

## PAGOS POR SERVICIOS AMBIENTALES. CASO ECUADOR-REDD 74

Ab. Inés Manzano Díaz

### PALABRAS CLAVES:

Servicios ambientales, uso de suelo, pérdida de biodiversidad, medidas adecuadas transversales, cambio climático, deforestación, susceptibles de apropiación, aprehensión, proyectos REDD 74, mercado de carbono, KFW, automutila, bosques primarios, degradación-emisiones reducidas transable

Los Servicios Ambientales de acuerdo a nuestra legislación<sup>1</sup> son los beneficios que las poblaciones humanas obtienen directa o indirectamente de las funciones de la biodiversidad (ecosistemas, especies y genes), especialmente ecosistemas y bosques nativos y de plantaciones forestales y agroforestales. Los servicios ambientales se caracterizan porque no se gastan ni transforman en el proceso, pero generan utilidad al consumidor de tales servicios; y, se diferencian de los bienes ambientales, por cuanto estos últimos son recursos tangibles que son utilizados por el ser humano como insumo de la producción o en el consumo final, y que se gastan o transforman en el proceso. Como servicios ambientales tenemos la belleza escénica, la conservación de biodiversidad, el mantenimiento de las cuencas hidrográficas, el secuestro de carbono, principalmente y los más conocidos.

De hecho, en el Plan Nacional de Desarrollo de la Semplades, se va definiendo en Ecuador a donde apuntará la prioridad inicial para el desarrollo de mecanismos de cobro y pago por los servicios ambientales, así tenemos la siguiente lista taxativa:

---

<sup>1</sup> Texto Unificado de legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, Libro III Régimen Forestal. Glosario de Términos. Dcto. Ejecutivo No.3516, R.O. S. especial 2, marzo 31 del 2003.

- Páramos, principalmente como fuente de agua potable y riego para las poblaciones andinas.
- Manglares como agentes protectores de la línea de costa.
- Llanuras de inundación como zonas protectoras de inundaciones.
- Bosques de laderas para la protección de cuencas hidrográficas.

En la Constitución Política del Ecuador aprobada en el 2008 por primera vez se prohíbe expresamente la apropiación de servicios ambientales<sup>2</sup>, teniendo como consecuencia la no aplicabilidad de normas que regulaban la posibilidad de aprovechar los servicios ambientales en particular de bosques naturales-, que van desde Leyes hasta Acuerdos Ministeriales; y la reformulación de los proyectos que estaban funcionando, como el esquema privado de servicios ambientales de la cuenca de Pimampiro o el programa del Gobierno "Socio Bosque".

Hasta la vigencia de la nueva Constitución ecuatoriana se había logrado definir el concepto de servicio ambiental, establecido métodos de restauración de los mismos, autorizaciones para que particulares (comunidades) puedan usufructuar de los servicios ambientales, en definitiva se concebía como un instrumento económico para la conservación el reconocimiento de un valor de pago a los servicios ambientales.

Respecto a la Propiedad de los bosques naturales, el estado ecuatoriano reconoce que éstos pueden estar dentro de una propiedad privada, que pueden ser aprovechados previo a un plan de aprovechamiento aprobado por la autoridad pertinente (en este caso es el Ministerio de Ambiente) y al pago de una tasa.

El propietario de la tierra donde se encuentran los bosques naturales estaría prohibido por Ley de talar los árboles salvo que el uso del suelo de acuerdo a la Constitución, el Gobierno seccional autónomo dentro del cual se encuentra el predio lo haya destinado a otros usos (expansión urbana, zona industrial, etc.) ó no pese sobre ese bosque un acto administrativo que lo proteja como el declararlo bosque protector.

En el caso de propiedad pública, encontramos en la Ley Forestal la definición de lo que debemos entender como patrimonio forestal;

---

<sup>2</sup> Art.74 segundo inciso

careciendo nuestra Constitución de preceptuar que los recursos naturales, entendiéndose los bosques, son bienes de uso público, pero esa falta en la Constitución está suplida en la Ley Forestal donde establece que la flora silvestre es de dominio del Estado, y haciendo uso del Código Civil podríamos decir que estamos ante un bien público. Quedaría definir ¿si los bosques naturales son bienes de uso público como lo son las calles, playas, caminos, plazas? ó ¿son bienes del Estado que no pueden ser utilizados por los ciudadanos?

Al respecto valdría hacer una reflexión de cómo eran percibidos y han sido tratados los bienes ambientales en el transcurso de la Historia social y económica. El meollo de la problemática ambiental moderna está en la defensa de unos factores que inicialmente podrían haber sido calificados como *res nullius*, susceptibles de utilización sin límite por todos los individuos, pero que posteriormente se transforman en bienes comunes sobre los cuales una mayor intensidad de utilización, fruto de la civilización industrial y urbana<sup>3</sup>, va a amenazar precisamente las condiciones indispensables para su aprovechamiento colectivo. En este punto cabría recordar el escrito realizado por G. Hardin titulado "La Tragedia de los Comunes", donde describe como el ganado de pastoreo de los privados, al ir incrementándose, disminuye el acceso de éstos a pasto y agua.

Como *res nullius* nos referimos al aire, el agua, el mar, sus riberas, el suelo, la flora y fauna silvestre, alguna de las cuales posteriormente recibieron el tratamiento de bienes de dominio público, dominio natural, mientras que otras, como el aire, mantuvieron su condición de *res nullius*.

Actualmente el aire y el agua son considerados como bienes ambientales patrimonio de la humanidad en su conjunto (nadie puede ser dueño del aire ni de un río o cuerpos de agua) y, por lo tanto, no eran susceptibles de apropiación individual de una forma absoluta. La apropiación podía ser posible en tanto en cuanto no afectara de forma negativa al resto de los consumidores o utilizadores de los mismos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Dr. Ramón Martín Mateo. Tratado de Derecho Ambiental Tomo 1

<sup>4</sup> La Economía del Medio Ambiente, Gallegos Gredilla, 1971

Hasta aquí parecería que los servicios ambientales que producen los bosques naturales en Ecuador pueden ser aprovechados a título personal por el propietario de la tierra. Y avanzando en este razonamiento inclusive la flora, bosque que está en un predio bajo un uso de suelo que no sea de protección ecológica, puede ser aprovechado por el propietario pagando la tasa respectiva; por lo que si el privado conservare ese bosque natural ¿podríamos decir que los servicios ambientales le deben de ser reconocidos?. Nos enfrentamos a las siguientes preguntas:

- 1) ¿Existe en la legislación nacional un reconocimiento de incentivos de esta naturaleza para quien conserva?
- 2) ¿Podría hablarse de derechos del privado sobre los servicios ambientales?; y,
- 3) ¿Qué debemos entender por apropiación?

Empezando por lo prescrito sobre incentivos económicos, la misma Constitución del 2008 en varios artículos permite y considera que es necesario para evitar la degradación del suelo y la deforestación (y por ende la pérdida de biodiversidad y la pérdida de los demás servicios ambientales de un bosque natural) establece en el Art. 71 segundo inciso que el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza; en el Art. 74 primer inciso establece que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir; en el Art. 409 declara de interés público y prioridad nacional la conservación del suelo, solicitando a los legisladores prever de un marco normativo para su protección que prevenga su degradación, en particular la provocada por la erosión; y, en el Art. 419 establece que el Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación, a través de medidas para la conservación de los bosques y la vegetación.

¿Qué derecho le asiste a un privado para poder aprovechar los servicios ambientales del bosque natural que ha optado por conservar? Entrando a materia civil, lo más prudente es recordar las formas de acceder al dominio de las cosas, partiendo desde el presupuesto que los servicios ambientales son corporales e incorporales y que el Estado a través de la Constitución expresamente sobre la biodiversidad (corpo-

rales) ha declarado su propiedad. Podemos decir que el propietario del bosque natural tiene un derecho real sobre él y el de uso y usufructo; y que siendo los servicios ambientales producto del acto primero de conservar, el propietario ha adquirido el dominio por accesión del pago que se recibiría por los servicios ambientales.

Antes de pasar a la tercera pregunta, es conveniente recordar lo que expresamente establece la Constitución en su Art. 74 segundo inciso:

*"Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado."*

De la lectura encontramos que prohíbe expresamente la apropiación de los servicios ambientales, y al prohibir la apropiación debemos entender que está prohibiendo el reconocimiento del pago por esos servicios; pues sólo lo que se es propietario o se tiene el dominio puede estar en el "mercado de servicios ambientales" para su venta.

A más de lo expuesto sobre la primera parte del segundo inciso del Art. 74 es conveniente analizar el texto que sigue y con el cual se termina el artículo constitucional. En este caso el asambleísta dispuso que la producción de los servicios ambientales los regule el Estado, y partiendo del concepto básico de lo que es un servicio ambiental y cuáles son éstos en relación a la conservación de bosques naturales, nos encontramos ante una imposibilidad física del Estado, pues no puede convertirse en la pachamama -deidad con que se refiere a la naturaleza dentro de la Constitución- y crear o controlar los servicios ambientales como lo sugiere la palabra "producción", lo mismo cabría para la "prestación". Esta palabra más vale trae a colación la discusión sobre el agua en la Asamblea Constituyente, donde se confundió la prohibición de privatizar el agua con concesionar el agua. Por último, si no se puede apropiar los servicios ambientales y por tal no se puede percibir un pago, entonces la regulación del "uso" y "aprovechamiento" por parte del Estado caería en saco roto, quién conservaría bosque natural en sus predios o quién haría el esfuerzo de conservar sin estar obligado a ello si no puede recibir pago por lo que hace a través del reconocimiento de los servicios ambientales.

Encontramos un contrasentido en un mismo inciso.

Para concluir este breve análisis, es menester hacer una aproximación a lo que debemos entender por apropiación, la adquisición de cosas ajenas por acto o declaración unilateral del adquirente. Presupone que la cosa adquirida se hallaba antes de la apropiación en poder del adquirente (la palabra "poder" la referimos a la simple tenencia material o a la posesión inmediata). La palabra "apropiación" no ha recibido en la terminología jurídica usual, ni mucho menos en la legal, una significación precisa y específica; es un término genérico que puede referirse a una de las fases de varios modos de adquirir la propiedad. No se trata, pues de una figura jurídica independiente, aunque el estudio conjunto de los actos de apropiación sea interesante y pueda ser provechoso.

No debe confundirse la apropiación con la aprehensión; ésta es el hecho material de la ocupación, la posesión corporal. La apropiación, por el contrario, supone, según hemos dicho antes, la preexistencia en el adquirente de una *naturalis possessio*. Mucho más fácil es la distinción entre apropiación y expropiación, que no requiere explicaciones.

La adquisición de la propiedad de cosa ajena por voluntad unilateral del adquirente, es decir, la apropiación, tiene lugar *ex lege* o *ex contractu*, cuando se dan determinados presupuestos que atribuyen a la voluntad del adquirente el valor de un modo de adquirir o el de uno de sus elementos<sup>5</sup>.

Se Presenta la Apropiación en Algún caso de Accesión, no en todos.

#### Conclusiones:

- 1) Parecería ser que existe una abundancia de disposiciones constitucionales y legales que incentivan el pago por servicios ambientales, pero al mismo tiempo expresamente a prohibido la apropiación de los mismos, tanto para el sector privado como para el público; una prohibición expresa está encima de las disposiciones que entenderíamos promueven la conservación para evitar la deforestación a través de incentivos para los sectores públicos y privados pero que expresamente no ha establecido al pago por servicios ambientales como parte de esos incentivos económicos;

---

<sup>5</sup> Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, 1950

- 2) Los bosques naturales en propiedad privada y bajo un uso del suelo que no sea el de protección ecológica, son dueños por accesión de los servicios ambientales que generan, y su aprovechamiento debe ser 100% del propietario privado. Los que estuvieren en un uso de suelo de protección ecológica (no de aptitud forestal porque eso significaría para plantaciones forestales) y que ésta declaración haya sido promovida desde el mismo particular, también debería de encajar en lo dicho anteriormente, a cuenta de que sin ser el predio original con ese uso de suelo ha decidido conservar el bosque natural! é ir más allá con una declaratoria de protección al mismo<sup>6</sup>;
- 3) La Constitución en su Art 74 segundo inciso define por primera vez a los servicios ambientales de propiedad estatal, al hablar de apropiación; y así mismo el propietario del suelo donde están los bosques naturales sólo requeriría de hacer conocer su voluntad de apropiarse (podría ser mediante un acto concreto como por ejemplo obtener un permiso del Ministerio de turismo para hacer ecoturismo en su propiedad, a vista de que la conservación del paisaje es un servicio ambiental);
- 4) Debemos iniciar el ejercicio de construir un modelo de contrato de servicios ambientales, que pueda tener características especiales para esta clase de transacción como, condiciones suspensivas, garantías, precio que será la valoración del servicios (¿Mercado? ¿Estudios académicos? ¿Fijación precio oficial?), entre otras. Claro está, aplicable una vez que el Estado "arregle" el tema constitucional, mientras tanto iniciativas positivas como la de Socio Bosque que realiza el Gobierno Nacional pagando a los propietarios de tierras por conservar el bosque, es decir haciendo un pago por los servicios ambientales, son inconstitucionales, y el pago aproximado de USD 18'000.000 por las 620 mil hectáreas (USD 30 X Ha) del programa (proyección hasta el 2010) es entonces ilegal.

---

<sup>6</sup> Estas declaratorias muchas veces son la solución a problemas de invasiones a predios privados.

## PROYECTO REDD 74

Montreal, diciembre del 2.005, Lucio Predoni, ingeniero forestal suizo y cabeza de la delegación costarricense en la Convención de Naciones Unidas contra el Cambio Climático, puso calor a las conversaciones entre los países cuando sugiere un modelo de proyecto adicionales a los del Protocolo de Kioto para ayudar a los países en vías de desarrollo a conservar sus bosques primarios; así los países industrializados pagarían a países como Ecuador, Brasil, Solivia, Papúa Nueva Guinea y otros, a reducir las emisiones provenientes de la degradación y deforestación de bosques primarios. A esto se llamó proyectos REDD, que todavía no es aprobado en la instancia internacional pero que seguramente verá la luz en la próxima reunión de Cambio Climático en México, diciembre 2010.

REDD es un mecanismo que sirve para determinar las áreas a conservar que por un riesgo evidente puedan ser deforestadas y/o degradadas, contabilizar el CO<sub>2</sub> (carbono) que captura ese bosque por hectárea y convertirlo en emisiones reducidas transables en el mercado de carbono voluntario. REDD se vuelve un incentivo económico por excelencia, que se traduce en pago por servicios ambientales (belleza escénica; conservación de biodiversidad; mantenimiento de cuencas hidrográficas; secuestro de carbono; protección y recuperación de suelos).

La Constitución del 2008, hizo una mala jugada a REDD, en su artículo 74 segundo inciso establece que los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación. Es decir que nadie, ni siquiera el propio Estado puede vender o pagar servicios ambientales, la prohibición es expresa, por lo tanto, no se puede formular esta clase de proyectos en Ecuador.

Paradójicamente el mismo año 2.008, el Gobierno Nacional lanzó su programa Socio Bosque (positivo, por cierto) que incentiva económicamente a personas naturales que conserven bosques, es decir pagan por servicios ambientales la cantidad de 30 dólares por hectárea/año.

La proyección de Socio Bosque hasta el 2010 es de conservar 620 mil hectáreas, beneficiando 43 mil familias, pagando aproximadamente 18 millones de dólares. Actualmente Socio Bosque se presenta internacionalmente como un proyecto REDD.

Mientras tanto, el gobierno alemán a través de la KFW, en junio 11 del 2010, entregó 10 millones de euros, entre otras cosas, para apoyar a Socio Bosque; y las Estrategias Productivas de la Ministra Cely señalan como sector importante el de energía renovable y el de servicios ambientales.

Seguramente los Ministros de Finanzas y Ambiente no se han percatado de que usan recursos públicos para un programa inconstitucional. La KFW definitivamente no tiene asesores legales en Ecuador. Al Ministerio Coordinador de la Producción nadie le ha planteado el problema. La Revolución Ciudadana usa las normas legales como de mera referencia. ¿No sería mejor, teniendo la coyuntura ideal en la Asamblea, corregir el artículo 74 de la Constitución?, pues una prohibición expresa no se "repara" con una ley como ya proponen las mentes lúcidas ambientalistas. Mientras tanto, gastan ilegalmente fondos públicos; perdemos la oportunidad de desarrollar proyectos REDD por pereza e ignorancia y recibir por conservar pagos millonarios de países industrializados.

Ecuador se automutila, 4754.586 hectáreas (18% del territorio) son áreas protegidas y 11,5 millones de hectáreas son bosques primarios sin protección legal (42%). Todos necesitan apoyo económico para ser conservados, todos están en riesgo.

### Currículo

SUPERIORES: Universidad Católica Santiago de Guayaquil – Universidad Internacional de Andalucía- Universidad de Alicante. Abogada de los Tribunales Juzgados de la República. Doctorado de Derecho Ambiental. Tesis "Los Contratos en el Mercado de Carbono".

CURSOS: Ley de Mercado de Valores, Ley de Casación, Fiducia por Titularización de Activos, Identidad Corporativa, Diplomado Gestión Ambiental, Seminario de Políticas Ambientales CAF, BM, BID, PNUD. Canje de deuda por naturaleza y desarrollo, Congreso Nacional de Medio Ambiente, Prevención de Conflictos y Cooperación y Manejo del Agua en América Latina, Foro Latinoamericano de Carbono, Diálogo Nacional Cambio Climático.

AB. INÉS MANZANO DÍAZ

CARGOS: Consultora de Naciones Unidas para M. I. Municipio de Guayaquil y Ministerio del Ambiente.

Asesora de la Ministra del Ambiente, Subsecretaria de Calidad Ambiental, Miembro del Foro Desarrollo Sustentable de Guayaquil, Directora de Fundación Bosque Guayas, Procuradora Síndica Centro Empresarial de Cámaras de Industrias del Ecuador en la Mesa Ambiental del sector empresarial, TLC.

Afiliada a la Asociación de Doctores y Doctorados en Derecho Ambiental ADDA, Alicante España.