 44, desechó los modelos contractuales de prestación de servicios⁷² y permitió crear las modalidades contractuales de participación y de campos

⁶⁹ Mediante Ley No. 101, que reformó la Ley de Hidrocarburos, en el Gobierno del Dr. Oswaldo Hurtado, se crearon los contratos de prestación de servicios, con la cual se reemplazó a los contratos de Operaciones Hidrocarburíferas.

⁷⁰ Según Narváez (2009: 94) Las empresas petroleras que operaron mediante la modalidad de prestación de servicios, cubrían 3.4 millones de hectáreas.

⁷¹ El Consenso de Washington surge de la conferencia realizada por el Institute for International Economy, en esa ciudad, en 1989, promovida por organismos internacionales, entre ellos el FMI, en el que se buscó dar una salida ideológica a la crisis del capitalismo, propuso 10 recomendaciones de políticas económicas, entre ellas la supresión de barreras a la entrada de empresas foráneas; privatización de las empresas estatales; desreglamentación para facilitar la participación de nuevas empresas y ampliar la competencia. Dichas políticas fracasaron en estimular la inversión interna, (Achion y Williamson, 1998) (PNBV, 2009: 6-29) (Moreno-Brid, Pérez, Ruiz, 2004). Según Velasco (2009:1) el principal objetivo era el libre ingreso de las empresas estadounidenses a los recursos estratégicos y al mercado energético de América Latina, bajo el argumento que la administración de las empresas estatales era ineficiente.

⁷² No obstante que se crearon las modalidades contractuales de participación y campos marginales, la modalidad de prestación de servicios no desapareció, siempre estuvo vigente en la Ley de Hidrocarburos, aplicada en el Bloque 10 (AGIP), y prevaleció hasta el día de hoy.

marginales. En las nuevas modalidades contractuales se establecieron acuerdos en los que la participación del crudo producido, en el porcentaje de participación negociada y adjudicada en el Contrato pasaba ser de propiedad de la Contratista, la que podía disponer de éste y transportarlo por el mismo Oleoducto Transecuatoriano SOTE, se redujeron los impuestos sobre las ganancias, se flexibilizaron el control de cambio sobre la repatriación de los capitales de las multinacionales que operaban en el Ecuador.

En la década de los noventa siguió la influencia del Consenso de Washington en Latinoamérica, con la tendencia hacia la privatización de la industria hidrocarburífera y a quitarle al Estado su papel regulador y controlador.

En el año 1997 para reformular la situación política social y económica del Ecuador se convocó a una asamblea constituyente que se instaló en un recinto militar en Sangolquí que culminaría con la elaboración de una nueva Constitución.

En 1998 se expidió la Constitución de “Sangolquí” que se destacó por un importante avance en la protección de la naturaleza y del medio ambiente e introdujo varios principios en relación con la protección de los derechos civiles, colectivos, sociales y culturales de los ecuatorianos, a la vez interrelacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos, aspectos medioambientales y socioculturales, razón por la cual se la consideró como una Constitución progresista, innovadora, de avanzada, pero en cuanto a las políticas económicas, contradictoria y neoliberal.

Una de las innovaciones de la última Constitución “Política” del Ecuador, la de 1998, caracterizada también por el establecimiento de un “Estado social de derecho” es la que por primera vez en el país, se aprobaron principios relacionados con la protección del medio ambiente y se garantizaba a los ecuatorianos el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, disponiendo restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente. Se determinó además como principio constitucional el que el Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velar para que este derecho no sea afectado y garantizar la preservación de la naturaleza. Se declaró de interés público la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados. Además entre otros aspectos se

proclamó el establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantizaría la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales. En cuanto al tema de la exploración y explotación hidrocarburífera, disponía que toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, debía contar previamente con los criterios de la comunidad, determinando la obligación del Estado para reconocer y garantizar a los pueblos indígenas, el respeto al orden público y a los derechos humanos.

En torno a este marco constitucional se expidió la Ley de Gestión Ambiental⁷³ y el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador⁷⁴ que significaron un importante avance para la protección del medio ambiente en las operaciones hidrocarburíferas, aunque ya en la aplicación y en la realidad muchas disposiciones se convirtieron en “letra muerta”.

Otro hecho trascendental es la declaración por parte del Presidente de la República, Jamil Mahuad como zona intangible y de conservación, vedadas a perpetuidad, a todo tipo de actividad extractiva, la zona Cuyabeno-Imuya y las tierras de habitación y desarrollo de los grupos Huaorani, conocidos como Tagaeri, Taromenane y otros eventuales que permanecen sin contacto, ubicados hacia el sur de las tierras adjudicadas a la nacionalidad Huaorani en 1990 y del Parque Nacional Yasuní; zona que alcanzaba 758.000 hectáreas, ubicadas en las parroquias de Cononaco y Nuevo Rocafuerte, cantón Aguarico, provincia de Orellana y en la parroquia de Curaray, provincia de Pastaza⁷⁵, respectivamente.

Sin embargo de estos importantes avances en el plano social y ambiental en la Constitución de 1998, el gobierno del Dr. Jamil Mahuad, continuó con la política entreguista a favor del capital privado transnacional. A través de los contratos petroleros de participación, servicios específicos, alianzas operativas y estratégica. Por si fuera poco el gobierno demócrata popular por intermedio de su Ministro de Minas y Petróleos,

⁷³ La Ley de Gestión Ambiental No. 99-37, fue publicada en el Registro Oficial No. 245 del 30 de julio de 1999 y posteriormente codificada y publicada en el R. O. No. 418 de 10 de septiembre del 2004.

⁷⁴ Mediante Decreto Ejecutivo No. 1215, publicado en el R. O. No. 265 de 13 de febrero del 2001 se expidió Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador.

⁷⁵ Con Decreto Ejecutivo No. 552, publicado en el Suplemento del R.O. No. 121 de 3 de enero de 1999, el Presidente de la República declaró como zona intangible y de conservación, vedadas a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva en varios territorios de la Amazonía.

tercerizó el control de las operaciones hidrocarburíferas y se desinstitucionalizó a la anterior Dirección Nacional de Hidrocarburos⁷⁶.

Para el 2003 se terminó de construir el Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) financiado por el consorcio de empresas privadas, integrado por Agip, Keer-McGee, Occidental y Repsol-YPF (Fontaine, 2007: 4), empresas petroleras contratistas con el Estado. Este oleoducto era de interés para transportar el crudo pesado caracterizado después como “Napo” y extraerlo en la mayor cantidad posible de reservas, incluso sobre explotando los pozos, tomando en cuenta el plazo de duración de los contratos, 20 años, y el agotamiento o vida útil de los pozos según su pico de producción⁷⁷.

En el 2006 con la caída del gobierno del Coronel Lucio Gutiérrez, asumió el poder el Dr. Alfredo Palacio, quien a través de sus ministros, Ec. Rafael Correa y Diego Borja, imprimió una nueva forma de gobernanza al sector hidrocarburífero y aplicó políticas no tradicionales a este sector. Desde el Gobierno se impulsó la expedición de la Ley No. 42-2006, reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, mediante la cual se obligó a las empresas transnacionales a repartir en un porcentaje inicial de 50% para el Estado y 50% para las empresas privadas, las ganancias extraordinarias de las ventas del petróleo, obtenidos por los altos precios del crudo.

Durante el Gobierno del Dr. Palacio también se caducó el Contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos suscrito con la Empresa Norteamericana Occidental, para el Bloque 15 y los campos unificados Eden-Yuturi y Limoncocha, hecho que no se enmarcó en ninguna política pública predeterminada por parte del

⁷⁶ El entonces Ministro de Energía y Minas Pablo Terán, reestructuró la anterior Dirección Nacional de Hidrocarburos DNH, desmantelando a la entidad fiscalizadora y organismo de control del sector Hidrocarburífero, mediante la expedición del Estatuto Orgánico por Procesos del Ministerio de Energía y Minas, R. O. No. 428 de 8 de octubre del 2001, bajo “criterios de desconcentración y tercerización”. Posteriormente en el mes de septiembre del 2002, mediante Acuerdo Ministerial No. 389 expidió el Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, con este instrumento se le quitó competencias al Estado en el control, regulación y fiscalización de las operaciones hidrocarburíferas y en las actividades provenientes de los contratos petroleros suscritos con las empresas privadas. (Explored, 27 de noviembre del 2001).

⁷⁷ Noción acuñada por el geólogo King Hubbert y designa el momento cuando la mitad de las reservas probadas de un yacimiento ya fue extraída: Una vez pasado este pico de producción entra una fase de declive más rápida que la fase de crecimiento, debido a las características técnicas del reservorio (baja de presión, creciente mezcla de agua con hidrocarburos (Fontaine, 2010: 122).

Estado o del gobierno, para revertir, “confiscar o expropiar”⁷⁸ la producción o las inversiones de Occidental y de las instalaciones en favor del país, sino en una serie de hechos que tienen matices legales, coyunturales, sociales y políticos que coligieron en la decisión final de dar por terminado el contrato, pero sobre la base de la sanción por el incumplimiento contractual cometido por Occidental al haber transferido el 40 % de su participación en el contrato a la empresa ENCANA, sin autorización previa del Estado. Muchos analistas y tratadistas petroleros señalan a este momento como el quiebre en el modo de implementar las políticas hidrocarburíferas tradicionales y lo analizan como el inicio o la implantación en el Ecuador de un “Neonacionalismo” como forma de gobernanza, similar a los que se vive en Venezuela con Hugo Chávez y en Bolivia con Evo Morales, caracterizado por buscar el control total del manejo de los hidrocarburos por parte del Estado y que tiene como contexto la modificación de la estructura institucional, jurídica, política y administrativa de estas tres naciones (Fontaine, 2008).

En el Gobierno del Dr. Alfredo Palacio se dan los primeros pasos para la suscripción de memorandos de entendimiento y acuerdos con Venezuela en la búsqueda de cooperación hidrocarburífera a través de sus empresas estatales, PDVSA y Petroecuador, teniendo como marco jurídico-institucional la misma Ley de Hidrocarburos reformada y la anterior Ley Especial de Petroecuador.

Posteriormente a partir del 15 de enero del 2007 en que inició el mandato el Ec. Rafael Correa y encontrándose en vigencia la Constitución de 1998 se buscó cambiar el marco jurídico-institucional en el sector hidrocarburífero. Se impulsó la reforma del Reglamento a la Ley Reformatoria de Hidrocarburos No. 2006-42⁷⁹, (Fontaine, 2007: 2) decretando que el 99% de los excedentes de las ganancias extraordinarias de las ventas del petróleo por los altos precios del crudo vayan en beneficio del Estado y el 1% se

⁷⁸ El Gobierno de los Estados Unidos escogió la vía diplomática para hacer saber al Ecuador de su molestia por la caducidad del Contrato con la petrolera Occidental. El Subsecretario adjunto para asuntos del Hemisferio Occidental del Departamento de Estado, Charles Shapiro se reunió con el Canciller del Ecuador, Francisco Carrión, para tratar el caso Occidental y declaró que su país está “*decepcionado*” por la decisión de Ecuador de declarar la nulidad del Contrato “...*la que parece constituir una confiscación...*” (El Comercio, 2006: 3 A), no obstante que la confiscación está prohibida en el Ecuador y la expropiación tienen otra connotación jurídica diferente a la caducidad.

⁷⁹ Desde el Gobierno se impulsó la expedición de la Ley No. 42-2006, reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, mediante la cual se obligó a las empresas transnacionales a repartir en un porcentaje inicial de 50% para el Estado y 50% para las empresas privadas, las ganancias extraordinarias de las ventas del petróleo, por los altos precios del crudo. Posteriormente se modificó el porcentaje en el Gobierno del Ec. Rafael Correa, en un 99% para el Estado y 1%, para las empresas privadas. (Fontaine, 2007, 2).

quede en las compañías, lo que provocó una serie de arbitrajes, que posteriormente derivó en el año 2008 en la suscripción de nuevos acuerdos o modificaciones contractuales transitorias de un año, al mismo tiempo que se negociaba el cambio de modalidad de los contratos de participación a “contrato único de operaciones hidrocarburíferas”, sin que se logren acuerdos, sino hasta después de la expedición de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos de 27 de julio del 2010, con la cual se sustentó la renegociación de los contratos petroleros y la migración de estos a una sola modalidad contractual, la de “prestación de servicios refirmada”.

En el Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País (PGMAP, 2006: 2) se consideró la necesidad de revisar los contratos petroleros y replantear la distribución de toda la renta petrolera en forma similar a la que se realizó con Texaco en los años setenta, pero sin que exista nacionalización de los recursos. Se planteó la no eliminación de los subsidios y se optó por focalizarlos, invertir en refinación, acabar con la triangulación de los combustibles, eliminar los intermediarios y acabar con el contrabando, reorganizar los ingresos adicionales de los fondos petroleros⁸⁰, inversión y rescate de la industria hidrocarburífera, moratoria de la actividad petrolera en el sur de la Amazonía, atada a una suspensión negociada del servicio de la deuda externa.

La Asamblea Constituyente de Montecristi, mediante Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, publicada en el Suplemento del R.O. No. 308 de 3 de abril del 2008, estableció que todos los recursos públicos de origen petrolero afectados por el Mandato del Artículo 44 de la Ley Para La Transformación Económica del Ecuador, deberán ingresar al Presupuesto del Gobierno

⁸⁰ Se crearon 4 fondos con recursos provenientes del petróleo: 1. Fondo de Estabilización Petrolera (FEP), creado en 1998, se alimentaba del excedente de los ingresos petroleros no previstos o superiores a los presupuestados. 2. La Cuenta de Reactivación Productiva y Social, del Desarrollo Científico-Tecnológico y de la Estabilización Fiscal (CEREPS), nació originalmente en el año 2002 bajo el nombre de Fondo de Estabilización, Inversión Social y Productiva y Reducción del Endeudamiento Público (FEIREP) y consistía en un fideicomiso mercantil administrado por el Banco Central del Ecuador. En el año 2002, el FEIREP se convirtió en CEREPS. Esto implicó la liquidación del fideicomiso inicial y los fondos se depositaron en una cuenta especial. 3. El Fondo de Ahorro y Contingencia (FAC) (2000), que se alimentó de un 20% de los recursos que ingresaban al fondo CEREPS, además de sus saldos no utilizados al cierre del ejercicio fiscal. Se utilizó para estabilizar ingresos petroleros hasta el 2,5% del PIB y para atender emergencias por desastres. 4. Fondo ecuatoriano de Inversión en los sectores energéticos e hidrocarburíferos (FEISEH) creado en el 2006 con los fondos provenientes del Bloque 15 y campos unificados Edén-Yuturi y Limoncocha, una vez que se caducó el Contrato con Occidental y que consistió en un fideicomiso mercantil con el Banco Central del Ecuador (Ruiz, 2009: 4,5).

Central, en calidad de Ingresos de Capital y serán distribuidos de acuerdo con dicho presupuesto única y exclusivamente para fines de inversión y no podrán utilizarse para asignaciones de gasto corriente.

La Constitución expedida el 20 de octubre del 2008 fue aprobada en el marco del Gobierno de la “Revolución Ciudadana”⁸¹ y en el contexto del “Socialismo del Siglo XXI”⁸². En todo su contenido se puede establecer la incorporación de normas, principios, políticas y definiciones que regulan y reflejan la ideología y las políticas implícitas que se propuso ejecutar el Gobierno desde antes de ser elegido y que trascendió en el Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País y posteriormente en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y el Plan del Buen Vivir 2009-2011, los dos primeros elaborados antes de la aprobación y expedición de la Constitución de Montecristi.

Se da relevancia a la búsqueda del control total y soberano sobre los hidrocarburos por parte del Estado, la reestructuración del Ministerio de Energía y Minas, -ahora de Recursos Naturales No Renovables- y de Petroecuador como Empresa Pública, el reingreso del Ecuador en la OPEP como parte de la integración política cultural y económica con otros países del hemisferio⁸³, la migración de los contratos existentes a una sola modalidad contractual⁸⁴, las suscripción de Alianzas Estratégicas

⁸¹ Según el Plan Nacional del Buen Vivir, la Revolución Ciudadana es el nuevo pacto de convivencia que propone el gobierno en un esfuerzo por hacer realidad el Estado constitucional de derechos y de justicia, plurinacional e intercultural y la sociedad del Buen Vivir plasmados en la Constitución 2008, mediante una estrategia de largo plazo que permita construir una nueva forma de generación de riqueza, distribución y redistribución que lo sustente. (PNBV,2009:54)

⁸² El socialismo del siglo XXI es un concepto ideado por A.V. Buzgalin en una publicación originalmente en ruso en 1996 y en español en el año 2000. En efecto el primer texto sobre el tema no es el de Heinz Dieterich, sino uno del autor ruso titulado "El Socialismo del siglo XXI" (160 pp., Guanabo, Cuba, Enero 20, 2000. El de Heinz Dieterich Steffan, es posterior, a partir de 1996 y muy difundido desde el 30 de enero de 2005, por el Presidente de Venezuela, Hugo Chávez, desde el V Foro Social Mundial.”

⁸³ Art. 416, numeral 11 de la Constitución proclama el impulso prioritario a la integración política, cultural y económica de la Región Andina, de América del Sur y de Latinoamérica.

⁸⁴ En el proyecto de Ley del Sector Hidrocarburífero que sociabiliza el Gobierno se propuso la creación de una modalidad contractual única, denominada “Contratos de Operación de Recursos Naturales No Renovables para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos”, que debían ser regulados y administrados por el Ministerio Sectorial, ya no por Petroecuador. En el plazo de dos años todos los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de esta Ley, bajo las modalidades contractuales existentes, debían ser modificados al modelo único de contrato de Operación de Recursos Naturales No Renovables de Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

con otros Estados para la conformación de empresas de economía mixta, para desarrollar cualquiera de las fases de la industria hidrocarburífera, la exploración en nuevas áreas para incrementar las reservas, exploración condicionada a que no sean afectadas las comunidades indígenas, el medio ambiente y las áreas protegidas y sobre todo buscando la mayor participación del Estado en la renta petrolera.

La política petrolera y la contratación petrolera en la administración del Presidente Rafael Correa

Una nueva forma de gobernanza energética identifica al país desde el año 2005, caracterizada por la búsqueda del control total por parte del Estado de la industria hidrocarburífera. Este período se inicia en el Gobierno de del Dr. Alfredo Palacio, con la caducidad del Contrato suscrito con Occidental para el Bloque 15, como consecuencia de una convergencia de factores políticos, sociales y jurídicos y por otra parte por la expedición de la Ley No. 42-2006, impulsada por sus ministros de Economía, Econ. Rafael Correa y Diego Borja (Fontaine, 2008: 4-5). En este Gobierno se dan los primeros pasos para la suscripción de memorandos de entendimiento y acuerdos comerciales con Venezuela en la búsqueda de cooperación hidrocarburífera, a través de sus empresas estatales, PDVSA y Petroecuador. Esta nueva forma de gobernanza toma mayor fuerza con la aprobación y expedición de la Constitución del 2008, que fue elaborada teniendo como actor principal al Gobierno y a su movimiento político.

Iniciado el gobierno del Presidente Rafael Correa, en el 2007 se elaboró el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010, en el que se establece una amplia planificación para el sector energético, incluida la electricidad, los hidrocarburos y las diversas formas de energías renovables. Se determina que el Ecuador no podía adoptar una estrategia sustentada en la extracción de la mayor cantidad de petróleo en el corto plazo y con la entrega de la renta petrolera sólo para beneficio de las empresas extranjeras. Se ve la necesidad de instalar centrales hidroeléctricas, ejecutar una política de producción de biocombustibles, para lo cual se ejecutaría un plan piloto de uso de etanol en la ciudad de Guayaquil; otro proyecto piloto de biodiesel; suministro de gas para la ciudad de Cuenca; una estrategia de comercialización de crudo sin intermediarios y a consumidores finales; protección al ambiente y en particular al parque Nacional Yasuní, para lo cual se comunicaría la decisión de renunciar a la explotación del ITT e iniciar

una campaña internacional para establecer un fondo por parte de la comunidad internacional, con el fin de compensar los ingresos potenciales de extracción del crudo. Una reparación socio-ambiental de la Amazonía, para reorientar la gestión operativa en los campos petroleros de la entonces Empresa Estatal PETROECUADOR⁸⁵, a fin de eliminar prácticas contaminantes, integración energética regional, fortalecimiento institucional para hacer de PETROECUADOR una empresa eficiente; entre otros aspectos.

Para cumplir con estos objetivos era necesario contar con la normativa constitucional y legal adecuada, introduciendo en la nueva Constitución, principios y normas que permitan al Estado tener el control total y soberano sobre los hidrocarburos⁸⁶. Se propuso la reestructuración del entonces Ministerio de Energía y Minas, ahora de Recursos Naturales No Renovables; y, de Petroecuador y Petroamazonas como Empresas Públicas, la migración de los contratos existentes a una sola modalidad contractual⁸⁷; la suscripción de Alianzas Estratégicas con otros Estados para la conformación de empresas de economía mixta, con el objeto de desarrollar cualquiera de las fases de la industria hidrocarburífera; la exploración en nuevas áreas para incrementar las reservas, exploración condicionada a que no sean afectadas las comunidades indígenas, el medio ambiente y las áreas protegidas y sobre todo buscando la mayor participación del Estado en la renta petrolera. Estas políticas públicas se sustentan en forma expresa en la Constitución de la República.

⁸⁵ La Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del R. O. No. 48 de 16 de octubre del 2009, en la Disposición Final Segunda, numeral 2.1.1, derogó la Ley Especial de Petroecuador y sus Empresas Filiales, y postteriormente el Presidente de la República mediante D. E. No. 315 creó la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR en cuya Disposición Transitoria Segunda estableció que los derechos y obligaciones, así como las actividades de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR y sus empresas filiales, pasen a EP PETROECUADOR.

⁸⁶ El Art.313 de la Constitución establece que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, como la energía en todas sus formas, los recursos naturales no renovables y el transporte y la refinación de hidrocarburos.

⁸⁷ Inicialmente el Gobierno socializó un proyecto de “Ley del Sector Hidrocarburífero” en el cual se creaba una modalidad contractual única denominada Contratos de Operación de Recursos Naturales No Renovables para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, que serían administrados y regulados por el Ministerio Sectorial, ya no por PETROECUADOR, sin embargo, el Gobierno desechó ese proyecto e impulsó la reforma de la Ley de Hidrocarburos vigente para implementar el Contrato de prestación de servicios como única modalidad contractual, reforma que entró en vigencia el 27 de julio del 2010.

En la Constitución del 2008 se incluyeron como principios y definiciones, normas que permiten avizorar las políticas públicas en materia hidrocarburífera del Gobierno del Econ. Rafael Correa, en el nuevo Estado “neoconstitucionalista”.

En lo que respecta a la explotación del crudo pesado del campo ITT, la política del Gobierno es contradictoria, parecería que responde a la necesidad mediática de mantenerse presente en los foros internacionales con la propuesta de una moratoria a la explotación de petróleo (Narváez, 2009: 136), mientras que a la par suscribe Alianzas Estratégicas con otros estados para explotar los bloques y áreas subyacentes al eje ITT y no obstante de que siendo el Ecuador un Estado altamente dependiente de las rentas del petróleo. A futuro se volvería imprescindible la necesidad de explotar el crudo del Bloque ITT, para lo cual se deberán utilizar tecnologías modernas que evite el impacto en las comunidades indígenas y en el medio ambiente.

Regulación de las actividades hidrocarburíferas en la Constitución del 2008.

Según se establece en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 (PNBV), desde el establecimiento del Estado Ecuatoriano en 1830 se instauró una sociedad excluyente, sexista y racista, situación que se repite en el ámbito de acceso al poder. Las 20 constituciones que ha tenido el Ecuador han sido mecanismos institucionalizados de exclusión social, de segmentación y de estratificación de la población ecuatoriana.

En 1925 con la revolución juliana se instaura la intervención del Estado en lo económico, que buscó dar una racionalidad instrumental a la acción del Estado. (PNBV, 2009-2013: 26-27), es decir, según los ideólogos del nuevo constitucionalismo ecuatoriano, el Estado social de derecho, en casi toda la vigencia republicana, no cumplió con el objetivo de crear los supuestos sociales de igualdad y libertad para todos, suprimir las desigualdades sociales; garantizar a los asociados o ciudadanos condiciones de vida dignas, ofrecer a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y superar los apremios materiales, promoviendo la prosperidad general y garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en las diferentes Constituciones, caracterizadas por este modelo positivista de Estado. Las facultades amplias de intervención en la economía, no habrían llenado las aspiraciones de beneficiar a todos los gobernados, en particular a los de menores ingresos, para que tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Para cambiar el modelo de Estado, uno de los cinco ejes programáticos del Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País, en el 2006 fue la “Revolución constitucional y democrática” con la que se impulsó la convocatoria a una consulta nacional que aprobó la realización de la Asamblea Nacional Constituyente de plenos poderes que propicie un modelo participativo a través del cual los ciudadanos puedan ejercer el poder tomar decisiones y definir instrumentos, normas y procedimientos que controlen y fiscalicen la actuación de la administración pública (Plan de Gobierno de Alianza País PGMAP, 2006: 20-21)

La Asamblea de Montecristi elaboró la Constitución del 2008, la que fue aprobada en consulta popular con un amplio apoyo de los ecuatorianos, no obstante que fue cuestionada por diferentes sectores del país al manifestar que el texto enviado a la publicación en el Registro Oficial no correspondía al aprobado por los asambleístas. Esta contiene políticas públicas implícitas y contundentes respecto al manejo y control de los hidrocarburos. Desde el artículo 1, inicia manifestando que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible, precepto que lo repite varias veces en el texto constitucional y que proviene de una antigua tradición jurídica constitucional respecto a la propiedad de los recursos del subsuelo, a favor del Estado y que se mantienen en ésta Constitución.

La Constitución del 2008 va más allá de la de 1998 y establece una amplia gama de principios y normas constitucionales relacionadas con el manejo y administración del sector hidrocarburífero y la protección del medio ambiente.

En cuanto a la protección al medio ambiente aparece un nuevo paradigma con la creación de los derechos de la naturaleza y disposición para que el Estado vele por el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velar para que este derecho no sea afectado y garantice la preservación de la naturaleza como interés público, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.

Manda a prevenir la contaminación ambiental y en su defecto a recuperar los espacios naturales degradados, dentro de un manejo sustentable de los recursos naturales en el cumplimiento de las actividades públicas y privadas.

Determina el establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

Se reserva para el Estado el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Establece además que los sectores estratégicos son de decisión y control exclusivo del Estado, ya que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, por lo que deben orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Considera como 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 deben determinarse mediante ley.

El Estado garantiza que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. Se dispone que el Estado regule y controle los precios y tarifas de los servicios públicos en forma equitativa.

El Estado debe constituir 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. Sobre la base de esta norma constitucional se expidió la Ley de Empresas Públicas y se crearon las Empresas públicas Petroamazonas EP y EP Petroecuador, con otra visión empresarial y estratégica, cuyo objetivo ya no es la prestación de servicios públicos solamente sino la administración del sector estratégico de los hidrocarburos en forma eficiente.

La Constitución da reelevancia a la potestad que tiene el Estado para constituir empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos y excepcionalmente delega la gestión del sector hidrocarburífero a las empresas privadas, tomando en cuenta además que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos. Las empresas públicas deben estar bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, para que funcionen como sociedades de derecho

público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales y en cuanto al manejo financiero y económico se dispone que los excedentes de las Empresas Públicas deben destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se deben transferir al Presupuesto General del Estado.

El Estado puede delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a Empresas Mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. Así mismo puede delegar en forma excepcional a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria el ejercicio de estas actividades. Aparece como norma constitucional por primera vez la figura de la responsabilidad intergeneracional según la cual en su gestión el Estado debe priorizar la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales y minimizar los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico, en beneficio de las generaciones presentes y futuras y lo interrelaciona con el modelo de desarrollo, del cual manifiesta que al Estado le corresponde garantizar un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad, la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Recalca que son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y 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, bienes que pueden ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

En lo relacionado con la propiedad de los hidrocarburos, se debe agregar que los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento del interés público y de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

Reforma a la Ley de Hidrocarburos y a la ley de Régimen Tributario Interno e implementación del Contrato único de Prestación de Servicios

Como se analiza anteriormente, en el Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País, (PGMAP) respecto a la *“Política energética soberana del Ecuador”* se propuso repensar íntegramente el sector energético, bajo la consideración de que el petróleo y todas las otras formas de energía merecen un tratamiento integrador y renovador. Entre uno de los aspectos, se planteó el fortalecimiento de la estatal Petroecuador y solamente como un elemento complementario la participación del capital privado en las tareas de exploración y explotación de hidrocarburos, en especial en aquellos campos prospectivos que requieren inversión de riesgo. Reestructurar la Dirección Nacional de Hidrocarburos, reforzando su estructura y composición. Se propuso ser muy selectivos respecto de cuáles campos licitar al capital de riesgo y reservarse para el Estado aquellos campos en donde el riesgo tecnológico sea menor para desarrollarlos por medio de alianzas operativas o estratégicas. En aquellos campos a licitarse a la empresa privada, debía tomarse en cuenta como un parámetro a ser valorado en las licitaciones, el volumen de las inversiones que deba realizar la contratista durante los primeros cinco años y no sobre todo el desarrollo del proyecto.

Respecto a los modelos contractuales “tradicionales” se diagnosticó que no ofrecían la posibilidad de ser utilizados, en razón de que estaban estructurados para ser utilizados en campos con riesgo petrolero.

Se propuso asegurar la soberanía energética y financiera del Ecuador, siendo necesario combinar el estricto cumplimiento de los contratos con la revisión de aquellos contratos que no estaban sirviendo al interés nacional, manifestando que: “no nos contentaremos con una simple repartición de las ganancias extraordinarias, sino que, coincidiendo incluso con el espíritu de cambio de las relaciones entre el Estado y las empresas petroleras a nivel latinoamericano.” (PGMAP, 2006)

Había que replantearse la distribución de toda la renta petrolera, teniendo como un punto de referencia los márgenes de participación de la empresa “Texaco en los años setenta y ochenta, que le dejaban al Estado un ingreso superior al 87%.”

Se planteó la no eliminación de los subsidios, pero si focalizarlos, inversión en refinación, acabar con la triangulación de los combustibles, eliminar los intermediarios en la comercialización de petróleo y terminar con el contrabando de combustibles,

reorientar los ingresos adicionales de los fondos petroleros, inversión y rescate de la industria hidrocarburífera.

El gobierno del Presidente Rafael Correa para cumplir con sus objetivos propuestos debía contar con la normativa constitucional, legal y con la institucionalidad adecuada, introduciendo en la nueva Constitución principios y normas que permitan al Estado tener el control total y soberano sobre los hidrocarburos. Se propuso la reestructuración del entonces Ministerio de Energía y Minas, ahora de Recursos Naturales No Renovables; y, de PETROECUADOR y Petroamazonas como Empresas Públicas, la migración de los contratos existentes a una sola modalidad contractual; las suscripción de Alianzas Estratégicas con otros Estados para la conformación de empresas de economía mixta con el objeto de desarrollar cualquiera de las fases de la industria hidrocarburífera; la exploración en nuevas áreas para incrementar las reservas, exploración condicionada a que no sean afectadas las comunidades indígenas, el medio ambiente y las áreas protegidas y sobre todo buscando la mayor participación del Estado en la renta petrolera. Posteriormente éstas políticas públicas se sustentaron en forma expresa en la Constitución de la República que entró en vigencia en el 2008.

Dando cumplimiento al Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País y al Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y ya con el nuevo marco constitucional, el Presidente de la República el 24 de junio del 2010, remitió a la Asamblea Nacional un proyecto de Ley con el carácter de económico urgente, para que sea tratado en los 30 días que determina la ley para tramitar un proyecto de carácter urgente. El 27 julio del 2010 entró en vigencia la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno. El proyecto de reforma fue remitido a la Asamblea Nacional por el Presidente de la República, calificando como de “Urgencia en Materia Económica”, su discusión ocasionó fuertes enfrentamientos entre los asambleístas afines al Gobierno y de oposición. Cumplido el plazo de 30 días que tenía la Asamblea para debatirlo no se logró introducir una sola observación al proyecto original elaborado por el Ejecutivo, entró en vigencia por el ministerio de la Ley⁸⁸. Esta Ley Reformatoria en materia de

⁸⁸ La Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno fue publicada en el R.O. No.244 de 27 de julio del 2010. Con esta Ley se creó la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero que reemplazó a la anterior Dirección Nacional de Hidrocarburos DNH. Se creó además la Secretaría de Hidrocarburos, encargada de licitar, administrar y suscribir los contratos petroleros, actividad que antes la ejercía PETROECUADOR. Se crea como modalidad única la de prestación de servicios y se reducen las utilidades que deben ganar los trabajadores del sector hidrocarburífero, del 15% al 13%.

hidrocarburos y régimen tributario, en su aprobación contravino el Art. 136 de la Constitución, que determina que los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional con la suficiente exposición de motivos, con el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían. Si el proyecto no reunía estos requisitos no podía ser tramitado.

La modalidad de prestación de servicios establecida mediante Ley No. 101 en el año 1982, fue modificada, determinándose que el prestador de servicios tendrá derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado al Estado, la cual se fijará contractualmente tomando en cuenta un estimado de amortización de las inversiones, los costos y gastos y una utilidad razonable que tomen en consideración el riesgo. De los ingresos provenientes de la producción correspondiente al área objeto del Contrato, el Estado se debe reservar el 25% de los ingresos brutos, como margen de soberanía. Del valor remanente se cubrirían los costos de transporte y comercialización en que incurra el Estado. Una vez realizadas estas deducciones, se cubrirá la tarifa por los servicios prestados. Entre las motivaciones para la expedición de esta Ley reformativa se habría visto la necesidad de reestructurar el sector hidrocarburífero para que, al amparo de las normas constitucionales, se establezcan las relaciones entre el Ministerio Sectorial, sus entidades adscritas, las empresas públicas y la participación de empresas mixtas y públicas, delimitando sus atribuciones y actividades para la correcta ejecución de la política hidrocarburífera, así como de la gestión y administración de los recursos naturales, de las operaciones hidrocarburíferas y su control y fiscalización, pues por tener el carácter de estratégico, su explotación debería garantizar un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, conservación de la biodiversidad, capacidad de regeneración natural de los ecosistemas y asegurar la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Del análisis a la ley Reformativa de la Ley de Hidrocarburos y Ley de Régimen tributario Interno se puede establecer que el cambio fundamental se da en lo que respecta al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de

hidrocarburos, a fin de que vía modificación del régimen tributario se establezca una tarifa única y mínima del 25% del impuesto a la renta y además que las utilidades que obtengan los contratistas de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos estén sujetas al pago del impuesto a la renta, de conformidad con una tarifa única del 44.4%.

Con esta Ley Reformatoria se le quita a la Empresa Pública PETROECUADOR la facultad de celebrar contratos de asociación, de participación o de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos a nombre del Estado y de ser la contraparte ante las Empresas privadas en los contratos y se le entrega dicha facultad a la Secretaría de Hidrocarburos que se crea también con esta Ley Reformatoria.

Se ratifica la competencia del Presidente de la República aprobar la política de hidrocarburos formulada por el Ministro Sectorial.

En remplazo de la anterior Dirección Nacional de Hidrocarburos se creó la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), como una institución de derecho público, adscrita al Ministerio Sectorial con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, constituyéndose en el organismo técnico-administrativo, encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera, que realicen las empresas públicas o privadas.

La Secretaría de Hidrocarburos se crea como entidad adscrita al Ministerio Sectorial, con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y operativa, para que administre la gestión de los recursos naturales no renovables y de las sustancias que los acompañen. Se le da la facultad de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros. Para este efecto debe definir las áreas de operación directa de las empresas públicas y las áreas y actividades a ser delegadas a la gestión de empresas de economía mixta y excepcionalmente a las empresas privadas, nacionales e internacionales, sometidas al régimen jurídico vigente.

Como se había manifestado lo más trascendental es la sustitución del artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos, para dar una nueva conceptualización del Contrato de Prestación de Servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos,

estableciéndose que son aquéllos en los que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan a realizar para con la Secretaría de Hidrocarburos como representante del Estado Ecuatoriano, con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados. El “y/o” deja entrever que esta modalidad puede aplicarse para las dos fases de la industria hidrocarburífera, esto es exploración y explotación de hidrocarburos o para cada una de ellas en forma individual, si fuera para el caso de explotación de hidrocarburos, el riesgo para la contratista privada disminuye o desaparece pues ya se conocen las reservas.

Cuando existieren o cuando el prestador de servicios hubiere encontrado en el área objeto del contrato hidrocarburos comercialmente explotables, tiene derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista, se fijará contractualmente tomando en cuenta un estimado de la amortización de las inversiones, los costos y gastos y una utilidad razonable que tome en consideración el riesgo incurrido. El pago de una tarifa es la innovación en este nuevo modelo contractual. Lo que llama la atención es que no se estableció disposición alguna en la que se determine la situación de negociación para que los contratos vigentes puedan ser modificados a esta modalidad única de prestación de servicios, pues ya no se requiere declarar la comercialidad del campo, pues de los bloques y campos petroleros en producción se conocen las reservas probadas y no representan riesgo para la Contratista.

Además, de los ingresos provenientes de la producción correspondiente al área objeto del contrato, el Estado ecuatoriano se reserva el 25% de los ingresos brutos como margen de soberanía. Del valor remanente, se cubrirían los costos de transporte y comercialización del petróleo en que incurra el Estado. Una vez realizadas estas deducciones, se cubrirá la tarifa por los servicios prestados.

El pago de la tarifa indicada será realizado en dinero, en especie o en forma mixta si conviniere a los intereses del Estado. El pago en especie se podrá efectuar únicamente después de cubrir las necesidades de consumo interno del país. El precio de hidrocarburos para el caso de pago en especie se fijará de acuerdo con el último precio promedio mensual de ventas externas de hidrocarburos de calidad equivalente,

realizadas por la EP Petroecuador. Se establece la posibilidad de que exista una tarifa adicional para privilegiar producciones provenientes de actividades adicionales comprometidas por la contratista, a fin de impulsar el descubrimiento de nuevas reservas o la implementación de nuevas técnicas para la recuperación mejorada de las reservas existentes.

Las contratistas deben garantizar la realización de las inversiones comprometidas en el respectivo plan de desarrollo o plan quinquenal.

Se sustituyó el Art. 19 de la Ley de Hidrocarburos por otro artículo que le da la facultad para la adjudicación de los contratos al Ministerio Sectorial mediante licitación, con excepción de los que se realicen con empresas estatales o subsidiarias de estas, con países que integran la comunidad internacional, con empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria y los de obras o servicios específicos. Para las adjudicaciones, el Ministerio Sectorial debe conformar un Comité de Licitaciones que se integre y funcione de conformidad con un Reglamento. Al Comité de Licitaciones le corresponde determinar las bases, requisitos y procedimientos para las licitaciones de conformidad con la Constitución y la Ley.

Se determina que en los contratos de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos los contratistas como operadores, no están sujetos al pago de regalías pues la totalidad de la producción del área del contrato es de propiedad del Estado.

Mediante esta Ley Reformatoria además se disminuye las utilidades de los trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera del 15% al 3% del porcentaje de utilidades y se dispone que el 12% restante sea pagado al Estado, que lo destinará, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social en salud y educación, a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados que se encuentren dentro de las áreas delimitadas por cada contrato, en donde se lleven a cabo las actividades hidrocarburíferas, en partes iguales. Dichos proyectos deberán estar armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo (PND). El dinero correspondiente al 12% debe ser canalizado a los Gobiernos Autónomos Descentralizados a través del Banco del Estado. Para que el Banco del Estado efectúe los desembolsos correspondientes, los Gobiernos Autónomos Descentralizados deberán contar con proyectos debidamente aprobados por el Ministerio Sectorial correspondiente al área en que se quiera ejecutar el proyecto.

En ésta Ley Reformatoria se estableció un plazo máximo de 120 días, hasta el 23 de noviembre del 2010, para la renegociación de los contratos de participación y el de “prestación de servicios”⁸⁹ suscrito para el Bloque 10⁹⁰ y 180 días para la renegociación de los contratos suscritos bajo la modalidad de campos marginales y servicios específicos⁹¹, excepto el contrato adjudicado a la compañía Ivanhoe que opera el campo Pungarayaycu. Hasta el 23 de enero del 2011 deberían haberse renegociado 33 contratos (Ver Anexo No.2).

Acuerdos alcanzados en la renegociación de los Contratos Petroleros

Cumplido el primer plazo para la renegociación de los contratos petroleros, establecido en la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, según información del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables se llegó a un acuerdo final con cinco empresas petroleras extranjeras para que cambien de modalidad contractual: con la italiana Agip-Eni, las chinas Andes Petroleum y Petrooriental, la hispano argentina Repsol y la chilena Enap Sipec, en el caso de ésta última se llegó a un acuerdo “antes de hora” pues sin embargo de que esta empresa operaba en forma conjunta con EP PETROECUADOR mediante un contrato atípico de servicios específicos y tenía plazo para renegociar hasta enero del 2011, en que se cumplía el plazo de los 180 días, en un golpe de efecto mediático ante la opinión pública, el Gobierno lo anunció como el primer contrato renegociado.

⁸⁹ El Contrato suscrito en 1988 con la italiana AGIP para el Bloque 10 era el único que se mantenía bajo la modalidad de Prestación de Servicios pero con la concepción legal y económica, fundamentada en la Ley No. 101, expedida en el año 1982.

⁹⁰ Mediante Disposición Transitoria Primera se dispuso que los contratos de participación y de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos suscritos hasta antes de la expedición de la Ley Reformatoria se modificarán para adoptar el modelo reformado de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos contemplado en el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos en el plazo de hasta 120 días.

⁹¹ Los contratos suscritos bajo otras modalidades de campos marginales y de prestación de servicios específicos suscritos entre Petroecuador (Petroproducción), actual EP PETROECUADOR con las empresas Sociedad Internacional Petrolera S.A., filial de la Empresa Nacional del Petróleo de Chile, ENAP (campos MDC, Paraíso, Biguno y Huachito), Repsol YPF Ecuador S.A., Overseas Petroleum and Investment Corporation, CRS Resources (Ecuador) LDC y Murphy Ecuador Oil Company (campo Tivacuno) y Escuela Superior Politécnica del Litoral, ESPOL (campos de la Península de Santa Elena, Gustavo Galindo Velasco), en el plazo de hasta 180 días. Este plazo debía contarse a partir de la vigencia de la Ley.

Renegociación con la Italiana AGIP Operadora del Bloque 10

AGIP-ENI, es una empresa italiana de capital público, era la única que mantenía un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, suscrito con fundamento de la Ley No. 101 de 1982 y que operaba el Bloque 10, en la provincia de Pastaza, cuyo contrato inicial fue suscrito en 1988 con vigencia hasta 2017. En el 2009 suscribió un contrato transitorio que extendió su operación en el país hasta el 2023. Según el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables luego de la renegociación se incrementarían las reservas del Bloque en 3,4 millones de barriles. Se acordó para este Bloque una tarifa de USD. 35 por barril y una inversión de USD. 119 millones; USD 90 millones colocaría en los actuales campos en producción (Villano) y USD. 29 millones, invertiría en nuevos proyectos exploratorios en los campos (Oglán y Jimbiquiti). Se debe resaltar que el Estado incumpliendo con lo que determina la Ley de Hidrocarburos y las políticas públicas del Gobierno, entregó para operación de AGIP el campo Oglan, sin licitación previa. La renta petrolera según el Ministro de Recursos Naturales No Renovables sería del 77% en favor del Estado.

En el contrato anterior del Bloque 10 se reconocía a la compañía italiana AGIP 29,91 U\$/BL, ahora se aumenta la tarifa a 35 dólares, con una diferencia de 5,09 U\$/BL a favor de la transnacional. “Este caso reedita la lacra neoliberal de la entrega de yapas a las transnacionales” (Villavicencio, 2010). En la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos no se dispuso la entrega de nuevas áreas.

Renegociación con la Argentina Repsol-YPF

REPSOL, es una compañía privada de capital español-argentino, opera en el Ecuador en el Bloque 16⁹² y los campos unificados Bogui Capirón y Tivacuno. El contrato vencía en enero del 2012. Luego de la renegociación Repsol reducirá su área de operación en 50.000 hectáreas porque la empresa ha manifestado que no explorará más en el bloque 16 en donde no habría tenido buenos resultados. Sin embargo, explorará el campo Bogui Capirón para aumentar su producción en 5.000 barriles diarios. Por la explotación que realice recibirá USD. 35,95 como tarifa por cada barril. La compañía realizaría inversiones por unos USD. 293 millones, con lo que las

⁹² Este Bloque fue operado anteriormente por la Empresa Maxus.

reservas se incrementarían en 14,1 millones de barriles. La renta petrolera para el país sería del 70%.

Renegociación con Andes Petroleum que opera el Bloque Tarapoa

Andes Petroleum Ecuador Ltda., opera en el Campo Tarapoa y es una empresa formada con capitales de China National Petroleum Corporation (CNPC), cuya participación en el accionariado es del 55% y de China Petrochemical Corporation (SINOPEC) con el restante 45%, las dos compañías estatales chinas. Esta petrolera invertiría USD. 424,3 millones para seguir operando en el campo Tarapoa hasta el 2025. El contrato inicial vencía en el 2015. Del total comprometido, la contratista colocaría USD. 367 millones en Tarapoa y USD. 57,3 millones en nuevas áreas de exploración. Con esa inversión se estima un aumento de producción de 5.000 barriles diarios de crudo. La tarifa que Andes cobrará al Estado por cada barril de crudo producido es de USD. 35.

Renegociación con la Empresa Petrooriental operadora de los Bloques 14 y 17

Petrooriental, compañía estatal China, opera en los bloques 14 y 17 de la Amazonía y contemplarían aumentar su producción en 12 millones de barriles hasta el 2018. A Petrooriental se le pagará USD. 41 por barril. La empresa invertirá USD. 187,1 millones en el Bloque 14 y USD. 112 millones en el Bloque 17, lo que generaría un aumento en las reservas de 6,5 millones y 5,8 millones de barriles, respectivamente. Para el primer bloque, la participación del Estado en la renta petrolera sería del 76%, mientras que para el segundo sería del 71%, lo que generaría en favor del Estado ingresos por USD. 113 millones y USD. 123,2 millones, respectivamente, es decir, en los ocho años que se quedará en el país invertirá \$ 299,1 millones en los dos bloques.

Renegociación con ENAP de Chile

La Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) de Chile llegó a un acuerdo para suscribir nuevos tipos de contratos con el Gobierno Ecuatoriano, que estarán vigentes por 15 años. ENAP que opera en el Ecuador desde el 2002 bajo la modalidad de contratos de servicios específicos (no petroleros o atípicos su inversión nunca representó riesgo), en los campos Mauro Dávalos y Paraíso, Biguno y Huachito, suscribió dos contratos

bajo la modalidad de “prestación de servicios”. El primero del campo Mauro Dávalos, con un área total de 6.093 hectáreas, que operaba Enap-Sipetrol y el segundo de los campos Paraíso, Biguino y Huachito. Juntos suman 13 000 barriles diarios de producción. Se prevé inversiones por 72 millones de dólares, en ambas áreas, USD 59,5 millones en el campo MDC para la recuperación mejorada de los actuales campos y 12 millones de dólares en Paraíso, para exploración en busca de reservas de petróleo, para incrementarlas en al menos 15,73 millones de barriles adicionales. Se estima que el Estado aumentará su participación en la renta petrolera, del 88% al 92% para el caso de Mauro Dávalos y mantendrá la participación de 86% para los campos Paraíso, Biguino y Huachito. En la primera área se estima incrementar la producción de 13 mil barriles a 16 mil y en la segunda alcanzar una extracción de 4 mil barriles. La tarifa para cada uno de los campos se fijó en USD. 16,72 dólares en el caso del primero y en USD. 20,77 en el segundo. El país se beneficiaría con alrededor de 1.048 millones de dólares, bajo el supuesto de que el precio del barril de petróleo se mantenga por sobre USD 78. Estos campos anteriormente eran operados por el Estado mediante alianzas operativas.

Empresas que no llegaron a acuerdos en la renegociación

Las empresas que no llegaron a un acuerdo con el Estado Ecuatoriano, son la brasileña PETROBRAS que operaba en consorcio con otras compañías en el Bloque 18 y Campo Unificado Palo Azul, la norteamericana EDC que operaba en el Bloque 3 de la Región Litoral ecuatoriana, la coreana Canadá Grande que operaba en el Bloque 1 en consorcio con la empresa incautada por la entonces AGD Tripetrol y la China CNPC que operaba en el Bloque 11. A éstas empresas se les concedió un plazo para liquidar los contratos, llegar a un acuerdo sobre las inversiones no amortizadas que el Estado debe reconocerles, la ejecución de auditorías ambientales y la reversión en forma ordenada de sus bloques, campos y áreas al Estado, de conformidad con el Art. 29 de la Ley de Hidrocarburos.

PETROBRAS era poseedora de un 30% de participación en el consorcio, ésta empresa brasileña de capital público y privado que operaba en el Bloque 18 y el Campo Unificado Palo Azul, extraía unos 20.000 barriles diarios de crudo. Su falta de acuerdo

se debería a que “su política no es operar como prestadora de servicios” y se habría manifestado además que no existen garantías para realizar inversiones a largo plazo. Con PETROBRAS, el monto de las inversiones no amortizadas y otros rubros que le tendría que cancelar el Estado se calculó inicialmente en USD. 220 Millones, no obstante, según una publicación del 26 de agosto del 2011 de Diario el Universo, PETROBRAS estaría exigiendo al Ministro de Recursos No Renovables y a la Agencia de Regulación y Control el pago de 343,7 millones por las inversiones no amortizadas hasta el 25 de noviembre del año pasado, fecha en la que terminó su relación contractual con el Estado. Este requerimiento se fundamentaría en el contrato modificatorio transitorio firmado el 31 de octubre del 2008. Nadie hace mención a los pasivos ambientales que dejaría esta Empresa Estatal, ni al conflicto jurídico y legal que se suscitó en torno a la entrega del campo Palo Azul como unificado.

La Empresa estadounidense EDC que es parte del grupo empresarial Noble Energy que operaba y producía gas en el Bloque 3, en el litoral Ecuatoriano, frente a la provincia de El Oro, costa afuera, según el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, no tuvo interés en suscribir un contrato de prestación de servicios, no obstante de que en el mes de enero del 2010, el Estado ecuatoriano por intermedio de la entonces Empresa Estatal PETROECUADOR, contraparte en el Contrato solicitó la caducidad de su contrato por varios incumplimientos cometidos en su operación archivándose este proceso administrativo. EDC era la única Empresa que explotaba gas, que es utilizado para la provisión de combustible en la Central termoeléctrica Machala Power, central térmica que genera electricidad y que estaba vinculada a la Empresa EDC, con las cuales se negoció en conjunto la compra por parte del Estado. Machala Power consumía el gas que EDC producía en el golfo de Guayaquil. La operación de Machala Power pasó a manos de la Corporación Eléctrica del Ecuador, CELEC y el Campo Amistad de EDC a ser operado por la Empresa Pública PETROECUADOR.

Con ésta renegociación quedó archivado el proceso de caducidad que el Estado llevaba en contra de EDC y se descartaría una demanda arbitral de parte de ésta Empresa en el CIADI por las inversiones realizadas. Para la reversión al Estado de este campo se formó una Unidad de Gas en Petroecuador, la que contará con asesoría de la chilena ENAP.

Respecto a CNPC que opera en el Bloque 11, ésta se encontraba bajo un estado de fuerza mayor desde hace algunos años, por lo cual no se pudo renegociar y suscribir un nuevo contrato.

Mientras que con la Coreana Canadá Grande que operadora en el Bloque, 1 costa afuera, en la provincia de Santa Elena se mantenía la expectativa de llegar a un acuerdo de “última hora”. Esta Empresa era propietaria del 50% de participaciones en el Contrato, cuyo 50% de participación restante en el Consorcio, pertenecía a Tripetrol, empresa que fue incautada por la anterior Agencia de Garantía de Depósitos AGD y luego traspasada al Fideicomiso “No Más Impunidad” administrado por el Ministerio de Finanzas. Canadá Grande operadora del Bloque 1, que produce 60 barriles diarios mantenía un problema fiscal con el Estado por el pago de impuestos y la entrega de la participación al Estado por los ingresos extraordinarios provenientes de la Ley No. 2006-42, reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Según la Empresa Pública de Hidrocarburos el 19 de febrero del 2009, Petroecuador emitió un Título de Crédito por un monto de USD 2 257 688 en contra de Canadá Grande, valor que no ha sido cancelado. Esa deuda corresponde al período entre octubre del 2007 y octubre del 2008.

CAPITULO III

LOS CONTRATOS PETROLEROS UTILIZADOS COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL Y DE PODER

Las políticas públicas energéticas al servicio del poder

La inestabilidad institucional y política que afectó al país después de la transición democrática del ochenta crea un déficit crónico de gobernabilidad y deja dudas en cuanto a la continuidad de las políticas públicas (Fontaine y Narváez, 2007: 13-32), especialmente de aquellas políticas públicas relacionadas con las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Algunos autores hablan incluso de una ausencia o inexistencia de políticas, no obstante, se debería asumir que existieron políticas públicas que por su temporalidad y por la situación institucional, democrática y política del país no fueron efectivas o quedaron truncadas.

Es muy complejo responder qué ha caracterizado a la gobernanza energética en el Ecuador, en los últimos años, si de conformidad con la definición de Fontaine y Puyana (2006:20) de que la gobernanza energética es un sistema que regula y orienta las interacciones entre el Estado, el mercado y la sociedad, en el ámbito energético, a través de normas legales, políticas públicas e instituciones de ejecución y control, se podría afirmar que la gobernanza energética en el Ecuador ha sido caracterizada por decisiones políticas, económicas, sociales y éticas, interrelacionadas entre sí, en donde han prevalecido los juegos de poder, de lo cual se podría colegir que la gobernanza energética ha sido influenciada directamente por las políticas adoptadas por quienes tenían y tienen a cargo el poder político (Huntington, 1990) y económico en la administración del Estado, quienes cíclicamente adecuan y construyen el marco normativo, institucional y controlador⁹³ del sector hidrocarburífero, instrumentalizándolo para que sirva al interés de alguien, entre los diferentes actores involucrados en el sector hidrocarburífero, por tanto pueden crear la modalidad contractual que creyeran conveniente y que pueda ser presentada como la panacea de la

⁹³ A los grupos políticos y económicos que accedían al poder y a la administración del Estado, les interesaba mantener injerencia directa y “control” sobre los organismos de control como la Contraloría General del Estado, la DINAPA, Ministerio de Ambiente, Dirección Nacional de Hidrocarburos (Ahora ARCH), Procuraduría General del Estado y en el ámbito del Congreso Nacional, (Hoy Asamblea Nacional) las Comisiones de Fiscalización. Siendo el manejo del sector hidrocarburífero el más “apetecido”.

contratación, que ésta sólo servirá de instrumento coyuntural, llámese contrato de prestación de servicios o participación, agotado el modelo, crean las modalidades contractuales que sirva a sus intereses, por tanto no es relevante los periodos de gobierno o bajo la influencia de qué gobiernos se toman las decisiones, izquierda, centro o derecha, a la postre todos en el campo de la administración del sector hidrocarburífero están signados por las mismas políticas de corte neoliberal, conservadoras y capitalistas, antes bajo la influencia del Consenso de Washington, ahora bajo otras influencias, cuyos máximos exponentes de éstas políticas y de éstas formas de gobernanza privilegiaron y siguen privilegiando a grupos económicos que estaban y están relacionados con el Gobierno de turno, quienes intervienen directamente en los procesos pre-contractuales, la adjudicación de los contratos petroleros o en la entrega sistemática de campos operados por el Estado a las empresas transnacionales, sin licitación y mediante modalidades contractuales inexistentes en la legislación ecuatoriana⁹⁴ o simplemente como yapas. Estos grupos en el anterior modelo de Estado estaban conformados por representantes o lobistas de las empresas transnacionales que, paradójicamente habían ocupado cargos de ex ministros de Minas y Petróleos, gerentes de CEPE, Presidentes Ejecutivos de la anterior Empresa Estatal Petroecuador o funciones en los entes de Control del país⁹⁵, quienes en pago por los “servicios prestados” cuando dejaban de ser funcionarios públicos eran nombrados gerentes de éstas transnacionales y luego terminaban autoexiliados fuera del país o como altos

⁹⁴ Los campos y yacimientos Tivacuno, Shiripuno, Edén Yuturi, Limoncocha, Palo Azul, Coca, Payamino, Charapa, Tiguino, Palanda, Yuca Sur, Pindo, Bermejo, Mauro Dávalos Cordero (MDC), Biguno, Huachito, Víctor Hugo Rúailes, Atacapi-Parahuacu, entre otros, que operaba la Estatal PETROPRODUCCIÓN fueron entregados sistemáticamente para la operación de empresas privadas, mediante modalidades contractuales inexistentes en la legislación ecuatoriana, quebrantando o modificando la normativa existente, con autorización del Consejo de Administración de la anterior Empresa Estatal PETROECUADOR, varios de ellos calificándolos a discreción del Ministro de Energía y Minas de turno, como campos de baja prioridad operacional o económica, por contener crudo de baja gravedad o requerir de supuestas técnicas excesivamente costosas para el Estado. (Morales,2010)

⁹⁵ Si se analizan los nombres de quienes desde 1982 ocuparon el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables; la anterior DNH; la Presidencia Ejecutiva de PETROECUADOR; la Gerencia de PETROPRODUCCION; el Consejo de Administración de PETROECUADOR, los administradores de los Contratos de Prestación de Servicios, los negociadores de los Contratos de Participación, Campos Marginales y prestación de servicios específicos, podremos encontrar a estos mismos personajes como representantes, gerentes o funcionarios de las empresas privadas Occidental, Ecuador TLC, PEREZ CONPAM, PETROMANABI, PETROBRAS, TRIPETROL, DYGOIL, MAXUS, REPSOL, OCP, PETROORIENTAL, ANDES PETROLEUM, ENCANA, CGC, BURLINGTON y del sindicato de Empresas Petroleras del Ecuador AHIE. Muchos de ellos incluso intervinieron como servidores públicos en la suscripción de convenios y contratos, en representación del Estado y en la entrega de campos a las empresas privadas de las cuales fueron funcionarios.

funcionarios de los organismos internacionales de crédito⁹⁶, consecuentemente les interesaba mantener el modelo extractivista y ésta matriz energética basada en la explotación de recursos naturales no renovables, como mecanismos para sostener el poder económico y político, mientras que los conflictos sociales y ambientales⁹⁷ que se ocasionaron en torno a la exploración y explotación de los hidrocarburos en la Región Amazónica y los aspectos éticos relacionados sobre todo con la afectación de las comunidades y pueblos que habitan las áreas de influencia hidrocarburífera⁹⁸ pasaron a segundo plano. Muchos de quienes participaron en los procesos licitatorios, en la adjudicación, administraron, modificación y control de la ejecución los contratos petroleros en la “vieja noche neoliberal”, son ahora funcionarios del Gobierno de la “Revolución Ciudadana”. Según Villavicencio (2010) se ha designado a Diego Armijos como gobernador ante la Organización de Países Exportadores de Petróleo OPEP, quien fue parte del régimen de Sixto Durán Ballén que retiró al país de la OPEP el año 1992 y junto al Ministro de Recursos Naturales, Wilson Pastor habrían trabajado para la Empresa DYGOIL.

Armijos habría sido hasta hace varias semanas, asesor de la Embajada de Corea en Ecuador, para temas de energía, en particular en el impulso al proceso de construcción y financiamiento de la nueva Refinería del Pacífico, justamente a cargo de la compañía coreana SK y PDVSA de Venezuela. Diego Armijos sería hermano de Ana Lucía Armijos, figura notable en el salvataje bancario con Jamil Mahuad y alta funcionaria del gobierno de Sixto Durán Ballén. Otra figura notable del conservadorismo en el gobierno del Presidente Rafael Correa sería Carlos Loor, hasta

⁹⁶ El Comité Especial de Licitación CEL que adjudicaba los Contratos Petroleros lo conformaba el Ministro de Recursos Naturales, el Ministro de Defensa Nacional, el Ministro de Finanzas y el Contralor General del Estado.

⁹⁷ El desarrollo petrolero, mucho más allá de presentar algunos problemas manejables de niveles de contaminación, lo que hace es estructurar un proceso social de desarrollo, caracterizado por la concentración, la violencia, tanto en términos directos (por ejemplo, la provincia de Sucumbíos tiene una tasa de mortalidad por homicidios 3 veces superior al promedio del país),¹² como violencia institucional: conflictos de tierras, resquebrajamiento de las organizaciones, o dinámicas sociales tales como la prostitución, delincuencia, marginalidad urbana, entre otras. nombre, es un retroceso y por ello lo rechazamos” (Bustamante, 2003: 36)

⁹⁸ Las actividades petroleras han generado un sinnúmero de conflictos ambientales en la Región Amazónica Ecuatoriana (RAE), algunos muy polarizados y hasta violentos, otros de baja intensidad o latentes, que pueden desembocar en medidas de hecho o en conflictos abiertos, como el “caso Texaco”, el conflicto entre la Organización de los pueblos indígenas del Pastaza (OPIP) y el consorcio Arco-AGIP del año 1989 en el bloque 10, en la provincia Pastaza, el conflicto suscitado por los pueblos quichua de Pastaza Bloque 23 Sarayacu (Fontaine, 2004).

hace poco Director de la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos, Loo fue Director Nacional de Hidrocarburos y miembro del Consejo de Administración de Petroecuador, en el gobierno de Sixto Durán Ballén, además de Presidente de la Asociación de Compañías Comercializadoras de Combustibles, parte de la empresa Petróleos y Servicios y además sería cuñado de Alberto Dahik, ex Vicepresidente de la República del Arq. Durán Ballén. Otro personaje reciclado de filas neoliberales y de la “vieja noche neoliberal” sería Teodoro Abdo, ex Ministro de Energía en el Gobierno del Dr. Jamil Mahuad, quien fue nombrado en el Gobierno de Rafael Correa, como uno de los Gerentes de EP Petroamazonas. José Luis Zirit fue nombrado representante del Presidente de la República en el Directorio de la entonces Petroecuador, posteriormente José Luis Zirit aparece como presidente de la Asociación de la Industria Hidrocarburífera (AIHE), un gremio que agrupa a las Empresas Petroleras contratistas del Estado, para defender sus intereses.

Respecto a los problemas ambientales generados se podría tratarlos como otro modo de gobernanza, una gobernanza ambiental, que según Ojeda (2005), constituye el conjunto de procesos e instituciones, tanto formales como informales, que incluye normas y valores, comportamientos y modalidades organizativas, a través de las cuales los ciudadanos, las organizaciones, movimientos sociales y los diversos grupos, deberían articular sus intereses, mediar sus diferencias y ejercer sus derechos y obligaciones en relación al acceso y usos de los recursos naturales.

Los conflictos entre los sectores extractivistas y conservacionistas, empresas operadoras y consumidores vienen siendo discutidos desde diversos enfoques, en busca de la formulación de políticas adecuadas que permitan superar aquellas políticas públicas, caracterizadas por la inestabilidad y las oscilaciones pendulares, entre los extremos, dar apertura al capital privado o un total estatismo nacionalizador. (Fontaine, Puyana, 2006: 12-16).

Es a partir de la década del 2000, que los movimientos indígenas y ecologistas se radicalizaron en torno a la defensa territorial y la exigencia de una moratoria a las actividades hidrocarburíferas. La radicalización de los conflictos ambientales se dan por la falta de respuesta por parte de los diferentes actores en este modo de gobernanza ambiental, en donde colisionaron el Estado ecuatoriano representado por sus administradores y las demandas de la sociedad civil, ante la falta de una política

ambiental responsable y socialmente equitativa que conllevó a la radicalización de los conflictos ambientales en el centro y en el sur de la Región Amazónica Ecuatoriana RAE, que incluso estuvo acompañado de la militarización de los espacios de confrontación como sucedió en los Bloques 23 y 24 operados por la argentina CGC San Jorge y la francesa Burlington, en los territorios de la Comunidad de Sarayacu, cuyos procesos licitatorios para adjudicar los contratos se realizaron sin consulta previa a las comunidades del sector (Fontaine, 2006).

En cuanto a las empresas productoras de crudo, que son consideradas como grupos con intereses conflictivos, han sido actoras directas para la adopción de determinadas políticas públicas por parte del Estado. A decir de Fontaine y Puyana (2006:12) los conflictos de intereses en torno a los procesos extractivos en ocasiones amenazan incluso la estabilidad política nacional. A nivel internacional se enfrentan los intereses de los países dueños de los recursos que buscan maximizar los ingresos provenientes de la extracción y exportación de hidrocarburos y prolongar las reservas, con los países importadores para los cuales la seguridad energética se traduce en el suministro de crudo garantizado a precios bajos. Estos factores exógenos también han incidido e inciden en la gobernanza del sector hidrocarburífero ecuatoriano, haciéndola más compleja.

En el Ecuador y en los países andinos frecuentemente se confunde la política energética con la política petrolera, (Fontaine, 2010: 258) debido a la importancia que tiene para estos países la extracción petrolera y las rentas provenientes de la venta del petróleo o del gas en el caso boliviano. En el Ecuador con el incremento de precios se ha financiado en los últimos años, en promedio, el 35 % del Presupuesto General del Estado⁹⁹, frente a la importancia secundaria que tienen las fuentes de energía alternativas en la matriz energética.

A partir del año 2006 en el Ecuador se viven importantes cambios políticos como consecuencia del agotamiento del modelo político económico y social implementado por los gobiernos democráticos de la década de los años 90 e inicios de la década del 2000, bajo la influencia y directrices de los Organismos Internacionales

⁹⁹ El Presupuesto General del Estado para el 2011 fue aprobado por la Asamblea Nacional y ascendió a USD 23 950 millones, un 17% más que el 2010. La producción petrolera al 2010, según el Ministro de Recursos Naturales No Renovables, Wilson Pastor, alcanzó 485 mil barriles diarios de petróleo por día. La proyección del precio del petróleo en la proforma presupuestaria para el 2010 fue de 65.9 dólares por barril y 73.3 dólares para el 2011.

como el FMI y del Consenso de Washington, no obstante hay pocos avances positivos en los resultados de la administración de los recursos naturales.

En los últimos años, en la política energética han interactuado varios actores que han afectado a la gobernabilidad, entendida ésta como los procesos de ajuste frente a la complejidad, diversidad y la dinámica de los sistemas socio políticos, como lo sucedido con los movimientos sociales durante la década de los años 90 cuya influencia en la situación política del país inicia con la lucha en contra la corrupción enquistada en el poder y por la reivindicación de una administración más transparente de los recursos naturales, que determina incluso irse en contra del poder constituido y que según la perspectiva de (Andre-Roth, 2007:217-218) en su lucha estos movimientos se niegan a ser representados por los partidos políticos, tanto de derecha como de izquierda y actúan en forma directa, sin intermediación política¹⁰⁰.

Por tanto es más que necesario que la política tradicional petrolera evolucione y busque la recuperación por parte del Estado del control sobre el manejo de los recursos naturales en cada una de las actividades o fases de la industria hidrocarburífera.

El Ecuador inserto en un neo-nacionalismo petrolero

Las políticas públicas energéticas implementadas por los gobiernos del Ecuador, a partir de la asunción al poder del Dr. Alfredo Palacio¹⁰¹, intentarían ser un mecanismo de respuesta a los cuestionamientos de los procesos vividos, por los diferentes actores que de alguna manera han estado relacionados con la explotación de los recursos naturales, especialmente en la Región Amazónica, actores internos como los movimientos sociales y ciudadanos que fueron tomando vigencia a partir del año 1993, en remplazo de los movimientos sindicalistas y clasistas tradicionales como el FUT, CTE, CEDOG y otros, movimientos que tuvieron su mayor auge en los gobiernos del Arq. Sixto Durán Ballén, Ab. Abdalá Bucarán, Dr. Jamil Mahuad y Crnl. Lucio Gutiérrez, al enfrentarse con éstos círculos de poder caracterizados por la aplicación de políticas no soberanas y

¹⁰⁰ Los movimientos sociales (indígenas, homosexuales, feministas, ecologistas, etc.) se niegan a ser representados por los partidos políticos, tanto liberales como marxistas, tanto de derecha como de izquierda y pretenden actuar en forma directa, sin intermediación política. André- Roth, 2007:217-218)

¹⁰¹ El 20 de Abril del 2005, luego de que el Congreso Nacional destituyera al Presidente Lucio Gutiérrez, asumió el poder su Vicepresidente el Dr. Alfredo Palacio.

entreguistas de los recursos nacionales al interés transnacional, bajo los lineamientos del Consenso de Washington¹⁰². Con su acción estos movimientos determinaron un mejor manejo de los hidrocarburos por parte del Estado, con la implementación de políticas públicas más soberanas, pero que no llegaron a ser la panacea, por el re-apropiamiento del poder político de los mismos grupos tradicionales.

Para evitar conflictos sociales y ambientales en el Ecuador derivados de la administración de los recursos hidrocarburíferos se requiere de una gobernanza que incluya todas las condiciones y variables relacionadas con el sector, partiendo desde la posición de los diferentes actores, llamense Estado que interviene con su potestad, personas naturales, jurídicas, contratistas, propietarios de la tierra, beneficiarios de las rentas provenientes del petróleo, etc. que puedan interrelacionarse sobre la base de las condiciones jurídicas, financieras, sociales y administrativas necesarias para instrumentar y aplicar las decisiones políticas más adecuadas en una co-gobernanza que permita interactuar a cada actor en su ámbito, para que el manejo y control de los recursos naturales y los beneficios provenientes de su explotación no éste únicamente “en manos” del Estado, de las compañías privadas o de los movimientos sociales y ciudadanos y sin que se quebrante el ejercicio de la autoridad.

Se podría asumir que el objetivo del proyecto de Gobierno del Movimiento Alianza País que surge como alternativa al modelo anterior era “loable” al querer regular y orientar las interacciones entre el Estado, el mercado y la sociedad, en el ámbito energético, a través de las normas legales, políticas públicas adecuadas y el fortalecimiento de instituciones de ejecución y control, (Fontaine y Puyana, 2006: 20), para que el Estado tenga gobernabilidad, estabilidad política, legitimando en forma sistemática su derecho a gobernar y dejar atrás todos los problemas que existieron en los gobiernos anteriores, que precipitaron al Estado en un periodo de ingobernabilidad, inseguridad jurídica y de conflictos políticos y sociales.

Con la acensión al poder del Econ. Rafael Correa y con el marco legal y constitucional vigente en el 2006, le era imposible implementar los cambios propuestos en el Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País PGMAP, razón por la cual las

¹⁰² Las diez recomendaciones de política económica del Consenso de Washington, cuya aplicación en los países latinoamericanos se volvió de práctica convencional en la década de los 90' fracasaron. (Moreno, Pérez, Ruiz: 2004).

políticas de su Gobierno en materia hidrocarburífera, apenas iniciada su administración, las tomó violentando el marco legal que estaba vigente en ese momento, como cuando entregó sin licitación y bajo una forma contractual inexistente en la legislación ecuatoriana, las operaciones para la exploración de gas en la Isla Puná, a la Empresa venezolana PDVSA o como cuando conformó la Empresa de Economía Mixta Refinería del Pacífico con la misma PDVSA, para impulsar la construcción de la Refinería de Manabí, sin que se cumpla lo que estaba previsto para la conformación de una empresa de economía mixta en los Arts. 3 y 19 de la Ley de Hidrocarburos¹⁰³, tomando en cuenta que hasta ese momento vivíamos un modelo de Estado positivista de derecho, cuyo máximo referente era el ejercicio de la ley. Al mismo tiempo entró en conflicto con las empresas petroleras al disponer mediante Decreto Ejecutivo que el 99% de lo excedentes de los precios del crudo sea para el Estado, lo que resultó ser sólo una medida de presión para obligar a las contratistas una renegociación de los contratos petroleros en el año 2008, que concluyó con la suscripción de acuerdos transitorios que según el propio Gobierno fueron leucivos para el Estado y beneficiosos a las empresas contratistas, lo que provocó el despido de todos los funcionarios de Petroecuador y del Ministerio de Recursos Naturales que habían participado en la renegociación de estos acuerdos transitorios y en la salida del entonces Ministro de Minas y Petróleos, Ing. Germánico Pinto.

El Econ. Rafael Correa, tomando en cuenta lo sucedido con sus antecesores que no terminaron los periodos para los cuales fueron elegidos, envueltos en crisis de gobernabilidad y conflictos políticas y sociales, que estuvieron relacionadas de alguna forma con la aplicación de políticas públicas energéticas, debía buscar institucionalizar¹⁰⁴ al Estado, adquirir legitimidad y consolidarlo, enfrentar los desafíos de impulsar una economía más equitativa y en crecimiento, reducir las tensiones y

¹⁰³ El Art. 3 de la Ley de Hidrocarburos disponía que la refinación e industrialización de hidrocarburos podrá hacerlas constituyendo compañías de economía mixta. La adjudicación de estos contratos se sujetaban a los procedimientos de licitación previstos en el artículo 19 de esta Ley.

¹⁰⁴ Según Huntington, en una sociedad compleja, la comunidad política depende de la fuerza de las organizaciones y procedimientos políticos. La fuerza está subordinada al apoyo institucional que engloba la actividad de la sociedad. Las instituciones políticas tienen dimensiones morales, tanto como estructurales. Una sociedad en la que las instituciones sean débiles carece de la capacidad necesaria para contener el exceso de ambiciones personales. La política es un mundo hobbesiano de competencia implacable entre distintas fuerzas sociales. (Huntington, 1997: 22-33).

reemplazar las antiguas élites civiles y militares, diseñar sistemas administrativos y electorales democráticos y funcionales; para el efecto promovió la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró la Constitución del 2008, la misma que fue diseñada incluyendo en su texto constitucional políticas públicas y lineamientos relacionados con la administración de los hidrocarburos. Se estableció como principio que los hidrocarburos son recursos estratégicos y encargó la administración de la entonces Empresa Estatal Petroecuador a la Fuerza Naval para lo cual expidió un Decreto Ejecutivo declarando a la Empresa Estatal en estado de excepción, Decreto que inconstitucionalmente se extendió por más de un año¹⁰⁵.

Las políticas públicas adoptadas en el Gobierno del Econ. Rafael Correa se presentaron como un factor relevante en el cambio de paradigma y en el ámbito hidrocarburífero según la concepción de Lahera¹⁰⁶ en el Estado constitucional de derechos deberían ser diseñadas tratando de dar soluciones específicas a los problemas provenientes de la gestión caduca, ineficiente y corrupta llevada a cabo en el anterior “Estado social de Derecho” (Lahera, 2004:5). Al menos en los primeros años de Gobierno de la “Revolución Ciudadana” se pretendió manejar los asuntos públicos ordenando las actividades del sector público desde el Gobierno, examinando una serie de objetivos, de medios y de acciones definidas desde el Gobierno, para transformar parcial o totalmente el Estado (Andre-Roth, 2007: 28) cuya implementación y formulación requeriría de políticas fuertemente orientadas a retomar el papel regulador y controlador del Estado sobre el sector hidrocarburífero, como sector estratégico, en la implementación de un nuevo nacionalismo, para lo cual era necesario contar con una Constitución normativa, garantista, rígida, inserta de una filosofía y de políticas claras y definidas sobre el manejo de los sectores estratégicos en el texto constitucional.

Es evidente que las políticas relacionadas con el área hidrocarburífera, implementadas son contradictorias (Fontaine, 2010: 203) pues se construyeron desde la

¹⁰⁵ En el Art. 166 de la Constitución el Decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, es decir lo máximo que podrían durar un estado de excepción son 90 días.

¹⁰⁶ “Las políticas públicas son un factor común de la política y de las decisiones del gobierno y de la oposición. Así la política puede ser analizada como la búsqueda de establecer o de bloquear políticas públicas. A su vez parte fundamental del quehacer del gobierno se refiere al diseño, gestión y evaluación de las políticas públicas. Los gobiernos son instrumentos para la realización de políticas públicas que miran al ordenamiento de las actividades del sector público. Las políticas públicas necesariamente representan algún tipo de simplificación de los problemas (Lahera, 2004: 8).

crisis de gobernabilidad que imperó en el Ecuador en éstos gobiernos y las tensiones ocasionadas por los movimientos sociales y ciudadanos, en el contexto de una crisis económica e institucional, atizadas por las reacciones sociales ante las promesas incumplidas y los conflictos sociales generados por la inequidad en la redistribución de las rentas provenientes de la explotación de los recursos naturales, proceso de lucha que precisamente determinó la elección del Econ. Rafael Correa como Presidente de la República y la adopción de su proyecto político de Gobierno, no tradicional.

Las políticas públicas hidrocarburíferas en el Gobierno de la Revolución Ciudadana se construyen además, desde la necesidad coyuntural de contar con los recursos económicos necesarios provenientes de las rentas del petróleo para poder financiar el proyecto “revolucionario” de cambio institucional, social y económico, lo que le ha obligado a improvisar acciones y tomar decisiones sobre la marcha y a repetir o continuar implementando políticas similares a las que ejecutaron sus antecesores, en una dependencia del sendero (Pat dependence) para poder financiar los programas sociales, que le permitan mantenerse con altos índices de aceptación y ganar cuantas elecciones sean necesarias para seguir adelante con su proyecto político, con la diferencia de que en relación con sus antecesores, los altos precios del petróleo le han sido favorables. De allí que su planteamiento de declarar una moratoria a la explotación de los campos del ITT¹⁰⁷, a cambio de contribuciones internacionales, no deja de ser sino una utopía o un instrumento político publicitario y apuntalar un discurso geopolítico regional de una izquierda nacionalista (Fontaine, 2010: 203). La necesidad de obtener más recursos económicos provenientes del petróleo, para poder apuntalar al gobierno con gasto e inversión en los estratos sociales que fueron desatendidos por los anteriores gobiernos, que le significa “apoyo popular” y consecuentemente apuntalar el poder político, hace que la propuesta no extractivista para el ITT sea contradictoria y poco creíble, a lo que se suma la desconfianza que genera a nivel internacional la

¹⁰⁷ El campo ITT (Ishpingo-Tambococha-Tiputini), localizadas en el Parque Nacional Yasuní tendría una reservas de 846 millones de barriles de petróleo y según la Iniciativa Yasuní-ITT se requeriría de la comunidad internacional una contribución de al menos 3.600 millones de dólares para dejar el crudo bajo tierra, ésta contribución representa el 50% de los recursos que percibiría el Estado por la explotación petrolera. Estas contribuciones serían destinadas a la reducción de emisiones de gases invernadero, la conservación de la biodiversidad y las culturas indígenas, a través de un fidecomiso que calificaría los proyectos y que está conformado por tres representantes del Estado, dos de los contribuyentes y uno de la sociedad civil.

fijación variable de plazos por parte del Presidente de la República para obtener contribuciones y sus amenazas de implementar el Plan “B”, esto es la explotación del campo ITT.

El modelo de producción extractivista del Ecuador obliga a que siempre se tengan que buscar nuevas reservas para ser explotadas, en el caso del ITT y según las políticas públicas que se aplican en el Gobierno de la “Revolución Ciudadana” lo más probable es que tarde o temprano se termine explotando el eje ITT. Si esto sucede se deberá luchar ya no porque no se explote sino por reducir al máximo los daños en el medio ambiente, mediante la utilización de tecnologías adecuadas. La otra alternativa sería ir en busca del cambio de la matriz energética para encontrar energías alternativas, pero esto requiere de una ejecución a largo plazo.

Las nuevas políticas energéticas: de la ilusión al desencanto

Fue el propio Presidente Rafael Correa quien en el mes de junio de 2007, hizo pública la propuesta de hacer una moratoria a la explotación de Petróleo en el Yasuní, ésta propuesta “alternativa”, para conservar los yacimientos de ITT in situ, a cambio de un pago por servicios ambientales, cobrado a la comunidad internacional (Narváez, 2007: 8), sin embargo, la necesidad de obtener recursos económicos para financiar el creciente gasto fiscal, sumado a la inseguridad jurídica por la transición institucional y normativa que vive el Ecuador, que aleja la inversión extranjera y la contradicción existente en la aplicación de las políticas públicas relacionadas con el sector hidrocarburífero que no han permitido ejecutar nuevas campañas de exploración, en busca de incrementar las reservas de petróleo, hacen que la aplicación del Plan “B”¹⁰⁸ sea inminente, esto es la explotación del Campo ITT, más allá de cualquier daño ambiental o conflicto social que se pueda causar y no obstante que la Constitución de Montecristi auspiciada por el propio Gobierno, en su Art. 407 prohíba la extracción hidrocarburífera en zona intangibles.

¹⁰⁸ Según una publicación del Diario el Comercio de 20 de junio del 2011, que hace referencia a declaraciones del Econ. Alberto Acosta y del Lcdo. Fernando Villavicencio, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables y la petrolera Estatal Petroamazonas van cumpliendo un cronograma para explotar el ITT. En una presentación de la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador, llevada a cabo en mayo del 2011, en Montevideo, Uruguay, se registra que el inicio de la producción de los campos Tiputini y Tambococha está previsto para el tercer trimestre del 2012. La presentación se hizo en el foro de la Asociación Regional de Empresas del Sector Petrolero, ARPEL 2011.

Las declaraciones del Presidente de la República realizadas el día 9 de enero del 2010, en su habitual cadena sabatina, en el sentido de que, a partir del mes de junio del 2010 se arrancarían con la explotación de dicho Bloque y la desintegración de la Comisión de Protección del Yasuní, presidida por el Ec. Roque Sevilla, vislumbraron la imagen de un gobierno extractivista y contradictorio entre lo que ofreció hacer en el sector energético y ambiental en su Plan de Gobierno y lo que ejecuta.

Las políticas públicas sustentadas en la Constitución de Montecristi, deberían trascender en el tiempo, (Navarro, 2005) sin embargo, por estar imbuidas de una filosofía, una ideología, un plan y una forma de gobierno, corren el riesgo de estar limitadas a un espacio temporal y a una coyuntura política, la del actual Gobierno, pues dependiendo de la voluntad del Presidente de la República y de la necesidad de obtener más recursos como lo sucedido con la entrega del Bloque 31 para operación de Petroamazonas para que se continúe con un proceso de explotación de petróleo, no obstante de encontrarse próximo al eje ITT.

Estas contradicciones y paradojas se hicieron más evidentes con la exploración anti-técnica de gas en la isla Puná, mediante la modalidad contractual de “Exploración a Riesgo” (El Telégrafo, 2009: 5), modalidad que no existía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la entrega de la operación del campo Sacha a una empresa de economía mixta, conformada entre PDVSA y PETROECUADOR, en lo cual, antes que el interés del país sopesó el interés geopolítico y hegemónico del Presidente Hugo Chávez.

Se suman a estas contradicciones la entrega sin licitación de la operación de campos petroleros a empresas estatales de China, Chile y Venezuela y la aprobación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, en cuyas disposiciones se disminuyó la capacidad operativa y administrativa de la Empresa Estatal PETROECUADOR y se privilegió otra vez la contratación de servicios con las empresas privadas para la operación de “campos maduros”.

Se debe destacar que como política de gobierno, se busca la integración energética regional a través de alianzas estratégicas que hasta la presente fecha no han terminado de “despegar” como es el caso de las empresas GranNacional, Petroamérica, Petroandina, Petrosur y el Alba, que han tenido su génesis en la búsqueda de contrarrestar lo que fue la iniciativa de los Estados Unidos para el Área de Libre Cambio de las Américas ALCA, y los tratados de libre comercio que se negociaron con

algunos países de Latinoamérica en forma bilateral, a lo que se ha dado en llamar, “Populismo Petrolero” (Fontaine y Puyana, 2006) (Fontaine y Velasco, 2009).

Sin embargo de que a partir del 2008 rige en el Ecuador la nueva Constitución que instituye un Estado constitucional de derechos y de justicia y que se migraron los contratos de participación y de prestación de servicios a la nueva modalidad contractual, de prestación de servicios reformada, sigue la confusión en cuanto a si se ha garantizado o no una justa distribución de las ganancias provenientes del petróleo para el Estado.

El mecanismo “Garbage Can” y “Policy Window”

Frente a la situación política y social de la forma de gobernanza implementada por el Presidente Rafael Correa, la formulación de políticas públicas no son consecuencia de una negociación entre las instituciones políticas y los diferentes actores económicos y sociales, sino la consecuencia de una imposición directa y hasta autoritaria del Presidente Rafael Correa.

Es importante analizar las políticas públicas desde la perspectiva de reutilizar las mismas políticas, la misma forma de instrumentalización de los contratos petroleros y las modalidades contractuales que implementaron los gobiernos a quienes se les ha catalogado como parte de la “vieja noche neoliberal” que vivió el Ecuador.

Así las políticas públicas implementadas a partir de la asunción al poder del Presidente Rafael Correa podrían responder a un mecanismo de “garbage can” (tarro de basura) y policy Window (ventana a la política) descritas por Cohen, March y Olsen (1972) y Kingdon (1984), respectivamente, similar a lo sucedido con la eliminación de los fondos que se alimentaban con recursos provenientes del petróleo¹⁰⁹ (Ruiz, 2009: 1-12). Según Ruiz, estas políticas se adoptan dependiendo del contexto político y de los diversos factores que confluyen en un determinado momento coyuntural. Se implementan políticas públicas o soluciones anteriormente identificadas y desechadas, las mismas que son un abanico de opciones, problemas soluciones, alternativas y análisis a problemas determinados. Es decir los actores que toman las decisiones llámese Poder

¹⁰⁹ El 3 de abril del 2008, se expidió la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los procesos de Endeudamiento.

Ejecutivo, Asamblea Nacional o SENPLADES, recurren a un abanico de soluciones, alternativas y análisis de problemas que reposan en un recipiente o tarro de basura, en donde se colocaron cuando no pudieron ser implementadas y en donde los actores rebuscan soluciones que les puedan ser útiles al momento coyuntural, como lo sucedido con la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos¹¹⁰ y Régimen Tributario Interno, expedida por el Gobierno del Presidente Rafael Correa, mediante la cual se dispone que todos los contratos vigentes sean migrados al tan criticado modelo contractual de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que había sido desechado y que fueron implementados en los gobiernos a quienes caracterizan como de la “vieja noche neoliberal” dependiendo de la oportunidad y del momento clave. Esto podría haber sucedido con la reimplantación de los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, como modalidad única que está siendo cuestionada por los perjuicios que habría causado al Estado y que a partir del 27 de julio del 2010 pasan a ser el referente de la nueva política extractiva hidrocarburífera del Gobierno de la “Revolución Ciudadana”.

Respecto a la Policy Window que también la menciona Ruiz, ésta se abre cuando el problema es identificado y reconocido en función de indicadores precisos y eventos determinados; el flujo de propuestas de políticas dispares de distintos actores; y la “ola” política en la que se hallarían inmersas la opción pública.

La Constitución del 2008 en su Art. 85 determina que la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos deben garantizar los derechos reconocidos por la Constitución, para lo cual la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, a partir del principio de solidaridad. En forma contradictoria la Constitución va mas allá y determina que en la aplicación de las políticas públicas debe prevalecer el interés general sobre el interés particular, aun cuando los efectos de su ejecución vulneren o amenacen con vulnerar otros derechos constitucionales. Esta norma

¹¹⁰ El entonces Ministerio de Minas y Petróleos, elaboró un proyecto de nueva Ley de Hidrocarburos, la que fue socializada con varios sectores, este proyecto incluía la implementación del Contrato de Operaciones Hidrocarburíferas, no obstante se desechó este proyecto y se optó por una reforma a la Ley de Hidrocarburos del año 1971 codificada en 1978 y se retomó el contrato de prestación de servicios como modalidad contractual única.

permitiría incluso vulnerar los derechos de los ciudadanos en beneficio del interés general, aún cuando la Constitución es Garantista.

El sistema de gobernanza energética es un dispositivo institucional que enmarca las políticas públicas petroleras, que incluye ahora a la Constitución de la República que contiene políticas públicas específicas respecto al manejo de los hidrocarburos y de la renta petrolera, la Ley de Hidrocarburos reformada, la Ley de Empresas Públicas, dos decretos ejecutivos, el No. 314 y el 315 que crean las Empresas Públicas Petroecuador y Petroamazonas y un conjunto de instrumentos legales que comprenden leyes, reglamentos acuerdos ministeriales, ordenanzas y otra normativa administrativa secundaria que regulan las actividades hidrocarburíferas.

Institucionalmente las políticas en materia hidrocarburífera están bajo la responsabilidad del Presidente de la República, pues de conformidad con la Ley de Hidrocarburos, a la Función Ejecutiva le corresponde la formulación de la política de hidrocarburos, mientras que su desarrollo, ejecución y aplicación se realiza a través del Ministerio del Ramo, esto es, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, que se encarga de la ejecución de la política de hidrocarburos aprobada por el Presidente de la República y de la aplicación de la Ley de Hidrocarburos y que a su vez tiene a cargo normar lo concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados, en el ámbito de su competencia. Hay que destacar que el ámbito de la gobernanza como parte de la estructura institucional también están los organismos de control como la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos ARCH, (anterior DNH) y el Ministerio del Ambiente que interactúan por parte del Estado, frente a los demás actores, como las comunidades indígenas, movimientos sociales, grupos ecologistas, compañías petroleras, grupos ciudadanos, entre otros.

A diferencia del modo de gobierno, que consiste en una manera de dirigir la sociedad, el modo de gobernanza alude a una manera de regular las interacciones entre los diferentes actores, el Estado, la sociedad y la economía (Fontaine, 2010).

El cumplimiento de lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo (PND, 2007) para la Estatal Petroecuador y de dotarle de una nueva institucionalidad al sector hidrocarburífero, bajo la administración de la Fuerza Naval se emprendió en un proceso de reestructuración para lo cual se contrató a la empresa Wood Mackenzie, por \$4,8

millones de dólares. La Armada del Ecuador además contrató a varios consultores para levantar procesos y perfiles de personal lo cual derivó en el despido de más de 1.000 trabajadores de Petroecuador. Esta reestructura no fue oportuna pues mientras la Empresa Wood Mackenzie trabajaba en planes de reestructuración, bajo la normativa constitucional y legal que se encontraba vigente en el 2007, antes de la expedición de la Constitución del 2008, con fundamento en el nuevo marco legal se expedía la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el Decreto Ejecutivo No. 315, normativa con la cual desaparecieron a la anterior Estatal Petroecuador y sus Empresas Filiales para dar paso a la nueva Empresa Pública de Hidrocarburos EP Petroecuador, con una nueva estructura legal, diferente a lo que venía elaborando la Consultora contratada. Esto dio origen a que una vez conocidos los resultados de la reestructura por parte del Ministro de Recursos Naturales No Renovables, se manifieste que “en la reestructura realizada por la Marina no se han hecho los cambios estructurales de fondo” resultando en un fracaso la reestructura implementada por la Marina y en un perjuicio económico para el Estado sin que se obtengan resultados positivos, razón por la cual el Ministerio de Recursos Naturales dispuso la contratación de la consultora Deloitte & Touche para que evalúe la situación actual de las estatales Petroecuador y Petroamazonas, (El Universo, 26-03-2011) con lo cual todavía se espera una reforma estructural de Petroecuador.

La Primera Ronda Petrolera para la exploración y explotación de hidrocarburos se convocó en la presidencia del Dr. Oswaldo Hurtado, el 16 de junio de 1983, mediante la modalidad contractual de Prestación de Servicios, se licitaron once bloques. Desde la Segunda hasta la Quinta Ronda petrolera fueron convocadas por el Gobierno del Ing. León Febres Cordero, también mediante la modalidad contractual de Prestación de Servicios. En la Segunda Ronda efectuada el 25 de noviembre de 1985 se licitaron cuatro bloques. En la Tercera Ronda convocada el 5 de mayo de 1986, se licitaron 5 bloques. En la Cuarta Ronda, convocada el 4 de agosto de 1986 se licitaron 3 bloques. En la Quinta Ronda, convocada el 15 de junio de 1987, se licitaron 5 bloques. La Sexta Ronda fue convocada por el Dr. Rodrigo Borja, el 7 de enero de 1990, bajo la modalidad de Prestación de Servicios, se licitaron tres bloques. El Arq. Durán Ballén convocó a la Séptima y Octava Rondas petroleras, bajo la modalidad contractual de Participación. En la Séptima Ronda del 24 de enero de 1994 se licitó ocho bloques y en la Octava Ronda tres. El Gobierno del Dr. Gustavo Noboa licitó cuatro bloques de la

Región Litoral, en la Novena Ronda Petrolera, el 18 de diciembre del 2002, se inscribieron seis empresas interesadas, de las cuales ofertó solo una, para el Bloque 4 y el Bloque 5. Este proceso quedó inconcluso y lo retomó el Gobierno del Coronel Lucio Gutiérrez, sin que se hayan podido suscribir los contratos, pues sin embargo de haberse adjudicado los contratos y obtenido los informes respectivos del Procurador General del Estado y del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el Estado no compareció a las notarías públicas de la ciudad de Guayaquil a suscribir los contratos el 9 de octubre del 2005, con la Asociación Sundown-Clipper, de nacionalidad norteamericana. En el gobierno del Presidente Lucio Gutiérrez se convocaron a varias licitaciones petroleras mediante la modalidad de asociación y de campos marginales, procesos que no llegaron a concluir. Se convocó a una licitación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en las cuatro mejores áreas operadas por Petroproducción, mediante la modalidad de Asociación, proceso que tuvo muchos vicios de ilegalidad y que fue suspendido debido a la intervención del Procurador General del Estado y a la presión de la opinión pública (Morales, 2007: 74-76). Ahora el Gobierno del Presidente Correa de forma similar a los anteriores gobernantes que sustentaron el modelo extractivista de recursos naturales no renovables, prevé para el 2012 convocar a una nueva ronda de licitación petrolera, pero bajo la modalidad de prestación de servicios reformada, en el sur de la Región Amazónica sin que se hayan definido los campos petroleros que entrarán en licitación, de lo cual se concluye que no importa cuál sea el modelo de Estado, la forma de gobierno, se regresa a lo mismo, el Estado y el capital extractivo buscan ampliar el control sobre los recursos naturales y la fuerza de trabajo para acelerar la extracción e incrementar las ganancias y la economía amazónica es funcional a dicho capital en cuanto viabiliza la reproducción de éste a través del control de la economía y la política de apropiación de los recursos (Narváez, 2009:78).

En cumplimiento de lo establecido en el Art. 416 de la Constitución de la República, durante el Gobierno del Presidente Rafael Correa se suscribieron Memorandos de entendimiento y acuerdos de cooperación con Argentina, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, entre otros Estados, para impulsar a través de sus empresas estatales, proyectos de interconexión eléctrica; provisión de gas natural; conformación de empresas de economía mixta; construcción de infraestructura, racionalizar el mercado de hidrocarburos; abastecimiento directo de hidrocarburos sin intermediarios;

gestión de los campos petroleros maduros; gestión compartida de campos de crudos pesados; producción de derivados; refinación; capacitación y transferencia tecnológica; gestión pública e intercambio de petróleo por derivados.

Además se han suscribió convenios de intercambio de crudo entre la Empresa Pública EP Petroecuador y ANCAP de Uruguay, ENAP de Chile y PDVSA de Venezuela, para intercambiar petróleo por combustibles como gasolina, diesel y nafta de alto octanaje y otros productos.

En cuanto se refiere a la cooperación con Venezuela se han firmado en los últimos tres años más de sesenta documentos, entre memorandos, convenios y cartas de intención. De estos acuerdos 15 se refieren al ámbito petrolero. Según el ex canciller, José Ayala Lasso, el hecho de que casi la mitad de instrumentos firmados no sean de cumplimiento obligatorio, sólo habría servido para que los presidentes de Ecuador y Venezuela justifiquen sus encuentros, en los que, “hablan de sus coincidencias ideológicas y no de trabajo” (El Mercurio de Chicago, 2010: 2)

Si bien el Ecuador mediante la constitución de Empresas de Economía Mixta como Río Napo Refinería del Pacífico, ha permitido la operación de la estatal PDVSA en el país y en sus campos, hasta la presente fecha la EP Petroecuador no ha podido ingresar a operar en Venezuela, no obstante de que en el mes de marzo del 2010 PDVSA propuso cooperar en la realización de estudios en los campos Ovejas y Yopales Central, ubicados en la jurisdicción de los municipios de Simón Rodríguez y Francisco Miranda de Venezuela, para comprobar la factibilidad para el desarrollo de hidrocarburos, características geológicas, geoquímicas y topográficas que debían ser descritas en un “Data Pack” para lo cual se le quiso imponer un costo a Petroecuador de 250.000 dólares, sin que contractualmente el Ecuador obtenga ningún beneficio, en el caso de encontrarse reservas de hidrocarburos, ni siquiera el compromiso de suscribir algún acuerdo para operar dichos campos, en una muestra de reciprocidad por la entrega para operación del campo Sacha.

Para la operación del Campo Sacha por parte de PDVSA se constituyó la Empresa de Economía Mixta “OPERACIONES RÍO NAPO S.A.”, cuyo objeto es la

prestación del servicio¹¹¹ de perforación y completación a través del suministro de dos torres, para la perforación de pozos horizontales.

La conformación de esta Empresa tuvo como antecedentes el Convenio de Alianza Estratégica celebrado el 26 de junio de 2006, Acuerdo sobre Cooperación en el Sector Energético entre Venezuela y Ecuador celebrado el 16 de enero de 2007; Acuerdo de Cooperación Energética entre Ministros de Venezuela y Ecuador, celebrado el 17 de abril de 2007; Memorando de Entendimiento celebrado entre Petróleos de Venezuela S.A. PDVSA y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador Petroecuador de fecha 9 de agosto de 2007.

Para entregarse la operación del Campo Sacha a través de la Empresa Mixta Río Napo, se habría inflado el histórico del costo de producción del barril de petróleo que tenía Petroecuador, de 5 dólares a 7.81, con lo cual Río Napo se habría beneficiado en aproximadamente 50 millones de dólares al año, lo que se constituiría en peculado (Villavicencio, 2010).

En el Contrato no se estipularon penalidades para el caso de que la Contratista no logre superar la Curva Base de Producción establecida por Petroecuador, considerando que el acumulado de producción correspondiente a la Curva Base, para el periodo 3 de noviembre de 2009 al 30 de abril de 2010, en que Río Napo estaba obligada a cumplir fue de 9'221.854, sin embargo, el volumen de producción del área del Contrato entregado por la Contratista y Fiscalizado por la entonces Dirección Nacional de Hidrocarburos para el mismo periodo fue de 9'095.405,69 barriles, por tanto, hasta el mes de abril del 2010, la diferencia del volumen de producción acumulada entregada por Operaciones Río Napo, para cumplir con la Curva Base de producción fue de 126.448,31 barriles netos, incumpliendo con el Contrato, sin que pueda ser sancionada por falta de estipulación contractual, con lo que se evidencia que la Empresa de Economía Mixta Operaciones Río Napo, desde inicios de su operación no pudo levantar la producción de Sacha y se incumplió con las obligaciones

¹¹¹ El 3 de septiembre de 2009, la Empresa de Economía Mixta "OPERACIONES RÍO NAPO", suscribió con PETROPRODUCCIÓN, un Contrato de Servicios Específicos para la Administración, Incremento de Producción, Desarrollo, Optimización, Mejoramiento Integral y optimización del Campo Sacha. Se contrató dos torres de perforación de 2000 hp cpv-16 y 1500 hp cpv-23.

contractuales. Según el Ministerio de Recursos Naturales, los dos años de contrato no han significado ningún aporte para el Estado, ni en producción ni en tecnología. PDVSA incumplió con la inversión que propuso de 42 millones de dólares pero si intervino ante la Operadora Rio Napo para que se contraten torres de perforación obsoletas, desechadas de sus operaciones, taladros sin skid que están siendo retirados del campo Sacha por recomendación de la Contraloría General del Estado, lo cual no ha permitido el incremento de la producción, como fue el objeto del Contrato.

Como ya se manifestó pese a que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existía fundamento jurídico que permita la “exploración a riesgo” sin licitación, PDVSA entró a operar en el Golfo de Guayaquil para la búsqueda de gas, con una torre de perforación, en la Isla Puná, bajo una modalidad inexistente “Exploración a Riesgo” (El Telégrafo, 2009: 5). No se realizaron previamente estudios de sismica o de factibilidad como exige la técnica petrolera internacional. Esta operación fallida que habría costado 25 millones de dólares, se constituye en un fracaso, tanto para Ecuador como para Venezuela y hasta el momento no se conoce quien va a asumir los costos de esa inversión, pues abandonada la operación se ha guardado absoluto silencio sobre esto. A inicios del 2010 la petrolera venezolana PDVSA suspendió sus operaciones en la Isla Puná, en el suroeste de Ecuador, tras fallar una primera prospección de gas.

En cuanto a la cooperación en la comercialización de hidrocarburos entre PDVSA y la entonces Estatal PETROECUADOR suscribieron un Convenio de intercambio¹¹² “CRUDO-PRODUCTOS” mediante un sistema de compensación con la entrega equivalente de crudo y de hidrocarburos, que se va liquidando y compensando mes a mes. Con este Convenio de intercambio se pretendió eliminar las empresas intermediarias en la comercialización de hidrocarburos, en cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010, en un sistema de comercialización directo,

¹¹² El 29 de junio del 2006, PDVSA y PETROECUADOR” suscribieron el Convenio No. 2006158, que posteriormente fue modificado con el ADENDUM No. 1. en el que se establece que PETROECUADOR proveerá de crudo y otros hidrocarburos a PDVSA, bajo cualquier otra modalidad que mutuamente las partes acuerden para cada suministro; a ser compensados por parte de PDVSA con la entrega equivalente de crudo y otros hidrocarburos.

productor-consumidor, consumidor-productor, lo cual permitiría obtener significativos beneficios económicos en la comercialización de crudo y de derivados.

Desde el punto de vista operativo la fragilidad de las operaciones hidrocarburíferas y el abastecimiento del consumo interno hasta antes del 2007 ocasionaban emergencias de abastecimiento de combustibles que debían ser previstas, con por lo menos 60 días de anticipación, lo que ocasionaba desabastecimiento de combustibles en el mercado interno. Este nuevo sistema de comercialización mediante “trueque” debería permitir a la EP PETROECUADOR una flexibilidad operativa.

En cuanto a al aspecto financiero en la comercialización de hidrocarburos, el intercambio de crudo evitaría la salida de divisas de cada país, evitando problemas económicos y financieros provenientes de falta de liquidez.

Todavía no se pueden evaluar los beneficios globales obtenidos de esta nueva forma de comercialización, no obstante, el mayor inconveniente parecerían ser los problemas ocasionados por las calidades de los productos que Venezuela entrega a Ecuador y el cuestionamiento que se realiza al destino que PDVSA da al crudo ecuatoriano y que no habría permitido desechar a los intermediarios.

En lo relacionado con el incremento de la producción de petróleo se puede afirmar que hasta septiembre del 2009 la producción estatal alcanzó a los 77.1 millones de barriles, mientras que las empresas privadas llegaron a 56.4 millones de barriles de petróleo¹¹³. Esto nos demuestra que la producción del Estado entre el 2002 y el 2009 se redujo en un 3.89 %, porcentaje que puede parecer irreal, si se toma en cuenta que la producción del Estado se mantiene sobre el de las compañías privadas, por la reversión al Estado de la producción de varios bloque petroleros, especialmente del Bloque 15 que operaba Occidental, con la que se incorporaron a la producción nacional 85 mil barriles diarios de petróleo, además de la de otros campos como el caso de los Bloques 7 y 21 que operaba PERENCO y que fueron revertidos al Estado por terminación del plazo, para que los opere la EP Petroamazonas o el Bloque 27 que operaba City Investing Company, cuya reversión al Estado fue negociada y pagada, no obstante de existir un proceso de caducidad para dar por terminado el contrato por

¹¹³ Datos obtenidos de los Informes estadístico publicados por PETROECUADOR, de la Industria Petrolera Ecuatoriana 2006 y 2008 y de la Coordinación de Finanzas de PETROECUADOR.

incumplimiento contractual. Si no fuera por la caducidad del Contrato del Bloque 15, la extracción estatal habría decrecido en porcentajes dramáticos por la falta de inversión del Estado en los campos que operaba el propio Estado.

Varios contratos ha suscrito el Gobierno Ecuatoriano con China para la entrega de producción de un promedio de 160.000 barriles diarios, es decir, casi la mitad de la producción petrolera estatal. Petroecuador debe entregar tres cargamentos mensuales de 360.000 barriles de crudo Oriente y dos cargamentos mensuales de crudo Napo por igual volumen. A cambio del crudo que recibirá, China aprobó la concesión de 3.000 millones de dólares, entregados en desembolsos prorrateados de los cuales el 70% son inversiones en proyectos petroleros, hidroeléctricos, de telecomunicaciones y otras obras estratégicas. Esta deuda será pagada con petróleo. Para suscribir estos compromisos no se tomó en cuenta el Art. 315 de la Constitución y la Ley Orgánica de Empresas Públicas que establecen la obligación de las empresas públicas para que una vez que hayan destinado los excedentes de su operación para inversión y reinversión en las mismas empresas, los excedentes sean transferidos al Presupuesto General del Estado. En el presente caso en forma anticipada ya se dispuso de la producción de petróleo, sin saber cuál sería el rendimiento de la Empresa Pública EP Petroecuador y cuáles serán las inversiones y reinversiones que debe realizar durante los próximos 4 años.

En lo que se refiere a refinación, en el 2008 se constituyó la Empresa de Economía Mixta “Refinería del Pacífico”, entre Petroecuador Y PDVSA cuyo objeto social es la construcción, puesta en marcha y operación de una mega-refinería ubicada en el sector de El Aromo en la provincia de Manabí, con capacidad de procesamiento de 300.000 barriles diarios (bpd) de crudo, siendo uno de los proyectos más ambiciosos que impulsan Ecuador y Venezuela para reducir las millonarias importaciones de derivados. El proyecto estaría valorado en \$12. 560 millones, por lo cual se aspiraría a obtener un financiamiento externo para su construcción calculado entre los \$7.500 millones y los \$11. 500 millones. En la Refinería del Pacífico está pendiente lo más importante que es el financiamiento. El cronograma del proyecto prevé la terminación mecánica en diciembre 2014, pruebas de operación hasta junio 2015 en que entraría en operación normal.

Resultados Globales de la Renegociación de los contratos en el Gobierno del Presidente Rafael Correa

Según el Ministro de Recursos Naturales No Renovables la renegociación de los contratos petroleros se realizó considerando toda la vida del contrato y una tarifa fija que se determina sobre la base de tres componentes o factores:

- 1.) La amortización de las inversiones realizadas;
- 2.) La amortización de las nuevas inversiones; e,
- 3.) Impuestos y rentabilidad.

Así, las empresas deben amortizar USD 2.488 millones, cancelar el 36,25% de la utilidad bruta por concepto de participación laboral e impuesto a la renta y obtener una tasa de utilidad neta del 15% sobre las inversiones nuevas.

La evolución de la producción durante toda la vida del contrato, la productividad de los pozos, la cantidad de agua a tratar y a reinyectar, la calidad del petróleo, la situación geográfica de los campos con relación a los oleoductos (SOTE u OCP), son variables sobre la base de las cuales se determinará el costo promedio operativo de producción.

La tarifa fija por servicios se mantendría durante toda la vida del contrato y no variará anualmente en función de la producción y de los costos. Como la producción irremediablemente declina con los años, los costos se incrementan anualmente porque se trata mayoritariamente de costos fijos. En consecuencia, la tarifa pactada es un promedio de todos los factores señalados.

Por la renegociación el Estado recibiría un total de 1.205 millones de dólares, 963 millones de dólares en inversiones para producción y 242 millones en exploraciones a riesgo, por los primeros cuatro años, bajo la modalidad de Prestación de Servicios. Las petroleras asumen la responsabilidad de colocar los fondos que comprometan ejecutar, caso contrario, en el pago de la tarifa anual se descontará la actividad que no sea realizada. Se buscará incrementar la producción petrolera, en 246 millones de barriles.

Con la renegociación de contratos y según el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, los ingresos para el Estado llegarían a 8.640 millones de dólares, con una estimación del precio internacional del barril de 78 dólares. La cifra representaría un incremento de 3.171 millones de lo previsto con los contratos de participación

anteriores. El Estado participaría en la Renta Petrolera, un 10 % más, esto es del 70% al 80%, a partir del 1 de enero de 2011.

El total de la producción petrolera según la modalidad de prestación de servicios pertenece al país¹¹⁴, por tanto se tendría mayor disponibilidad de la producción. El aumento de la producción y comercialización de petróleo que dispondrá el Estado en promedio sería de 35 400 barriles diarios.

Por cada dólar de incremento en el precio internacional del petróleo el Estado recibiría 245 millones de dólares adicionales y por esfuerzo exploratorio se incrementaría la producción en 126 millones de barriles. En el caso de que el precio baje, el país se garantiza el 25% del precio internacional, por margen de soberanía. Si no se tuvieren ingresos para pagar la tarifa, la empresa recuperará la misma, cuando suba el precio.

Si las empresas privadas quieren obtener mayores utilidades deberán reducir costos con la tarifa fija y esto redundaría en el aumento del Impuesto a la Renta para el Estado. Si la contratista aumenta más de la producción prevista, el Estado recibirá el 80% del beneficio y las compañías el 20%, por la distribución de la renta petrolera.

Las empresas petroleras renuncian a cualquier reclamo o indemnización relacionada con las obligaciones que tenían por transportar el petróleo por el Oleoducto de Crudos Pesados OCP. El Estado asume el transporte del petróleo por el OCP, en razón a que bajo la nueva modalidad contractual, todo el petróleo es de su propiedad. El costo por cada barril transportado sería de USD 1,43.

Las empresas privadas habrían renunciado además a todo reclamo o indemnización en el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y a todo recurso arbitral por caducidad de sus respectivos contratos.

Las contratistas provisionarán el valor de USD. 1,50 para conservar el ambiente (el valor está dentro de la tarifa negociada).

El 12% de las utilidades de las empresas se destinarán a las comunidades en donde se explota el petróleo.

¹¹⁴ En los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, suscritos al amparo de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44 de 1993 el Estado recibía en promedio una participación del 20%, mientras que las contratistas recibían el 80%. El crudo pertenecía a las empresas privadas en esa proporción. El Estado no era propietario de la producción total.

Se les pagará en especie a AGIP Oil (Italia), Andes Petroleum (China), PetroOriental (China) y Repsol (España). Se excluye la chilena Enap-Sipac, que en sus dos contratos solicitó no recibir el pago de esa forma.

Según el Ministro de Recursos Naturales No Renovables Wilson Pastor, para el 2013 la producción nacional estaría entre 550 000 y 600 000 b/driles diarios. Las tarifas bajan en promedio de 35 dólares a 32,79 dólares, a este valor se le debe reducir el 1% del impuestos por transferencia tecnológica, lo que da un promedio de 32,40 dólares. Si las empresas contratistas no invierten en 2 años se darían por terminados los contratos.

Estos resultados deberán ser confrontados a mediano plazo para establecer si se cumplió con las inversiones propuestas y con los incrementos en la producción a los que se comprometieron las empresas contratistas, para verificar si las modalidades contractuales que estuvieron vigentes son más beneficiosas o no, que la modalidad de contrato de prestación de servicios modificado, implementado por el Gobierno del Presidente Rafael Correa.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES:

El tradicional Estado de derecho en el Ecuador ha dejado de ser el paradigma de la racionalidad jurídica, para dejar vigente al Estado constitucional de derechos, en el que la Constitución se convierte, en el espacio en donde convergen valores, directrices y principios de raíz liberal y democrática, en el que se adhiere la tesis de la vinculación entre el derecho y la moral. El Estado neo-constitucionalista se rige por una Constitución rígida, normativa, de aplicación directa, garantista de los derechos fundamentales de las personas, pero sobre todo que busca la justicia y la equidad. El poder debería estar sometido a la Constitución que determina la estructura de poder.

La noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo se traduce en el apoderamiento de la mayoría, como lo está haciendo el Presidente Rafael Correa en las diferentes consultas al pueblo, a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular. La Ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del derecho y ahora la Constitución conlleva la existencia de más normas que principios, más ponderación que subsunción y una omnipresencia invasiva en todos los ámbitos y áreas del Estado. Ha sido elaborada para posicionar la planificación y las políticas públicas como instrumentos para la consecución del “Buen Vivir”.

El paradigma neo constitucionalista debe ser conocido, asumido y apropiado por todos los ecuatorianos, para que pueda ser respetado y sostenido en el tiempo, caso contrario será un modelo instrumentalizado por el poder coyuntural, destinado al fracaso, elaborado y puesto en vigencia para el servicio del poder.

Siempre existirá tensión en cualquier actividad extractiva por el control de la producción y la distribución de las rentas petroleras, entre el dueño del recurso natural, el Estado y la empresa que extrae los recursos, la operadora, lo cual permite una dinámica y evolución del sector extractivo en el tiempo, dependiendo de cuál actor es el dominante en el diseño e implantación de las políticas públicas apropiadas.

La contratación petrolera, tanto en el Estado social de derecho como en el Estado constitucional de derechos sigue siendo un instrumento de manipulación y de control de los diferentes actores que interactúan en el sector, quienes utilizan

discrecionalmente la institucionalidad del país y las formas contractuales según sus intereses, sin que sean relevantes las modalidades contractuales, la negociación o adjudicación de los contratos u otros aspectos como la equidad en el negocio, una justa retribución de la renta petrolera, el respeto al marco legal vigente, la protección del medio ambiente, la generación de empleo o las inversiones que realizan los contratistas, sino únicamente quién tiene el poder, es decir antes que una gobernanza adecuada se imponen los juegos de poder. Por tanto, las políticas públicas y la gobernanza energética implementadas en el Ecuador en las dos últimas décadas, en relación con la exploración y explotación de Hidrocarburos, siguen siendo instrumentos de control político de quienes detentan el poder, cuyas consecuencias afectan directamente a las poblaciones que habitan en las áreas de influencia de la extracción, las comunidades indígenas, el medio ambiente, los territorios ancestrales y las zonas intangibles. Es decir las consecuencias de las políticas públicas adoptadas para el sector energético hidrocarburífero, tanto en el inequitativo Estado social de derecho como en el Estado constitucional de derechos y de justicia no han logrado hasta el momento fijar las bases materiales de un proyecto diferente a lo que realizaron los anteriores actores, en el manejo de los recursos naturales no renovables.

Hay contradicciones en las políticas públicas energéticas, hidrocarburífera y ambientales que se ejecutan en el Gobierno del Econ. Rafael Correa, lo cual se puede contrastar con el Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País, el Plan Nacional de Desarrollo y los principios y normas constitucionales que fueron aprobados por la Asamblea Constituyente de Montecristi. Estas políticas se adoptan dependiendo del contexto político y de los diversos factores que confluyen en un determinado momento como soluciones, sin que importe si anteriormente ya fueron desechadas. Es decir quienes toman las decisiones recurren a soluciones que les puedan ser útiles al momento coyuntural, como lo sucedido con la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y Régimen Tributario Interno, que retoma la modalidad contractual de prestación de servicios que ya fuera desechada; sin que sea trascendente si las decisiones las toman incluso violentando la normativa constitucional y legal que ellos mismos aprobaron.

La contratación petrolera no obedece a políticas de Estado definidas y permanentes, sino a la improvisación de los gobiernos de turno. En los contratos petroleros sólo se consideró conceptos de proporcionalidad en el reparto de los ingresos

petroleros entre el Estado y la contratista, dependiendo de los intereses y circunstancias particulares y coyunturales y no se analizaron otros aspectos como la equidad en el negocio petrolero, la protección del medio ambiente, la responsabilidad intergeneracional, la generación de empleo o la inversión real que traerían las contratistas.

El nuevo paradigma constitucional iniciado con la expedición de la Constitución del 2008, elaborada para posicionar la planificación y las políticas públicas como instrumentos para la consecución del “Buen Vivir, Sumak kawsay o vida plena tampoco han logrado hasta el momento sentar las bases para un desarrollo sustentable, la redistribución equitativa de los recursos económicos ni la participación ciudadana como protagonista en la toma de decisiones y en la formulación de políticas públicas adecuadas.

No se vislumbra a mediano plazo la salida del modelo primario extractivista exportador, ni una sustitución selectiva de importaciones con el objetivo de producir cambios en la matriz energética, conforme a lo señalado en el Plan Nacional del Buen Vivir.

Los contratos petroleros fueron y siguen siendo licitados y adjudicados arbitrariamente, fuera de los límites de la legalidad, de la institucionalidad del país y la normativa legal sigue siendo instrumentalizada a discreción de quienes administran el Estado según las necesidades coyunturales del poder político, lo cual influencia directamente en el modo de gobernanza y en la gobernabilidad del Estado.

La intervención política y la influencia de otros actores como los organismos internacionales y otros estados considerados como hegemones revelan fallas en el sistema político y reflejan problemas de gobernabilidad que inciden en la toma de decisiones, las que se realizan de manera jerárquica y no permite una co-gobernanza, por lo cual se pone en riesgo el poder responder acertadamente a las demandas sociales. Esta forma de gobernanza no es la consecuencia de una negociación entre las instituciones políticas y los diferentes actores económicos y sociales, sino la consecuencia de una imposición directa y hasta autoritaria.

Todavía no se podría hablar de un neo-nacionalismo ecuatoriano como proyecto nacional o bolivariano, según la conceptualización de Fontaine (2010:207) pues si bien es cierto hay un cambio en las políticas públicas energéticas y se ha fortalecido la

intervención del Estado en el sector hidrocarburífero como sector estratégico, la restructuración de la Empresa Estatal Petroecuador y la suscripción de los nuevos contratos de prestación de servicios, en lugar de dar por terminados los contratos y revertir las operaciones de ciertos campos petroleros, éstos han sido prorrogados en sus plazos y se han entregado nuevas áreas para la operación de las empresas privadas, sin un proceso previo de licitación, como lo sucedido con los campos Oglan y Jimbiquiti que han sido entregados para operación de la Empresa Italiana AGIP, operadora del Bloque 10.

Respecto a la moratoria de explotación de los campos del ITT, a cambio de contribuciones internacionales, se puede afirmar que esta iniciativa no se consolida, en razón de que el Gobierno tiene la necesidad de obtener más recursos económicos provenientes del petróleo y apuntalar el poder político, a lo que se suma la desconfianza que genera a nivel internacional la fijación variable de plazos por parte del Presidente de la República.

BIBLIOGRAFIA:

- Aguayo, Pedro (1972). *“Plan Integral de Transformación y Desarrollo 1973-1977”*. Quito: Estudio elaborado por la Junta de Planificación. Capítulo IV. <http://www.wikilearning.com/4556-4> (Visitada en julio del 2011)
- Andrade, Karen (2008). *“La gobernanza ambiental en el Ecuador: El conflicto alrededor de la licencia Ambiental en bloque 31, en el parque nacional Yasuní”* Quito: FLACSO. Observatorio Socio ambiental. Documento de Trabajo No. 005. Pág. 4
- Ávila, Ramiro (2008). *“Estado Constitucional de Derechos y de Justicia”* Constitución del 2008 en el contexto Andino. Análisis de la Doctrina y del Derecho Comparado. Anuario de Derechos Constitucionales Latinoamericano. Quito: V&M Graficas. Pág. 775-793.
- Ávila, Ramiro (2011). *“El Neoconstitucionalismo transformador”* “El Estado y el derecho en la Constitución del 2008” Quito: Alberto Acosta y Esperanza Martínez Editores. ABYA YALA, Universidad Simón Bolívar.
- Arriagada, Genaro (2006). *“Petróleo y Gas en América Latina: Un Análisis Político y de relaciones internacionales a partir de la política Venezolana”*. Madrid: Real Instituto El Cano de Estudios Internacionales y Estratégicos.
- Baquero, Patricio (2006). *“Petróleo y Desarrollo Sostenible en el Ecuador”* Formulación de la Política Petrolera. Quito: FLACSO, ILDIS-FES. Pág. 138.
- Bobbio, Norberto (2005). *“Teoría General del Derecho: El Derecho como Norma de Conducta.”* Bogotá: Editorial TEMIS.S.A.
- Bustamante, Teodoro (2003). *“Petróleo y Desarrollo Sostenible”* “Las perspectivas de discusión de los temas socio-ambientales vinculados a la explotación petrolera en el Ecuador: posiciones encontradas o encuentro de posiciones “El marco internacional de los problemas de la Amazonía”. Quito: FLACSO, PETROECUADOR, IBSN RESPERGRAF. Pág. 27-49.
- Carbonell, Miguel, Alexy Robert, Ricardo Gustini, Paolo Comanducci, José Moresco, Luis Sanchís, Alfonso García Figueroa, Susana Pozzolo, Juan Bayón, Santiago Sastre, Mauro Barberis (2009). *“El Neoconstitucionalismo(s)”* Edición de Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2009, Cuarta Edición.
- Carbonell, Miguel (2003) *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, Miguel (2005). *“El nuevo tiempo para el Constitucionalismo”*. Madrid: Editorial Trotta, Pág. 9-10.
- Carrillo de la Rosa, Yezid (2008). *“Cientificidad a la Racionalidad del Discurso Dogmático Jurídico”* (el puesto de la razón práctica en la dogmática jurídica” <http://www.rtfed.es/numero11/19-11.pdf>- (Pág. Consultada en agosto del 2010).

- Cerrillo, Agustí (2001). *“La cooperación al desarrollo y el fomento de la gobernabilidad”*, Instituciones y Desarrollo. Barcelona: Instituto Internacional de Gobernabilidad de Catalunya.
- Comanducci, Paolo (2002). *“Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”*, Madrid: Isonomía. Pág. 89-112.
- De Sousa, Sara (2006). Bolivia y Brasil: *“Conflicto sobre hidrocarburos”*. Madrid: Fundación para las Relaciones Internacionales y Diálogo Exterior.
- Ejea, Guillermo (2006). *“Teoría y Ciclo de las Políticas Públicas”* www.azc.uam.mx/socialesyhumanidades/03/reportes/.../vlec021.pdf - (Página consultada en julio del 2011).
- Espinosa, Ramón (2006). *“El auge y el colapso de PDVSA a los treinta años de nacionalización”*. Caracas: Revista venezolana de Economía y Ciencias Sociales, ISS. 1315-6411.
- Fernández, José (2004). *“La Teoría del Estado de Hermann Heller”*. Ensayo sobre la actualidad de la obra de Heller, setenta años después de su publicación. Revista El Catoblepas No. 30. pág. 19. www.nodulo.org/ec/2004/n030p19.htm (Página consultada en el mes de julio del 2011).
- Ferrajoli, Luigi (2003). *“Pasado y futuro del Estado de derecho”*. En Carbonell, Miguel *Neoconstitucionalismo(s)* Madrid: Ed. Trotta. Pág. 13
- Figueroa, Alfonso (2003). *“La Argumentación en el Derecho, algunas cuestiones fundamentales”*. Lima: Editorial Palestra. Pág. 21- 31.
- Fontaine, Guillaume (2005). *“Del manejo de conflictos ambientales a la institucionalización de arreglos: el aporte de las teorías de la gobernanza”*. En: VVAA. *Integración, Equidad y desarrollo*. Quito: FLACSO, Pág. 131-148.
- Fontaine, Guillaume y Puyana, Alicia (2006). *“La Guerra del Fuego” Políticas Petroleras y crisis energética en América Latina*. Quito: Albazul Offset. Centro Andino de Acción Popular. Pág. 14.
- Fontaine, Guillaume (2007). *“El precio del petróleo: Conflictos socio-ambientales y gobernabilidad en América Latina*. Quito: FLACSO-IFEA-Abya Yala.
- Fontaine, Vliert, Pasquis (2007). *“Políticas ambientales y gobernabilidad en América latina”* Quito: FLACSO.
- Fontaine, Guillume y Narváez, Iván (2007 a). *“Problemas de la gobernanza ambiental en el Ecuador”*, en: G. Fontaine, I. Narváez (Coord.), *Yasuní en el siglo XXI: el Estado y la conservación de la Amazonía*. Quito: FLACSO-IFEA Abya Yala-Petrobras-CEDA-WCS, Pág. 13-32.
- Fontaine, Guillaume (2007). Ecuador Debate 2007 *“Gobernanza Energética, Política Pública y Conflictos en el Ecuador*. Quito: FLACSO Ed. CrearImagen.

- Fontaine, Guillaume (2008). 004 “Neonacionalismo Petrolero en los Andes” Quito: FLACSO, Observatorio Socio Ambiental.
- Fontaine, Guillaume y Puyana, Alicia (2008). “*La investigación latinoamericana*” ante las políticas energéticas”. Quito y México: FLACSO, México y Ecuador.
- Fontaine, Guillaume (2008). “*Neonacionalismo Petrolero en los Andes*”. Quito: Observatorio Socio ambiental, Documento de Trabajo No. 04. Pág.12.
- Fontaine, Guillaume (2008). “*Políticas petroleras de cara al desarrollo sostenible en el Perú y en Ecuador*”. Quito: Observatorio Socio ambiental Documento de Trabajo 008.
- Fontaine, Guillaume (2008). “*Los conflictos ambientales por petróleo y la crisis de gobernanza ambiental en el Ecuador*” Madrid: Centro de Investigación para la Paz (CIP-Ecosocial).
- Fontaine Guillaume y Velasco Susan (2009). “*La conceptualización de la gobernanza: de lo descriptivo a lo analítico*”. Quito: FLACSO/Observatorio Socio Ambiental, Documento de Trabajo No 23. Mimeo.
- Fontaine, Guillaume, (2010). “*Petropolítica: Una teoría de la Gobernanza Energética*” Quito: FLACSO Sede Ecuador- Abya Yala-IEP Instituto de Estudios Peruanos.
- García, Alfonso (1998). “*Principios y positivismo jurídico*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (Consultado en temas constitucionales. blogspot.com - neoconstitucionalismo.html. Agosto del 2011).
- Hans, Kelsen (1974). “*Teoría Pura del Derecho*” Buenos Aires: Duodécima Edición. Pág. 138.
- Heller, Hermán (1985). “*Escritos Políticos*” Madrid: Alianza Universidad.
- Huerta, Carla (2011). “*El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional*”. [http:// www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf) 132 (Página consultada en agosto del 2011)
- Jarrín, Gustavo (2007). “*La Década del Sesenta: Política Petrolera Nacionalista*” Ensayos de Historia Económica, Quito Banco Central del Ecuador.
- Jellinek, George (1954). “*Teoría General del Estado*”, Buenos Aires, Editorial Albatros, Traducción de Fernando de los Ríos. Editorial Albatros.
- Lifante, Isabel (2003). “*En el Límite de los Derechos*” www.biblioteca.org.ar/libros/89242.pdf. *Ifante Isabel, 2003* www.biblioteca.org.ar/libros/89242.pdf. Pág. 34-135 (Páginas consultadas en el mes de julio del 2011).
- Martínez, Luis (2006). “*Curso de Teoría del Derecho*” Barcelona: Editorial Ariel S.A. Pág. 47-54.
- Meza, Jennifer (2008). “*Análisis del diseño y operación del Programa Nacional de Lectura en el marco de la federalización educativa mexicana durante el periodo 2001-2008*” Tesis para obtener el grado de Maestra en Gobierno y Asuntos Públicos. FLACSO. México D.F. Pág. 20.

- Mora, Leonardo (2008). “*Estado de Bienestar*” Material Académico [contrapeso.info/2008/ Estado_de_Bienestar_una_definición/](http://contrapeso.info/2008/Estado_de_Bienestar_una_definición/) (Página visitada en el mes de julio del 2011)
- Moreno, Juan, Brid, Esteban Pérez, Pablo Ruiz (2004). “*El Consenso de Washington: aciertos, yerros y omisiones*” México: CEPAL, Perfiles Latinoamericanos.
- Naranjo, Marco (2005). “*Dolarización Oficial y Regímenes Monetarios del Ecuador*”. Quito, Vértice Estudio.
- Narváez, Iván (2009). “*Represamiento del Petróleo en tierra o extracción. (Eje Ispingo-Tambococha-Tiputini (ITT) del Yasuni) (Un dilema de carácter político)*” Quito: FLACSO.
- Narváez, Iván (2009). “*Petróleo y Poder: el colapso de un lugar singular; YASUNI*”. Quito FLACSO.73- 136.
- Narváez, Iván (2009). “*El petróleo en el Ecuador. Entre un presente con rostro del pasado y un futuro sin rostro. ¿Es posible la transición Energética?*”. Quito: FLACSO/Observatorio Socio Ambiental, Documento de Trabajo No. 14.
- Ojeda, Luis (2005). “*Gobernabilidad en la Conservación de los Recursos Naturales. Red ECOUF*”. Florida (Manuscrito para discusión).
- Pallares, Francisc (2010). “*Las Políticas Públicas: El Sistema Político en Acción*” marioaramirez.files.wordpress.com/2010/04/las-politicas-publicas.pdf (Página consultada en julio del 2011).
- Parsons, Wayne (2007). “*Políticas públicas*”, Buenos Aires Argentina: Miño y Dávila.
- Parsons, Wayne. (2007) Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas; traducción de Atenea Acevedo. México: FLACSO.
- Pérez, Efraín (2009). “*Derecho Administrativo*” Normativa Jurídica y Doctrina Comparada. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pineda, Juan (2009). *Gobernanza y participación Social*. Quito: FLACSO-Quito.
- Poats Susan, David Suárez (2011). “*Descentralización y gobernanza ambiental en áreas protegidas de Carchi, Ecuador: Lecciones de la Reserva Ecológica El Ángel y el Bosque Protector Golondrinas*” Revista Virtual REDESMA revistavirtual.redesma.org/vol2/articulo6.php (Visita a la página realizada en el mes de agosto del 2011).
- Pozzolo, Susana (1998). “*Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*” Italia: Universidad de Génova. Traducción de Joseph M. Vilajosana.
- Prats, Jordi (2003). “*El concepto y el análisis de la gobernabilidad*”. *Instituciones y Desarrollo*, No. 14-15, Instituto Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona.
- Prieto, Sanchis, Luis (2003). “*Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*”. Madrid: Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta. Pág. 123-158.

- Prieto, Sanchis, Luis (2003). “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*” en: Neoconstitucionalismo (s), edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2005. Pág. 131-132.
- Roth, André Noël (2002). “*Políticas Públicas: Formulación, Implementación y Evaluación*”. S.F. de Bogotá: Aura.
- Roth, André Noël (2006). “*Políticas públicas*”. Bogotá- Colombia: Aurora. Pág. 27
- Ruiz, Carlo (2009). “*La Eliminación de los Fondos Petroleros: Explicación Bajo Modelos de Garbage y Policy Window*.”. Quito: FLACSO/Observatorio Socio Ambiental, Documento de Trabajo No 23. Mimeo.
- Rürup Reinhard (1992). “*Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar*” <http://.../Génesis-y-Fundamentos-De-La-Constitución/1359263.html>(Pág. Consultada en agosto del 2011) Pág.126-158.
- Santiago, Alfonso (2008). “*Neoconstitucionalismo*” Sesión privada del Instituto de Política Constitucional. <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (Consultado en Agosto del 2011).
- Zagrebelsky, Gustavo (1997). “*El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*”. Madrid: Traducción de Marina Gasón. Editorial TROTTA.
- Valadés, Diego (1994). “*El estado Social de Derecho*”<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/994/7.pdf> - (Página consultada en agosto del 2011).
- Velasco, Susan, (2010). “*De la nacionalización a la Politización en Bolivia: Un Análisis desde los Instrumentos de las Políticas Públicas y la Gobernanza*. Tesis para obtener el título de Maestría en Ciencias Sociales con mención en Gobernanza Energética. Quito: FLACSO. Pág. 17.
- Villavicencio, Fernando (2010). “*Campo Palo Azul se judicializa*” Quito: [http://raulnotimundo.blogspot.com/2010/ .../campo-palo-azul-se-judicializa.html](http://raulnotimundo.blogspot.com/2010/.../campo-palo-azul-se-judicializa.html).-

DOCUMENTOS (Páginas Electrónicas)

La Hora (2002). Bernardo Tobar, formó parte de la denominada "comisión sin rostro" que analizó las ofertas para la construcción del OCP.

http://www.lahora.com.ec/.../OCP_emplea_a_negociador_del_contrato.html

La Insignia (2000). “*La Compañía Anglo Ecuatorian Oilfields Limited en el Ecuador, “Historia de una Gran Estafa”*”, Albornoz Peralta Oswaldo. [http:// www.La_insignia.org/2000](http://www.La_insignia.org/2000), Octubre 4 del 2000.

El Mercurio (2004). El flamante **presidente Ejecutivo de Petroecuador, Luis Camacho**, asumió ayer sus funciones. [http:// www.elmercurio.com.ec/hemeroteca-virtual?noticia=24734](http://www.elmercurio.com.ec/hemeroteca-virtual?noticia=24734)

Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País (2006).

Http://movimientoalianzapais.com.ec/wp-content/.../03/Principios_Programa.pdf

Plan Nacional de Desarrollo, (2007-2010) “*Sector Hidrocarburífero*” Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito. SEPLADES.

Petroecuador (2008). “*Informe estadístico de la Industria Petrolera Ecuatoriana 2008*”, Quito: Unidad de Planificación Estratégica y gestión de Proyectos.

Petroecuador (2009). “*Resumen Ejecutivo de la Actividad petrolera: Distribución de la Producción de Crudo en el Ecuador, Movimiento Hidrocarburífero*”, Quito: Coordinación General de Planificación y proyectos, octubre del 2009.

Petroecuador (2009). “*Informe estadístico de la Industria Petrolera Ecuatoriana 2009*”. Quito: Unidad de Planificación Estratégica y Gestión de Proyectos.

El Telégrafo (2009). “*Exploración del Bloque 4 del Golfo de Guayaquil*” *El Telégrafo*, diciembre 21, Sección Actualidad. Pág. 5.

Plan Nacional para el Buen Vivir, (2009-2013) (2009). Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito. SEPLADES.

Ministerio de Recursos Naturales No Renovables (2009). “Proyecto de Ley del Sector Hidrocarburífero”. Quito.11/2009: <http://foro.minasypetroleos.gov.ec/viewforum.php>

Resumen Ejecutivo OCLADE. La Formulación de Políticas en la OCLADE (Ideas para América Latina) (2010).

Infórmate Ecuador (2010) Villavicencio [www.informatecuador.com/ vernoticia.php?notid=94](http://www.informatecuador.com/vernoticia.php?notid=94)

Villavicencio, Fernando (2010). Renegociación, la fiesta de las petroleras. La reforma a la Ley de Hidrocarburos y el “Petróleo para todos”. *El Universo*, 13 de Diciembre del 2010.

MARCO NORMATIVO:

Codificación a la Ley de Hidrocarburos (1978). Quito: Decreto Supremo No, 2967, publicada en el Registro Oficial 711, de 15 de noviembre de 1978.

Codificación No. 2004-018 de la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales (2004). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 10 de septiembre del 2004.

Codificación No. 2004-019 de la Ley de Gestión Ambiental (2004). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 10 de septiembre del 2004.

Codificación No. 2004-020 de la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental (2004). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 10 de septiembre del 2004.

Codificación No. 2004-021 de la Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador (2004). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 10 de septiembre del 2004.

Codificación de la Ley del Fondo para el Eco desarrollo Regional Amazónico (2004). Quito: Registro Oficial No. 222 de 1 de diciembre 2004.

Constitución Política de la República del Ecuador (1998). Quito: Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto del 2008.

Constitución de la República del Ecuador (2008). Quito: Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

Ley de Hidrocarburos (1971). Quito: Decreto Ejecutivo No. 1459. Registro Oficial No. 322 de 1 de octubre de 1971.

Ley de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE (1972). Quito: Decreto Supremo No. 522. Registro Oficial No. 88 de 26 de junio de 1972.

Ley No. 101, Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos (1982). Quito: Registro Oficial No. 306, de 13 de septiembre de 1982.

Ley Especial No. 45 de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y sus Empresas Filiales (1989). Quito: Registro Oficial No. 283, de 26 de septiembre de 1989.

Ley No. 40, que crea Rentas Sustitutivas para las Provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos, R. O. No. 248, de 7 de agosto de 1989.

Ley No. 122 Fondo de Desarrollo de las Provincias Amazónicas (1991). Quito: Registro Oficial No. 676 de 3 de mayo de 1991.

Ley No. 10, del Fondo para el Eco desarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales (1992). Quito: Registro Oficial No. 30, de 21 de septiembre de 1992.

Ley No. 18, de Presupuestos del Sector Público. (1992). Quito: Registro Oficial, Suplemento No.76 de 30 de noviembre de 1992.

Ley No. 44 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos (1993). Quito: Registro Oficial No. 326, de 29 de noviembre de 1993.

Fe de erratas a Ley No. 44, (1993). Quito: Registro Oficial No. 344, de 24 de diciembre de 1993.

Ley No. 49, Reformatoria a la Ley No. 44, promulgada en el Registro Oficial No. 344, de 24 de diciembre de 1993.

Ley No. 50, de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (1993). Quito: Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Ley No. 20, Reformatoria a la Ley que crea el Fondo para el Eco desarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales (1997). Quito: Registro Oficial. No. 152, de 15 de septiembre de 1997.

Ley No. 98-89, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (1998). Quito: Registro Oficial No. 12 de 26 de agosto de 1998.

Ley No. 2000-4, para la Transformación Económica del Ecuador (2000). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo del 2000.

Ley No. 2000-10, Reformatoria a la Ley para la Transformación Económica del Ecuador (2000). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 31 de marzo del 2000.

Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana (2000). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto del 2000.

Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y al Código Penal (2007). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 170 de 14 de septiembre del 2007.

Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria para el Ecuador (2007). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de diciembre del 2007.

Ley No. 104, Reformatoria a la Codificación de la Ley para el Fondo para el Eco desarrollo Regional Amazónico y Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales (2008). Quito: Registro Oficial No. 245 de 4 de enero del 2008.

Ley No. 42-2006, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (2006). Quito: Registro Oficial No. 257 de 25 de abril del 2006.

Ley No. 2006-57 Ley Orgánica de Creación del Fondo Ecuatoriano de Inversión en los sectores Energéticos FEISEH (2006). Quito: Registro Oficial No. 386 de 27 de octubre del 2006.

Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los procesos de Endeudamiento (2008). Quito: Suplemento del registro oficial No. 308 de 3 de abril del 2008.

- Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno (2010). Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 244 de 27 de julio del 2010.
- Proyecto de Ley del Sector Hidrocarburífero (2009). Quito.
<http://foro.minasypetroleos.gov.ec/viewforum.php> (Visitada en septiembre del 2009)
- Reglamento Especial de Licitación para los Contratos de Prestación de Servicios, (1983). Quito: Decreto Ejecutivo No. 1502. Registro Oficial No. 428 de 8 de febrero de 1983. (Derogado)
- Reglamento al Art. 79 de la Ley de Hidrocarburos sobre Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos (1985). Quito: Decreto Ejecutivo No. 809, Registro Oficial No.197 de 31 de mayo de 1985. (Derogado)
- Reglamento de Contratación de Obras, Bienes y Servicios de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, (1989). Quito: Decreto Ejecutivo No. 282 de 26 de septiembre de 1989. (Derogado)
- Reglamento del Sistema Especial de Licitación para los Contratos de Participación (1994). Quito: Decreto Ejecutivo No. 1415, Registro Oficial No. 364 de 21 de enero de 1994. (Derogado)
- Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44, (1994). Quito: Decreto Ejecutivo No.1417, publicado en el R.O. No. 364, de 21 de enero de 1994.
- Reglamento de Contabilidad de Costos para los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (1994). Quito: Decreto Ejecutivo. No. 1418, publicado en el Registro Oficial No. 364 de 21 de enero de 1994.
- Reglamento del Sistema Especial de Licitación para los Contratos de Explotación y Exploración Adicional de Campos Marginales (1994). Quito: Decreto Ejecutivo No. 1635, Registro Oficial No. 419 de 13 de abril de 1994. (Derogado)
- Reglamento para la Construcción y Operación de Ductos Principales, Privados, para el Transporte de Hidrocarburos (2000). Quito: Decreto Ejecutivo No. 592, Registro Oficial No. 129 de 27 de julio del 2000.
- Reglamento para la Celebración de Convenios de Alianzas Estratégicas con Empresas Petroleras Estatales (2000). Quito: Decreto Ejecutivo No. 799, publicado en el Registro Oficial No. 170 de 25 de septiembre del 2000.
- Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador (2001). Quito: Decreto Ejecutivo No.1215, publicado en el Registro Oficial No. 265 de 13 de febrero del 2001.
- Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos (2001). Quito: Decreto Ejecutivo No. 1363, publicado en el Registro Oficial No. 293, de 27 de marzo del 2001.

Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de PETROECUADOR (2001). Quito: Decreto Ejecutivo No. 1420, Registro Oficial. No. 309, de 19 de abril del 2001.

Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de Obras, Bienes y Servicios de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales (2002). Quito: Decreto Ejecutivo No. 2598, publicado en el Registro Oficial No. 570 de 7 de mayo del 2002.

Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas (2002). Quito: Decreto Ejecutivo No. 389, Registro Oficial No. 671 de 26 de septiembre del 2002.

Reglamento del Sistema Especial de Licitación, con el cual se convocó a la Novena Ronda de Licitación Petrolera (2002). Quito: Decreto Ejecutivo No. 3394, publicado en el Registro Oficial No. 719 de 5 de diciembre del 2002. (Derogado)

Reglamento de Consulta y Participación (2002). Quito: Decreto Ejecutivo No. 3401, Registro Oficial No. 728 de 19 de diciembre del 2002.

Reglamento del Sistema Especial de Licitación (2003). Quito: Decreto Ejecutivo No. 873, Registro Oficial No. 181 de 1 de octubre del 2003.

Reglamento Sustitutivo de Aplicación de la Ley No. 42-2006, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (2006). Quito: Decreto Ejecutivo No. 1672. Registro Oficial No. 312, Segundo Suplemento de 13 de julio del 2006.

Reglamento al Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental (2006). Quito: Decreto Ejecutivo No. 1897, publicado en el Registro Oficial No. 380 de 19 de octubre del 2006.

Reglamento de Aplicación de la Ley No. 42-2006, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (2007). Quito: Decreto Ejecutivo No. 662. Registro Oficial No. 193 de 18 de octubre del 2007.

Reglamento para Establecer las Condiciones para el Licenciamiento Ambiental de Proyectos Hidrocarburíferos y Mineros (2007). Quito: Acuerdo Ministerial No. 047, publicado en el Registro Oficial No. 67 de 19 de abril del 2007.

Reglamento a la Ley Orgánica de Creación del Fondo Ecuatoriano de Inversión en los sectores Energéticos FEISEH (2007). Quito: Decreto Ejecutivo No. 755, publicado en el Registro Oficial No. 220 de 27 de noviembre del 2007.

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los procesos de Endeudamiento (2008). Quito: Registro Oficial No. 341, de 20 de mayo del 2008.

Reglamento a la Ley del Fondo para el Eco Desarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales (2008). Quito: Decreto Ejecutivo No. 1053, publicado en el Registro Oficial No. 352 de 4 de junio del 2008.

Reglamento de Aplicación de la Ley de Hidrocarburos (2010). Quito. Decreto Ejecutivo No. 546. Registro Oficial No. 330 de 29 de noviembre del 2010.

ANEXOS:

ANEXO No. 1

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LAS CONSTITUCIONES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

CARACTERÍSTICAS	ESTADO SOCIAL DE DERECHO	ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS (NEOCONSTITUCIONALISMO)
Funciones del Estado	Tres funciones del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial.	Se agregan dos funciones más, participación ciudadana y de control.
Constitución Normativa	Contiene principios generales	Contiene principios y normas preceptivas que se aplican directamente.
Rigidez de la Constitución	C. Flexible puede ser reformada en cualquier momento.	Constitución rígida, no puede ser reformada, sino por la Asamblea Constituyente, mediante, convocatoria a consulta o referéndum.
Fuerte Contenido de Garantías y Derechos	Protege los derechos fundamentales.	Es una Constitución garantista con un fuerte contenido de derechos. Máxima tutela del derecho a la igualdad. Se sigue las pautas de los convenios y tribunales internacionales.
Interpretación de la Constitución y la Ley	El poder legislativo interpretaba la ley y es considerado como el primer poder del Estado. En la interpretación se procede con la subsunción y el silogismo judicial iuspositivista.	La Corte Constitucional interpreta la ley en última instancia. El juez interpreta y aplica la constitución en forma directa sin la intervención del legislador, el derecho es dúctil. La Constitución se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios. Se incorpora el criterio de la ponderación.
Principio de legalidad	Todo está sometido a la ley positiva formalmente expedida.	Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico. La norma, además de ser válidamente dictada, debe ser justa para que respete y desarrolle los derechos humanos.
Poder Ejecutivo	Esta subordinado al poder legislativo.	Hay un empoderamiento del poder ejecutivo y el poder legislativo deja de ser actor principal.
Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario.	La Corte Suprema de Justicia ya no es tribunal de última instancia y ya no aparece tan preocupada en el control de los poderes.	Hay una nueva postura institucional de los jueces, en particular de los tribunales constitucionales, en un activismo judicial, con fundamento normativo en los derechos humanos constitucionalizados deben lograr la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales.
Discrecionalidad de los jueces en su función jurisdiccional y constitucional	Los poderes políticos actúan con discrecionalidad en sus actuaciones mientras que los jueces son limitados por la ley.	Se verifica y promueve un notable aumento en la discrecionalidad de los jueces en su función jurisdiccional y constitucional.
Cambio de tesis en la definición del Derecho	El positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral.	El neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral.
Creación-aplicación de la ley.	Los jueces aplican la ley positivada	La legitimidad de la actividad de los jueces al interpretar y aplicar la constitución, pese a ser un poder contra mayoritario.
Constitución dirigente e invasora	La Constitución actúa en determinados espacios en los que no actúa la Ley.	Hay una omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, No se puede alegar islas exentas de control constitucional y por ende, espacios no sujetos a ningún tipo de control, en razón de que la constitución representa un valor supremo y por tanto, rige sobre todas las áreas del ordenamiento jurídico.
Punto de vista metodológico	Del derecho como debería ser.	Es posible identificar y describir el derecho como es.

ANEXO No. 2 CUADRO COMPARATIVO DE LA LEY DE HIDROCARBUROS ANTERIOR Y LA LEY REFORMATORIA DE 27 DE JULIO DEL 2010		
REFORMAS	L.H. 1978 REFORMADA	LEY REFORMATORIA L.H. Y LEY R.T.I JULIO 2010
Competencia para realizar las actividades hidrocarburíferas a las empresas públicas	El Estado explorará y explotará los yacimientos en forma directa a través de PETROECUADOR. También podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el País.	El Estado explorará y explotará los yacimientos en forma directa a través de las Empresas Públicas de Hidrocarburos. De manera excepcional podrá delegar el ejercicio de estas actividades a empresas nacionales o extranjeras. También podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el País.
Delegación	Las actividades hidrocarburíferas serán realizados por PETROECUADOR o por empresas nacionales o extranjeras de reconocida competencia en esas actividades.	“La Secretaría de Hidrocarburos podrá delegar las actividades de transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos, su refinación e industrialización”
Política Hidrocarburífera	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.	Corresponde a la Función Ejecutiva la formulación de la política de hidrocarburos. Para el desarrollo de dicha política, su ejecución y la aplicación de esta Ley, el Estado obrará a través del Ministerio del Ramo y de la Secretaría de Hidrocarburos.
Formulación y ejecución de la política	El Ministro del Ramo es el funcionario encargado de la ejecución de la política de hidrocarburos aprobada por el Presidente de la República.	El Ministro Sectorial es el funcionario encargado de formular la política de hidrocarburos aprobados por el Presidente de la República.
Control de los hidrocarburos	Dirección Nacional de Hidrocarburos	Se crea la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH) en reemplazo y con las funciones de la anterior DNH.
Administración y contraparte en los contratos petroleros	PETROECUADOR a través de la UACP	Se crea la Secretaría de Hidrocarburos, como entidad adscrita al Ministerio Sectorial, con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y operativa, que administra la gestión de los recursos naturales no renovables.
	Son contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquellos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan	Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquellos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan a realizar para con la Secretaría de

<p>Modalidad contractual de prestación de servicios</p>	<p>para con PETROECUADOR a realizar, con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y explotación hidrocarburífera en las áreas señaladas para el efecto invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.</p> <p>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.</p> <p>Estos reembolsos y pagos serán realizados por PETROECUADOR en dinero, de los ingresos brutos que produzcan los yacimientos que se encuentren en el área objeto del contrato. Si conviniere a los intereses del Estado, los reembolsos y pagos por servicios a la contratista podrá ser realizado en especie o en forma mixta.</p> <p>La contratista tendrá opción preferente de compra de la producción del área del contrato, a un precio que en ningún caso será inferior al precio de referencia definido en el artículo 71, no obstante, se adjudicará a la empresa que ofertare a un precio en mejores condiciones.</p> <p>Antes de cualquier distribución de los ingresos provenientes de las áreas sujetas a contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, se deducirán los costos de transporte y comercialización, así como los costos de producción, en los que se incluirán los reembolsos y pagos que PETROECUADOR deba realizar a la respectiva contratista.</p> <p>El precio de hidrocarburos, para el caso de pago en especie o para la opción preferente de compra, se fijará de acuerdo con el último precio</p>	<p>Hidrocarburos, con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.</p> <p>Cuando existieren o cuando el prestador de servicios hubiere encontrado en el área objeto del contrato hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista, se fijará contractualmente tomando en cuenta un estimado de la amortización de las inversiones, los costos y gastos, y una utilidad razonable que tome en consideración el riesgo incurrido. De los ingresos provenientes de la producción correspondiente al área objeto del contrato, el Estado ecuatoriano se reserva el 25% de los ingresos brutos como margen de soberanía. Del valor remanente, se cubrirán los costos de transporte y comercialización en que incurra el Estado. Una vez realizadas estas deducciones, se cubrirá la tarifa por los servicios prestados.</p> <p>La contratista tendrá opción preferente de compra de la producción del área del contrato, a un precio que en ningún caso será inferior al precio de referencia definido en el artículo 71, no obstante se adjudicará a la empresa que ofertare a un precio en mejores condiciones.</p> <p>El pago de la tarifa indicada será realizado en dinero, en especie o en forma mixta si conviniere a los intereses del Estado. El pago en especie se podrá efectuar únicamente después de cubrir las necesidades de consumo interno del país.</p> <p>El precio de hidrocarburos para el caso de pago en especie se fijará de acuerdo con el último precio promedio mensual de ventas externas de hidrocarburos de calidad equivalente, realizadas por PETROECUADOR.</p> <p>Podrá haber una tarifa adicional para privilegiar producciones provenientes de actividades adicionales comprometidas por</p>
--	---	--

	<p>promedio mensual de ventas externas de hidrocarburos de calidad equivalente, realizadas por PETROECUADOR.</p> <p>La definición de la comercialidad de los yacimientos constará en las bases de la contratación.</p>	<p>la contratista, a fin de impulsar el descubrimiento de nuevas reservas o la implementación de nuevas técnicas para la recuperación mejorada de las reservas existentes.</p> <p>Las contratistas garantizarán la realización de las inversiones comprometidas en el respectivo plan de desarrollo o plan quinquenal.</p> <p>La definición de la comercialidad de los yacimientos constará en las bases de contratación.</p>
Adjudicación de los Contratos	<p>Adjudicaba los contratos el Comité Especial de Licitación compuesto por él a) El Ministro del Ramo, quien lo presidirá; b) El Ministro de Defensa Nacional; c) El Ministro de Finanzas y Crédito Público.</p> <p>El Procurador General del Estado, emitirá un Informe Jurídico detallado de cada contratación, en el plazo que se fije en el Reglamento al que se refiere el inciso segundo de este artículo.</p>	<p>La adjudicación de los contratos a los que se refieren los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley la efectuará el Ministerio Sectorial mediante licitación. Para las adjudicaciones, el Ministerio Sectorial conformará un Comité de Licitaciones que se integrará y funcionará de conformidad con el Reglamento. Las bases, requisitos y procedimientos para las licitaciones serán determinados por el Comité de Licitaciones de conformidad con la Constitución y la Ley.</p> <p>Ya no se requiere informe del Procurador General del Estado.</p>
Modificación de los contratos	<p>Si conviniere a los intereses del Estado, los contratos podrán ser modificados por acuerdo de las partes contratantes y previa aprobación del Comité Especial de Licitación (CEL). Para ello se requerirán los informes previos favorables del Procurador General del Estado, del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, del Consejo de Administración de PETROECUADOR y del Ministro de Energía y Minas.</p>	<p>Si conviniere a los intereses del Estado, los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos podrán ser modificados por acuerdo de las partes contratantes y previa aprobación del Ministerio Sectorial.</p>
Pago de regalías	<p>Establecía el pago de regalías en los contratos cuya participación era de propiedad de la contratista.</p>	<p>En los contratos de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos los contratistas como Operadores, no están sujetos al pago de regalías. La totalidad de la producción del Área del contrato es de propiedad del Estado.</p>
Los daños al medio ambiente como causal de caducidad del contrato	<p>El daño al medio ambiente no era causal de caducidad del contrato.</p>	<p>Provocare, por acción u omisión, daños al medio ambiente, calificados por el Ministerio Sectorial; siempre que no los remediare conforme a lo dispuesto por la autoridad competente.</p>
Dictamen de las fuerzas Armadas para suscribir los	<p>Se requerirá dictamen en relación con la seguridad del Estado</p>	<p>Ya no se requiere dictamen, se derogan los artículos 7, 8 y 81.</p>

contratos.		
Participación laboral	La participación de los trabajadores en las utilidades era del 15 %.	En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado, que lo destinará, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social en salud y educación, a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados que se encuentren dentro de las áreas delimitadas por cada contrato, donde se lleven a cabo las actividades hidrocarburíferas, en partes iguales.
Migración de todos los contratos a una sola modalidad contractual de prestación de servicios.	Bajo la anterior ley existían contratos suscritos bajo las modalidades de participación, de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, Campos marginales y servicios.	Los contratos de participación y de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que se encuentren suscritos se modificarán para adoptar el modelo reformado de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos contemplado en el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos en el plazo de hasta 120 días, y los contratos suscritos bajo otras modalidades contractuales incluidos los contratos de campos marginales y los contratos de prestación de servicios específicos suscritos entre Petroecuador y/o su filial Petroproducción en el plazo de hasta 180 días. Plazos que se contarán a partir de la vigencia de la presente Ley; caso contrario, la Secretaría de Hidrocarburos dará por terminados unilateralmente los contratos y fijará el valor de liquidación de cada contrato y su forma de pago.

SIGLAS:

ANCAP	Administración Nacional de Combustibles, Alcoholes y Portland
ALCA	Área de Libre Comercio para las Américas.
ARCH	Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos
CEDOG	Confederación Ecuatoriana de Trabajadores Católicos
CELEC	Corporación Eléctrica del Ecuador
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CEPE	Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana
CEREPS	Cuenta Especial de Reactivación Productiva y Social
CONADE	Consejo Nacional de Desarrollo
CTE	Central de Trabajadores del Ecuador
DNH	Dirección Nacional de Hidrocarburos
ENAP	Empresa Nacional del Petróleo de Chile
FEIREP	Fondo de Estabilización, Inversión y Reducción del Endeudamiento Público
FEISEH	Fondo Ecuatoriano de Inversión en los sectores Energético e Hidrocarburífero
FEP	Fondo de Estabilización Petrolera
FMI	Fondo Monetario Internacional
FUT	Frente Unitario de Trabajadores
ITT	Ishpingo-Tambococha-Tiputini
IVA	Impuesto al Valor Agregado
MDC	Mauro Dávalos Cordero
PDVSA	Petróleos de Venezuela S.A.
PGMAP	Plan de Gobierno del Movimiento Alianza País
PND	Plan Nacional de Desarrollo
PNBV	Plan Nacional del Buen Vivir
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OCP	Oleoducto de Crudos Pesados

OPEP	Organización de Países exportadores de Petróleo
OPIP	Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza
RAE	Región Amazónica Ecuatoriana
SENPLADES	Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo
SOTE	Sistema de Oleoducto Trans Ecuatoriano
VHR	Campo Victor Hugo Ruáles