

Oficio N° 00722

Quito, D.M., 18 ENÉ 2023

Señor doctor
Xavier Fernando Santos Alvite,
MINISTRO,
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a sus oficios Nos. MEM-MEM-2022-1093-OF y MEM-MEM-2022-1168-OF de 18 de noviembre y 8 de diciembre de 2022, respectivamente, ingresados en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 18 de noviembre y 9 de diciembre del mismo año, mediante los cuales formuló las siguientes consultas:

“1. ¿Quién es el sujeto obligado a cumplir con el depósito de la asignación equivalente al 4% (no puede ser inferior a 2 dólares) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en relación a los contratos de prestación de servicios administrados por el Ministerio de Energía y Minas y suscritos antes de la vigencia de la LOPICTEA, considerando que estas empresas se dedican a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana y no tienen a su cargo la comercialización, ni perciben los recursos por los barriles de petróleo extraídos y comercializados externamente a que se refiere la Ley para el cálculo de la asignación?”

2. Al no contar con los ingresos correspondientes a la comercialización del petróleo extraído y comercializado por parte de las empresas que mantienen contratos de prestación de servicios administrados por el Ministerio de Energía y Minas y suscritos antes de la vigencia de la LOPICTEA dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana y tomando en cuenta el cálculo establecido en el artículo 60 de la LOPICTEA agradeceré se indique si el Reglamento General a la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, establece un procedimiento que permita ejecutar dicho pago?”

1. Antecedentes. -

1.1. Con oficio No. 161 de 28 de noviembre de 2022, este organismo solicitó a usted que su segunda consulta, inicialmente planteada mediante oficio No. MEM-MEM-2022-1093-OF de 18 de noviembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, sea reformulada de manera que trate sobre la aplicación general de normas jurídicas, así como se remita el informe jurídico del Coordinador General Jurídico del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM), respecto al objeto de la consulta reformulada, requerimiento que fue atendido con oficio citado al inicio del presente.

1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 00326 y 00327 de 12 de diciembre de 2022, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF) y a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables (en adelante



00722

ARCERNNR) que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de sus consultas.

1.3. Los requerimientos de esta procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas al correo institucional único de este organismo, en su orden; *i*) por la ARCERNNR con oficio No. ARCERNNR-ARCERNNR-2022-0665-OF de 19 de diciembre de 2022, ingresado el 27 de los mismos mes y año, al cual adjuntó el memorando No. ARCERNNR-CGJ-2022-0653-ME de 15 de diciembre de 2022, que contiene un criterio jurídico abstentivo¹; y, *ii*) por el MEF, con oficio No. MEF-MEF-2023-0001-O de 4 de enero de 2023, ingresado el mismo día, al que adjuntó los memorandos Nos. MEF-CGJ-2022-1118-M y MEF-SRF-2022-0837-M de 27 de diciembre de 2022, que contienen el criterio jurídico del Coordinador General Jurídico encargado y el informe técnico del Subsecretario de Relaciones Fiscales del MEF, respectivamente.

1.4. Los informes jurídicos del Coordinador General Jurídico del MEM, contenidos en memorandos No. MEM-COGEJ-2022-0816-ME y MEM-COGEJ-2022-0874-ME de 17 de noviembre de 2022 y 6 de diciembre del mismo año, respectivamente, citaron los artículos 147 numeral 13, 226, 261 numeral 11, 313 y 317 de la Constitución de la República del Ecuador² (en adelante CRE); 1453 y 1561 del Código Civil³ (en adelante CC); 12-A y 16 de la Ley de Hidrocarburos⁴ (en adelante LH); 62 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Hidrocarburos⁵ (en adelante RALH); 54, 60, Disposición Transitoria Tercera y Disposición Derogatoria Primera de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica⁶ (en adelante LOPICTEA), así como las Cláusulas Tercera, Cuarta, Décimo Quinta y, particularmente, el numeral 15.2.1 de los Contratos Modificatorios a los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (en adelante Contratos de Prestación de Servicios). Con tal fundamento, analizó y concluyó lo siguiente:

“ANÁLISIS JURÍDICO:

(...)

De manera tal que, conforme a lo señalado en el artículo 60 LOPICTEA, se desprende que la generación u origen del financiamiento del Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico, constituye una obligación que nace de la ley, y que de acuerdo al segundo inciso del mismo artículo, se ha determinado que el sujeto obligado a dicho pago en favor del FDSA sean **las empresas** nacionales y extranjeras, sean públicas, privadas, de economía mixta o de otro tipo, **dedicadas a la explotación petrolera** en la Amazonia (sic) ecuatoriana, de la forma prevista en la misma Ley.

¹El informe jurídico de la ARCERNNR manifiesta: “Conforme los antecedentes expuestos y de la normativa citada, la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables conforme lo determina el artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos tiene única y exclusivamente las competencias establecidas para la Agencia en dicha Ley, respecto del sector de Hidrocarburos, es decir le corresponden en términos generales a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no renovables el control técnico de las actividades hidrocarburíferas, por lo que, al no constituir ámbito de nuestras competencias los temas consultados, me inhibo de emitir pronunciamiento alguno”.

²CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁴LH, publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978. E

⁵RALH, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 4 de 16 de febrero de 2022

⁶LOPICTEA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 21 de mayo de 2018.

00722

(...)

Dada la naturaleza de los contratos, su objeto y alcance, es criterio de esta Coordinación Jurídica que la obligación legal impuesta en el segundo inciso del artículo 60 LOPICTEA no podría ser cumplida materialmente o ejecutada por las empresas **prestadoras de los servicios** de exploración y explotación de hidrocarburos, por cuanto las mismas no tienen a su cargo la comercialización del producto, existiendo la falta de cumplimiento de presupuesto señalado en la Ley, para el cálculo del recurso para el financiamiento del Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico, pues reciben como pago **por sus servicios una tarifa** establecida en cada uno de sus contratos, y no participan en la comercialización. Situación contraria en la operatividad de los contratos de participación, en cuyo caso sí se materializa el pago en la cuenta especial del Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico en el Banco Central del Ecuador.

ABSOLUCIÓN DE CONSULTA:

1. (...)

A la firma de los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos estaba vigente la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, norma que fue derogada para la posterior creación de la Ley para la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, sin embargo esta 'asignación' constituye un valor adicional que no puede ser descontado a las contratistas previo a la determinación del Ingreso Disponible en base a lo que determina el Art. 16 de la Ley de Hidrocarburos y el Artículo 62 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Hidrocarburos concordante con la Cláusula 15.2.1 de los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, por lo que el valor adicional debe ser cubierto a través del Presupuesto General del Estado.

Tal como lo establece la Cláusula 15.2.1 de los contrato (sic) de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que señala: '**Cualquier valor adicional que sea requerido para cubrir dichos impuestos o gravámenes provendrá del Presupuesto General del Estado**', al ser la LOPICTEA una norma emitida posterior a la suscripción del contrato y considerando que las Contratistas no comercializan el Crudo el sujeto obligado a cumplir con el depósito de la asignación equivalente al 4% del precio de venta por cada barril de petróleo es el Estado Ecuatoriano a través del presupuesto general del Estado.

2. (...)

Considerando que no existe norma específica que determine el procedimiento requerido, el Ministerio de Energía y Minas deberá dar estricto cumplimiento a lo que determina la Constitución de la República, las leyes de la materia y honrar los contratos suscritos para la prestación de servicios de exploración y explotación de Hidrocarburos, adicionalmente en caso de ser imperante deberá emitirse los instrumentos jurídicos necesarios para regular el procedimiento y dar cumplimiento con lo que determina artículo 60 de la LOPICTEA".



00722

De su parte, el segundo informe jurídico del MEM, contenido en memorando No. MEM-COGEJ-2022-0874 de 6 de diciembre de 2022, con relación a la segunda consulta reformulada, concluye lo siguiente:

“El Reglamento General a la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica tiene por objeto regular las acciones, procedimientos generales, instrumentos y mecanismos que permitan la aplicabilidad de lo dispuesto en la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en observancia de los principios constitucionales y fines establecidos en la Ley, la Sección Segunda Artículo 54 ibidem, versa sobre el Fondo Común para la Circunscripción Territorial Amazónica, en el cual establece el Destino de los Fondos y la Administración del Mismo, sin embargo, de la lectura y análisis del reglamento en mención no se desprende un procedimiento que instrumente la ejecución del pago por ingresos correspondientes a la comercialización del petróleo extraído y comercializado por parte de las empresas que mantienen contratos de prestación de servicios administrados por el Ministerio de Energía y Minas y suscritos antes de la vigencia de la LOPICTEA dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana.

Por su parte la Carta Magna en su Artículo 147 determina las atribuciones del Presidente de la República y señala en su numeral 13 lo siguiente: ‘Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración’, por lo expuesto esta Cartera de Estado considera que, en ejercicio de la facultad reglamentaria, se podrá emitir un instrumento jurídico que establezca un procedimiento”.

1.5. El criterio jurídico institucional del MEF, además de las normas citadas por el MEM, invoca el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la CRE y cita el artículo 52 del Reglamento General a la LOPICTEA⁷ (en adelante RGLOPICTEA), con fundamento en los cuales, respecto de las consultas del MEM, analiza y concluye lo siguiente:

“3.1. Acerca de la primera consulta, se debe aclarar que la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 21 de mayo 2018, derogó la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Amazónico y Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, ley que se encontraba vigente a la firma de los contratos de prestación de servicios para la explotación y exploración de hidrocarburos, (...).

(...) **en la ley anterior se establecía un impuesto o gravamen sobre cada barril de petróleo, cuya recaudación era competencia del ente público conforme a la normativa vigente para aquella época, en tanto que, en la nueva ley se hace alusión a una asignación que incrementa el Fondo,** equivalente al cuatro por ciento (4%) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica (mínimo USD 2), y que se comercialice en los mercados interno y externo, mismo que deberá depositarse mensualmente por las empresas dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana, en la cuenta especial del Banco Central del Ecuador (el resaltado me corresponde).

⁷ RGLOPICTEA, expedido mediante Decreto 1264, publicado en el Quinto Suplemento del Registro Oficial 409 de 12 de marzo de 2021.

00722

(...)

En razón de lo expuesto, la Coordinación General Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, se pronuncia en el sentido que quienes deben realizar el depósito mensual de los valores a los que se refiere el inciso primero del artículo 60 de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en la cuenta especial del Banco Central del Ecuador denominada '*Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico*', son las empresas dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana.

3.2. En relación a la segunda pregunta, conforme al artículo 52 del Reglamento a la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, se determina que la creación, porcentaje, cálculo, distribución y transferencia del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, a favor de los gobiernos autónomos descentralizados, se someterá a lo establecido en la propia ley y en la normativa secundaria que regule su procedimiento.

Por lo tanto, el procedimiento para ejecutar dicho pago, al no constar de manera expresa en la ley correspondiente ni en el reglamento vigente, correspondería establecerlo a la Cartera de Estado que ejerce la rectoría del sector petrolero.

En este contexto, en el supuesto no consentido que se determinare que por el principio constitucional de seguridad jurídica, deba ser el Estado ecuatoriano el que asuma el pago de la diferencia que se deriva entre la aplicación de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y la derogada Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Amazónico y Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, en el procedimiento que emita el órgano competente, necesariamente deberá incluirse la solicitud que deba hacerse de la asignación presupuestaria respectiva al Ministerio de Economía y Finanzas, pues este legalmente no podrá actuar de oficio para cumplir con la asignación que nos ocupa".

Adicionalmente, el Memorando No. MEF-SRF-2022-0837-M que suscribe el Subsecretario de Relaciones Fiscales, en relación a la materia de consulta del MEM manifiesta que no le corresponde participar "*en los procesos de estimación, revisión, generación o distribución del ingreso petrolero, que permita pronunciarse sobre las consultas presentadas (...)* y agrega:

"En este sentido, si bien una empresa pública – Petroecuador EP participa del proceso establecido en la Ley Orgánica de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, esta cumple con lo dispuesto en la normativa legal vigente, por medio de la asignación de los recursos, en cumplimiento de la norma, a través del Banco Central del Ecuador".

Sobre la base de los mencionados informes, concluye el Ministro de Economía y Finanzas que:

"(...) son las empresas dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana quienes deben realizar el depósito mensual de los valores a los que se



00722

refiere el inciso primero del artículo 60 de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en la cuenta especial del Banco Central del Ecuador denominada 'Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico'.

Así también y en relación a la segunda consulta, se debe concluir que conforme al artículo 52 del Reglamento a la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, el procedimiento para ejecutar dicho pago, al no constar de manera expresa en la ley correspondiente ni en el reglamento vigente, **correspondería establecerlo a la Cartera de Estado que ejerce la rectoría del sector petrolero.**

Es necesario dejar claramente establecido que, **en el procedimiento que deba dictar la Cartera de Estado que ejerce la rectoría del sector petrolero, como único y exclusivo órgano competente, es imprescindible y sumamente necesario que en su contenido se incluya la solicitud por parte del MEM de la asignación presupuestaria respectiva al Ministerio de Economía y Finanzas, siempre y cuando sea el Estado Ecuatoriano el que deba asumir esta obligación**, ya que esta Cartera de Estado legalmente no podrá actuar de oficio para cumplir con asignación alguna" (el resaltado me corresponde).

1.6. De lo expuesto se observa que, los criterios jurídicos del MEM y del MEF, en cuanto a la aplicación del artículo 60 de la LOPICTEA respecto de los contratos de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos difieren, pues:

Con relación a la primera pregunta: *i)* el MEM considera que la asignación prevista en esa norma constituye un valor adicional que no puede ser descontado a las contratistas previo a la determinación del ingreso disponible para el pago de la tarifa por sus servicios, por lo que tratándose de una asignación debe ser cubierta a través del Presupuesto General del Estado; y, *ii)* por su parte, el MEF señala que esa asignación corresponde a las empresas que realizan la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana.

Respecto de la segunda consulta: *i)* el MEM plantea que el RGLOPICTEA no prevé un procedimiento que permita ejecutar el pago de la asignación prevista en el artículo 60 de la LOPICTEA, por lo que corresponde al Presidente de la República reglamentar el mismo, en el ejercicio de la atribución del numeral 13 del artículo 147 de la CRE; y, *ii)* por su parte, el MEF considera que al no constar dicho procedimiento de manera expresa en la LOPICTEA ni en su reglamento, corresponde establecerlo a la cartera de Estado que ejerce la rectoría del sector petrolero, que deberá incluir la solicitud del MEM para que el MEF realice la asignación presupuestaria.

2. Análisis.-

Como antecedente se considera que, el artículo 1 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales codificada⁸ creó el Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y lo financió "(...) con los ingresos provenientes del **impuesto equivalente a un dólar de los Estados Unidos de**

⁸ Ley 010, publicada en el Registro Oficial No. 30 de 21 de septiembre de 1992, codificada mediante Registro Oficial No. 222 de 1 de diciembre de 2003; derogada por la Disposición Derogatoria Primera de la LOPICTEA.

América (USD 1.00), por cada barril de petróleo que se extraiga en la Región Amazónica, y se comercialice en los mercados interno y externo” (el resaltado me corresponde). Dicha ley fue expresamente derogada por la Disposición Derogatoria Primera de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales LOPICTEA, sobre la que tratan sus consultas. El inciso primero del artículo 60 de la LOPICTEA creó el Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico (en adelante FDSA) financiado con “una **asignación equivalente al cuatro por ciento (4%) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y que se comercialice en los mercados interno y externo**” que: “En ningún caso la asignación a la que se refiere la presente disposición, será inferior a dos dólares de los Estados Unidos de América (USD 2,00), por cada barril de petróleo” (el resaltado me corresponde).

Por lo expuesto, para facilitar el estudio de la materia objeto de sus consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Pronunciamientos previos sobre la materia; *ii)* Los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos; *iii)* Política hidrocarburífera y competencias regulatorias; y, *iv)* El FDSA y su regulación en el Reglamento General a la LOPICTEA.-

2.1. Pronunciamientos previos sobre la materia. -

En pronunciamiento contenido en el oficio No. 16727 de 29 de noviembre de 2021⁹, este organismo atendió dos consultas del Consorcio de Municipios Amazónicos y Galápagos (en adelante COMAGA) sobre la aplicación del artículo 60 de la LOPICTEA¹⁰, que establece la asignación que financia el FDSA. El mencionado pronunciamiento manifestó y concluyó lo siguiente:

“Las premisas normativas para la asignación que financia el FDSA, señaladas en el acápite anterior, son: *i)* que la explotación se realice en la CTEA; *ii)* que la comercialización de cada barril de petróleo producido en el CTEA se realice en el país o fuera de él; y, *iii)* corresponde al CTEA la asignación del 4% del valor del precio de venta de cada barril, que no puede ser inferior a USD 2,00.

En este contexto, cabe analizar que, de acuerdo con el artículo 26 del ROH, las definiciones de los términos técnicos, operativos y económicos utilizados en esa norma están señalados en el Anexo A ‘DEFINICIÓN DE TÉRMINOS’ y, que, de no constar en ese anexo, se deberá revisar la normativa específica y los contratos de hidrocarburos en cuanto fuere aplicable.

⁹ Ante el pedido de reconsideración de la consultante, con relación a la segunda consulta, este pronunciamiento fue ratificado mediante oficio No. 17015 de 27 de diciembre del mismo año.

¹⁰ LOPICTEA, Art. 60: “Créase el Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, que se financiará con una asignación equivalente al cuatro por ciento (4%) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y que se comercialice en los mercados interno y externo. En ningún caso la asignación a la que se refiere la presente disposición será inferior a dos dólares de los Estados Unidos de América (USD 2,00), por cada barril de petróleo.

Para el financiamiento del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico las empresas nacionales y extranjeras, sean públicas, privadas, de economía mixta o de otro tipo, dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonia ecuatoriana, depositarán mensualmente los valores mencionados en el inciso anterior, en la cuenta especial del Banco Central del Ecuador, denominada Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico”.





00722

(...)

Por otra parte, en cuanto a la comercialización, el citado Anexo A define a la comercialización interna como 'Actividades de distribución y venta al público de Gas Natural, Derivados, Biocombustibles y sus mezclas, a nivel Nacional', y a la comercialización internacional de hidrocarburos, como 'Actividades que consisten en la importación y Exportación de Hidrocarburos'.

(...)

Respecto de su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 60 y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, **el Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico se financia con una asignación equivalente al cuatro por ciento (4%) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y que se comercialice tanto en los mercados interno como externo**; por lo que, al no estar prevista la comercialización de petróleo crudo en el mercado interno, según la definición que consta en el Anexo A del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, ese rubro es inaplicable en la base de cálculo de la asignación que, en consecuencia, se debe realizar respecto del valor de venta de los barriles comercializados en el mercado externo" (el resaltado me corresponde).

El mencionado pronunciamiento analizó las premisas normativas de la asignación que financia el FDSA, que según el artículo 60 de la LOPICTEA son la explotación de petróleo en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y su comercialización en los mercados interno y externo.

Es necesario precisar que en la misma fecha de la expedición del pronunciamiento de este organismo se publicó la reforma a la LH, introducida por el Título X "*Reformas a la Ley de Hidrocarburos*" de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19 (en adelante LODESF)¹¹, y con posterioridad se expidió el RALH en actual vigencia.

2.2. Los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.-

El numeral 11 del artículo 261 de la CRE establece que el Estado Central tiene competencias exclusivas sobre "*Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales*". El inciso primero del artículo 313 ibídem determina que el Estado se reserva el derecho de "*administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia*". El inciso tercero del citado artículo incluye entre los sectores estratégicos a los recursos naturales no renovables y al transporte y la refinación de hidrocarburos.

¹¹ LODESF, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 29 de noviembre del 2021.



00722

El inciso primero del artículo 2, sustituido¹² de la LH dispone que el Estado explorará y/o explotará los yacimientos de hidrocarburos, en forma directa a través de las empresas públicas de hidrocarburos y de manera excepcional podrá delegar el ejercicio de estas actividades, para lo cual establece las modalidades contractuales para la exploración y explotación hidrocarburífera, entre ellas los contratos de prestación de servicios a los que alude su consulta, cuya celebración corresponde al Ministerio del ramo y que están regulados por el artículo 16 de la LH, que prevé:

“Art. 16.- 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 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.

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.** (...) (el resaltado me corresponde).

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

De su parte, el inciso quinto del artículo 49 de la LH prescribe 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. La totalidad de la producción del área del contrato es de propiedad del Estado*” (el resaltado me corresponde).

En lo que atañe al pago a las contratistas, el artículo 62 del RALH, ubicado en el capítulo VII “DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS”, aún se refiere al tributo que establecía la legislación anterior, según se aprecia de su tenor:

“Art. 62.- Cálculo del ingreso disponible para el pago a las contratistas.- Sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones tributarias conforme a la ley ecuatoriana, el ingreso disponible para el pago a las contratistas de prestación de servicios de exploración y explotación de Hidrocarburos, será el valor resultante de la diferencia entre el ingreso bruto del contrato y la suma de los siguientes conceptos:

- a) Margen de Soberanía;
- b) Costos de Transporte del Estado;

¹² Artículo sustituido por el artículo 131 de la LODESF.



00722

- c) Costos de Comercialización;
- d) Los tributos establecidos en la Ley de Creación de Rentas Sustitutivas para las provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos, si los mismos resultasen aplicables; y,
- e) **Los tributos establecidos en la Ley de Circunscripción Territorial Amazónica, los mismos que se aplicarán a los contratos que se suscriban a partir de la vigencia del presente Reglamento, cuando fueren aplicables”** (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* el Estado Central se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia; *ii)* La LH dispone que el Estado explorará y/o explotará los yacimientos de hidrocarburos, en forma directa a través de las empresas públicas de hidrocarburos y de manera excepcional podrá delegar el ejercicio de estas actividades, para lo cual establece, entre otras modalidades contractuales, a los contratos de prestación de servicios, cuya celebración corresponde al Ministerio del ramo; *iii)* Los contratos de prestación de servicios son aquellos en los que personas jurídicas se obligan con sus propios recursos económicos a efectuar servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, y reciben como contraprestación una tarifa fija, que se obtiene como resultado de la diferencia entre el ingreso bruto del contrato del cual se deduce la suma de los conceptos determinados en los artículos 16 de la LH y 62, letra c) del RALH, entre ellos los costos de comercialización “*en que incurra el Estado*”; y *iv)* En los contratos de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos, según el quinto inciso del artículo 49 de la LH, la totalidad de la producción del área del contrato es de propiedad del Estado.

2.3. Política hidrocarburífera y competencias regulatorias.-

El inciso primero del artículo 151 y numeral 1 del artículo 154 de la CRE prevén que los ministros de Estado representan al Presidente de la República “*en los asuntos propios del ministerio a su cargo*” y les corresponde “*1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión*”.

Al respecto, el artículo 9 de la LH asigna al ministro sectorial en materia hidrocarburífera competencia para “*formular la política de hidrocarburos aprobados (sic) por el Presidente de la República, así como de la aplicación de la presente Ley*”. El segundo inciso de esa norma prevé que la industria petrolera es “*una actividad altamente especializada*”, por lo que será normada por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero -actual ARCERNR¹³-, en 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*”. Dicha norma es concordante con los artículos 2, 3 y 6 del RALH.

¹³ Mediante decreto No. 1036, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 209 de 22 de mayo de 2020, se dispuso:
Art. 1.- Fúndese la Agencia de Regulación y Control Minero, la Agencia de Regulación y Control de Electricidad y la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos en una sola entidad denominada “Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables”.
Art. 2.- Una vez concluido el proceso de fusión, todas las atribuciones, funciones, programas, proyectos, representaciones y delegaciones constantes en leyes, decretos, reglamentos y demás normativa vigente que le correspondían a la Agencia de Regulación y Control Minero, a la Agencia de Regulación y Control de Electricidad y a la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos, serán asumidas por la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables.” (el resaltado me corresponde).

00722

Entre las atribuciones de la actual ARCERNNR, como organismo técnico administrativo adscrito al MEM “*encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera*”, el artículo 11 de la LH incluye las siguientes:

- a. Regular, controlar y fiscalizar las operaciones de exploración, explotación, industrialización, refinación, transporte, y comercialización de hidrocarburos;
- b. Controlar la correcta aplicación de la presente Ley, sus reglamentos y demás normativa aplicable en materia hidrocarburífera;
- c. Ejercer el control técnico de las actividades hidrocarburíferas;
- (...)
- k. Las demás que le correspondan conforme a esta Ley y los reglamentos que se expidan para el efecto”.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 3 del Reglamento¹⁴ para el funcionamiento del directorio de la ARCERNNR, el titular del ente rector de Energía y Recursos Naturales No Renovables, o su delegado permanente, preside el directorio de esa agencia.

De lo expuesto se observa que: *i)* corresponde al ministro sectorial la formulación de la política de hidrocarburos, aprobada por el Presidente de la República, así como la aplicación de la LH y la rectoría de esa área; *ii)* la industria petrolera es “*una actividad altamente especializada*”, que se rige por la CRE y la ley, y requiere normativa secundaria; y, *iii)* la ARCERNNR es un organismo técnico administrativo, adscrito al MEM, “*encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera*”, en lo concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los Hidrocarburos y de sus derivados.

2.4. El FDSA y su regulación en el Reglamento General a la LOPICTEA.-

El numeral 13 del artículo 147 de la CRE confiere al Presidente de la República la atribución de: “*Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración*”. En el ejercicio de esa atribución se expidió el RGLOPICTEA que como objeto normativo en su artículo 1 señala: “*regular las acciones, procedimientos generales, instrumentos y mecanismos que permitan la aplicabilidad*” de lo dispuesto en la LOPICTEA “*en observancia de los principios constitucionales y fines establecidos en la Ley*”.

Al respecto, el primer inciso del artículo 52 del Reglamento General de la LOPICTEA, ubicado en el Capítulo III “*INSTRUMENTOS ECONÓMICOS DE FOMENTO DE LA PLANIFICACIÓN INTEGRAL PARA LA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL ESPECIAL AMAZÓNICA*”, Sección I “*FONDO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE AMAZÓNICO*”, señala:

¹⁴Resolución publicada en el Registro Oficial No. 447 de 7 de mayo de 2021.





00722

“Art. 52.- Fondo para el desarrollo sostenible amazónico.- La creación, porcentaje, cálculo, distribución y transferencia del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, se someterá a lo establecido en la Ley para la Planificación de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, **y la normativa secundaria que regule su procedimiento**” (el resaltado me corresponde).

Por otra parte, el artículo 74, numeral 15¹⁵ del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (en adelante COPLAFIP), en cuanto a los deberes y atribuciones del MEF como ente rector del SINFIP incluye la siguiente:

“(…) 15.- **Dictaminar en forma previa, obligatoria y vinculante sobre todo proyecto de ley, decreto, acuerdo, resolución, o cualquier otro instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los recursos públicos** o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero, exceptuando a los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Las Leyes a las que hace referencia este numeral serán únicamente las que provengan de la iniciativa del Ejecutivo en cuyo caso el dictamen previo tendrá lugar antes del envío del proyecto de ley a la Asamblea Nacional” (el resaltado me corresponde).

El artículo 226 de la CRE establece el principio de legalidad, según el cual las instituciones del Estado “(…) *ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley*”. Concluye esa norma que, por tanto, “*Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*”.

De lo expuesto se observa que: *i)* de acuerdo con el RGLOPICTEA, el procedimiento de cálculo, distribución y transferencia del FDSA se somete a la LOPICTEA y requiere regulación a través de normativa secundaria; *ii)* le corresponde al MEF dictaminar en forma previa, obligatoria y vinculante sobre todo proyecto de instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero; y, *iii)* conforme el artículo 226 de la CRE, las entidades y organismos del sector público deben coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 16 y 49 de la LH, en los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos la totalidad de la producción del área es propiedad del Estado. En consecuencia, respecto de dichos contratos no se cumple la premisa establecida por el artículo 60 de la LOPICTEA para financiar la asignación al Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, que es la comercialización del crudo, y por tanto, el sujeto obligado a financiar la asignación legal al Fondo es el Estado ecuatoriano.

¹⁵ Reformado por el numeral. 1 del Art. 5 de la Ley publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de diciembre de 2017.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

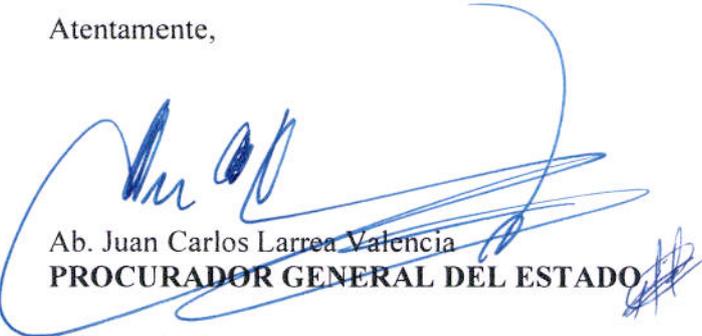
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS
00440-2023
Página. 13

00722

Con base en el análisis jurídico efectuado, respecto de su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 9, segundo inciso y 11, letra a) de la LH y en virtud de que la industria petrolera es una actividad altamente especializada, corresponde a la ARCERNNR, regular las diversas actividades de la industria petrolera y por tanto el desarrollo de la normativa secundaria, en materia de hidrocarburos, a la que se refiere el artículo 52 del RGLOPICTEA, para el cálculo, distribución y transferencia del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, establecido por el artículo 60 de esa ley. Al efecto y por el impacto en los recursos públicos, dicha agencia deberá contar con el dictamen previo, obligatorio y vinculante del MEF, según el numeral 15 del artículo 74 del COPLAFIP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a casos institucionales específicos.

Atentamente,


Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Pablo Arosemena Marriot,
Ministro de Economía y Finanzas

Mgs. Luis Jorge Maingon Velasco,
Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables

Abg. Washington Varela Salazar,
Presidente de la Comisión Especializada Permanente de Biodiversidad y Recursos Naturales de la Asamblea Nacional