

Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador

1. Las reglas de juego

Guillaume Fontaine, editor

Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador

1. Las reglas de juego



© De la presente edición:
FLACSO, Sede Ecuador
Páez N19-26 y Patria,
Quito – Ecuador
Telf.: (593-2-) 2232030
Fax: (593-2) 2566139
www.flacso.org.ec

Petroecuador
Gerencia de Protección Ambiental
Juan Pablo Sanz e Ñaquito
Ed. Cámara de la Construcción
Quito
Tel: 24 68 753 o 24 69 665
email: gpa@petroecuador.com.ec
web: www.petroecuador.com.ec

ISBN:-9978-67-079-3
Coordinación editorial: Alicia Torres
Cuidado de la edición: Paulina Torres
Diseño de portada e interiores: Antonio Mena
Imprenta: RISPERGRAF
Quito, Ecuador, 2003
1ª. edición: septiembre, 2003

Índice

Presentación	9
Presentación Petroecuador	
Explotación petrolera: ¿Oportunidad para el desarrollo sostenible o una seria amenaza?	11
<i>Edmundo Guerra V.</i>	
Introducción	15
<i>Guillaume Fontaine</i>	
Capítulo I	
Cuestiones de método	
Las perspectivas de discusión de los temas socio-ambientales vinculados a la explotación petrolera en el Ecuador: posiciones encontradas o encuentro de posiciones	27
<i>Teodoro Bustamante</i>	
Indicadores de gestión e impactos de la actividad petrolera en la Región Amazónica Ecuatoriana	51
<i>Aída Arteaga M.</i>	
Aportes a una sociología del conflicto socio-ambiental	79
<i>Guillaume Fontaine</i>	

Capítulo II

Cuestiones normativas

El papel de la sociedad civil en la inclusión de los derechos colectivos en la Constitución ecuatoriana	105
<i>Gina Chávez</i>	
Medio ambiente y administración de justicia	121
<i>Xavier Sisa</i>	
Participación, consulta previa y participación petrolera	139
<i>Jorge Albán</i>	
La participación ciudadana en el desarrollo energético sustentable en América Latina y el Caribe	153
<i>Verónica Potes</i>	

Capítulo III

Cuestiones políticas

La descentralización de competencias ambientales: un problema de recursos y capacidades	163
<i>Lautaro Ojeda Segovia</i>	
El petróleo: ¿una amenaza o una oportunidad para la conservación y el desarrollo sostenible en Ecuador?	181
<i>Amanda Barrera de Jorgenson</i>	
La evolución del régimen de contratación con relación al manejo sostenible de las actividades hidrocarburíferas	187
<i>Roberto Caballero Carrera</i>	
La experiencia ambiental hidrocarburífera en el Ecuador	197
<i>René Ortiz Durán</i>	
Bibliografía	203

Capítulo III

Cuestiones políticas

La evolución del régimen de contratación con relación al manejo sostenible de las actividades hidrocarburíferas

Roberto Caballero Carrera

Introducción

La preocupación nace porque el Estado ha convocado, hasta ahora, ocho licitaciones con reglas distintas a las vigentes al momento. De estas ocho licitaciones, sólo una de ellas fue declarada desierta: la sexta¹. Producto de esas ocho licitaciones, se adjudicó un total de 16 bloques; cada uno de 200.000 has en el territorio continental. La modalidad inicial, con la que se empiezan las rondas licitatorias (de la primera a la sexta) fue a través del contrato de prestación de servicios; contrato de prestación de servicios que equivale a decir, “que las empresas van a trabajar para el Estado”, y por este trabajo se les reconocía, o se les debe reconocer (porque está vigente todavía en la ley esta forma contractual) una tasa por la prestación del servicio y una fórmula para recuperar las inversiones (esta fórmula fue complicada y no dio resultados).

Participé en la fase de renovación de la Ley de Hidrocarburos porque, como procurador de Petroecuador, debía dar opiniones iniciales, sobre bases, términos de referencia, documentos precontractuales, cuya aprobación está asignada a un organismo específico, el Comité Especial de Licitación (CEL). Parecía ser que el cambio de modalidad contractual, de concesión a

1 N. del E.: ocurrió lo mismo con la 9ª ronda de licitaciones, declarada desierta en el primer semestre de 2003.

prestación de servicios, prometía mejores resultados, sobre todo cuando se anunciaba que para la década del ochenta si no se cambiaba la modalidad contractual, no teníamos oportunidad de ingreso de nuevo capital extranjero, muy requerido para poder explotar el petróleo. Se implantó, entonces, en el Ecuador el contrato de prestación de servicios. No es el momento para analizar el éxito o fracaso, pero éste no ha dado resultados.

En la década del noventa comencé a trabajar en el Ministerio (primero en la comisión asesora de política petrolera, y luego de subsecretario²) y debí analizar las perspectivas de una nueva contratación, porque creía que había que superar, y todavía lo creo, lo que fue el contrato de prestación de servicios. Se acogió mucho de lo que en Colombia ya era un éxito con sus licitaciones internacionales, con un contrato que ellos llamaron de “asociación” (muy distinto al que está contemplado en la Ley de Hidrocarburos vigente, donde hay un contrato de asociación, que es un híbrido de una compañía de economía mixta, pero no igual al de asociación como el colombiano).

Pues bien, aquí se le dio el nombre de “participación”, porque se iba a participar de lo que se produzca sin correr (como en el contrato anterior que se mencionó) con los costos y gastos de la operación para reembolsarlos. “Aquí no se reembolsa nada dijeron, aquí vamos a participar en un pastel, en el cual la torta se reparte entre el contratista (operador) y Petroecuador (el Estado).”

En las corridas que se hicieron (confiadas a los economistas, los técnicos, los matemáticos) daban unos porcentajes altos, pero, según nos dice el Presidente Ejecutivo de Petroecuador, hace pocos días, publicado en los diarios *Expreso* de Guayaquil y *Hoy*, estos contratos no rinden ni el 10%. Yo diría que los cálculos no deberían ser del 10%, porque según la Ley de Hidrocarburos, la regalía (que es la base que se ha tomado para la participación) no puede ser nunca inferior al 12,5%. Pero en realidad, están rindiendo lo que equivaldría como mínimo a las regalías establecidas en la ley. Vuelvo a repetir, desde el año 1971 cuando se la expidió, se puso límites a Texaco, se puso límites a las contratistas de ese entonces, para todos la misma medida. Por ejemplo, reducir las áreas de explotación: antes eran millones, pasaron

2 N. del E.: se trata del Ministerio de Energía y Minas, donde el autor fue secretario de Protección Ambiental.

a ser 200.000 has máximo por bloque. Se limitaba a dos bloques máximo, luego se dijo uno en la Costa, alternando con el Oriente. Lo cierto es que después, en el gobierno del ingeniero León Febres Cordero, se aprobó como decreto ley (porque no lo aprobó ni conoció el Congreso) la Ley 24, que permite asignar a la misma empresa cuantos bloques requiera. Lo que no se puede es compensar ganancias y pérdidas de un bloque con otro.

El régimen legal de la contratación petrolera

El régimen legal de la contratación petrolera que se aplicó en las ocho rondas que convocó el Estado ecuatoriano desde 1983 y los reglamentos que se dictaron para la séptima y octava ronda, ya no pueden ser aplicados. Yo me preguntaría ¿qué pasó con la ley, si fue una ley tan prodigiosa, que se concibió en el alto cenáculo de la sapiencia económica, que hacía cálculos y corridas de ventaja para el Ecuador, ha quedado desactualizada?. Tal es así que, en las mismas declaraciones que tomo como referencia, se dice que se contrata al Instituto Colombiano de Petróleo para que nos formule propuestas de nueva modalidad contractual; y que se formule propuestas, por supuesto, de la fórmula de recuperación para el Estado ecuatoriano y de recuperación de las inversiones que hace la operadora contratista.

Entonces, ¿cómo nos encontramos en este momento frente a la eventualidad que efectivamente este gobierno convoque a una nueva ronda licitatoria? Pues, primeramente yo creo que hay que modificar el marco legal; pero se me contestará que eso es lento ya que el Congreso Nacional no la emitiría para convocar a una ronda licitatoria en los pocos meses de ejercicio de este gobierno³. Tal vez, a través de vía reglamentaria y de bases actualizadas de contratación, llegar a esta aspiración que todos tenemos de inversión extranjera y de explotación de lo que tenemos en el subsuelo, con reglas claras (que es lo que se precisa), y sobre todo, lo que siempre se ha reclamado en el ámbito internacional: todo el mundo pide respeto a la legalidad y nos hemos jactado, cuando ha habido oportunidad de hablar, que el Ecuador no ha quebrado un solo contrato.

3 N. del E.: el gobierno de Gustavo Noboa (2000-2002).

Y cuando un osado empresario, en una reunión de presentación del campo energético a la Comunidad Europea en el Palacio de las Naciones de Bruselas, pidió mi opinión, pude desmentir a un representante de una transnacional que decía: “¿Qué vienen a ofrecernos los ecuatorianos, si acaban de confiscar las operaciones de Texaco?” En mi calidad de procurador, fui el representante del Ecuador para el traspaso de las operaciones el día 6 de junio de 1992. Pacífica, tranquila y ordenadamente en un acta firmada ante notario. No hubo confiscación, sino que el gobierno de entonces no quiso prorrogar el contrato, como esperaba Texaco. No quiso, a la vez, concederle ciertos contratos accesorios como el de la exploración terciaria, mejorada, etc. Pero con Texaco no hubo ninguna pelea antes de terminar el contrato. Hicimos salvaguardas, dejamos constancia que no se aceptaba que las áreas estén limpias. Dejamos constancias en adéndum que había que hacer un registro de los activos, de los inventarios, de todo lo que dejaba Texaco.

Para convocar una nueva ronda licitatoria, el Estado debe tener documentos claros, precisos y concretos. Ahora, esos documentos claros, precisos y concretos, van a tener un aditamento nuevo que muy pocos conocen, referente a la elevación al nivel constitucional del medio ambiente. En una conferencia virtual, convocada por el Banco Mundial, dirigía la conferencia el procurador ambiental de México; otros replicantes eran el fiscal ambiental de Bolivia y el contralor ambiental en el Perú. Aquí en el Ecuador no teníamos ese nivel, solo participamos unos principiantes con deseos de aprender algo del aspecto ambiental. Veíamos a estos procesos como han cambiado en el mundo, y se asombraron de que, en verdad, en el ámbito constitucional tengamos varias disposiciones para la protección del medio ambiente.

Es un Estado democrático, republicano, presidencialista, alternativo, responsable, etc. Artículo 2: el Estado ecuatoriano, irreductible, imprescriptible, inalienable, etc. Artículo 3 (se entra a lo preciso) en el numeral 3 dice que son deberes primordiales del Estado “defender el patrimonio natural y cultural del país [...] y proteger el medio ambiente”. Es decir, de acuerdo a los principios fundamentales del Estado (primero: como estamos constituidos en república democrática, segundo: el territorio, tercero: es deber de este Estado proteger el medio ambiente), es una nación ambientalista.

Y luego hay una sección especial que no había en la Constitución codificada previa a la de 1998. Pero, aunque se expide la Constitución en 1998 y se promulga la Ley de Gestión Ambiental en julio de 1999, el Reglamen-

to Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas se expide en el 2000 y todavía no tiene la normativa completa.

Entonces, tenemos que empezar por actualizar la legislación para poder convocar rondas licitatorias con el principio —que sostengo— de la legalidad, de la transparencia, de la claridad. Eso es lo que se quiere en el mundo: reglas claras, nada improvisado, sin aceleramientos porque la improvisación y la aceleración crean después una discontinuidad. No hay como enfrentar los problemas que se presentan, y no quisiera que después de diez años se repitan mis experiencias. Yo era un optimista en la década del ochenta, optimista en la década del noventa. Yo diría que ahora soy un optimista fracasado, porque yo participé con entusiasmo en ambas oportunidades y los resultados son magros, muy pobres.

El tema a desarrollar, pues, es la incidencia de la normativa socio-ambiental en el régimen de contratación petrolera; haciendo relación a las disposiciones sobre manejo sostenible de las actividades hidrocarburíferas. Pero, ¿qué es desarrollo sostenible? Para la Ley de Gestión Ambiental, que trae un glosario, es el mejoramiento de la calidad de vida humana, dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas; implica la satisfacción de las necesidades actuales sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones. Esta es una definición muy híbrida, muy complicada.

En la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo, que se recoge en cualquier libro de consulta sobre hidrocarburos, sobre medio ambiente, siempre se cita la definición adoptada en 1987. Desarrollo sostenible es, más simple, un desarrollo que permite la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras en satisfacer las suyas. La nuestra, la del glosario de la Ley de Gestión Ambiental es híbrida porque mezcla junto a naturaleza, el capital que constituye la naturaleza, que eso hay que dejarlo intangible (sin tocar) para las generaciones futuras, y lograr el desarrollo de la generación actual.

Yo acojo esta declaración que la he encontrado repetida en cualquier libro de consulta sobre la temática: desarrollo que permite la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras en satisfacer esas necesidades. Nosotros no debemos consumir todo, no debemos desgastar el ambiente, dejemos para las generaciones futuras una reserva.

En el aspecto concreto de la normativa legal, la Ley 44, a la que hemos hecho referencia, que fue reformada el mismo año por la Ley 49 para aclarar aquello de los campos marginales y los reglamentos de aplicación que se expidieron para esta Ley 44 son realmente inaplicables porque no contemplan la variable ambiental, ni el desarrollo socio-comunitario, componentes básico en la actualidad para poder trabajar en el campo energético. Las bases fundamentales para abordar esta temática se pueden resumir en tres: la Constitución de la República, la Ley de Gestión Ambiental y el Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas.

Ya habíamos mencionado que en la Constitución Política del Estado, el artículo 3, numeral 3 consagra al Ecuador como un Estado ambientalista. Vuelvo a repetirlo: estipula, demanda, con precisión, que es obligación del Estado, deber primordial del Estado defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente. Luego, más adelante, en otra normativa, el artículo 23, en el numeral 6 se precisa que, sin perjuicio de los derechos (ya entra al campo de los derechos de las personas) establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. Primero, en la Constitución del Estado se habla de un Estado ecológico, ambientalista. Luego, como una garantía a las personas, es decir el Estado como tutor de la persona dicta una norma tuitiva, para garantizar a las personas a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. Se establece, además, que la ley fijará restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, con la finalidad de proteger el medio ambiente.

Otra norma dice que el Estado, sus delegados y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales en los términos señalados en el artículo 20 de esta Constitución. El artículo 20 se refiere a la responsabilidad del Estado a reponer el daño que causen sus funcionarios, sin perjuicio del derecho de repetición contra el funcionario causante del perjuicio. O sea que el Estado es solidario con los perjuicios y la inobservancia de ley, violaciones a normas ambientales que haga una empresa particular.

Si esta norma hubiera existido al momento en que Texaco operaba, la demanda que se ha planteado (en mi opinión mal planteada) ante cortes estadounidenses por comunidades afectadas del Oriente, habría tenido respaldo constitucional y la demanda habría sido contra el Estado. Yo, como pro-

curador, opiné que lo único que fallaba en esa demanda era radicarla en cortes extranjeras, porque el Estado tiene como fuero primordial ser demandado ante jueces ecuatorianos, salvo convención expresa. A nosotros nos demandaron, por ejemplo, en la Corte de las Aguas desde Estocolmo, y debimos concurrir a defendernos en Estocolmo por el daño a las lagunas del Cuyabeno (año noventa). ¿Por qué? Porque había convenio, estábamos adheridos a este convenio.

El Estado tomará medidas preventivas en caso de duda sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño. Esta es una norma muy avanzada, porque siempre se juzga por la evidencia, por la comprobación: la prueba. La prueba lo que hace es sacramentar una cosa a favor en contra. Pero, aquí en caso de dudas, hay que tomar las medidas ambientales preventivas aunque no exista evidencia que lo que está haciendo alguna persona o alguna empresa (hablando ya en el campo petrolero) pueda causar daño, no haya evidencia científica, pero sí hay que tomar las medidas preventivas.

Y, un tercer inciso en el artículo 91, que sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente. Bastante revolucionarias estas disposiciones.

Otra norma, la 97. Habíamos analizado antes los derechos de la persona; ahora los deberes y responsabilidades. Numeral 16 de este Artículo 97: “Es deber y responsabilidad de todo ciudadano preservar el medio ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sostenible”. En los objetivos de la economía (artículo 243) se manifiesta que los objetivos permanentes de la economía son los siguientes. El desarrollo socialmente equitativo, regionalmente equilibrado, ambientalmente sostenible y democráticamente participativo. En este mismo capítulo de la economía encontramos el Art. 244, con un numeral específico que expresa: dentro del sistema de economía social de mercado, que es la que rige en el Estado ecuatoriano le corresponde explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado. A que se refiere la explotación racional, se explica más adelante cuando se habla de la propiedad inalienable del Estado. El inciso segundo dice que estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. La exploración y explotación ra-

cional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

Capítulo especial para la temática del día que hay que abordar, el capítulo quinto, que es una introducción moderna de los derechos colectivos, con dos secciones: la sección primera que trata de los pueblos indígenas y afroecuatorianos; y la sección segunda de este capítulo quinto de los derechos colectivos, que trata del medio ambiente.

En cuanto al trato especial que hay que dar a estas comunidades, que según la Constitución se llaman así mismas “nacionalidades”, el Estado reconoce y garantiza, de conformidad con la Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos. Uno de ellos es participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. Tomen en cuenta: participar en el uso, usufructo, “administración” de los recursos naturales renovables. Renovables serían los bosques. Los no renovables: las minas y los yacimientos.

Pero viene luego lo principal: estas comunidades deben ser consultadas sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables (ya entramos a lo nuestro); y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente. “Ser consultados”, la frase clásica, característica que voy a comentar más adelante, para poder explotar los recursos no renovables: el petróleo, las minas. Con una limitación que dice: “y que pueda afectarlos, esa exploración y explotación, ambiental o culturalmente. Luego viene otra: participar en los beneficios que estos proyectos reporten, en cuanto sea posible, y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

En la sección del medio ambiente, se manifiesta que toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente deberá contar previamente con los criterios de la comunidad; para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación. ¿Participación en qué, en rentas? No, participación en las consultas que hay que hacer. Y luego se desarrolla en la ley este Artículo 88. En la Ley de Gestión Ambiental se dice que la inobservancia del principio del Artículo 88 de la Constitución acarrea la nulidad del acto o contrato si no se hizo la consulta. Es mandatario, no se puede pasar por alto la consulta.

La Ley de Gestión Ambiental establece principios, directrices de política ambiental; determina obligaciones, responsabilidades, niveles de partici-

pación de los sectores público y privado; y señala los límites permisibles, controles y sanciones. En esta Ley de Gestión Ambiental hay el capítulo especial de sanciones – sanciones administrativas contra el funcionario que incumple, sanciones (se anuncian y se dictó reforma al Código Penal) penales – y se puede hacer reclamos de Amparo Constitucional. Hay tres o cuatro vías para el que se sienta afectado. Ya dije antes, no solamente el directamente afectado, no solamente la persona jurídica que se crea perjudicada por el acto de autoridad o incumplimiento de una empresa, porque puede ser de autoridad o puede ser de los contratistas; si no el grupo humano que se considere afectado, y aún sin probarlo.

En la Ley de Gestión Ambiental se establece que el proceso se orientará según los principios universales del desarrollo sostenible, contenidos en la Declaración de Río de Janeiro del año 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Todos oímos sobre la Declaración de Río de Janeiro del año 1992, la Cumbre de la Tierra, cumbre de la tierra convocada por Naciones Unidas exactamente a los veinte años de la primera reunión de Estocolmo. Los ochenta y siete países que integran el tercer mundo, el grupo de los tercermundistas no queríamos concurrir (entre ellos estuvo incorporado el Ecuador) porque se decía que se iba a poner frenos al desarrollo. Por eso, la conferencia no fue similar a la de Estocolmo, únicamente sobre medio ambiente, sino que se le agregó “sobre Medio Ambiente y Desarrollo”; y todos los principios que se consagran, 26 principios, son teóricos, son buenas intenciones; y, por supuesto no los ratificaron aquellos que mayor compromiso debían asumir con el desarrollo sostenible, los países desarrollados.

En la Ley de Gestión Ambiental encontramos los mecanismos de participación social. Dice el artículo 28, concordante con la Constitución, que hay que hacer la consulta: el incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el Artículo 88 de la Constitución tornará inejecutable la actividad de que se trate, y será causal de nulidad de los contratos respectivos (en otra parte se dice también del acto administrativo). En el Artículo 29, se expresa que toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada, oportuna y suficientemente, sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado conforme al reglamento de esta ley.

En el campo operativo, tenemos vigente el Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburiíferas. Este reglamento sustituyó al que existía desde la década del noventa. Su ámbito de aplicación es para todas las ope-

raciones hidrocarburíferas. La autoridad ambiental corresponde, en este sistema nacional descentralizado, al Ministerio de Energía y Minas, y los sujetos de control, o sea quienes se someten al control de estas autoridades ambientales, son Petroecuador, sus filiales, y sus contratistas o asociados, para las actividades ya mencionadas. Todas esas actividades están reguladas y la coordinación la ejerce la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio. Para los procesos de licitación, el organismo encargado de la licitación, dice este reglamento ambiental, es el comité ejecutivo de licitaciones que debe contar con el pronunciamiento previo de la Subsecretaría de Protección Ambiental. La consulta se instituye como algo ya reglamentado, que previamente al inicio de toda licitación petrolera estatal, el organismo encargado de llevar a cabo las licitaciones aplicará los procedimientos de consulta previstos en el Reglamento.