

## NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN NEGOCIABLES GENERADOS A RAÍZ DEL PROTOCOLO DE KYOTO Y SUS CONSECUENCIAS

Mauricio Viñuela Hojas<sup>1</sup>

*RESUMEN: El autor comienza planteando algunas consideraciones previas sobre la materia para luego referirse a la naturaleza jurídica de los derechos de emisión conforme a la doctrina comparada. En seguida se refiere a los certificados de emisión de reducciones (CERs) en relación a la naturaleza de los derechos de emisión de GEI, a las consecuencias jurídicas que surgen de este vínculo y a las consecuencias colaterales de la ratificación del Protocolo de Kyoto para la legislación ambiental chilena.*

### 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

Es un lugar común que el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) que establece el artículo 12 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, abre innumerables posibilidades para países como Chile que, siendo Partes de dicho acuerdo<sup>2</sup>, al no pertenecer al grupo de los países industrializados incluidos en el anexo I de la aludida Convención Marco, no se encuentran obligados a cumplir las metas de reducción de emisiones que prevé el artículo 3 del protocolo y, en cambio, pueden favorecerse del sistema que se establece en el artículo 12, en cuanto los habilita para acceder a la certificación de unidades de reducción de emisiones de GEI que se generen en los nuevos proyectos que se realicen dentro de sus fronteras, unidades que podrán ser enajenadas

a entidades públicas o privadas de los Estados del anexo I.

La idea anterior, podría llevar a creer, con un análisis poco acucioso de la cuestión, que el MDL sólo confiere derechos y ventajas para los Estados Partes que no pertenecen al anexo I y prácticamente ninguna carga u obligación para ellos, conclusión que se desvanece a medida que se profundiza en la reflexión del espíritu general del Protocolo de Kyoto y en la inserción del MDL dentro de dicho espíritu.

La cuestión adquiere una importancia trascendental al intentar determinar la naturaleza jurídica que revisten en el ordenamiento nacional del país dentro del cual se certifican, en este caso Chile, las denominadas unidades de reducción de emisiones de GEI generadas dentro de su territorio, ya que, como derivación de ello, se seguirán importantes consecuencias con respecto a las reglas a que quedarán sujetas las actividades generadoras de di-

1 Doctor en Derecho (Universidad de Navarra, España), Profesor de Derecho Administrativo y del Medio Ambiente, Universidad de los Andes.

2 Decreto N° 349 de 22 de diciembre de 2004, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 16.02.2005, promulgó como ley de la República, previa aprobación del Congreso Nacional, el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y sus anexos A y B, adoptados el 11 de diciembre de 1997.

chos CERs, tanto en cuanto al ejercicio de las potestades de los organismos estatales que deben procurar el efectivo logro de la reducción de emisiones que dichas unidades representan, como en cuanto a la inmutabilidad de los derechos que las mismas confieren, más aún, si se parte del supuesto de que tales derechos habrán sido traspasados, de conformidad al MDL, a una entidad privada o pública de una de las Partes del Anexo I, y que han sido utilizados tanto por la entidad adquirente, como por el Estado Parte en que ella tiene su asiento, para cumplir sus respectivas obligaciones de reducción de emisiones de GEI.

Vistas las cosas desde esta perspectiva, es evidente que el MDL debe analizarse con más detenimiento por parte de un Estado como Chile, que no siendo parte del anexo I de la Convención sobre el Cambio Climático, advierte en dicho sistema un interesante medio de obtener financiamiento para proyectos de inversión a ejecutarse dentro de su territorio, a la vez, que una contribución para el logro de un desarrollo sustentable, ya que no ha de perderse de vista que el objetivo final al que dicho MDL se debe orientar, según indica el propio artículo 12 que lo establece, es a contribuir al objetivo último de la Convención, cual es, la reducción de emisiones de GEI, así como ayudar a los Estados Partes incluidos en el anexo I, a dar cumplimiento a los compromisos cuantificados de limitación y de reducción de emisiones, contraídos en virtud del artículo 3 del Protocolo.

El Estado chileno debe ser consciente que al favorecer la utilización del MDL, mediante las pertinentes aprobaciones de la Autoridad Nacional Designada y las evaluaciones de los impactos ambientales que se requieran, no sólo van a adquirir obligaciones los titulares de los proyectos que hayan obtenido la cer-

tificación de la reducción de emisiones, sino que él mismo, en cuanto Parte del Protocolo de Kyoto obligado a cumplir con sus disposiciones, quedará sujeto a ciertas sujeciones que le imponen limitaciones al ejercicio de sus potestades soberanas que, eventualmente, podrían impedir el cumplimiento de las reducciones de GEI certificadas con el aval técnico de sus propios organismos administrativos.

Se trata de una cuestión que no sólo tiene que ver con las obligaciones del Estado de Chile, como sujeto de relaciones de derecho internacional, en cuanto parte suscriptora del Protocolo de Kyoto, frente a los Estados del anexo I que confían en el MDL para cumplir sus metas de limitación y reducción de emisiones, sino también en cuanto a su obligación general de respetar y proteger los derechos patrimoniales adquiridos por terceros mediante su intervención, en este caso, terceros cuyas actividades productivas posiblemente no tendrán ninguna relación territorial con Chile, que pueden ser de índole pública o privada (artículo 12), quienes habrán adquirido las reducciones de emisiones de GEI en el convencimiento de que tales reducciones se obtendrán efectivamente y les permitirán cumplir por el tiempo acordado con sus propias obligaciones de amonización de emisiones de GEI.

## 2. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN DE GEI

Parafraseando a Sanz Rubiales con una idea que es aplicable en general a las transacciones sobre derechos de emisión, si se trata de conseguir un mercado coherente sin distorsiones, es conveniente determinar la naturaleza de las cuotas o derechos de emisión<sup>3</sup>.

3 Cfr. SANZ RUBIALES, Iñigo, "Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 125 (2005), p. 58.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el de la Unión Europea, que al realizar la transposición de la directiva de implementación del Protocolo de Kyoto, determinan los elementos que permiten responder con más claridad a la pregunta acerca de la naturaleza que revisten estos “bienes” especiales, así como sus características y efectos, la técnica legislativa chilena no prevé dicha transposición, limitándose, una vez obtenida la ratificación parlamentaria de rigor, a promulgar como ley de la República el mismo texto del tratado o acuerdo internacional de que se trate. De esto se desprende que el único texto legislativo expreso que puede contestarnos a estas preguntas sea el mismo PK, resultando que en ciertos aspectos dicho texto es insuficiente y no ofrece respuestas claras para ciertos temas claves, de cuya claridad, en gran medida, depende el éxito de los mecanismos regulados por el mismo PK.

En Chile cabría buscar respuestas a estas preguntas por la vía de invocar la opinión de la doctrina comparada y, eventualmente, apelando a cierta analogía con las normas contenidas en el Proyecto de Ley sobre Bonos de Descontaminación, donde explícitamente se reconoce a los derechos de emisión el carácter de permisos<sup>4</sup> que representan un cupo de emisión asignado por la autoridad ambiental<sup>5</sup>.

La doctrina comparada se ha ocupado del tema, pero como condición previa para establecer la posibilidad de aplicar sus conclusiones respecto de los CERs, una primera advertencia a considerar tiene que ver con el hecho que los mecanismos flexibles que prevé el Protocolo de Kyoto para cumplir los compromisos de reducción de emisiones de GEI ad-

quiridos en virtud del artículo 3, pueden revestir 3 modalidades distintas, si bien, complementarias en cuanto se ordenan al mismo objetivo final, y en cuanto se adscriben al uso de las técnicas del mercado como mecanismo para cumplir las metas de reducción de emisiones y para valorizar las externalidades ambientales negativas de los proyectos o actividades.

Tales mecanismos son:

- 1° el comercio de derechos de emisión de GEI entre los países industrializados del anexo I;
- 2° la implementación conjunta;
- 3° el mecanismo de desarrollo limpio.

Si bien respecto de ellos, la Directiva 2004/101/CE, que reformó la primera directiva 2003/87/CE dictada para implementar estos mecanismos del Protocolo de Kyoto entre los países de la UE, reconoció el principio de *fungibilidad total*, esto es, estableció la compatibilidad absoluta entre estos 3 mecanismos, permitiendo que todos ellos puedan ser traducidos en derechos de emisión transables en idénticas condiciones y con iguales efectos, ello no altera el hecho de que el mecanismo de generación de unos y otros sigue siendo diverso, no obstante lo cual, según se dirá, y apelando a dicha regla de la fungibilidad total, es absolutamente legítimo pretender analizar la naturaleza jurídica de los CERs y las consecuencias que de ella se derivan, a la luz de lo que la doctrina comparada ha dicho respecto de la naturaleza de los derechos de emisión reconocidos a los países del Anexo I de la Convención.

En países que ya se han ocupado del tema, y cuya adscripción a las categorías generales del régimen administrativo hacen aplica-

4 Cfr. artículo 3° letra b) del proyecto de Ley sobre Bonos de Descontaminación contenido en el Mensaje N° 33-349, del Presidente de la República, de fecha 5 de junio de 2003.

5 En el artículo 12 del proyecto se establece que los cupos de emisión se asignan por resolución firmada por el Director Ejecutivo de CONAMA, y en el artículo 13 se establecen los contenidos mínimos de la resolución que asigna los cupos.

6 Cfr. SANZ RUBIALES, Iñigo, op. cit., pp. 52-55 y 58-63.

bles sus conclusiones a nuestra realidad jurídica, algunos han visto en los derechos o cuotas de emisión las características propias de una autorización administrativa<sup>6</sup> que atribuye, a quien sea titular de la misma, de un derecho temporal de uso (no de goce) del espacio atmosférico como receptor de vertidos o emisiones<sup>7</sup>.

Se basa dicha conclusión en la realidad impuesta por el PK respecto de las Partes del Anexo I, respecto de las cuales, existe una cuota nacional de derechos de emisión de GEI sobre la que se aplicarán los porcentajes de reducción establecidos en el anexo B del PK, en los términos y plazos que prevé el artículo 3°. Dicha cuota nacional, a su vez, será asignada por cada Estado entre las fuentes existentes y las nuevas que deseen incorporarse, imponiendo en cada caso las obligaciones de reducción pertinentes a efectos de lograr el cumplimiento global de las obligaciones de reducción asumidas por el Estado para cada período de compromiso que sea fijado.

Hay quienes advierten en lugar de una autorización (levantamiento del obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente) el otorgamiento de una concesión estatal sobre un bien público<sup>8</sup> (la atmósfera), precisando, con relación a la tesis de la autorización, que no podría sostenerse la existencia de un derecho preexistente a contaminar sujeto al levantamiento de la autoridad estatal. Esta postura daría sustentación a la potestad de la autoridad estatal de ir imponiendo las reducciones progresivas que correspondan a la cuota de emisión asignada, toda vez, que detrás de la cuota no hay un derecho preexistente e intangible, sino una asignación otorgada por el Estado y sujeta a las restricciones que el propio otorgante imponga.

Sea de una forma u otra, existe unanimidad en que detrás de la constitución de los derechos de emisión ha de existir siempre una decisión administrativa de carácter constitutiva, no meramente declarativa, y que sirve de sustento a los atributos de dicho derecho que lo hacen útil para los efectos de hacer operativo los mecanismos de mercado establecidos por el PK.

Sostener que se trata de una decisión administrativa, constituye un basamento para justificar la inserción de estos novedosos “derechos” dentro de los bienes comerciables, no obstante que, tratándose de licencias concedidas para verter o emitir residuos en un bien no comerciable, se darían los elementos para concluir que es jurídicamente imposible pretender constituir derechos estables sobre las mismas, y mucho menos para pretender realizar sobre ellas actividades económicas lucrativas, como son las que se establecen por el PK.

A mayor abundamiento, el derecho positivo español que regula el régimen del comercio de derechos de emisión de GEI, desarrollando la Directiva 2003/87/CE, define las cuotas de emisión como:

*“el derecho subjetivo, de carácter transmisible, que atribuye a su titular de la facultad de emitir a la atmósfera, desde una instalación sometida al ámbito de aplicación de este real decreto ley, una tonelada de dióxido de carbono equivalente”*.

Se trata de un derecho subjetivo que tiene como características propias las siguientes:

- 1° es un derecho real, esto es, recae sobre una cosa (la atmósfera);
- 2° es un derecho oponible erga omnes, incluida también la propia Administración estatal concedente;

7 Cfr. Ídem, p. 48.

8 Cfr. Ídem, pp. 55 y 56.

9 Cfr. Ídem, p. 61.

3° es un derecho de uso no de goce (no autoriza consumir el bien sobre el cual recae); 4° es un derecho de origen administrativo, porque son creados por decisión administrativa, pero una vez recibidos por su titular se incorporan a su patrimonio siendo amparados por la garantía del derecho de propiedad.

6° se comportan como bienes muebles, susceptibles de apropiación y de comercio, esto es, son enajenables y transmisibles (por el mismo hecho de ser de carácter real y no personal).

En cuanto al régimen de propiedad que se desprende de estos derechos, siendo los mismos el resultado de una atribución hecha por la autoridad estatal a favor de su titular, la doctrina entiende que existe sobre los mismos una auténtica propiedad que autoriza para adquirirlos, venderlos, usarlos, pero existe respecto de ellos un poder de regulación por parte de la Administración que puede imponer restricciones a su duración, a su transferencia, o a su contenido. En todo caso, tratándose de los derechos otorgados mientras está el vigente el período de asignación de los mismos, cualquier afectación a ellos que resulte del ejercicio de las potestades generales de policía ambiental del Estado, supondrá una actuación ablativa del derecho y, sin duda, dará derecho a la consiguiente indemnización por parte del Estado.

El tratamiento de estos derechos de emisión conforme a las reglas antes indicadas, no repele en absoluto al derecho chileno, donde existen numerosos ejemplos de regulaciones que permiten a la Administración consti-

tuir situaciones jurídicas a favor de personas determinadas, tanto por vía de autorizaciones como de concesiones<sup>10</sup>.

Es más, la concepción de las cuotas de emisión como autorizaciones administrativas es plenamente consecuente con la realidad de los GEI en Chile, en cuanto, al no encontrarse los mismos regidos por ninguna norma de calidad ambiental, es plenamente aplicable respecto de las fuentes emisoras la noción del derecho preexistente a ejercer su actividad económica, supuesta la verificación del cumplimiento de los requisitos generales de funcionamiento que se constata a través del procedimiento autorizatorio que corresponda aplicar.

La incorporación de la técnica autorizatoria como herramienta de protección ambiental se advierte en varios instrumentos de gestión ambiental regulados por la ley 19.300, así en el SEIA<sup>11</sup>; en los Permisos Ambientales Sectoriales<sup>12</sup>.

### 3. LOS CERS EN RELACIÓN A LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN DE GEI

Ya se ha dicho que no existe una identidad total entre los mecanismos flexibles de reducción de GEI que prevé el Protocolo de Kyoto y, entre las razones que explican lo anterior, se encuentra el hecho de que el MDL establecido en el artículo 12, exige la intervención de diversos agentes, entre ellos, de una Junta Ejecutiva, que supervisa la aplicación del MDL, con atribuciones que se superponen a

10 Código de Aguas, Código de Minería.

11 El artículo 8° de la ley 19.300, en su inciso 1° al disponer que: "los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley", inscribe precisamente el SEIA dentro de la técnica administrativa autorizatoria, esto es, del derecho preexistente pero sujeto al levantamiento de una prohibición caso a caso otorgada por la autoridad pública, sin la cual la realización de la actividad deviene ilícita.

12 Y más explícito aún, hasta por el empleo del mismo vocablo que los identifica, los permisos ambientales sectoriales a que se refiere el mismo artículo 8° inciso 2° de la ley 19.300, reafirma el empleo, por parte de nuestro legislador, de la técnica autorizatoria como herramienta de protección ambiental.

las de los Estados Partes del PK que participan de este mecanismo.

Lo anterior podría conducir a analizar qué naturaleza jurídica reviste la actuación que, a nombre de la Conferencia de las Partes, realiza la Junta Directiva del PK, cuando extiende el certificado que acredita la emisión de los CERs. Lo que se ha dicho con relación a las cuotas nacionales de emisión resulta a los efectos plenamente aplicable, en cuanto el certificado que extiende la Junta Directiva tiene el mérito de autorizar a quien sea titular de ese certificado, y por el tiempo de validez que al mismo se le haya asignado, el derecho a utilizar el crédito de emisión que el mismo representa para cumplir las cuotas de emisión impuestas a las Partes del anexo I, y al interior de ellos, a las diversas fuentes emisoras.

Tal pronunciamiento, en cuanto a su conformidad a derecho, se traduce en que la Junta Ejecutiva una vez que accede al Registro del CERs queda limitada por ese acto para dejarlo sin efecto en forma posterior, a menos que el acto decaiga como consecuencia del incumplimiento sobreviniente de algunos de los requisitos exigidos por el artículo 12 N° 5 del PK.

Sin perjuicio de lo anterior, mucho más interesante me parece analizar la situación que puede darse al interior del Estado que avala la emisión y colocación de bonos respecto de actividades que se realizan dentro de su territorio, y determinar cuáles son las reglas a que dicho Estado ha de sujetarse.

Como ha quedado dicho, características fundamentales de los derechos de emisión constituidos al amparo del Protocolo de Kyoto imprescindibles para asegurar el cumplimiento de los objetivos que se persiguen, deben ser su comerciabilidad, su estabilidad, a la vez que la eficacia en el cumplimiento de las metas de reducción de los GEI que tales derechos representan.

Con respecto a estas características, podemos ver que, si bien, la extensión de los CERs

no compete a cada uno de los Estados Partes del PK no incluidos en el anexo I de la Convención, sino a la Junta Ejecutiva, no es menos cierto que existen ciertas actuaciones previas en el procedimiento de emisión de los CERs que corresponden a las autoridades nacionales, así, la emisión de la Carta de Aprobación que en Chile debe extender la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en calidad de DNA (autoridad nacional designada), declarando que el proyecto que postula a emitir los CERs contribuye al desarrollo sustentable del país, que sus impactos ambientales han sido debidamente evaluados y aprobados, que el proyecto es de carácter voluntario, en cuanto no hay norma legal que impida al titular del proyecto actuar de un modo distinto al descrito en el proyecto.

Se trata de un pronunciamiento administrativo que, en cuanto tal, queda sujeto a la legislación nacional pertinente, lo que contribuye a dar a los CERs que eventualmente se emitan por la Junta Ejecutiva, las garantías de comerciabilidad, estabilidad y de efectivo cumplimiento de las condiciones que autorizaron su emisión a efectos de cumplir los objetivos previstos por el artículo 12 del PK.

La sujeción de esta actividad de las autoridades administrativas e incluso de nuestro legislador a las condiciones que impone el funcionamiento del MDL constituye una exigencia del respeto de los derechos patrimoniales que detenta el adquirente de los CERs que hayan sido emitidos con la colaboración de la autoridad estatal, a la vez que el respeto a los compromisos adquiridos en virtud del PK frente a los Estados Partes integrantes del anexo I, de colaborar al cumplimiento de sus compromisos de reducción cuantificada de emisiones de GEI.

Tanto por efecto de las disposiciones del propio PK, y de las obligaciones que impone a los Estados que lo han aprobado, como internamente en nuestro derecho por efecto de diversas disposiciones constitucionales y legales,



cabe concluir que los CERs involucran la extensión de una autorización por parte de la autoridad estatal chilena, que impide a esa misma autoridad estatal afectar los términos en que dicha autorización ha sido extendida, sin que ello se traduzca en una obligación a indemnizar a los detentadores de los CERs por los daños que de tales decisiones se desprendan, así como de los ocasionados a los Estados Partes del anexo I por el incumplimiento de sus obligaciones de reducción de emisiones de GEI que de ellos se derive, y finalmente, de los daños que por incumplimiento de contrato se puedan ocasionar al titular del proyecto o instalación que dio origen a la emisión de CERs.

Esto se concluye de normas constitucionales como el artículo 19 N° 24, en cuanto protege a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales. Y en cuanto dispone que sólo la ley puede imponer las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, y que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador, y previo pago de la indemnización que debe comprender el daño patrimonial efectivamente causado.

O del artículo 38 inciso 2° en cuanto dispone que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario que haya causado el daño, norma que es complementada por el artículo 4° de la ley 18.575, en el sentido de establecer que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones.

A nivel de la legislación nacional que rige los procedimientos de actuación de los organismos de la Administración que intervienen en la emisión de la Carta de Aprobación de un proyecto MDL, entiéndase la CONAMA y los demás órganos que intervienen en el SEIA, vemos diversas normas y reglas de actuación que deberán observarse estrictamente, tanto a efectos de procurar el cumplimiento de las obligaciones del Estado de Chile frente a las demás Partes del Protocolo de Kyoto, como a efectos de evitar incurrir en supuestos de actuaciones ilícitas de los que puedan resultar daños a terceros que comprometan el pago de indemnizaciones cuantiosas por parte del Estado de Chile.

Entre tales normas, varias disposiciones de la ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, y en primer lugar, el artículo 3° de la ley, en cuanto define por acto administrativo a las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en los cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Bajo este punto de vista, ciertamente la carta aprobatoria de un proyecto emitida por la CONAMA para efectos de postular al MDL, cumple con todas las características de un acto administrativo y, en consecuencia, resultan aplicables a su respecto otras disposiciones bien importantes de la misma ley.

Así, el artículo 61, en cuanto prohíbe a la propia autoridad administrativa revocar actos administrativos creadores o declarativos de derechos adquiridos legítimamente (letra a); o en cuanto impide que los actos administrativos tengan efectos retroactivos, salvo si producen consecuencias más favorables para los interesados (artículo 52), o en cuanto reconoce a la autoridad administrativa una potestad invalidatoria limitada frente a la eventual ilegalidad de sus actos (artículo 53), estableciendo como una limitación absoluta a dicho po-

der los intereses legítimos de los terceros (artículo 13 inciso final)<sup>13</sup>.

Todas estas disposiciones pueden tener múltiples campos de aplicación a la realidad de los CERs. Algunos ejemplos:

– La aprobación de una norma legal o administrativa que imponga a nivel nacional la obligatoriedad de la reducción de emisiones de GEI, suprimiendo con ello el requisito de voluntariedad que impone el artículo 12 del PK para los proyectos que se acogen al MDL, dando pie con ello a la Junta Ejecutiva para caducar los CERs emitidos y colocados;

– O la aprobación de normas nacionales que impongan niveles de emisión de GEI que impidan a las fuentes que han colocado CERs cumplir con las cuotas de reducción de emisiones previstas;

– O revocando o dejando sin efecto la Carta de Aprobación MDL extendida por la DNA, o la evaluación de impacto ambiental que se acompañó a la misma<sup>14</sup>;

– O directamente mediante el ejercicio de potestades expropiatorias o ablatorias de los derechos de propiedad de las fuentes emisoras sobre los CERs de que sean titulares.

La naturaleza jurídica de los CERs y de los pronunciamientos administrativos que los mismos suponen, se traduce en las siguientes consecuencias jurídicas que de ellos se desprenden, tanto respecto de la Junta Ejecutiva del PK, como también respecto del propio Estado de Chile:

1º En cuanto a la transferencia de los CERs no deben ponerse límites a la posibilidad de ceder los derechos de emisión. Tratándose, como se ha dicho, de autorizaciones reales, esto es, no personalísima, no cabe aceptar limitaciones impuestas por la autoridad a la transferencia de estos derechos, supuesto el cumplimiento de las obligaciones de comunicación y registro que sean necesarias a efectos de control.

13 En cuanto a las restricciones que tiene la autoridad administrativa para volver sobre sus actos una vez que éstos han sido emitidos y han dado origen a derechos a favor de terceros, la doctrina nacional y la jurisprudencia judicial y contralora son muy sólidas en el sentido de que ello sólo puede darse muy excepcionalmente y, en todo caso, siempre considerando los derechos adquiridos de buena fe como un límite absoluto que garantiza la estabilidad de los actos de la Administración, aun si ellos han sido dictados con vicios o errores imputables a la propia autoridad emisora. Vid. a este respecto, SOTO KLOSS, Eduardo, "Los derechos adquiridos en el derecho público chileno (réquiem para una ineptia doctrinaria)", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Santiago de Chile, t. 81, año 1984, 1ª parte, pp. 13-23. De igual autor, "La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Santiago de Chile, T. 85, año 1988, 1ª parte, pp. 157-167. A nivel comparado esta tesis del derecho administrativo nacional es igualmente válida, Cfr. OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, Parte General, 2ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 153-155. Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 7ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 491 y 492; Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 273-275. Cfr. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, 2ª ed., 1ª reimp., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, pp. 173 y 174. En lo referente a la aplicación de la teoría del acto propio a la administración, Vid. HÉCTOR MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*, 1ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

14 Sólo a este preciso respecto, vale la pena considerar la secuela de dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República, con relación a la posibilidad que la Comisión Nacional del Medio Ambiente modifique en forma sobreviniente las resoluciones de calificación ambiental de proyectos cuando ellas hayan sido favorables a los mismos, admitiendo, sino la posibilidad de modificar las mismas, la posibilidad de aclarar los puntos dudosos u oscuros, rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieran de manifiesto en el acto administrativo, conforme a la disposición contenida en el artículo 62 de la ley 19.880, aclaración que, no pocas veces, podrá encubrir auténticas reformas de la resolución de calificación ambiental, improcedentes según la jurisprudencia de Contraloría. Vid. al efecto los dictámenes números 52.241/2002; 20.477/2003 y 34.021/2003.



2º En cuanto a la estabilidad de los CERs, no deben alterarse las condiciones que permitan al titular del proyecto o actividad que participa del MDL cumplir con las reducciones de emisión comprometidas. En este sentido no cabría invocar la exigencia de adaptación a las nuevas normas ambientales aprobadas a nivel nacional para justificar que un proyecto acogido al MDL deje de cumplir con las reducciones de GEI que la DNA aprobó y avaló ante la Junta Ejecutiva. A ese respecto, frente a las Partes del PK existe una suerte de asociación entre el Estado de Chile y el titular del proyecto acogido al MDL, en orden a cumplir con las reducciones de emisiones certificadas, idea que es equiparable a la misma que se utiliza para describir la relación de asociación o colaboración que subyace en los contratos administrativos, y que impediría a la autoridad nacional alterar unilateralmente las condiciones de cumplimiento de tales compromisos, a menos que indemnice los daños que ocasione.

#### 4. CONSECUENCIAS COLATERALES DE LA RATIFICACIÓN DEL PROTOCOLO DE KYOTO PARA LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL CHILENA

Es sabido que el proyecto de permisos de emisión negociables que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 35 de la ley 19.300 el Ejecutivo envió al Congreso Nacional, ha enfrentado una resistencia de la bancada verde cuestionando la legitimidad de negociar con la contaminación.

Descartando que sea legalmente correcta tal imputación, toda vez que el concepto de contaminación tiene en la ley 19.300<sup>15</sup> un significado normativo preciso que hace viable

transar permisos de emisión dentro de los marcos definidos por las normas de calidad ambiental y las normas de emisión vigentes, que aseguran que ello es totalmente posible sin que exista contaminación, la ratificación del Protocolo de Kyoto supone un respaldo considerable a la legitimidad de las herramientas de mercado en la lucha por la reducción de la emisión, a la vez que pone en evidencia el contrasentido de la resistencia en aprobar el proyecto de ley.

Si bien es evidente que el PK sirve únicamente a los efectos de transar cuotas de emisión asociadas a la generación de GEI y no a cualquier tipo de emisiones, no es menos cierto que la validación parlamentaria que supone la Ratificación Parlamentaria del PK, unida al reconocimiento legislativo que la ley 19.300 en sus artículos 47 letra b) y 48 hizo de los permisos de emisión transables, debiera ser un argumento suficiente para superar definitivamente la discusión acerca de la legitimidad del uso de los instrumentos económicos en la lucha por proteger el medio ambiente, atendido, además su plena consonancia con el principio general “contaminador-pagador” que figura entre las reglas inspiradoras del derecho ambiental.

#### 5. CONCLUSIONES

Ya sea al nivel de la Junta Ejecutiva del Protocolo de Kyoto, una vez emitidos los CERs o a nivel interno del Estado chileno, al momento de emitir la Carta de Aprobación para un proyecto que postula al MDL, ambos pronunciamientos revisten la misma naturaleza jurídica, en cuanto constituyen decisiones de carácter autorizador emanadas de un órgano administrativo, y cuyo contenido vincula a la

15 El artículo 2º letra c) de la ley 19.300 define contaminación como: “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”.

autoridad emisora en cuanto a los derechos que crea para sus beneficiarios.

Una vez determinado lo anterior, haciendo una analogía con las cuotas de emisión de GEI asignadas a las fuentes existentes al interior de las Partes del Anexo I, los CERs una vez que son registrados por la Junta Ejecutiva del PK y emitidos los bonos que de los mismos se originen, constituyen un derecho subjetivo para su titular, de carácter real, oponibles a todas las Partes del PK, incluida la propia Administración concedente, se comportan como bienes muebles, susceptibles de apropiación y de comercio, y quedan amparados por la garantía del derecho de propiedad con las limitaciones que suponen el plazo de vigencia que se les haya asignado, y el efectivo cumplimiento de las obligaciones de reducción de GEI que los mismos representan.

Frente a tales garantías, los CERs suponen una limitación al ejercicio de las potestades revocatorias no sólo de la Junta Ejecutiva que los reconoce, sino también para las del

Estado en cuyo territorio, y con su aprobación, se haya ejecutado el proyecto acogido al MDL y que dio origen a los CERs. Esta limitación se extiende al ejercicio de otras competencias estatales cuyo contenido pueda hacer fracasar la reducción de GEI que se previó para el proyecto registrado mediante el MDL, resultando de cualquier intervención pública que suponga un efecto tal, diversos tipos de responsabilidad para dicho Estado, ya sea en cuanto sujeto de derecho internacional frente a las demás Partes del Protocolo de Kyoto, en especial frente a aquella parte que había adquirido los CERs para efectos de cumplir su cuota de reducción de emisiones, pero también respecto del tenedor público o privado del bono como también del nacional suyo que haya sido titular original del mismo, en estos últimos casos vinculadas al valor en dinero que supongan las multas y demás sanciones previstas en los contratos o en las normas estatales a raíz de los incumplimientos de las reducciones de GEI previstos en unos y otras.