



Mecanismos Nacionales de Compensación

► Mecanismo Regional Proyectos Carbono

Proyectos Piloto



Tenencia de la tierra y propiedad del carbono en el marco de iniciativas REDD+

INTEGRANDO ESFUERZOS PARA UN
BUEN MANEJO DE LOS BOSQUES

Programa Regional
REDD/CCAD-GIZ



Publicado por la

giz Deutscher Entwicklungszusammenarbeit (GIZ)



Mecanismos Nacionales de Compensación

► Mecanismo Regional Proyectos Carbono

Proyectos Piloto

Tenencia de la tierra y propiedad del carbono en el marco de iniciativas REDD+

INTEGRANDO ESFUERZOS PARA UN
BUEN MANEJO DE LOS BOSQUES

Programa Regional
REDD/CCAD-GIZ



Publicado por la

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH



Tenencia de la tierra y propiedad del carbono en el marco de iniciativas REDD+

Esta publicación presenta insumos relacionados con la Tenencia de la Tierra y Propiedad del Carbono en vistas a la implementación de iniciativas REDD+, en el marco de las actividades del Programa Regional de Reducción de Emisiones de la Degradación y Deforestación de Bosques en Centroamérica y República Dominicana (REDD/CCAD-GIZ). Componente II de Mecanismos de Compensación del Programa.

Publicado por:

Programa Regional REDD/CCAD-GIZ
Oficina Registrada Apartado Postal 755
Bulevar, Orden de Malta, Edificio GIZ, Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, La Libertad.
El Salvador, C.A.
E info@reddccadgiz.org
I www.reddccadgiz.org

Responsable:

Carlos Roberto Pérez, Especialista Sectorial.
Programa REDD/CCAD-GIZ
carlos.perez@giz.de

Autores:

Juan Andrés Torrealba Munizaga - Consultor. Programa REDD/CCAD-GIZ (Sud-Austral Consulting SpA)
Fabián Milla Araneda - Consultor. Programa REDD/CCAD-GIZ (Sud-Austral Consulting SpA)
Carlos Roberto Pérez, Especialista Sectorial. Programa REDD/CCAD-GIZ
Patricio Emanuelli Avilés - Consultor. Programa REDD/CCAD-GIZ (Sud-Austral Consulting SpA)

Equipo Técnico Regional de Mecanismos de Compensación:

Ramon Pacheco - The Programm for Belize
Sonia María Lobo Valverde - SINAC, Costa Rica
María Elena Herrera - FONAFIFO, Costa Rica
Mario Velasquez - INAB, Guatemala
Karen Rico - SERNA, Honduras
Karla Díaz - ICF, Honduras
Javier Magaña - MARN, El Salvador
Ednadeliz Flores - ANAM, Panamá
Sol Teresa Paredes - Ministerio de Medio Ambiente, República Dominicana

Diseño Gráfico:

Alfonso Quiroz Hernández - Consultor. Programa REDD/CCAD-GIZ (Sud-Austral Consulting SpA)
Maritza Toledo Vargas

Octubre 2014

Componente: Mecanismos de Compensación

Área Temática: Mecanismo Regional-Mecanismos Nacionales-Proyectos Piloto

Enfoque Regional

ISBN 978-956-358-206-2

C O N T E N I D O S

1. INTRODUCCIÓN	5
2. TENENCIA DE LA TIERRA	7
	9
	1. Caso Chileno
	1.1 Derecho de propiedad en Chile
	10
	2. Propiedad del Carbono en Chile
	• 2.1 Carbono Forestal
	12
	• 2.2 Carbono y Propiedad
3. CONCLUSIONES	26
4. BIBLIOGRAFIA	27

Resumen

Este documento analiza la tenencia de la tierra en relación a un proyecto de carbono forestal, que se entiende por tenencia, tipos de tenencia, cual es apta para la realización de un proyecto de carbono, la propiedad indígena, etc. Además se aborda la propiedad del carbono, que es el carbono, si es apropiable, quien puede ser el titular del derecho de carbono, sobre que recae el derecho de carbono, derecho de carbono y certificados de reducción, diferencias y características. La precisión en estos temas es de vital importancia para visualizar y enfrentar las barreras y vacíos que se pueden encontrar en los distintos países. Este documento analiza las temáticas según la experiencia de Chile, Perú, Australia, y Nueva Zelanda.

1. Introducción

La Agencia Alemana para la Cooperación Internacional (GIZ) es una entidad internacional de propiedad del Gobierno Federal Alemán, que opera en muchos campos, a través de más de 130 países. Específicamente en Centroamérica se encuentra realizando actividades desde hace más de 30 años, con presencia en Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua. Estas actividades comprenden los más diversos ámbitos como desarrollo social, desarrollo económico y empleo, infraestructura sostenible, medio ambiente y cambio climático, entre otros.

Asimismo, GIZ apoya el Programa Regional REDD, que funciona bajo la dirección de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), órgano ambiental del Sistema de Integración Centroamericano (SICA), en sus ocho países miembros: Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana. A nivel de cada nación el Programa apoya el diálogo intersectorial y el desarrollo de estrategias de REDD+¹ e implementación de instrumentos de compensación, que deben ser adaptados a la situación específica del país, así como a las necesidades propias de las comunidades indígenas y comunidades locales de pequeños productores, considerando el enfoque de género y el desarrollo sostenible del medio rural. A nivel regional, apoya los procesos entre los países para desarrollar posiciones y enfoques conjuntos para REDD+, y mantener controlado el traslado de la deforestación (fuga) dentro de los países y entre ellos.

El Programa apunta a ir más allá de REDD+, y contempla la gestión integral de los recursos naturales de estos países con el objetivo de la aplicación efectiva de mecanismos de compensación sostenibles para reducir las emisiones de CO₂, donde las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación forestal corresponden a una parte de los mecanismos y acciones posibles de desarrollar en el Sector de Agricultura, Silvicultura, y Otros Usos de la Tierra (Sector AFOLU) definido por el Panel Intergubernamental de Expertos en Cambio Climático (IPCC) en su Guía de Buenas Prácticas del año 2006.

2. REDD+ - Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación de bosques

Para llevar a cabo proyectos que sean capaces de reducir emisiones, con acciones y actividades en el sector AFOLU, será necesario conocer en forma anticipada que tipo de tenencia de la tierra se debe demostrar y quien es titular del carbono. Las actividades se realizarán en la propiedad de alguien que no necesariamente es quien vive en el lugar, como también hay legislaciones que si bien existe un propietario identificado, este no tendrá potestad sobre el bosque que crece en su tierra, y así un sin fin de situaciones que nos podemos encontrar con la tenencia.

Por su parte la propiedad de carbono va a enfrentar distintos escenarios según el ordenamiento jurídico que se trate, por eso es importante visualizar cuales son los distintos tratamientos que tiene la propiedad del carbono en distintas legislaciones, con la finalidad conocer con certeza quien tiene derechos sobre la propiedad del carbono en cada país.

2. Tenencia de la Tierra

La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura - FAO (2003) define la tenencia de la tierra como se indica a continuación:

“Es un conjunto de normas inventadas por la sociedad para regular el comportamiento de quienes la componen. Estas reglas definen de qué manera puede asignarse dentro de la sociedad los derechos de propiedad, lo que incluye regular el acceso, control y transferencia de la tierra e incorpora los derechos y obligaciones del titular²”.

Esta definición que es la más utilizada en términos del Carbono, ya que es bastante amplia, incluyendo a su vez el concepto de derecho de propiedad.

No obstante, si no hay total claridad de lo que incluye la definición de “propiedad”, se podría generar una sensación generalizada que cualquier tipo de tenencia sirve en términos de Carbono forestal. Por ello, es que un planteamiento definido a nivel país en cuanto a la propiedad es de suma importancia para conocer los derechos y deberes de las partes en los contratos de transacción que se establezcan en este marco, permitiendo a su vez conocer a los beneficiarios de los recursos generados por el Carbono y facilitando la distribución equitativa de beneficios que se generen en este ámbito.

2. FAO- Estudios de la tenencia de la tierra 2003

LUCAS, sostiene que las transacciones de Carbono para que sean viables y efectivas, dependen de que la naturaleza y la propiedad de sus derechos deben ser razonablemente seguros.

Para el éxito del proyecto de Carbono, se debe establecer con anterioridad los derechos de propiedad sobre el Carbono.

Si estos derechos de propiedad son de un definido carácter, los principios legales y la legislación que asegura y protege los derechos de propiedad estarán disponibles para las partes para transacciones legales. Por el contrario si existe incertidumbre, una clarificación legal será requerida³.

CORBERA agrega: “los sistemas de tenencia de la tierra son claves para asegurar la legitimidad y efectividad de los proyectos de Carbono. Podemos definir la tenencia como el derecho, ya sea consuetudinario⁴ o estatutario⁵, que determina quien tiene y usa la tierra (incluyendo bosques) y los recursos, durante cuánto tiempo y en qué condiciones. La tenencia abarca la propiedad, entendida como las relaciones sobre algo, y relaciones informales que regulan el acceso, uso y exclusión de los recursos e involucran potencialmente a múltiples autoridades⁶.

De lo que se desprenden de estas recomendaciones, es que no cualquier tenencia garantiza los derechos del Carbono sobre quiénes participan de potenciales transacciones, necesitándose como consideraciones básicas que ésta incluya la capacidad de usar, gozar y disponer por todo el periodo de tiempo que dura una iniciativa enfocada en la reducción/captura de emisiones.

Se considera así, dado los largos periodos que contemplan iniciativas forestales asociadas a Carbono, que el derecho de propiedad de la tierra sea la única que permita garantizar los derechos.

3. LUCAS, A. The significant of Property Rights in Biotic Sequestration of Carbon En: McHARG, A., BARTON, B., BRADBROOK, A., GODDEN, L. (eds) Property and the law in Energy and Natural Resources. United States, Oxford University Press, 2010, p 444.

4. DERECHO CONSUECUDINARIO; Es una fuente del derecho basada en la tradición o costumbres, no está establecida en la ley, pero se cumple, porque en el tiempo se ha hecho común cumplirla.

5. DERECHO ESTATUTARIO; Norma jurídica dictada por el legislador (LEY)

6. CORBERA, E. ESTRADA, M. MAY, P. NAVARRO, G. y PACHECO, P. Derechos a la tierra, los bosques el Carbono en REDD+: Lecciones de México, Brasil, y Costa Rica En: PETKOVA, E. LARSON, A. y PACHECO P. (eds) Gobernanza forestal y REDD+: Desafíos para las políticas y mercado de América Latina. Indonesia. CIFOR, 2011, p217.

1. Caso Chileno

1.1. Derecho de propiedad en Chile

Art. 582 Código Civil: *“El dominio (que se llama también propiedad), es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.*

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.

A su vez, la Constitución Política de la República de Chile de 1980, en su artículo 19 asegura a todas las personas:

24º: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales...”

ALESSADRI⁷ por su parte, afirma que “el derecho de propiedad se caracteriza por la inviolabilidad y las limitaciones a ese derecho”.

Así, este derecho debe estar resguardado con las garantías consistentes en una protección a través de la reserva legal, para el establecimiento de los modos de adquirir el dominio, e imponer limitaciones y privaciones del derecho con su justa y debida indemnización.

Para la adquisición de un bien raíz, la legislación chilena entiende que son bienes de gran importancia, y por tanto exige mayores requisitos, estableciendo exigencias de solemnidad como son la escritura pública de compraventa suscrita ante Notario, y su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente a la comuna en que se encuentra el inmueble. De esta forma, el sistema registral chileno tiene un catastro de todas las propiedades que existen en el país y en su gran mayoría, salvo las de mayor antigüedad y sin actualizaciones posteriores, se conserva el historial de éstas.

7 Alessandri, A. y Somarriva, M. Curso de Derecho Civil, Tomo II De los Bienes. Segunda Edición, Santiago, Editorial Nacimiento, 1957, p.5.

2. Propiedad del Carbono en Chile

En la CMNUCC no se ha establecido ningún régimen jurídico que relacione al propietario del suelo, con el Carbono presente tanto en el mismo suelo como en la biomasa que crece en esa superficie, como tampoco para la distribución de los derechos de propiedad.

Es importante este primer descarte por el efecto vinculante que las distintas legislaciones de los países miembros, en virtud del acto de ratificación de los convenios internacionales, las normas de éstos, pasan a ser parte integrante del ordenamiento jurídico nacional.

Al no existir pronunciamiento al respecto en la CMNUCC, el análisis se podría centrar entonces en los procedimientos empleados a la fecha en los proyectos privados forestales del mercado voluntario y regulado, no obstante en ninguno de estos casos ha existido un criterio uniforme que resuelva esta relación jurídica, o genere un hito estandarizado a nivel mundial factible de seguir a niveles nacionales.

Para el caso de una legislación como la chilena, en la cual no hay una definición explícita en el ordenamiento jurídico en cuanto a la propiedad del Carbono, hay que analizar la legislación concerniente a los derechos de propiedad de la tierra o derechos forestales que puedan ser extendidos o interpretados en este ámbito.

2.1 Carbono Forestal

En Chile no existe marco legal que regule expresamente este tipo de bien jurídico, ni tampoco otros servicios ambientales del bosque.

Por tanto, para poder interpretar la norma chilena, en ausencia de ley, debemos primero individualizar lo que se espera transar en un mercado, y qué derechos y obligaciones se van a reconocer entre las partes involucradas, es decir entre el comprador y el vendedor.

¿Qué es el Carbono?

Dióxido de Carbono: Gas inodoro e incoloro, cuya molécula consiste en un átomo de Carbono unido a dos átomos de oxígeno (CO₂).

El Carbono es utilizado y almacenado por las diversas estructuras de las plantas en el proceso de fotosíntesis, por el cual se fabrican carbohidratos dentro del denominado ciclo del Carbono, proceso en el que igualmente se liberan moléculas de oxígeno a la atmósfera.

Ciclo del Carbono: Utilización del Carbono por el que la energía fluye a través del ecosistema terrestre.

Como se indicó, el ciclo comienza en las plantas a través de la fotosíntesis, utilizando el Carbono que se encuentra presente en la atmósfera o disuelto en el agua. Parte de este Carbono pasa a almacenarse y constituir los tejidos vegetales en forma de hidratos de Carbono, grasas y proteínas, el resto es devuelto a la atmósfera o al agua por la respiración.

El Carbono pasa posteriormente a los herbívoros que comen las plantas, y de ese modo lo utilizan, reorganizan y degradan los compuestos de Carbono.

Gran parte de éste Carbono es liberado en forma de Dióxido de Carbono por la respiración como producto secundario del metabolismo de los animales, otra parte se almacena en sus propios tejidos.

Al final todos los compuestos del Carbono se degradan por descomposición y el Carbono es liberado en forma de Dióxido de Carbono que es utilizado nuevamente por las plantas⁸.

Siendo el Carbono un componente presente en la atmósfera terrestre, es entonces un bien público, que tiene dimensiones transfronterizas distintas a los límites de los países, e incluso de los límites de la propiedad, dada su libre circulación.

8 KRAMER, F. Educación Ambiental para el desarrollo sostenible. Madrid. Los libros de la Cantara, 2003, p 63.

2.2 Carbono y Propiedad

Art. 565 del Código Civil:

“Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

Corporales son los que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”

Para determinar si el Carbono es susceptible de apropiación, hay que distinguir si cumple con los requisitos que la ley requiere, siendo relevante definir si es COSA o un BIEN, distinción que es parte de una discusión doctrinaria muy amplia, la cual no se analizará en este documento, pero si se explicitará como clasificarlos.

Según Alessandri:

COSA: Todo lo que fuera del hombre tiene existencia, corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta.

BIENES: Las cosas susceptibles de apropiación efectiva o virtual⁹.

9 Alessandri, A. y Somarriva, M. Curso de Derecho Civil, Tomo II De los Bienes. Segunda Edición, Santiago, Editorial Nacimiento, 1957, p.5

Ejemplo: aire, y alta mar son cosas, más no bienes. Una Casa es una bien.

En este punto es conveniente aclarar que la transacción de emisiones, no es venta de aire, por cuanto se refiere a GEI presentes en la atmósfera en distintas cantidades que son almacenados por los bosques y otras formaciones vegetales.

La legislación chilena no distingue entre cosa y bien, el Carbono por su parte cae dentro de la conceptualización de *bien*, por prestarle utilidad económica al hombre. Es decir, al titular del Carbono le es pecuniariamente relevante este bien en su patrimonio.

Hasta acá, se podría deducir entonces que el Carbono forestal es un BIEN, ya que es susceptible de apropiación.

Ahora toca determinar si es un Bien CORPORAL o INCORPORAL. Si es INCORPORAL hay que saber si se trata de un DERECHO REAL o PERSONAL, clasificaciones relevantes por su relación con el derecho de propiedad. Como clasificar el Carbono no es una labor simple, se desarrollarán ejercicios de cada una de estas teorías por separado para finalmente esbozar una conclusión.

A los ya citados artículos 565 y 582 del Código Civil se hará referencia también al N°583:

“sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad del derecho de usufructo.”

2.2.1 Carbono como cosa Corporal

Si es CORPORAL, el dueño del Carbono tendrá derecho de propiedad sobre el Carbono mismo.

No hay duda que el Carbono reúne estas características. Tiene un ser real (partículas que conforman el gas), se puede medir su fijación en distintos recursos como el suelo, biomasa, entre otros.

Por tanto, aplicando el Art. 582 del Código Civil, antes descrito, que establece que sobre los bienes corporales se tiene un derecho de propiedad, se deduce que el titular del Carbono capturado tendría entonces, un derecho de propiedad sobre el Carbono.

2.2.2 Carbono como cosa Incorporal

Si es INCORPORAL, tendríamos necesariamente que reconocerlo como derecho. No hay cosa incorporal que no sea derecho, aunque se trate de algo que no tenga ser real, ni pueda ser percibido por los sentidos o aunque se trate de una creación del derecho.

Si es una cosa incorporal, debemos a su vez distinguir si se trata de un derecho real o personal.

2.2.2.1 Carbono como Derecho Real

Art. 577 Código Civil:

“Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.

Este derecho constituye un poder sobre una cosa, poder que dentro de los márgenes de la ley pueden ser más o menos amplios, dependiendo del derecho que se trate. Ejemplo: Dominio equivale a máximas facultades. Derecho real de habitación equivale sólo las facultades de morar en una casa.

Los derechos reales se crean sólo por ley.

Además de los derechos reales del Art. 577, el Art. 579 inc. 2 se desprende el derecho real administrativo, que se consagra a través de diferentes textos legales (derecho de aprovechamiento de agua) que su origen es la ley.

No existe en la legislación el derecho real del Carbono, porque no ha sido establecido por ley, de esta forma no es efectivo lo que normalmente se ha interpretado que el titular tiene derecho real de Carbono, interpretación que se hace del art. 573, al señalar que sobre las cosas incorpóreas hay una especie de propiedad.

2.2.2.2 Carbono como derecho personal

Art. 578 Código Civil.

“Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

Es difícil sostener que el Carbono sea un derecho personal, por cuanto no se dan los elementos constitutivos de la relación jurídica de los derechos personales que son un sujeto activo como acreedor, un sujeto pasivo como deudor y una obligación que puede ser dar, hacer o no hacer. Por el contrario en el Carbono, el derecho se ejerce sobre una cosa determinada.

LUCAS, sostiene, en todos los derechos de secuestro biótico conciernen a las características físicas de la tierra. El Carbono secuestrado es finito, fijado en relación a una tierra en particular y es permanente (aunque variable) todas las características que distinguen a los derechos reales de los personales. En consecuencia los derechos de secuestro biótico no podrán ser caracterizados como propiedad personal. Si los derechos sobre el Carbono fueran considerados propiedad personal o como una categoría separada de la tierra, habría mucha dificultad con la falta de acceso en los sistemas de registro de tierra para los propietarios del Carbono biótico de compensación¹⁰.

2.2.3 Carbono v/s Bono de Carbono

En este punto es necesario realizar una distinción entre el Carbono y el Bono de Carbono.

El Bono de Carbono, también llamado Crédito de Carbono o Reducción de Emisión, se simboliza mediante un Certificado que corresponden a una tonelada métrica de Dióxido de Carbono equivalente, los que se extienden una vez que la reducción/captura se encuentra validada y verificada por una entidad independiente calificada.

En este sentido, el Certificado tiene una existencia distinta al propio Carbono, y siendo así, posee a su vez un tratamiento jurídico distinto.

10 LUCAS, A. The significant of Property Rights in Biotic Sequestration of Carbon EN: McHARG, A., BARTON, B., BRADBROOK, A., GODDEN, L. (eds) Property and the law in Energy and Natural Resources. United States, Oxford University Press, 2010, p 512.

HERVÉ y CLARO a propósito de la experiencias de Chile en el MDL de forestación y reforestación, han sostenido lo siguiente:

“El derecho a un CER (certificado de reducción del MDL), puede ser considerado como un derecho de propiedad que es exigible por su dueño contra todas las partes, y que es ejercido sobre un bien intangible y mueble (CER). En consecuencia el derecho al CER es un “derecho real” (que puede ser ejercido contra todas las partes) sobre un bien incorporal y mueble (Crédito) que entrega al dueño el derecho a usarlo, recibir sus beneficios y venderlo. Un contrato sobre el derecho a un CER podría ser clasificado como un contrato sobre un derecho mueble ya que es ejercido sobre una cosa mueble, el crédito de la reducción de emisiones¹¹”.

Esta teoría, no es sólo aplicable al caso del MDL sino que es aplicable a cualquier Certificado que acredite una reducción o captura de emisiones efectiva y verificada.

En este mismo sentido, el Servicio de Impuestos Internos (SII) de Chile, ha resuelto en su oficio N° 2073, del 9 de agosto de 2012, de la Subdirección Normativa del Departamento de Impuestos Indirectos, que se pronuncia sobre el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) que afecta a las operaciones de compra y venta de bonos de Carbono, el oficio señala:

11. HERVÉ, D., CLARO, E. Legal Aspects in the Implementation of CDM Forestry Projects, UICN Environmental Policy & Law Paper N° 59, 2005, p 2.

“...Los bonos de Carbono se definen como títulos emitidos por organismos certificadores que dan cuenta de o son representativos de una tonelada métrica de reducción de emisiones de dióxido de Carbono equivalente...”

...el proceso de emisión de Bonos de Carbono, en términos generales, está asociado a la realización de un proyecto que permita generar reducciones de GEI. Lo anterior puede ocurrir porque el proyecto evita que se realicen actividades que emitan GEI (como la construcción de centrales generadoras de energías renovables no convencionales que evitan la quema de combustibles fósiles que liberan GEI al ambiente) o mediante la captura directa del CO₂ desde la atmosfera (mediante forestación) ...

...estándares certifican que un determinado proyecto permitió la captura o reducción de una cierta cantidad de CO₂ (o evitó su emisión) procediendo a emitir la cantidad de Bonos de Carbono equivalente a la cantidad de toneladas CO₂ capturadas o reducidas...

...Aquellas entidades que adquieren los Bonos de Carbono con el fin de compensar sus emisiones de GEI, tanto en el marco del mercado regulado como voluntario, deben solicitar la cancelación de los mismos, de los registros internacionales en los que se encuentran inscritos. Esta operación se denomina offsetting y consiste en el retiro de los Bonos de Carbono del mercado y su posterior cancelación. Sólo una vez llevada a cabo esta operación se produce la compensación de las emisiones de GEI. De esta forma, los bonos podrían seguir siendo transados en el mercado indefinidamente...

...ANÁLISIS:

El artículo 8 en concordancia con el art. 2 n° 1 del DL 825 de 1974, grava con Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) las ventas, entendiéndose por tales, en lo pertinente, a toda convención independiente de la designación que le den las partes, que sirva para transferir a título oneroso el dominio de bienes corporales muebles.

En este contexto los Bonos de Carbono son títulos representativos de un determinado volumen (certificado) de reducciones de emisiones de GEI a la atmosfera, lo que se transan en el mercado para permitir a empresas u otras entidades compensar sus emisiones de estos GEI.

Por lo tanto, quien adquiere Bonos de Carbono está adquiriendo un derecho, que le permite compensar sus emisiones de GEI.

continúa en la página siguiente

...CONCLUSIÓN:

Del análisis de los antecedentes se desprende que la transferencia de Bonos de Carbono importa venta de un bien incorporal consistente en el derecho a liberar al medio ambiente, una cantidad de GEI equivalente a cantidad de Dióxido de Carbono, cuya emisión ha sido reducida, y se encuentra representada en dichos bonos.

Por lo tanto, considerando que el hecho gravado “venta” contenido en el art. 2, n°1 del DI 825, requiere un elemento de la esencia, que la transferencia recaiga sobre bienes corporales muebles, se concluye que la venta de Bonos de Carbono efectuada por el contribuyente no se encuentra afecta a I.V.A, por carecer los bienes transferidos de la corporalidad requerida por la norma legal.”

Tratamiento tributario del CERs en PERÚ

En Perú existe una gran preocupación sobre el tema, es así que se crea el ministerio del ambiente, que es la institución encargada de establecer políticas ambientales y las directrices del desarrollo sostenible y encargada de supervigilar el Mecanismo de desarrollo limpio. existen dos grandes ejes dentro del ministerios, por un lado el desarrollo de los recursos naturales y por el otro el cuidado de los mismo y el medio ambiente, existiendo una dirección especializada en cambio de certificación y cambio climático. Además existe un Fondo Nacional del Ambiente, el cual se preocupa de impulsar la inversión en proyecto protectores del medio ambiente y desarrollar el mercado de bonos de carbono. Está formado por actores de distintas áreas, tanto de gobierno, como autoridades universitarias.

En cuanto a los Certificados de Reducción de MDL (CERs) y su tratamiento el Fondo Nacional del Ambiente (FONAM) lo ha definido como: “Un CER representa una tonelada de CO₂ que se deja de emitir a la atmósfera. Es una unidad de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, la cual ha sido generada y certificada bajo el esquema del Mecanismo de Desarrollo Limpio”¹². Este concepto no aclara la naturaleza jurídica de estos certificados. Al efecto se ha discutido mucho en el Perú sobre esto y algunos establecen que; “se ha podido decir del derecho de emisión de manera negativa, que

continúa en la página siguiente

12 <http://www.fonamperu.org/general/mdl/faq.php>

su naturaleza no puede ser asimilada a un derecho de crédito o un derecho personal puesto que no permite obligar a un tercero a dar algo, no pone intrínsecamente en presencia a dos personas, no puede pues haber deudor. No representa una parte de la deuda pública, pues no es un título del Estado. No es tampoco un instrumento financiero o un valor mobiliario, ya que la cuota no da en su configuración actual acceso directo o indirecto a una cuota del capital del emisor (Estado) o un derecho general (obligación) sobre su patrimonio”¹³. Descartando la posibilidad de establecer que el CERs crea derechos personales por no existir un sujeto pasivo de la obligación, ahora bien, se habla de las emisiones desde el punto de vista negativo, aquel que ya contaminó y ahora compensa lo contaminado, no aquel que compra, por decirlo de alguna manera, por adelantado su contaminación, por tanto se estaría comprando el derecho a contaminar el planeta.

Es claro que el tema no está zanjado en cuanto a su naturaleza jurídica, pues, existen algunos autores que le atribuyen naturaleza de concesión estatal sobre un bien público, pero el bien público en relación a la atmósfera, no al carbono puntualmente, creando una confusión, pues, confunden el aire en general con algunas partículas que lo componen, esto es el carbono, el cual se almacena en distintas cosas, dentro de estas los árboles, los cuales, luego de un proceso de certificación se transforman en CERs.

De acuerdo a lo expuesto, podemos decir que es un derecho real, el cual está limitado, semejante a la nuda propiedad y es un bien mueble.

El Código Civil Peruano divide a los bienes en muebles e inmuebles:

Artículo 885.

Son bienes inmuebles:

- a. El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.
- b. El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.
- c. Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.
- d. Los diques y muelles.
- e. Las concesiones para explotar servicios públicos.
- f. Las concesiones mineras obtenidas por particulares.
- g. Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.
- h. Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad”¹⁴

continúa en la página siguiente

¹³ RIVAROLA, Ricardo y otros en “Mecanismo para un desarrollo limpio (MDL): Algunas repercusiones de orden tributario en proyectos con punto de conexión con España. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario No. 51, Abril 2011. Pg. 62. Ç
¹⁴ Código Civil del Perú.

Y bienes muebles:

Artículo 886.

Son bienes muebles:

- a. Los vehículos terrestres de cualquier clase;
- b. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación;
- c. Las construcciones en terreno ajeno, hechos para un fin temporal;
- d. Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo;
- e. Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o derechos personales;
- f. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares;
- g. Las rentas o pensiones de cualquier clase;
- h. Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a estas pertenezcan bienes inmuebles;
- i. Los demás bienes que pueden llevarse de un lugar a otro;
- j. Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885"

A diferencia de Chile, en Perú es más fácil clasificar los CERs, pues, en la letra j. del artículo 886 de su Código Civil, deja la puerta abierta a lo que no pueda asemejarse a lo anterior, por tanto, si el CERs no logra cumplir con la cualidades de las letras anteriores, ni con los del art. 885, se reputa un bien mueble.

En cuanto a su tratamiento tributario, de acuerdo a la legislación peruana son considerados activos intangibles, pues produce un beneficio para la empresa, además de ser susceptible de transacción. y al producir un beneficio monetario para la empresa estará gravado con impuesto a la renta.

2.2.4 Titular del Derecho de Propiedad del Carbono

Hasta el momento hemos podido identificar jurídicamente el Carbono, al menos desde la perspectiva del ordenamiento jurídico chileno.

Ahora es importante avanzar en cuanto a quién es el propietario del Carbono. Hay distintas situaciones como ordenamientos jurídicos existen, en algunos casos se podría concluir que el propietario del Carbono es el dueño del predio, en otros casos la propiedad del predio no tiene importancia para la titularidad del Carbono, como lo veremos a continuación.

2.2.4.1. Tipo de propiedad del carbono Forestal

2.2.4.1.1. La propiedad del Carbono no es propiedad separa del bosque

El Carbono es propiedad del propietario del predio, sin embargo, el Carbono secuestrado en el bosque no puede venderse independientemente del bosque, aunque si el propietario puede asumir la obligación de gestionar el bosque de forma tal de incrementar las existencias de Carbono, a través de:

- Un contrato,
- Un pacto con la tierra que obliga a todos sus futuros propietarios,
- Un pacto que se vincula a una persona,
- Una servidumbre, que puede vincularse a un fundo dominante o a una persona.

2.2.4.1.2. E l Carbono secuestrado en el bosque como propiedad separada

El Carbono secuestrado por el bosque es objeto de un derecho separado y enajenable, como un derecho de usufructo o un beneficio que deriva de un inmueble que es propiedad de un tercero, gobernado por las leyes relativas a la propiedad de la tierra o se rige por el derecho general de los contratos. El propietario puede vender ese derecho sin transmitir la titularidad de la tierra.

Ejemplo de Australia

Australia tiene un sistema de inscripción de los derechos de propiedad del Carbono, en el cual éste, está sujeto a un derecho de propiedad enajenable y separado de la propiedad del bosque. Se manifiesta a través de un derecho de usufructo o de beneficios derivados de un inmueble que es propiedad de un tercero, regido por las normas de la propiedad de la tierra o las reglas generales de la propiedad. La capacidad para obtener un derecho de propiedad otorga al propietario del derecho del Carbono un título más claro e impugnabile a los futuros propietarios de la tierra. Cuando se transfiere la propiedad de las existencias de Carbono, los nuevos propietarios pueden o no tener derecho de afectar el uso del bosque para proteger u optimizar su potencial derecho existente.

Sobre los derechos de secuestro de Carbono en Australia, corresponde aclarar que los Estados Australianos promulgaron una legislación que reconoce el derecho al Carbono secuestrado de la vegetación, denominado Derechos de Secuestro de Carbono (DSC) como derechos de servicios ambientales separados de otros derechos sobre la tierra.

La naturaleza jurídica de un DSC varía de un Estado a otro y depende de los acuerdos específicos y de la legislación aplicable.

En algunos Estados los DSC dan lugar a lo que comúnmente se denomina derecho de la tierra en virtud del derecho de propiedad, que puede registrarse en el título de propiedad. En otros Estados, se conoce al DSC como el derecho de explotar comercialmente el Carbono capturado por los árboles, no constituyendo un derecho sobre la tierra, sin perjuicio de ello puede registrarse en el título de esta.

En otros Estados no existe legislación específica, pero es posible crear DSC, mediante contratos entre las partes, acuerdos que pueden registrarse o no en el Título de Propiedad.

El registro sobre el Título de la Propiedad alcanza la irrevocabilidad y obliga a los futuros propietarios por el periodo registrado, y cumple además, con la función de informar a los potenciales compradores de la existencia del DSC.

2.2.6.1.3. El Carbono secuestrado es un activo público

En este caso, es el Gobierno quien detenta la tenencia de las existencias de Carbono forestal en carácter de fiduciario, en beneficio de los propietarios del bosque o del público con o sin facultades para venderlo. Y aquí existen dos opciones:

- El Gobierno no posee ninguna facultad en particular de exigirles a los propietarios de las tierras que protejan o potencien el secuestro, o bien,
- El Gobierno tiene la facultad de reglamentar el uso de la tierra para proteger o potenciar el secuestro de Carbono.

Cuando tiene la facultad de vender, hay dos opciones:

- La adquisición de las existencias de Carbono puede estar abierta a cualquiera.
- Sólo una cantidad limitada de entidades pueden ser susceptibles de convertirse en propietarias de las existencias de Carbono, como aquellas que emiten Dióxido de Carbono y desean compensar.

Existe también el caso de la Propiedad Pública del Bosque, que son tierras y bosques públicos sobre los cuales el Estado ejerce jurisdicción en nombre de la nación a través de los departamentos o servicios forestales, cada nación está facultada para ejercer dicha jurisdicción que regulará lo que los ciudadanos y otras entidades pueden hacer en esas zonas.

Si el ordenamiento jurídico de un país trata al Carbono como un recurso natural de la tierra, como pertenecientes al Estado (dominio público), independiente de la propiedad del bosque, el Estado tiene la facultad de administrar la absorción de Carbono como activo público y distribuir los beneficios.

En este contexto, las existencias de Carbono pueden ser propiedad del Gobierno Nacional, o Local.

En el ejercicio de esta facultad, los gobiernos pueden ser propietarios del Carbono y conservarlos en fideicomiso en beneficio de los propietarios forestales o del público. El Gobierno puede tener o no la facultad de vender las existencias de Carbono o regalarlas y de exigirles a los propietarios que protejan o mejoren el secuestro del Carbono. Existen dudas sobre cuanta regulación de la propiedad privada es aceptable política o constitucionalmente y también sobre la libertad en cuanto a la distribución de los beneficios.

Ejemplo de Nueva Zelandia

Este fue el primer país en asignarle al gobierno la propiedad del Carbono forestal. Tiene la ventaja de asignar claramente las responsabilidades y brindar una cierta seguridad en las transacciones, tiene como desventaja la falta de apoyo de los administradores forestales que puede desalentar el secuestro de Carbono.

En 2004 Nueva Zelandia anuncia que conservaría los créditos por sumideros respecto de todos los bosques plantados en el país con posterioridad a 1990. Esta decisión causo gran agitación política por parte de las organizaciones forestales, que defendían la propiedad del Carbono para el propietario de los bosques.

Como consecuencia en 2004 se produce un aumento en la deforestación en el país, por las evasivas de los propietarios de los bosques a asumir responsabilidades asociadas al Carbono.

Finalmente en el 2007 se revierte la decisión política y se transfieren los derechos de emisión y las responsabilidades del Carbono forestal a los propietarios del bosque, como parte de un nuevo régimen de comercio de emisión (NZ ETS)¹⁵.

La propiedad pública implica que el Estado es la única institución con legitimidad para conferir derechos de acceso y cuotas de manejo del recurso.

En Chile son propiedad del Estado todas las tierras, que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño (art. 590). El Estado actualmente posee el 48% del territorio nacional, y lo restante está bajo tutela privada.

En Chile no existe norma expresa que señale que el Carbono forestal es propiedad del Estado, por lo tanto opera la norma común, que otorga el Carbono al propietario de la tierra, en donde el bosque se encuentra emplazado. Asimismo, y según lo acontecido en el ejemplo de Nueva Zelandia, como lección aprendida se promueve desde la ENBCC que los derechos del Carbono correspondan a los propietarios de los bosques.

Para considerar en Chile el Carbono como bien público, sería necesario que se legisle expresamente tal como es el caso de otros recursos naturales.

15 GOLUD, K MILLER, M., WILDER, M. Legislative approaches to forest snicks in Australia and Nueva Zealand Working models for other jurisdictions? EN: Climate change and Forest. Emerging Policy and Market Opportunities (C.STRECK, R .O'SOLLIVAN', T. JANSON-SMITH, R. TARASOFKY EDS.) Chatham House, Londres, 2008.

3. Conclusiones

1. Carbono es un bien corporal, pero en cuanto a la clasificación del derecho no es concluyente por cuanto:

No se puede considerar como un derecho real, ya que la ley no ha creado aún el derecho real sobre el Carbono y sobre este tipo de derechos sólo el legislador puede crear su existencia.

No es un derecho personal, dado la falta de los elementos esenciales para su exigencia, acreedor, deudor, prestación.

2. El Bono de Carbono es un derecho real, pero sobre un bien incorporal y mueble (crédito) que entrega al dueño el derecho de uso, goce y disposición.

4. Bibliografía

1. Constitución Política de la República de Chile, Decreto N° 100. CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia, Secretaría, ver. Septiembre 2005.
2. Decreto con Fuerza de ley N° 1. CHILE. Código Civil, Ministerio de Justicia, ver. 24-09-2009.
3. Ley No 20.417. CHILE. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, Chile, 26 de enero de 2010.
4. Ley N° 20.283. CHILE. Ley sobre recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. Diario Oficial, 30 de julio de 2008.
5. SOTO, F. Análisis de la Titularidad de los Derechos de Propiedad Emanados de la Captura de Carbono por Bosques en el Marco de REDD+, FONDECYT N° 11100288, 2010, 2012, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2012
6. ALESSANDRI, A. y SOMARRIVA, M. Curso de Derecho Civil, Tomo II De los Bienes. Segunda Edición, Santiago, Editorial Nascimento, 1957.
7. ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., VODANOVIC, A. Tratado de los Derechos Reales: Bienes, 6a. Ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
8. CLARO, LUIS. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado. Santiago, Edic. facsimilar, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
9. CORDERO, E. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. Revista de Derecho de Valdivia, 19(1): 125-148, julio de 2006.
10. HERVÉ, D., CLARO, E. Legal Aspects in the Implementation of CDM Forestry Projects, UICN Environmental Policy & Law Paper No59, 2005.
11. HERVÉ, D., CLARO, E. Characterizing Sequestration Rights in Chile. En: Climate Change and Forests: Emerging Policy and Market Opportunities. Washington DC, Brookings Institution Press, 2008.
12. McHARG, A., BARTON, B., BRADBROOK, A., GODDEN, L. (Eds.). Property and the Law in Energy and Natural Resources. United States, Oxford University Press, 2010.
13. MORAGA, P. El nuevo marco legal para el cambio climático, Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derecho Ambiental, Editorial LOM Chile, 2009.
14. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. Los bienes. La propiedad y otros derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
15. PETKOVA, E., LARSON, A. y PACHECO, P. (Eds). Gobernanza forestal y REDD+: Desafíos para las políticas y mercados en América Latina. Indonesia, CIFOR, 2011.

Programa Regional REDD/CCAD-GIZ

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Apartado Postal 755
Bulevar, Orden de Malta, Edificio GIZ,
Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, la Libertad
El Salvador, C.A.

T +503 2121-5100
F +503 2121-5101
E info@reddccadgiz.org
I www.giz.de
www.reddccadgiz.org



Programa Regional REDD/CCAD-GIZ

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Apartado Postal 755
Bulevar, Orden de Malta, Edificio GIZ,
Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, la Libertad
El Salvador, C.A.

T +503 2121-5100
F +503 2121-5101
E info@reddccadgiz.org
I www.giz.de
www.reddccadgiz.org