

Complicaciones de la reforma a la ley de hidrocarburos

Una lectura urgente

Alberto Acosta
21 de julio del 2010

Es innegable que el país requiere cambios profundos y urgentes en el marco jurídico vigente en el ámbito hidrocarburífero. La actual situación jurídica es insostenible y la urgencia de cambiarla es indiscutible. Esta conclusión se nutre del análisis de la realidad petrolera ecuatoriana y de sus perspectivas.

Para empezar, dejando lo de fondo para las líneas siguientes, la urgencia planteada no puede ser sinónimo de un atropello irresponsable. Hoy más que nunca hay que actuar con tranquilidad para evitar que la premura conduzca a cometer errores que pueden resultar muy costosos para el país. Por lo tanto, frente a la importancia del tema propuesto y del reto que su resolución implica, sería de conveniencia nacional que las y los asambleístas devuelvan el proyecto de reformas para tratarlo con más calma.

Si en la Asamblea Nacional, por la razón que fuere no prospera dicha devolución, sería un gesto de madurez política si el propio gobierno del presidente Rafael Correa retira su proyecto para impedir que éste entre en vigencia por el simple ministerio de la ley; eso sería muy grave por muchas razones, pero sobre todo porque se estaría demostrando un manejo alegre e irresponsable de una cuestión de tanta importancia.

Lo que se requiere ahora es un compromiso serio de parte de la Asamblea Nacional, del gobierno y del conjunto de la sociedad para debatir este tema con la debida responsabilidad. El tema nos interesa a todos y todas. No es un asunto sólo de especialistas, menos aún exclusivamente de representantes de intereses petroleros particulares.

1. El nuevo marco constitucional, aprobado mayoritariamente por el pueblo ecuatoriano el 28 de septiembre del año 2008, exige cambios sustanciales al marco jurídico hidrocarburífero vigente.

En la Constitución de Montecristi se redefinió el papel del Estado en la explotación de los recursos naturales no renovables, sobre todo en los artículos 313 a 318, en donde se abordan los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas. Allí se sentaron las bases para cerrar el oprobioso pasado neoliberal, cuando se pretendía debilitar el Estado para privatizarlo y subordinarlo a los intereses transnacionales. La meta del nuevo marco constitucional exige fortalecer al Estado y sus empresas, estableciendo aquellas excepciones que sean necesarias para contar con el apoyo complementario de inversiones privadas extranjeras o nacionales.

La Constitución de Montecristi establece un rico régimen interpretativo que fuerza a un cambio radical del modelo desarrollista y extractivista imperante, al tiempo que compromete la creación de una legislación acorde con el mandato de una vida en armonía con la Naturaleza, con la Pacha Mama. Este elemento fundamental, que identifica a nuestra

Constitución, debe cristalizarse en la puesta en práctica de los Derechos de la Naturaleza y el reconocimiento efectivo de los Derechos Humanos, incluyendo los Derechos de los Pueblos Indígenas. En este sentido, se requiere reales procesos de consulta al momento de decidir sobre nuevas áreas, más responsabilidad ambiental al momento de la operación y acciones de reparación al momento del abandono.

En el proyecto presentado por el ejecutivo a la asamblea Nacional esto no se cumple a cabalidad. Por el contrario, se limitan a retomar reencauchándolas viejas modalidades de contratos, la excepción se convierte en regla general, hay un incomodo silencio en lo que se refiere a la justicia ambiental y justicia ecológica, se abre la puerta a la entrega de campos petroleros en explotación e incluso e la infraestructura petrolera. No se marcan las rutas de un cambio de política de fondo, ni se establece el marco jurídico renovador y revolucionario necesario.

2. Otro punto fundamental es el relativo a la cambiante realidad petrolera ecuatoriana. Las reservas petroleras del Ecuador han alcanzado la cúpula de la campana, es decir hemos explotado la mitad o quizás más de las reservas existentes en el país. Cada vez serán menos las reservas disponibles. Las reservas probadas remanentes en la actualidad deben llegar a algo más de 4 mil quinientos millones de barriles. Con la tasa de explotación actual, de 470 mil barriles diarios, tenemos un horizonte petrolero de unos 26 años. Si consideramos que la Iniciativa Yasuní-ITT implica dejar unos 900 millones de barriles de crudo en el subsuelo, el horizonte de extracción de crudo es mucho menor; esta Iniciativa reduciría dicho horizonte a unos 21 años.

El actual horizonte de reservas en manos de las empresas extranjeras es mucho menor. Con una tasa promedio de extracción de 87 millones de barriles al año, dicho horizonte no llegaría a 5 años.

Un dato que tiene que quedar absolutamente claro, es que en aproximadamente 15 de años, sino antes, el Ecuador podría dejar de ser un país exportador de hidrocarburos, pues el crecimiento de la demanda de los derivados de petróleo crece de manera sostenida; así, para mencionar los dos últimos años, esta demanda creció en el 8,1% en el 2008 y en 11,7% en el 2009. Dicho esto, la construcción oportuna de una economía post-petrolera, incluso post-extractivista es una imperiosa necesidad.

Además no nos olvidemos de una de las mayores aberraciones existentes en el país: Ecuador extrae petróleo, Ecuador exporta petróleo, pero Ecuador importa derivados del petróleo porque no tiene la suficiente capacidad de refinación. Y esos costosos derivados del petróleo, como el diesel, los quema para generar electricidad en plantas térmicas contaminantes. No aprovechamos energías alternativas y renovables, como la hidráulica, la solar, la eólica, la geotermia, recuérdese que nosotros literalmente dormimos sobre volcanes activos. Esa es una gran tarea, transformar la matriz energética reduciendo la dependencia del petróleo y sus derivados.

Por lo tanto las reformas deben dar cuenta de esta realidad. Ya no se requiere un marco jurídico como el de épocas anteriores cuando se forzaba la exploración y la explotación de crudo de manera irresponsable. No se trata simplemente de elaborar reglas claras para

asegurar la confianza y la estabilidad a las empresas privadas, teniendo en la mira crecientes tasas de extracción de crudo. Necesitamos una estrategia diferente. Si antes no se aprovechó el crudo explotado de manera responsable, hoy sería imperdonable seguir con la misma lógica dilapidadora de las reservas petroleras y de los ingresos que generan las exportaciones de los hidrocarburos, así como depredadora de la Naturaleza y de las mismas comunidades en donde se desarrollan estas actividades.

De todo lo anterior, se desprende que hay que hacer un esfuerzo enorme y sostenido para maximizar los efectos positivos que se puedan obtener de la extracción petrolera, sin perder de vista que el petróleo se acaba y que el desarrollo no se consigue simplemente en base a la extracción de los recursos naturales, muchos menos el Buen Vivir o Sumak Kawsay. Es preciso generar riqueza, no podemos vivir de la renta de los recursos naturales sino del esfuerzo de los seres humanos.

En este punto cobran renovado vigor las propuestas en el ámbito petrolero del Plan de Gobierno que presentó el Movimiento País 2007-2011, elaborado en el año 2006, durante la campaña electoral para llevar a la Presidencia de la República a Rafael Correa:

“La tarea (...) no es simplemente ampliar la producción de petróleo, sino optimizar su extracción sin ocasionar más destrozos ambientales y sociales (...) Nuestro gobierno no será un socio de las empresas transnacionales en contra del pueblo ecuatoriano, como ha sucedido una y otra vez en la actividad petrolera. Hay que procurar obtener el mayor beneficio posible para el país en cada barril extraído, refinado, transportado y comercializado, antes que maximizar el volumen de extracción, pero hay que hacerlo respetando a la naturaleza y a las comunidades. (...)”

3. En el contexto de la reflexión anterior resulta inconveniente haber ampliado o ampliar los plazos de los actuales contratos con empresas extranjeras, teniendo simplemente como parámetros referenciales los existentes anteriormente.

Hay varios contratos con compañías privadas, que vencen entre el 2010 y el 2014. Esto obliga a actuar con redoblada cautela por parte del gobierno. Es más, la Asamblea Nacional debería conocer los términos de las recientes negociaciones, que incorporaron un contrato transitorio de un año hasta que concluyan las renegociaciones definitivas. No resulta acertado terminar o modificar los contratos sin antes evaluar los impactos, pues esto beneficiaría exclusivamente a las empresas privadas en detrimento del patrimonio nacional y de la calidad de vida de las poblaciones locales.

En este punto emerge, entonces, la urgencia de realizar auditorías operativas, legales, económicas, sociales y ambientales de todos los contratos vigentes, sobre todo de aquellos a punto de finiquitar. Sin dichas auditorías no se podría dar paso a ninguna renegociación. A cuenta de atraer inversiones no se puede borrar los posibles atropellos cometidos en varios ámbitos por las empresas que aún están en el país. Recordemos que podría haber resultado inconveniente para los intereses nacionales haber permitido la finalización atropellada del contrato con Perenco, cuyo contrato concluía en 10 meses, sin antes haber realizado dicha auditoría. Incluso el caso del Campo Palo Azul, que significó un beneficio

ilegal para Petrobras, debería ser motivo de análisis en la Asamblea Nacional, sin que esto afecte para nada el proceso judicial en marcha.

Adicionalmente, la sociedad espera que se haga una auditoría integral de todos los contratos petroleros de por lo menos los últimos 20 años; es decir todos los contratos suscritos después de la salida de la Texaco, incluyendo todas las operaciones petroleras realizadas al menos hasta el año 2010, incluyendo obra como la construcción de la Refinería del Pacífico. El gobierno del presidente Rafael Correa, que tuvo la capacidad histórica y la voluntad política para impulsar una auditoría integral del crédito público e inclusive de las graves violaciones a los derechos humanos, debe demostrar ahora que puede hacer algo similar en este ámbito. Una comisión creada para tal efecto, con representantes de fuerzas diversas de la sociedad, no contaminadas con las negociaciones petroleras, debería asumir esta histórica tarea. El país requiere una “*comisión de la verdad*” de las políticas petroleras y sus consecuencias.

4. Las empresas que deseen participar en la nueva fase hidrocarburífera no simplemente deben cumplir con las normas anteriores. Ni siquiera es suficiente una simple mejoría de dichas normas. Se requiere otro tipo de contrato que entregue el máximo beneficioso posible al país.

El beneficio a obtener no se medirá solo por el monto de los potenciales ingresos a obtener, sino por la disponibilidad de crudo para que Ecuador satisfaga su demanda interna de derivados, ampliando su capacidad de refinación y propiciando un uso eficiente del petróleo y sus derivados. Esta es una de las principales exigencias para transformar la actual matriz energética, construyendo otra matriz energética fundamentada en fuentes renovables y sustentables de energía, así como en un consumo eficiente.

En este punto la ley debe prever otros cambios que asoman como indispensables. Por ejemplo, hay que apurar las tareas de rehabilitación y repotenciación de la Refinería Estatal de Esmeraldas. Además, cabría crear las condiciones legales adecuadas para que la construcción de la Refinería del Pacífico atienda las demandas nacionales en este proceso de transición energética, sin poner en riesgo la Naturaleza ni la vida de las comunidades locales, y sin que su construcción pueda constituir una violación de la soberanía nacional. La Asamblea Nacional debería hacer un seguimiento de estos proyectos de trascendencia indiscutible, como lo es también el proyecto hidroeléctrico Coca-Codo-Sinclair; tarea en la que también deberían involucrarse sendas veedurías ciudadanas.

5. De lo expuesto se deriva un imperativo. Para finiquitar los actuales contratos o suscribir nuevos hay que considerar lo que implica la reparación de las áreas intervenidas. De ninguna manera se puede permitir que los operadores no asuman los costos de esta reparación, como manda la Constitución de Montecristi en muchos de sus artículos. La nueva ley de hidrocarburos debe priorizar, por tanto, los procesos de abandono, reparación integral y sanción a los responsables de los perjuicios al Estado. Estos elementos no aparecen en el proyecto de reformas a la ley, motivo de estas reflexiones.

Lo anterior implica la existencia de sistemas de monitoreo, vigilancia y control ambiental, así como condiciones para el abandono responsable de las áreas intervenidas. Igualmente son imprescindibles procedimientos de consulta e interlocución con las comunidades y con los trabajadores, bajo el principio del respeto irrestricto de sus derechos. Es fundamental también el respeto a los pueblos indígenas, que poseen derechos colectivos sobre sus territorios y el reconocimiento de inclusión en un Estado Plurinacional.

Por igual habría que analizar cómo se procesan restricciones totales o parciales, permanentes o temporales al intervenir en zonas vulnerables ambiental, social o culturalmente, con visión de largo plazo. Hay que abandonar la desgastada y equivocada premisa de que si no explotan los recursos naturales no renovables, los sacrificios los paga la gente empobrecida.

En este contexto hay que ubicar a la Iniciativa Yasuní-ITT. Esta Iniciativa abre la puerta, si hay coherencia, a la construcción de una economía post-petrolera y post-extractivista. Sin embargo, esta Iniciativa no puede servir de pretexto para que el gobierno del presidente Rafael Correa se vanaglorie y diga que ya ha hecho mucho por la Naturaleza y la vida de los pueblos no contactados, mientras, simultáneamente, amplía la frontera petrolera en el resto de la Amazonía o alienta la minería metálica a gran escala a cielo abierto.

Entonces, las reformas a la ley de hidrocarburos también deberían incorporar este tipo de reflexiones. Inclusive se podría analizar cómo desde la ley se fortalece la Iniciativa Yasuní-ITT, que abre un espacio todavía poco explorado en el campo jurídico.

6. En el ámbito netamente contractual hay que estudiar con calma la propuesta oficial. Migrar de los contratos de participación a los de prestación de servicios exige una gran reflexión. Recuérdese que hace no muchos años se realizó la transición inversa. En cada uno de estos cambios, dadas las diversas coyunturas y las condiciones particulares de los yacimientos, reservas, tasa de extracción, inversiones y amortización, puede haber y de hecho han existido grandes perjuicios para el Estado.

En el proyecto de reformas en cuestión surge un tema preocupante en extremo. Se abriría la puerta para entregar campos petroleros en explotación a empresas extranjeras. Al crear los contratos de para la exploración y/o explotación de petróleo (artículo 16 del proyecto de reformas) se dejaría abierta la puerta para *“una traición a la patria y una estupidez económica”*, como denunciaba Rafael Correa antes de ser presidente de la República, cuando durante el gobierno del coronel Lucio Gutiérrez se pretendía entregar los campos maduras -Shushufindi, Lago Agrio, Sacha, Auca- a empresas extranjeras; lamentablemente el presidente Correa permitió poco después la entrega del campo Sacha a la empresa estatal de Venezuela.

Hay muchos elementos que se deberían considerar al momento de debatir una nueva ley de hidrocarburos que quiere cambiar la normativa contractual. Eso no se puede hacer con seriedad en un plazo perentorio de 30 días. Los diferentes tipos de contrato, identificando los beneficios para el Estado, deben procurar minimizar los perjuicios potenciales a partir de la rica experiencia acumulada. Para lograrlo habría que realizar un estudio detenido y para nada atropellado.

Al culminar mi gestión como ministro de Energía y Minas, en junio del 2007, entregué al presidente Rafael Correa una propuesta que podría haber servido al menos de referencia para estudiar un cambio de los contratos, tal como se planteó desde el inicio de su gestión gubernamental. En dicha propuesta se planteaba considerar particularmente las reservas existentes, el precio y la calidad del crudo, así como el tiempo de duración de los contratos. Esta propuesta fue elaborada por un grupo de técnicos del Ministerio de Energía y Minas, así como de funcionarios de Petroecuador, encabezados por el ingeniero Julio Cárdenas. Así mismo hay otros estudios importantes que deberíamos leer con inteligencia y humildad, pensando exclusivamente en el interés público.

7. Como ordena la Constitución en su artículo 423, “*la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado*” y como tal se debe “*impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria*”. Este mandato constitucional, que incorpora también la cuestión energética, tiene que reflejarse en un nuevo marco jurídico para alentar dicha integración en este campo, no solo en el petrolero.

Por lo tanto, hay que establecer un eje referencial claro que permita cristalizar ese tipo de relaciones con empresas petroleras estatales de la región. Más allá de la lectura simplona o mal intencionada de quienes pretenden ver solo problemas en los acercamientos con los países vecinos, esta tarea implica la construcción de un modelo sólido de alianzas estratégicas con empresas estatales de dichos países. Esto incluso debería ampliarse a otras empresas estatales provenientes de otras regiones.

Sin embargo, reconociendo como necesaria esta integración energética y el trabajo mancomunado entre empresas estatales para enfrentar el poder de las transnacionales y sus tinterillos, no parece lo más adecuado un esquema que posibilite *contrataciones a dedo*: en el artículo 19 del proyecto de reformas se introduce la posibilidad para que los nuevos contratos, así como los de obras, bienes y servicios, sean “*adjudicados directamente*” a las mencionadas empresas estatales o aún mixtas.

La integración requiere de bases sólidas. Eso se consigue con reglas claras, que podrían desarrollar adecuados esquemas de licitación pública para este tipo de empresas.

8. Otro punto fundamental a ser considerado es el relativo a los esquemas de comercialización del crudo y los derivados, así como a la construcción, mantenimiento y administración de la infraestructura petrolera. El elemento fundacional en este campo radica en la construcción de la soberanía energética, tal como se dispone en la Constitución en su artículo 334.

En el proyecto de reformas del ejecutivo se abren algunas posibilidades que podrían resultar poco convenientes, en la medida que se podría generalizar la venta de crudo a las empresas que realizan las tareas de exploración y explotación. No nos olvidemos que el objetivo de la ley, sobre todo en esta nueva fase hidrocarburífera, debe ser el suministro del

mercado interno. El petróleo, en suma, debe servir de base para construir la nueva matriz energética, no simplemente para asegurar ingresos fiscales.

9. El proyecto de ley por lo demás peca de inconstitucional al abordar varias materias simultáneamente: la hidrocarburífera y la tributaria, al menos. Esto atenta contra el artículo 136 de la Constitución, que es claro al respecto: *“si el proyecto no reúne estos requisitos no se tramitará”*. Esta es otra razón de peso para devolver la ley al ejecutivo.

Inclusive, por la premura en presentar el proyecto de reformas, se han deslizado algunas contradicciones o imprecisiones. En el artículo 2 del proyecto de ley se mantienen los dos tipos de contrato de prestación de servicios y de participación; cuando en el artículo 16 se dispone la migración de los contratos de participación hacia los contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación. Esto contradice incluso lo establecido en la primera transitoria del proyecto de reformas, que da un plazo de 120 días para realizar la mencionada transición contractual.

Otro punto que ameritaría una discusión detenida es el que introduce cambios en la institucionalidad del sector petrolero. Es conveniente fortalecer a la actual Dirección Nacional de Hidrocarburos. Su cambio de nombre no es trascendental. Lo que cuenta es cómo se institucionaliza legalmente la nueva Agencia de Control y Regulación, que no debería depender del Ministerio de Recursos Naturales. La Constitución en su artículo 213 dispone la creación de superintendencias como entes independientes del gobierno para este tipo de tareas.

Crear una Secretaría de Hidrocarburos para el manejo de los contratos petroleros no parecería una medida desacertada, si es que se quiere tener una instancia estatal independiente del Ministerio del ramo para que asuma esta tarea. Lamentablemente en el proyecto de reformas a la ley de hidrocarburos esta Secretaría depende del Ministerio de Recursos Naturales. No hay duda que no es conveniente que se siga manteniendo esta relación dependiente que a la postre generará nuevas controversias en las relaciones contractuales. Por lo demás, esta Secretaría bien podría ser creada por decreto ejecutivo. Sin embargo, debo dejar sentada una preocupación: ¿Es constitucional transferir las gestiones de los hidrocarburos que corresponden a la empresa pública a una Secretaría de Hidrocarburos, adscrita al Ministerio del ramo?

Otro punto preocupante: la rebaja del 44,4% del impuesto a la renta aplicado a los contratos de prestación de servicios, al 25% señalado en el artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno. No nos olvidemos que hoy la compañía AGIP paga como impuesto el 44%. Además, la Constitución en su artículo 408 señala que el Estado *“participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos en un monto que no sea inferior a los de la empresa que los explota”*.

Adicionalmente esta rebaja, a más de ser inconstitucional por la razón expuesta, al ser la Ley de Hidrocarburos una ley ordinaria, atentaría contra el artículo 133 de la Constitución, que señala que una ley ordinaria no podrá modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica como lo es la de índole tributario.

Incluso la rebaja de la participación de los trabajadores del 15% al 3% de las utilidades de las empresas petroleras, como se establece en el artículo 16 del mencionado proyecto de reformas, podría configurar otra inconstitucionalidad, independientemente del fin al que se destinen dichos recursos.

Como se puede apreciar, sin que en estas líneas se hay hecho un análisis exhaustivo del proyecto de reformas a la ley de hidrocarburos, son muchos los puntos en donde habría abiertas discrepancias con la Constitución de Montecristi.

En caso de que el ejecutivo insista en mantener el proyecto y la Asamblea no logre devolverlo, las reformas entrarían en vigencia por el ministerio de la ley. Sin embargo, aún así quedaría abierta la posibilidad para que la Asamblea aborde la reforma aprobada y *“en cualquier tiempo (proceda a) modificarla o derogarla, con sujeción al trámite ordinario previsto en la Constitución”*, tal como dispone el artículo 140 de la misma carta magna. En ese caso, la sociedad debería asumir el liderazgo de la discusión y presionar a que la Asamblea cumpla con la defensa de los intereses nacionales.

10. Por último, en consonancia con el punto 2, Ecuador debe superar, en cualquier caso, muchos retos pendientes. Incluso aberraciones que resultan intolerables. Por lo tanto, no hay como seguir con la cantaleta de que sin petróleo se hunde la economía ecuatoriana, o peor aún que en vista de que se acaba el petróleo tenemos que abrir la puerta a la minería metálica a gran escala y a cielo abierto.

Existen múltiples fuentes de financiamiento del Presupuesto General del Estado y de la economía. Empecemos por corregir las mayores disfuncionalidades existentes. Ya mencionamos el tema de la costosa importación de derivados de petróleo. Ahora, por ejemplo, ¿por qué no discutimos y encontramos respuestas a una serie de subsidios a los combustibles, mucho de los cuales no están beneficiando a los sectores populares, sino a los sectores más acomodados de la población? No se trata de quitar los subsidios a la bruto, es decir a lo neoliberal. No, de ninguna manera. Hay que hacerlo con creatividad, de manera selectiva. Los subsidios deben mantenerse para los grupos empobrecidos y marginados, no para los acomodados.

Adicionalmente, en el Ecuador, y en prácticamente todos los países del mundo empobrecido, se precisa una adecuada política tributaria. Los que más ganan y más tienen deben contribuir en mayor medida al financiamiento del Estado. Con el gobierno del presidente Rafael Correa se registra una cierta mejoría en la presión fiscal. Esta se acerca al 15% en relación con el Producto Interno Bruto. Pero todavía estamos lejos de lo que debería ser una meta aceptable. El promedio en América Latina es del 24%, el promedio del mundo desarrollado es del 44%, el promedio de Europa es del 46%. Nuestra meta debería estar en por lo menos un 35%.

Para resolver esos retos requerimos mucha voluntad y una amplia concertación política, que no se conseguirá con leyes aprobadas atropelladamente y menos aún atentatorias a la Constitución.

El reto es complejo, no lo dudo. Está en juego una transformación profunda. Eso es lo que propusimos hace ya cuatro años. No queríamos conformar simplemente un gobierno mejor

que los anteriores. Primero porque eso no tiene mérito alguno y segundo porque nuestra propuesta era radical y revolucionaria. Cuando lanzamos la candidatura de Rafael Correa buscábamos la construcción democrática de una sociedad democrática, entendiendo que no hay revolución sin democracia, ni democracia sin revolución.-