PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

"EL FIDEICOMISO MERCANTIL AMBIENTAL COMO MEDIO PARA INSTRUMENTAR LA COMERCIALIZACIÓN DE BONOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO"

DANIELA MIÑO BRITO

DIRECTOR: DR. RENÉ BEDÓN GARZÓN

QUITO, 2016

DEDICATORIA

A Dios, por estar junto a mí y darme las fuerzas para lograr superar cada desafío.

A Ismael, por ser la guía en mi vida y siempre creer en mí.

A Patricio, por ser mi fuente de sabiduría, mi ángel antes y hoy.

A Lucy, por hacer que esto sea posible.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, porque me han preparado para enfrentar cada desafío.

A mi director Dr. René Bedón Garzón, por su colaboración y guía en este proceso.

A todas esas personas que formaron parte de éste camino.

RESUMEN

La necesidad de un sistema de regulación para el negocio jurídico en el comercio internacional de bonos de emisión de gases de efecto invernadero, nos lleva a consolidar la idea de la creación de un contrato típico para la aplicación de la figura del fideicomiso mercantil ambiental y su tipificación en la legislación ecuatoriana, consecuente con la regulación internacional para una efectiva participación.

La importancia de aprovechar los servicios ambientales y convertirlos en una fuente de ingresos económicos a través de una negociación y compromiso de conservación del medio ambiente es nuestro motor principal para presentar un estudio que contenga una figura legal que beneficie al estado ecuatoriano de manera bidireccional y a la comunidad internacional en base al análisis inversión-conservacionismo, para lo cual el Ecuador deberá generar las condiciones necesarias y viabilizar el proceso sin normas regulatorias internas que contradigan o bloqueen la participación del Estado en el mercado internacional de negociación de bonos de emisión de gases de efecto invernadero, para una efectiva participación.

En el mercado internacional de negociación de bonos de efecto invernadero regulado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se propone como objetivo la reducción del porcentaje de contaminación ambiental. Los organismos veedores del cumplimiento de los límites de contaminación, deberán generar una normativa vinculante que sanciones el incumplimiento de un estado parte para lograr los objetivos planteados en las Conferencias Post Kioto.

Con la presente investigación se da la pauta para un tema aún no desarrollado dentro de nuestra realidad legal, más de gran importancia en el mercado internacional, es necesario contar con una figura legal que contenga un sistema de negociación de bonos de efecto invernadero para incrementar su aplicación con el objetivo de reducir los índices de contaminación ambiental de los países desarrollados.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I

EL MERCADO INTERNACIONAL DE NEGOCIACIÓN DE BONOS DE EMISIÓN DE GASES Y LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO ECUATORIANO **..... 3**

1.1 El comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 4

1.1.1 El comercio internacional de los derechos de emisión de gases 6

1.1.2 Compromisos limitativos de emisión de gases 12

1.1.2.1. Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático 12

1.1.2.2. Protocolo de Kioto 14

1.1.3 Realidad post Kioto **..... 19**

1.1.4 REDD como mecanismo para reducción de emisiones de gases de efecto invernadero 28

1.2 Régimen jurídico relativo al comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero 32

1.2.1 Principios medioambientales relativos al cambio climático 32

1.2.2 Régimen jurídico ecuatoriano respecto al cambio climático 32

1.3 Forma de negociación de la fiducia ambiental en el mercado de capitales ... 35

1.3.1 El mercado de los derechos de emisión y los incentivos de carácter económico 36

1.3.2 Los bonos de emisión de gases como fuente permanente de capital . 37

1.3.3 Forma de negociación de bonos de emisión de gases 37

1.3.3.1. Partes que intervienen 38

1.3.3.2. Posición de los estados 38

1.3.3.3. Intereses particulares de las empresas contaminantes 38

CAPÍTULO II

LA FIDUCIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO LEGAL 39

2.1 Evolución del fideicomiso mercantil ambiental 39

2.1.1 Nacimiento del fideicomiso mercantil ambiental 40

2.1.2 Razones para su desarrollo en América Latina 42

2.2 Proceso de formación del fideicomiso mercantil ambiental..... 45

2.2.1 Partes intervinientes, derechos y obligaciones..... 45

2.2.1.2. Fideicomitente 46

2.2.1.3. Beneficiario..... 46

2.2.1.4. Coordinadora del Fideicomiso..... 46

2.2.2 La participación del gobierno en la creación de fideicomisos ambientales 46

2.2.3 Administración del fideicomiso mercantil ambiental 47

2.2.3.1. Duración del fideicomiso..... 48

2.2.3.2. Causales de terminación 48

2.3 Forma de financiamiento del fideicomiso mercantil ambiental 49

2.3.1 Elementos financieros del fideicomiso mercantil ambiental..... 49

2.3.2 La inversión internacional de países interesados como contribución para la sostenibilidad del fideicomiso mercantil ambiental 50

2.3.3 Inversiones del capital del fideicomiso 51

2.3.3.1. Inversión gubernamental..... 51

2.3.3.2. Inversión extranjera 51

2.4 Objeto y características del contrato de fideicomiso mercantil ambiental, como contrato típico en la legislación ecuatoriana 51

2.4.1 Características del contrato..... 52

2.4.2 El Contrato de Fideicomiso y su implementación en el Ecuador 52

2.5 La Fiducia Ambiental en el Ecuador: análisis del Artículo 74 de la Constitución de la República del Ecuador 54

2.6 Incorporación del fideicomiso mercantil ambiental, como contrato típico, en la legislación ecuatoriana 57

2.6.1 Reforma al Art. 74 de la Constitución de la República del Ecuador . 57

2.6.2 Procedimiento 58

2.7 Organismo nacional de control y regulación de la negociación de bonos de emisión de gases 61

2.7.1 Funciones..... 62

2.7.2 Competencia 62

CAPÍTULO III..... 63

3.1 CONCLUSIONES 63

3.2 RECOMENDACIONES 64

BIBLIOGRAFÍA 65

INTRODUCCIÓN

La necesidad de regular en la legislación ecuatoriana la figura del fideicomiso mercantil ambiental con características típicas, con el objeto de instrumentar la negociación de bonos de efecto invernadero en el mercado internacional, para incentivar la conservación del ambiente y el desarrollo de un sistema de beneficios para el Ecuador, motivan el análisis de éste tema.

En un mundo globalizado y como consecuencia de aquello, el crecimiento desordenado de la industria, ha generado un impacto ambiental negativo, el incremento de la temperatura del planeta provocado por el exceso de emisiones de carbono, genera preocupación en los organismos internacionales que han visto la necesidad de controlar esta contaminación a través de la regulación de porcentajes de contaminación industrial.

Con el objeto de no incidir negativamente en el desarrollo de las industrias, se crea un método de compra de créditos para contaminar, mecanismo negociado en el mercado internacional a través de bonos de "efecto invernadero", que permiten reinvertir en la protección del ambiente generando cuotas de contaminación contra un pago por la venta de estos bonos.

El Ecuador se ve en la necesidad de sumarse a este mecanismo internacional, pero para su participación exitosa, es necesaria la regulación de la figura en la legislación ecuatoriana, tomando en consideración las decisiones internacionales pero que permita la aplicabilidad de este mercado en la legislación interna, con el objetivo de mejorar la economía nacional y la calidad de vida de los ecuatorianos.

La conservación del ambiente no solo es preocupación del país, los altos niveles de contaminación ambiental generan que la negociación de bonos de emisión de gases de efecto invernadero para la reducción de los niveles de contaminación y la inversión en la protección del medio ambiente, sea motivo de estudio de la comunidad internacional. Para la participación del Ecuador en éste proceso, se requiere el estudio del tema y su inmediata regulación.

La implementación de la figura del fideicomiso mercantil ambiental en el Ecuador, como un contrato típico, surge de manera general ante la necesidad de respuesta a las altas cifras

de contaminación ambiental y de manera particular como un mecanismo de producción y reinversión.

El fideicomiso mercantil ambiental en el Ecuador, es una figura legal que se ha utilizado como mecanismo de protección de áreas naturales, sin embargo esta propuesta pretende su regulación en la legislación ecuatoriana y su aplicación como un contrato típico, que permita la negociación de bonos de efecto invernadero. El fideicomiso mercantil ambiental como medio para instrumentar la comercialización de bonos de emisión de gases de efecto invernadero, se propone como una figura legal nueva en nuestra legislación, la incorporación de una norma positiva que regule la participación del país en el mercado internacional de carbono es el motivo principal para su estudio específico en materia legal y puede ser motivo de estudio en materia económica para la reinversión de los fondos resultado del fideicomiso.

La importancia de la implementación de la figura en materia internacional, radica principalmente en la protección del medio ambiente y su control a través de la reducción de emisiones de gases de carbono, imputando un costo a la contaminación; y en materia nacional como mecanismo para participación del Ecuador en el mercado internacional de bonos de emisión de gases de efecto invernadero.

Utilizamos como eje central de nuestra investigación la incorporación de la figura del fideicomiso mercantil ambiental como un contrato típico en la legislación ecuatoriana y la participación de nuestro país en las negociaciones de compra y venta de bonos de emisión de gases de efecto invernadero, como consecuencia de aquello el sistema de reinversión ambiental para la conservación del medio ambiente.

El estudio busca conocer la posición del Ecuador en el mercado internacional de negociación de oxígeno, sus ventajas y desventajas, analizar la regulación de los tratados internacionales en lo concerniente al tema y la posición del Ecuador como estado parte y generar un sistema de reinversión proteccionista, pero a su vez de desarrollo a través de la inversión del ingresos obtenidos a partir de la negociación de los bonos de emisión de gases de efecto invernadero.

CAPÍTULO I

EL MERCADO INTERNACIONAL DE NEGOCIACIÓN DE BONOS DE EMISIÓN DE GASES Y LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO ECUATORIANO

Los bonos de emisión de gases o créditos de carbono son un mecanismo internacional cuyo objetivo es la reducción de emisión de dióxido de carbono (CO2).

El mercado internacional de negociación de bono de carbono, es un sistema comunitario de derechos de emisión, que permite asignar a las empresas un porcentaje viable de contaminación, en función a la regularización ambiental de sus respectivos Gobiernos.

En mayo de 1992, los miembros de Naciones Unidas se reunieron con el objeto de analizar y establecer mecanismos de control al cambio climático producido por la contaminación de CO2 en atención a lo estipulado en el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que posteriormente se ratificó a través del acuerdo internacional denominado Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático.

Como consecuencia del calentamiento global, se generó el mercado internacional de carbono, con el objeto de incentivar la reducción de gases de efecto invernadero, producto de la actividad industrial.

> El mercado de carbono es un sistema de comercio en donde se compran y venden emisiones reducidas o secuestradas de GEI que se han logrado mediante el desarrollo de proyectos.[1]

[1] Svetlana Samayoa. *Guía de orientaciones: Mercado de carbón, oportunidades para proyectos de pequeña escala.* Tegucigalpa, SNV, 2011. Página 10.

El mercado de carbono radica en la reducción de emisiones a través de la venta de bonos de emisión de gases de efecto invernadero que deberán ser generados a través de programas que promuevan la reducción de emisiones de carbono a la atmosfera.

> Este mercado nació en el año 2005 a partir de la ratificación y la firma del Protocolo de Kioto (PK) por países desarrollados (a excepción de Estados Unidos), en donde se comprometen a desarrollar actividades que promuevan la reducción o absorción de GEI en un 5.2% con respecto a los niveles de 1990 para el primer período de compromiso (2008-2012).[2]

Debemos diferenciar la participación en el mercado internacional de bonos de emisión de gases de efecto invernadero, considerando el desarrollo económico de cada país, los países desarrollados que han ratificado el protocolo, se comprometen a reducir en el porcentaje establecido el nivel de contaminación de CO2. A partir de esta premisa se colige la participación de los países en vías de desarrollo, generando mecanismos para la reducción de emisiones de tal manera que ingresen al mercado internacional como vendedores de bonos.

1.1 El comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero

Para la reducción de causantes del calentamiento global, el mercado internacional a través de convenios multilaterales, acuerda con industrias y países suscriptores un valor por el derecho de contaminación.

En la Unión Europea el mercado se regula en un precio fluctuante, controlado por el Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de emisión, desarrollando un mercado de carbono que genera dinamismo y seguridad en el proceso.

[2] Svetlana Samayoa. *Guía de orientaciones: Mercado de carbón, oportunidades para proyectos de pequeña escala.* Tegucigalpa, SNV, 2011. Página 12.

La evolución del mercado de la Unión Europea, se puede identificar en cifras, de acuerdo al detalle de la evolución del precio en la cita a continuación:

> 2 enero 2005: Inicio del Mercado – Valor de 7 € el derecho.
>
> 19 de abril 2006: Valor de 30,5 € el derecho. Máximo histórico.
>
> 29 de diciembre 2006: Cierre año – Valor de 6,55 € el derecho.
>
> 2 de enero 2007: Valor de 5,85 € el derecho.
>
> 30 de diciembre 2007: Valor de 0,03€ el derecho.
>
> 17 de abril 2008: Entrega nuevos derechos en España – Valor de 23,45€ el derecho.
>
> Como vemos el valor del derecho de emisión de CO2 es muy volátil y factores como el clima, situaciones político-económicas y el volumen de asignaciones a nivel europeo, influyen directamente en su evolución.[3]

El mismo que se deberá aplicar en aras a la realidad de cada país y su porcentaje de industrialización y contaminación.

El mercado de carbono permite generar bonos para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, que permita la contaminación adicional de una tonelada de carbono por cada bono negociado. La fijación de cantidades máximas de contaminación, en países industrializados, se deberá realizar a través de un sistema de cuotas.

> Los permisos de emisión son la unidad de medición que contabiliza la cantidad de tCO2e que se pretende reducir o absorber. La cantidad máxima de permisos de emisión es determinada por una autoridad central. Los participantes en un sistema de cuotas pueden vender aquellos permisos que no hayan utilizado. Esto quiere decir que si contaminan por

[3] SENDECO2. *Sistema electrónico de negociación de derechos de emisión de dióxido de carbono.* Internet. http://www.sendeco2.com/es/comercio-co2.asp Acceso: 10 de diciembre de 2013.

> debajo del nivel que les es permitido, pueden comercializar los permisos que no hayan utilizado con aquellas entidades que necesiten compensar la contaminación que han generado por arriba de lo que les es permitido por el sistema.[4]

Adicionalmente al sistema de cuotas, los países desarrollados podrán comprar en el mercado internacional una porcentaje mayor de contaminación, a través de la inversión de proyectos implementados en países en vías de desarrollo.

Para que estos proyectos resulten atractivos para su inversión, deberán generar seguridad en la aplicación del proyecto, así como costos menores que los generados en el sistema de cuotas, en caso de que exista la posibilidad de inversión en este sistema.

1.1.1 *El comercio internacional de los derechos de emisión de gases*

El mercado en el cual se encuentra implícitos los derechos de emisión de gases, consiste en asignar a cada país un porcentaje de emisión de gases de efecto invernadero, con el objetivo de que se genere un mercado a través de la compra de certificados a países que produzcan menos emisiones.

El análisis pertinente a cada país deberá considerar su nivel de industrialización y porcentaje de expansión de su industria.

El mercado de bonos se genera a partir de la disponibilidad de una cuota de contaminación otorgada por un país que en efecto cuente con la misma.

El comercio internacional de los derechos de emisión de gases, tiene como punto de partida el cumplimiento de los compromisos limitativos de contaminación adquiridos y la negociación con los bonos disponibles para el cumplimiento de estos parámetros de contaminación.

[4] Svetlana Samayoa. *Guía de orientaciones: Mercado de carbón, oportunidades para proyectos de pequeña escala.* Tegucigalpa, SNV, 2011. Página 14.

Los mecanismos desarrollados, para la reducción de emisiones de carbono, que en el mercado internacional se comercializan como bonos de emisión de gases de efecto invernadero, a partir de los cuales se genera el mercado internacional de negociación de bonos son:

Certificados de Reducción de Emisiones (CERs)

Montos Asignados Anualmente (AAUs)

Unidades de Reducción de Emisiones (ERUs)

Unidades de Remoción de Emisiones (RMUs)[5]

Es pertinente un breve análisis de cada uno de los tipos de bonos:

a) CERs: Certificados de Reducción de Emisiones, a través del uso de mecanismos de desarrollo limpio, en atención al numeral tres del Artículo 12 del Protocolo de Kioto.

> Artículo 12.- 3) En el marco del mecanismo para un desarrollo limpio:
> a) Las Partes no incluidas en el anexo I se beneficiarán de las actividades de proyectos que tengan por resultado reducciones certificadas de las emisiones; y
> b) Las Partes incluidas en el anexo I podrán utilizar las reducciones certificadas de emisiones resultantes de esas actividades de proyectos para contribuir al cumplimiento de una parte de sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3, conforme lo determine la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo.[6]

[5] Instituto Nacional de Ecología. *Cambio Climático en México. El sector privado y el cambio climático.* Internet. http://cambioclimatico.inecc.gob.mx/sectprivcc/mercadobonoscarbono.html Acceso: 10 de diciembre de 2013.

[6] Naciones Unidas. *Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, 1998. Artículo 12, numeral 3.

b) AAUs: Montos Asignados Anualmente del total de emisiones de gases permitidos a un país para la contaminación de la atmosfera, el Anexo B del Protocolo de Kioto determina el porcentaje de limitación de emisiones, en atención al siguiente detalle:

Parte	Compromiso cuantificado de limitación o reducción de las emisiones (% del nivel del año o período de base)
Alemania	92
Australia	108
Austria	92
Bélgica	92
Bulgaria*	92
Canadá	94
Comunidad Europea	92
Croacia*	95
Dinamarca	92
Eslovaquia*	92
Eslovenia*	92
España	92
Estados Unidos de América	93
Estonia*	92
Federación de Rusia*	100
Finlandia	92
Francia	92
Grecia	92
Hungría*	94
Irlanda	92
Islandia	110
Italia	92
Japón	94
Letonia*	92
Liechtenstein	92
Lituania*	92
Luxemburgo	92
Mónaco	92
Noruega	101

Nueva Zelandia	100
Países Bajos	92
Polonia*	94
Portugal	92
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	92
República Checa*	92
Rumania*	92
Suecia	92
Suiza	92
Ucrania*	100

* Países que están en proceso de transición a una economía de mercado. [7]

c) ERUs: Unidades de Reducción de Emisiones a través del desarrollo de un proyecto específico para el efecto, en atención a lo establecido en el Artículo 6 del Protocolo de Kioto.

> Artículo 6.- 1. A los efectos de cumplir los compromisos contraídos en virtud del artículo 3, toda Parte incluida en el anexo I podrá transferir a cualquiera otra de esas Partes, o adquirir de ella, las unidades de reducción de emisiones resultantes de proyectos encaminados a reducir las emisiones antropógenas por las fuentes o incrementar la absorción antropógena por los sumideros de los gases de efecto invernadero en cualquier sector de la economía, con sujeción a lo siguiente:
>
> a) Todo proyecto de ese tipo deberá ser aprobado por las Partes participantes;
>
> b) Todo proyecto de ese tipo permitirá una reducción de las emisiones por las fuentes, o un incremento de la absorción por los sumideros, que sea adicional a cualquier otra reducción u otro incremento que se produciría de no realizarse el proyecto;

[7] Naciones Unidas. *Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, 1998. Anexo B.

c) La Parte interesada no podrá adquirir ninguna unidad de reducción de emisiones si no ha dado cumplimiento a sus obligaciones dimanantes de los artículos 5 y 7; y

d) La adquisición de unidades de reducción de emisiones será suplementaria a las medidas nacionales adoptadas a los efectos de cumplir los compromisos contraídos en virtud del artículo 3.

2. La Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo podrá, en su primer período de sesiones o tan pronto como sea posible después de éste, establecer otras directrices para la aplicación del presente artículo, en particular a los efectos de la verificación y presentación de informes.

3. Una Parte incluida en el anexo I podrá autorizar a personas jurídicas a que participen, bajo la responsabilidad de esa Parte, en acciones conducentes a la generación, transferencia o adquisición en virtud de este artículo de unidades de reducción de emisiones.

4. Si, de conformidad con las disposiciones pertinentes del artículo 8, se plantea alguna cuestión sobre el cumplimiento por una Parte incluida en el anexo I de las exigencias a que se refiere el presente artículo, la transferencia y adquisición de unidades de reducción de emisiones podrán continuar después de planteada esa cuestión, pero ninguna Parte podrá utilizar esas unidades a los efectos de cumplir sus compromisos contraídos en virtud del artículo 3 mientras no se resuelva la cuestión del cumplimiento.[8]

d) RMUs: Unidades de Remoción de Emisiones que son créditos obtenidos por un determinado país para la emisión controlada de gases de efecto invernadero, de acuerdo a la regulación establecida en el Artículo 11 del Protocolo de Kioto.

Artículo 11.- 1. Al aplicar el artículo 10 las Partes tendrán en cuenta lo dispuesto en los párrafos 4, 5, 7, 8 y 9 del artículo 4 de la Convención.

[8] Naciones Unidas. *Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, 1998. Artículo 6.

2. En el contexto de la aplicación del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 y en el artículo 11 de la Convención y por conducto de la entidad o las entidades encargadas del funcionamiento del mecanismo financiero de la Convención, las Partes que son países desarrollados y las demás Partes desarrolladas incluidas en el anexo II de la Convención:

a) Proporcionarán recursos financieros nuevos y adicionales para cubrir la totalidad de los gastos convenidos en que incurran las Partes que son países en desarrollo al llevar adelante el cumplimiento de los compromisos ya enunciados en el inciso a) del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y previstos en el inciso a) del artículo 10;

b) Facilitarán también los recursos financieros, entre ellos recursos para la transferencia de tecnología, que necesiten las Partes que son países en desarrollo para sufragar la totalidad de los gastos adicionales convenidos que entrañe el llevar adelante el cumplimiento de los compromisos ya enunciados en el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y previstos en el artículo 10 y que se acuerden entre una Parte que es país en desarrollo y la entidad o las entidades internacionales a que se refiere el artículo 11 de la Convención, de conformidad con ese artículo. Al dar cumplimiento a estos compromisos ya vigentes se tendrán en cuenta la necesidad de que la corriente de recursos financieros sea adecuada y previsible y la importancia de que la carga se distribuya adecuadamente entre las Partes que son países desarrollados. La dirección impartida a la entidad o las entidades encargadas del funcionamiento del mecanismo financiero de la Convención en las decisiones pertinentes de la Conferencia de las Partes, comprendidas las adoptadas antes de la aprobación del presente Protocolo, se aplicará mutatis mutandis a las disposiciones del presente párrafo.

3. Las Partes que son países desarrollados y las demás Partes desarrolladas que figuran en el anexo II de la Convención también podrán facilitar, y las Partes que son países en desarrollo podrán obtener, recursos financieros para la aplicación del artículo 10, por conductos bilaterales o regionales o por otros conductos multilaterales.[9]

[9] Naciones Unidas. *Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, 1998. Artículo 11.

1.1.2 *Compromisos limitativos de emisión de gases*

Es relevante el tema de los problemas ambientales relacionados con la política internacional y la limitación de la misma a las cuotas de contaminación, para lo cual los estados como parte de su política interna incorporan leyes, reglamentos y acuerdos para el cumplimiento de lo establecido en convenios internacionales.

Entre los convenios vigentes más importantes, que consideran la reducción de gases de infecto invernadero, hacemos referencia a los siguientes:

1.1.2.1. *Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*

El tratado internacional Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, firmado en Rio de Janeiro – Brasil el 5 de junio de 1992, regula la reducción de emisiones de efecto invernadero, en el cual como objetivo de éste instrumento y sus anexos, detalla de acuerdo a lo estipulado en el Artículo número dos del cuerpo normativo regulatorio de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

> El objetivo último de la presente Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes, es lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible[10].

[10] Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, 1992. Artículo 2.

Como enunciado normativo general para la aplicación de las regulaciones establecidas en base al convenio, el Artículo tres del mismo cuerpo normativo, determina principios regulatorios para el cumplimiento de la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero, en los que se incluye:

1. Protección del sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos.

2. Deberían tomarse plenamente en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, y las de aquellas Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la Convención.

3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas.

4. Las Partes tienen derecho al desarrollo sostenible y deberían promoverlo. Las políticas y medidas para proteger el sistema climático contra el cambio inducido por el ser humano deberían ser apropiadas para las condiciones específicas de cada una las Partes y estar integradas en los programas nacionales de desarrollo, tomando en cuenta que el crecimiento económico es esencial para la adopción de medidas encaminadas a hacer frente al cambio climático.

> 5. Las Partes deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional abierto y propicio que condujera al crecimiento económico y desarrollo sostenible de todas las Partes, particularmente de las Partes que son países en desarrollo, permitiéndoles de ese modo hacer frente en mejor forma a los problemas del cambio climático. Las medidas adoptadas para combatir el cambio climático, incluidas las unilaterales, no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional.[11]

Para el cumplimiento de lo convenido, las partes se comprometen a adoptar políticas nacionales y de control para la mitigación de la emisión de gases de efecto invernadero.

Es importante señalar que en el margen de esta convención no se determinan los porcentajes de contaminación máxima, que permitan reducir anualmente el porcentaje de contaminación atmosférica.

Para comprender la evolución de las decisiones tomadas en base a la preocupación derivada del cambio climático, se detalla el siguiente gráfico que muestra cronológicamente la participación internacional, tomando como punto de partida la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Debemos resaltar que es el Protocolo de Kioto, el acuerdo concreto entre las partes y las decisiones en este Protocolo ratificadas, las que de alguna manera generan un compromiso entre los estados parte.

1.1.2.2. *Protocolo de Kioto*

Es el compromiso de reducción y estabilización de emisiones de gases de efecto invernadero, firmado el 11 de diciembre de 1997, en el cual los gobiernos de países industrializados se comprometieron a través de un compromiso jurídicamente vinculante, a reducir las emisiones contaminantes, estos países tienen un porcentaje aprobado de

[11] Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, 1992. Artículo 3.

contaminación por tonelada de dióxido de carbono, uno de los principales gases de efecto invernadero.

Los gobiernos de uno de los países, asignan estos porcentajes entre sus industrias contaminantes en base a una serie de incentivos por reducción de contaminación.

Estos porcentajes de contaminación son otorgados a través de licencias, las mismas que pueden ser negociadas de la siguiente manera:

a) La industria contaminante puede ocupar el porcentaje total correspondiente a la licencia concedida.
b) La industria contaminante tiene la posibilidad de conservar el porcentaje restante para el siguiente período.
c) La industria contaminante puede vender a otra industria que haya excedido su porcentaje de contaminación, la totalidad o un porcentaje de esta licencia. El Artículo 17 del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático establece:

> Artículo 17.- La Conferencia de las Partes determinará los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes, en particular para la verificación, la presentación de informes y la rendición de cuentas en relación con el comercio de los derechos de emisión. Las Partes incluidas en el anexo B podrán participar en operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos dimanantes del artículo 3. Toda operación de este tipo será suplementaria a las medidas nacionales que se adopten para cumplir los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones dimanantes de ese artículo. [12]

d) La industria contaminante puede participar en programas de reducción de contaminación y compensar su porcentaje de contaminación.
e) Mecanismo de Desarrollo Limpio, mecanismo que permite la participación de los países no industrializados, compensando su porcentaje de contaminación en el desarrollo de políticas y proyectos de países en vías de desarrollo para reducir la

[12] Naciones Unidas. *Protocolo de Kioto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. 1998. Artículo 17.

emisión de gases de efecto invernadero. El Artículo 12 del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático establece:

> Artículo 12.- 1. Por el presente se define un mecanismo para un desarrollo limpio.
> 2. El propósito del mecanismo para un desarrollo limpio es ayudar a las Partes no incluidas en el anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las Partes incluidas en el anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3.
> 3. En el marco del mecanismo para un desarrollo limpio:
> a) Las Partes no incluidas en el anexo I se beneficiarán de las actividades de proyectos que tengan por resultado reducciones certificadas de las emisiones; y
> b) Las Partes incluidas en el anexo I podrán utilizar las reducciones certificadas de emisiones resultantes de esas actividades de proyectos para contribuir al cumplimiento de una parte de sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3, conforme lo determine la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo.
> 4. El mecanismo para un desarrollo limpio estar· sujeto a la autoridad y la dirección de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo y a la supervisión de una junta ejecutiva del mecanismo para un desarrollo limpio.
> 5. La reducción de emisiones resultante de cada actividad de proyecto deberá ser certificada por las entidades operacionales que designe la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo sobre la base de:
> a) La participación voluntaria acordada por cada Parte participante;
> b) Unos beneficios reales, mensurables y a largo plazo en relación con la mitigación del cambio climático; y
> c) Reducciones de las emisiones que sean adicionales a las que se producirían en ausencia de la actividad de proyecto certificada.
> 6. El mecanismo para un desarrollo limpio ayudar· según sea necesario a organizar la financiación de actividades de proyectos certificadas.
> 7. La Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo en su primer período de sesiones deber· establecer las modalidades y procedimientos que permitan asegurar la transparencia, la eficiencia y la rendición

de cuentas por medio de una auditoría y la verificación independiente de las actividades de proyectos.

8. La Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo se asegurar· de que una parte de los fondos procedentes de las actividades de proyectos certificadas se utilice para cubrir los gastos administrativos y ayudar a las Partes que son países en desarrollo particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático a hacer frente a los costos de la adaptación.

9. Podrán participar en el mecanismo para un desarrollo limpio, en particular en las actividades mencionadas en el inciso a) del párrafo 3 supra y en la adquisición de unidades certificadas de reducción de emisiones, entidades privadas o públicas, y esa participación quedar· sujeta a las directrices que imparta la junta ejecutiva del mecanismo para un desarrollo limpio.

10. Las reducciones certificadas de emisiones que se obtengan en el período comprendido entre el año 2000 y el comienzo del primer período de compromiso podrán utilizarse para contribuir al cumplimiento en el primer período de compromiso.[13]

La posición de los países en vías de desarrollo, por la ausencia de un porcentaje considerable en la contaminación y considerando no limitar su crecimiento, estos no están sujetos a restricciones de emisión de gases de efecto invernadero.

En el presente estudio, cabe detenernos a analizar la participación de la industria contaminante en programas de reducción de contaminación, el Artículo 6 del Protocolo de Kioto, en su parte pertinente establece:

Art. 6. (…) toda Parte incluida en el anexo I podrá transferir a cualquiera otra de esas Partes, o adquirir de ella, las unidades de reducción de emisiones resultantes de proyectos encaminados a reducir las emisiones antropógenas por las fuentes o incrementar la

[13] Naciones Unidas. *Protocolo de Kioto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. 1998. Artículo 12.

> absorción antropógena por los sumideros de los gases de efecto invernadero en cualquier sector de la economía (…)[14]

En esta tesis nos corresponde analizar que son los sumideros de gases de efecto invernadero:

> El concepto de sumidero, en relación con el cambio climático, fue adoptado en la Convención Marco de Cambio Climático de 1992. Un sumidero de gases de efecto invernadero, según la Convención, es cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe o elimina de la atmósfera uno de estos gases o uno de sus precursores, o bien un aerosol y que lo almacena. En el ámbito del Protocolo de Kioto, la definición se limita a determinadas actividades de uso del suelo, cambio de uso del suelo y selvicultura (creación de nuevos bosques, gestión forestal y gestión de tierras agrícolas, entre otras) que se traducen en una captura del CO2 presente en la atmósfera y su almacenamiento posterior en forma de materia vegetal. Esta captura de CO2 contribuye a reducir la concentración de los Gases de Efecto Invernadero de la atmósfera, y por lo tanto, a mitigar el cambio climático.[15]

El Artículo 3 del Protocolo de Kioto, en su numeral 3, determina las actividades consideradas como sumideros.

> Solamente pueden considerar las absorciones producidas en las áreas terrestres en las que se realiza alguna actividad -inducida por el hombre directamente relacionada con el cambio del uso del suelo- que haya tenido lugar desde 1990, y que sea medible y verificable.[16]

---

[14] Naciones Unidas. *Protocolo de Kioto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. 1998. Artículo 6.

[15] Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente del Gobierno de España. "Cambio Climático Sumideros de Carbono". *Folleto Sumideros.* Madrid. Página 1.

[16] Íbid., página 2.

Por lo tanto y en atención a lo establecido en el Protocolo de Kioto, las actividades generadas a partir de 1990, que taxativamente se incluyen dentro del mecanismo sumidero, siempre que sean medibles y verificables, son:

Actividad General:

a) Cambio del uso de la tierra.
b) Silvicultura.

Actividad Específica:

a) Forestación: creación de un bosque, como fruto de la actividad humana, donde no lo había al menos durante los últimos 50 años, mediante plantación, siembra o fomento de semilleros naturales.
b) Reforestación: creación de un bosque, como fruto de la actividad humana, en tierras que tuvieron bosque pero que actualmente están deforestadas, mediante plantación, siembra o fomento de semilleros naturales
c) Deforestación: (como fuente de emisión) conversión de tierras con bosque en tierras no forestales como resultado directo de la actividad humana.

Por lo tanto podemos concluir que, si existe un mecanismo que no está incluido dentro de la enumeración anterior y bajo los términos del Protocolo de Kioto, no es considerado como sumidero de gases de efecto invernadero, por lo tanto no es objeto de negociación en el mercado internacional de bonos de efecto invernadero.

El mecanismo sumidero y la creación de bonos de efecto invernadero, guardan relación a partir de la reducción de los gases contaminantes (CO2), al implementar un proyecto sumidero específico y negociar este proyecto en el mercado internacional de bonos.

1.1.3 Realidad post Kioto

Los miembros del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en el marco del Protocolo de Kioto, han celebrado consecutivamente negociaciones que incentivan la descontaminación ambiental, detallamos las negaciones celebradas a partir del Protocolo de Kioto de 1997:

2005, Entrada en vigor del Protocolo: El convenio rector del proceso es el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.

2007, COP 13 Conferencia de Bali: Entre las decisiones principales en Bali, se destacan:

- La decisión sobre la deforestación y el manejo forestal;
- La decisión sobre la tecnología para los países en desarrollo;
- La creación de la Junta del Fondo de Adaptación;
- La revisión del mecanismo financiero, que va más allá del Fondo para el Medio Ambiente Mundial ya existente.[17]

2008, COP14 Conferencia de Poznan: Entre las decisiones principales en Poznan, se destacan:

- Se puso en marcha el Fondo de Adaptación del Protocolo de Kioto. El Fondo debía ser ocupado por un gravamen del 2% sobre los proyectos bajo el Mecanismo de Desarrollo Limpio. Partes acordaron que la Junta del Fondo de Adaptación debería tener capacidad legal para conceder el acceso directo a los países en desarrollo.

- Partes aprueban un calendario de negociación intensificado durante 2009.

- Identificó las divergencias de puntos de vista sobre temas clave relacionados con el aumento del nivel de los fondos disponibles para la adaptación y mejoras en el Mecanismo de Desarrollo Limpio, lo que requiere una resolución en el próximo año.[18]

[17] United Nations. Framework Convention on Climate Change. *Bali Climate Change Conference - December 2007.* Internet. http://unfccc.int/meetings/bali_dec_2007/meeting/6319.php Acceso: 9 de noviembre de 2013.

[18] United Nations. Framework Convention on Climate Change. *Poznan Climate Change Conference - December 2008.* Internet. http://unfccc.int/meetings/poznan_dec_2008/meeting/6314.php Acceso: 9 de noviembre de 2013.

2009, COP15 Conferencia de Copenhague: Entre las decisiones principales en Copenhague, se destacan:

- La conclusión de un acuerdo jurídicamente vinculante sobre el clima, válido en todo el mundo, con perspectivas a ser aplicado a partir de 2012.

- Reducción de las emisiones de carbono de los países desarrollados.

- Reducción mundial de las emisiones de CO2 en al menos un 50% en 2050 respecto a 1990, y para conseguirlo los países debían marcarse objetivos intermedios. Así, los países industrializados deberían reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero entre un 25% y un 40%, respecto a los niveles de 1990 en el año 2020 y deberían alcanzar una reducción entre el 80% y el 95% para 2050.

- Reducción de las emisiones de los países en desarrollo.

- Cooperación para ayudar a los países pobres.[19]

2010, COP16 Conferencia de Cancún: Entre las decisiones principales en Cancún, se destacan:

- Cooperación a largo plazo.

- Intensificación de la labor relativa a la adaptación.

- Intensificación de la labor relativa a la mitigación.

- Medidas de mitigación apropiadas para cada país adoptadas por las Partes que son países en desarrollo.

- Enfoques de política e incentivos positivos para las cuestiones relativas a la reducción de las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal en los países en

[19] ECURED. *XV Conferencia Internacional sobre el Cambio Climático (en siglas COP15).* Internet. http://www.ecured.cu/index.php/COP15 Acceso: 9 de noviembre de 2013.

desarrollo; y función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo.
- Diversos enfoques, incluidas las oportunidades de utilizar los mercados, para mejorar la eficacia en función de los costos de las medidas de mitigación y promoverlas, teniendo presentes las diferentes circunstancias de los países desarrollados y en desarrollo.

- Financiación, tecnología y fomento de la capacidad.

- Desarrollo y transferencia de tecnología.

- Fomento de la capacidad.

- Prórroga del mandato del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención.

- Orientación y salvaguardias aplicables a los enfoques de política y los incentivos positivos para las cuestiones relativas a la reducción de las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal en los países en desarrollo; y función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono de los países en desarrollo.

- Mandato para la creación del Fondo Verde para el Clima.[20]

2011, COP17 Conferencia de Durban: Entre las decisiones principales en Durban, se destacan:

- El lanzamiento del Fondo Verde para el Clima.

- Los planes nacionales de adaptación.

[20] Naciones Unidas. Convención Marco sobre el Cambio Climático. *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 16° período de sesiones, celebrado en Cancún del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010.* Internet. http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/spa/07a01s.pdf Acceso: 9 de noviembre de 2013.

- Países Menos Adelantados Fondo: el apoyo a la aplicación de los elementos de los países menos adelantados programa que no sea de programas nacionales de adaptación funciona.

- Orientación sobre los sistemas para proporcionar información sobre cómo se abordan y respetan los niveles de emisión de referencia forestal y los niveles de referencia forestal que se hace referencia en la decisión 1/CP.16.[21]

2012, COP18 Conferencia de Doha: Entre las decisiones principales en Doha, se destacan:

- Simplificaron las negociaciones, completando la labor relacionada con el Plan de Acción de Bali con el fin de concentrarse en las nuevas tareas para llegar a un acuerdo en 2015 siguiendo una única corriente de negociación en el Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada (GPD)

- Enfatizaron la necesidad de aumentar su ambición a la hora de reducir los gases de efecto invernadero (GEI) y ayudar a los países vulnerables a adaptarse. Lanzaron un nuevo período de compromiso del Protocolo de Kioto, asegurando así que los importantes modelos jurídicos y contables de este tratado continúen, y subrayando el principio de que los países desarrollados encabecen la acción encomendada por mandato de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

- Continuaron avanzando hacia el establecimiento del apoyo financiero y tecnológico y las nuevas instituciones que hacen falta para que se invierta en energías limpias y crecimiento sostenible en países en desarrollo.

- Trabajar con celeridad en el logro de un acuerdo universal sobre el cambio climático que cubra a todos los países a partir de 2020 y sea adoptado como muy tarde en 2015.

- Buscar formas de aumentar los esfuerzos antes de 2020, más allá de las promesas existentes para contener las emisiones.

[21] United Nations. Framework Convention on Climate Change. *Durban Climate Change Conference - November 2011*. Internet. http://unfccc.int/meetings/durban_nov_2011/session/6294/php/view/decisions.php Acceso: 9 de noviembre de 2013.

- El Protocolo de Kioto, el único acuerdo existente y vinculante en virtud del cual los países desarrollados han adquirido compromisos cuantitativos para reducir los gases de efecto invernadero, fue enmendado de manera que su continuidad quedara garantizada sin interrupción.

- Los Gobiernos decidieron que el segundo período de compromiso sería de 8 años, a partir del 1 de enero de 2013.

- Se acordaron los requisitos legales que permitirán una continuación ininterrumpida del Protocolo y se preservaron las valiosas reglas contables del mismo.

- Los países que están contrayendo compromisos adicionales en virtud del Protocolo de Kioto acordaron examinar sus compromisos de reducción de las emisiones como muy tarde en 2014, con el fin de aumentar sus respectivos niveles de ambición.

- Los mecanismos de mercado del Protocolo de Kioto –el Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL), la Aplicación Conjunta (AC) y el Comercio de Derechos de Emisión (CDE)– continuarán.

- El acceso a los mecanismos se ha mantenido ininterrumpidamente para todos los países desarrollados que hayan aceptado compromisos de reducción en el segundo período de compromiso.

- Con la adopción de las tablas para los informes bienales como formato tabular común se añadió un elemento clave al marco de medición, notificación y verificación (MNV) de los países desarrollados, fortaleciendo así la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

- Las Partes incluidas en el anexo I que tienen compromisos bajo el segundo período de compromiso pueden transferir sin límite las unidades de la cantidad atribuida (UCA) excedentes del primer al segundo período de compromiso del Protocolo de Kioto, pero con restricciones en el uso de dichas UCA transferidas durante el segundo período y limitando la cantidad de estas unidades que se pueden adquirir por comprar a otras Partes.

- Refrendaron la selección de la República de Corea como sede del Fondo Verde para el Clima (FVC) y el plan de trabajo del Comité Permanente de Financiación. Está previsto que el FVC inicie su labor en Songdo en la segunda mitad de 2013.

- Confirmaron un consorcio dirigido por el PNUMA como institución anfitriona del Centro de Tecnología del Clima (CTC) durante un período inicial de cinco años. El CTC, junto

con su red asociada, es el órgano encargado del funcionamiento del Mecanismo Tecnológico de la CMNUCC. Los Gobiernos también acordaron la constitución de la junta consultiva del CRTC.

- Se invitó a las Partes que son países desarrollados a presentar en la próxima conferencia información sobre sus estrategias para aumentar el volumen de financiación.

- La financiación del período entre 2013 y 2015 debería ser igual o superior al nivel medio anual con el que los países proporcionaron fondos durante el período de financiación inmediata de 2010 a 2012 (un total de 30 000 millones de USD). Eso asegurará que el apoyo financiero no se interrumpa mientras se intensifican otros esfuerzos.

- Los Gobiernos lanzaron un riguroso proceso de examen del objetivo a largo plazo relativo a la temperatura, que deberá comenzar en 2013 y terminar en 2015 como muy tarde, con el fin de mostrar la situación real del avance de la amenaza del cambio climático y la posible necesidad de intensificar la acción.

- Los Gobiernos identificaron formas de fortalecer aún más las capacidades de adaptación de los más vulnerables mediante una mejor planificación.

- Se estableció una vía hacia disposiciones institucionales concretas para proporcionar a las poblaciones más vulnerables una mejor protección frente a las pérdidas y los daños causados por fenómenos graduales como la subida del nivel del mar.

- Se acordaron maneras de poner en práctica planes nacionales de adaptación al cambio climático para los países menos desarrollados, incluida la vinculación de la financiación con otras medidas de apoyo.

- Los Gobiernos completaron un registro para consignar medidas de mitigación de los países en desarrollo que buscan reconocimiento o apoyo financiero. El registro será una plataforma web flexible y dinámica.

- Se acordó un nuevo programa de trabajo con el fin de aumentar la capacidad para tomar acciones frente al cambio climático a través de la educación, la formación, la sensibilización y la participación del público en la toma de decisiones sobre dicho cambio, lo cual contribuirá significativamente a generar una oleada de apoyo para embarcar en un nuevo régimen relativo al cambio climático después de 2020.

- Se acordó un programa de trabajo para continuar elaborando el nuevo mecanismo de mercado de la CMNUCC y establecer posibles elementos para su funcionamiento.

- También se acordó un programa de trabajo para crear un marco en el que se reconozcan los mecanismos establecidos fuera de la CMNUCC, como por ejemplo los programas de compensación administrados nacional o bilateralmente, y para considerar el valor de dichos mecanismos como ayuda para que los países alcancen sus metas de mitigación.

- Los Gobiernos consiguieron clarificar mejor las maneras de medir la deforestación y de asegurar que la lucha contra la misma recibe apoyo.

- Tras la presentación de un documento preparado por Bahréin, Arabia Saudí, Qatar y los Emiratos Árabes Unidos, la CP tomó nota de la disposición de estos países para presentar sus medidas actuales y sus planes para lograr una diversificación económica que tenga beneficios colaterales en forma de reducción de las emisiones, adaptación a los impactos del cambio climático y medidas de respuesta.[22]

2013, COP19 Conferencia de Varsovia: Entre las decisiones principales en Varsovia, se destacan:

- Reducción de las emisiones debidas a la deforestación.

- Nuevos avances de la ayuda para naciones en desarrollo.

- Acciones a todos los niveles para afrontar el cambio climático.

- Cumbre de 2014 en Nueva York / próxima reunión de la CMNUCC.[23]

[22] United Nations. Framework Convention on Climate Change. *La puerta climática de Doha.* Internet. http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/la_puerta_climatica_de_doha/items/7477.php Acceso: 9 de noviembre de 2013.

[23] United Nations. Framework Convention on Climate Change. *La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de Varsovia mantiene a los Gobiernos encaminados hacia un acuerdo climático de 2015.* Internet.

Partiendo del objetivo de las negociaciones el objetivo fundamental de las negociaciones sobre el cambio climático es "estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que límite la peligrosa interferencia humana con el sistema climático"[24], la Realidad Post Kioto inicia una tercera fase de negociaciones que contempla decisiones y objetivos para el período 2013-2020.

El límite máximo de contaminación a partir del año 2013, deberá ser "1,74%"[25] anual, en relación con la contaminación del año inmediatamente anterior.

Los límites máximos del Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emisión para el siguiente período, en base al cálculo de millones de toneladas de dióxido de carbono son, los siguientes:

Año	***Millones de T. de CO2***
2013	*1.974*
2014	*1.937*
2015	*1.901*
2016	*1.865*

http://unfccc.int/files/press/press_releases_advisories/application/pdf/pr20132311_cop19close_es.pdf Acceso: 9 de noviembre de 2013.

[24] Portal de la labor del sistema de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. *Las Negociaciones.* Internet. http://www.un.org/es/climatechange/negociations.shtml Acceso: 9 de noviembre de 2013.

[25] SENDECO2. *Comercio CO2.* Internet. http://www.sendeco2.com/es/comercio-co2.asp Acceso: 20 de diciembre de 2013.

2017	*1.829*
2018	*1.792*
2019	*1.756*
2020	*1.720*

** Fuente SEDECO2.com*[26]

La asignación de los derechos de emisión se deberá realizar en base a la normativa interna de cada estado.

La realidad post Kioto refleja la intención de los estados miembro para colaborar con el Protocolo y sus decisiones posteriores, sin embargo la falta de un acuerdo vinculante para las partes genera temores en el cumplimiento de las decisiones tomadas posterior al Protocolo de Kioto, adicionalmente es necesario un órgano que controle y regule la inversión de los países desarrollados en el mercado de negociación de bonos.

1.1.4 *REDD como mecanismo para reducción de emisiones de gases de efecto invernadero*

Posterior al fracaso de Kioto, al no existir un compromiso significativo en la reducción de emisiones y al no llegar a un acuerdo concreto sobre el financiamiento económico para reducir estas emisiones, dentro del plan de acción de Bali se analiza la reducción de emisiones desde una perspectiva distinta al porcentaje de contaminación industrial por país, se enfoca en la reducción de emisiones provenientes de la deforestación y degradación forestal en los países en desarrollo REDD.

[26] SENDECO2. *Comercio CO2.* Internet. http://www.sendeco2.com/es/comercio-co2.asp Acceso: 20 de diciembre de 2013.

REDD (reducción de emisiones producto de la deforestación y la degradación ambiental), es el mecanismo para reducir las emisiones de carbono provenientes de de la deforestación, a través de una compensación económica.

El programa de la Naciones Unidas para el medio ambiente, en su artículo Apoyando a los países a preparar el terreno para REDD+, establece:

> El mecanismo de reducción de emisiones de la deforestación y la degradación de los bosques (REDD+) es una iniciativa que busca motivar a los países en desarrollo con bosques a proteger los recursos forestales, mejorar su gestión y utilizarlos debidamente para contribuir a la lucha global contra el cambio climático. El programa se respalda en la creación de un valor financiero en el carbono almacenado en bosques en pie. "REDD+" trata más que la deforestación, también cubre la importancia de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y la mejora de los depósitos de carbono de los bosques. A largo plazo, los pagos por la reducción confirmada y por la eliminación de emisiones, ya sea a través de un sistema de mercadeo o de financiamiento, ayudarán a que los países participantes inviertan más en un desarrollo con bajas emisiones de carbono y en un futuro mejor y más verde.[27]

Siglas REDD y área de control:

El área de control de REDD, se define a partir de la siguiente descripción:

> RED= Reducción de Emisiones Producidas por la Deforestación.
> REDD= Reducción de Emisiones producidas por la Deforestación y Degradación Forestal.
> REDD+= Reducción de Emisiones producidas por la Deforestación, Degradación Forestal Conservación, Manejo Sostenible y Aumento de los Reservorios de Carbono del Bosque.

[27] Programa ONU-REDD. *Apoyando a los países a preparar el terreno para REDD+*. Internet. http://www.unep.org/climatechange/reddplus/Portals/24101/Documents/UNREDD%20Leaflet_Spanish.pdf Acceso: 23 de diciembre de 2013.

> REDD++: Es REDD+, incluyendo la agricultura (garantizando las mejores prácticas en favor de la no compensación).[28]

La Conferencia de las partes COP13, Decisión 2/CP.1, respecto a la reducción de las emisiones derivadas de la deforestación en los países en desarrollo, establece los métodos para estimular la adopción de medidas.

> 2. Alienta a todas las Partes que estén en condiciones de hacerlo a que apoyen el fomento de la capacidad, presten asistencia técnica, faciliten la transferencia de tecnología para mejorar, entre otras cosas, la reunión de datos, la estimación de las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques, la vigilancia y la presentación de informes, y atiendan las necesidades institucionales de los países en desarrollo para estimar y reducir las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques; 3. *Alienta además* a las Partes a que estudien una serie de medidas, planteen opciones y emprendan actividades, en particular actividades de demostración, para hacer frente a los factores indirectos de la deforestación pertinentes a sus circunstancias nacionales con el fin de reducir las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques y ampliar así las reservas forestales de carbono mediante la ordenación sostenible de los bosque.[29]

El proceso de negociación REDD, para su implementación y desarrollo, debe considerar para su regulación:

a) Cálculo de los porcentajes de contaminación por deforestación, niveles permitidos.
b) Fuentes de financiamiento para la aplicabilidad del proceso.

---

[28] Parker, C., Mitchell, A., Trivedi, M., Mardas, N.. *The Little Red Book*. Londres, Global Canopy Foundation, 2009. Página 20.

[29] Naciones Unidas. Convención Marco sobre el Cambio Climático. *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 13º período decisiones, celebrado en Bali del 3 al 15 de diciembre de 2007.* Fecha de publicación: 14 de marzo de 2008. Páginas 8 - 9.

c) Mecanismos para la aplicabilidad de REDD. Fideicomiso mercantil ambiental como mecanismo para REDD.
d) Inversión de los fondos de inversión provenientes de REDD.
e) Políticas internas viables.

La aplicabilidad REDD, debe estar enfocado en resultados e incentivos. La aplicación debe ser regulada en atención a las políticas internas internacionales, seguido por una fase de implementación de políticas internas y medidas regulatorias, que contribuyan a la reducción de emisión de gases de efecto invernadero, a través de la aplicabilidad de la figura de un fideicomiso regulatorio.

La implementación de la figura del fideicomiso ambiental en Latinoamérica, tiene como principal exponente al Fondo Paranaense REDD++ en Argentina, para la conservación de la selva del mismo nombre.

> La herramienta financiera responde a los requisitos exigidos por los organismos internacionales de Naciones Unidas y será el mecanismo que permitirá captar recursos nacionales e internacionales (donaciones o inversiones) para financiar iniciativas de conservación de la selva misionera para almacenamiento de carbono REDD++.[30]

La aplicación de la figura del fideicomiso ambiental en América Latina, incentiva a que en Ecuador se aplique la figura sobre bosques en pie, para lo cual se propone su regularización como un contrato típico en la legislación ecuatoriana.

[30] Misiones Online. *Fondo Paranaense REDD++*. Internet. http://www.misionesonline.net/noticias/13/09/2013/ Acceso: 20 de diciembre de 2013.

1.2 Régimen jurídico relativo al comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero

El Derecho Ambiental Internacional, está sujeto a intereses económicos y políticos específicos como en el caso de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kioto, como régimen jurídico relativo al comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, que corresponden a un problema actual específico.

1.2.1 *Principios medioambientales relativos al cambio climático*

Los Principios que se trasladan como directrices base para la aplicabilidad del proceso y el desarrollo del comercio internacional de emisión de gases, en el marco constitucional de la convención como fundamento jurídico para ésta y para el protocolo de Kioto y sus anexos, se detallan a continuación:

a) Principio de precaución.
b) Principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas.
c) Principio de desarrollo sostenible.[31]

1.2.2 *Régimen jurídico ecuatoriano respecto al cambio climático*

La Estrategia Nacional de Cambio Climático, como los compromisos asumidos respecto a la aplicación y participación del país en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), el Protocolo de Kioto y sus anexos, permiten la aplicación de las políticas ambientales de cambio climático. El Ecuador es parte de la CMNUCC desde 1994 y también ratificó el Protocolo de Kioto en el año 1999.

[31] Juste Ruiz, J. *Derecho internacional del medio ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 291.

En el año 2009, la mitigación y adaptación del cambio climático se declaran como política de estado.

A través del Acuerdo Ministerial 95, publicado en el Registro Oficial Suplemento 9 del 17 de junio de 2013, acuerda como Política de Estado la Estrategia Nacional de Cambio Climático.

La Constitución de la República del Ecuador 2008, determina en el artículo 413 y 414:

> Artículo 413.- El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua[32]

> Artículo 414.- 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 y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.[33]

Se contempla como Política de Estado, los principios que guiarán la implementación de la Estrategia Nacional de Cambio Climático del Ecuador:

(1) Articulación regional e internacional;

(2) Consistencia con principios internacionales sobre cambio climático;

(3) Énfasis en la implementación local;

(4) Integridad Ambiental;

[32] Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente 2008.

[33] Íbid.

(5) Participación Ciudadana;

(6) Proactividad;

(7) Protección de grupos y ecosistemas vulnerables;

(8) Responsabilidad inter-generacional;

(9) Transversalidad e integralidad. [34]

El Plan permitirá orientar las acciones prioritarias que el país necesita desarrollar para crear condiciones favorables para la reducción de emisiones de GEI y para la captura y almacenamiento de carbono. En este sentido será necesario que el Plan fortalezca la capacidad para aprovechar las oportunidades que brindan los mecanismos internacionales para la reducción de emisiones de GEI. El Plan deberá además contemplar la posibilidad de crear mecanismos domésticos que incentiven la reducción de emisiones. Finalmente, el plan deberá acoger como parte de su implementación, las actividades que el país se encuentra actualmente implementando en ese tema.[35]

Otros programas de mitigación ambiental en Ecuador:

a) Programa RENOVA: tecnología limpia.

b) Programa Nacional para la Gestión Integral y Sostenible de Desechos Sólidos: gestión de residuos sólidos.

c) Programa Socio Bosque: reducción de la deforestación en el país.

El concepto de incentivos para la reducción de emisiones en el sector forestal también está en desarrollo a través de la preparación del país para la

[34] Política de Estado "Estrategia Nacional de Cambio Climático", Acuerdo Ministerial 95. Registro Oficial Suplemento 9. 17 de junio de 2013.

[35] Íbid.

implementación del mecanismo propuesto por la CMNUCC denominado Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación de Bosques (REDD+).[36]

d) Proyectos hidroeléctricos: energía sustentable.

1.3 Forma de negociación de la fiducia ambiental en el mercado de capitales

La Fideicomiso ambiental tiene como finalidad asesorar, gestionar y administrar recursos económicos relacionados con la compra y venta de servicios ecológicos de captura de carbono, a través del manejo adecuado de los sistemas naturales.

La negociación para determinar los términos del contrato, se deberá realizar en función del destino de protección del fideicomiso ambiental y la decisión gubernamental de la inversión extranjera que ingresa a las arcas del fideicomiso.

El mercado de capitales internacional, generado a partir de la explotación industrial y consecuente contaminación, deja un claro mercado que debe ser aprovechado para canalizar recursos invertidos y crear un desarrollo ambiental y económico sustentable.

El Fideicomiso Ambiental, para su ingreso al mercado de capitales debe llegar a un acuerdo entre las compañías industriales interesadas en mitigar sus emisiones de carbono y el Estado conservacionista.

Estructura legal del fideicomiso ambiental:

FIDEICOMITENTE: Representantes de las compañías que aportan el capital.

FIDUCIARIO: Institución, calificada para el efecto, quien administrará el fideicomiso, en atención a su constitución.

[36] Política de Estado "Estrategia Nacional de Cambio Climático", Acuerdo Ministerial 95. Registro Oficial Suplemento 9. 17 de junio de 2013.

FIDEICOMISARIOS: Partes beneficiadas de la negociación.

Para desarrollo y ejecución del Fideicomiso son los Organismos Internacional, veedores del cumplimiento de lo estipulado y el Fideicomiso Ambiental será la garantía para el cumplimiento de lo establecido en las negociaciones preliminares, reflejadas en el contrato de Fideicomiso.

1.3.1 *El mercado de los derechos de emisión y los incentivos de carácter económico*

El mercado de capitales generado a partir de la necesidad de adquisición de bonos de emisión de gases de efecto invernadero, crea en el fideicomiso ambiental un instrumento legal, en el que se determinen los parámetros de esta negociación, así como el destino y manejo de sus fondos.

El comercio de derechos de emisión, es una herramienta utilizada para el control de emisiones, este derecho genera una determinada cuota de contaminación con el objeto de cumplir con el plan de contaminación establecido para cada Estado. Cada industria, puede manejar sus emisiones, considerando la reducción de las mismas o comprando derechos de industrias que hayan considerado negociar su porcentaje disponible o a su vez y tal como lo mencionamos en párrafos anteriores y de acuerdo a lo templado por el Protocolo de Kioto, generar un mercado de capitales a través de mecanismos de negociación, con países en desarrollo para la conservación y no explotación de recursos naturales, que generen la inversión para la reducción de gases de efecto invernadero.

Como consecuencia de esta necesidad del mercado y la oferta del producto, se genera una serie de incentivos económicos para la reducción de emisiones, con un enfoque gubernamental distinto a la imposición de impuestos o tasas regulatorias, entorpeciendo el mercado ya que esto podría ocasionar un incremento en el producto final, que se trasladaría al consumidor final.

1.3.2 *Los bonos de emisión de gases como fuente permanente de capital*

La emisión de bonos en los mercados internacionales de capital, son una fuente de financiamiento para países en desarrollo.

Los bonos de emisión de gases como mecanismo de descontaminación, para reducir las emisiones contaminantes, crean un mercado permanente que permite a países considerados como no contaminantes, obtener ingresos por la venta de estos bonos.

Los acuerdos internacionales para la reducción de emisión de gases, generan como consecuencia acuerdos entre estados para generar un mercado permanente de inversión.

1.3.3 *Forma de negociación de bonos de emisión de gases*

El mercado de bonos de emisión de gases, mecanismo establecido en el Protocolo de Kioto, en el cual a través de inversiones un país en desarrollo "produce" oxígeno para exportar a países industrializados, que son quienes compran estos bonos para no bajar el rendimiento de su producción por los índices bajos de contaminación a los que están obligados.

Los bonos de emisión de gases son una medida para incentivar la descontaminación, fijan límites máximos de contaminación para las empresas. Aquellas que contaminen menos podrán vender sus bonos sobrantes a otras que no puedan cumplir con los estándares fijados, por lo tanto se puede crecer económicamente respetando el medio ambiente, utilizando tecnologías cada vez más limpias para la producción.

La idea del desarrollo sustentable es establecer una relación sana entre la naturaleza, el progreso económico y la equidad social.

1.3.3.1. *Partes que intervienen*

El instrumento que permite restaurar la calidad ambiental de la región en un menor plazo y a un menor costo está fijado por decisión de los estados en los tratados internacionales vigentes.

La negociación se realizara partiendo del contrato en el que se establece el negocio fiduciario y las condiciones bajo las cuales se mantendrá tal negocio.

Las partes intervinientes: Industria inversionista y Estado preservacionista, deberán respetar el desarrollo equitativo del negocio, sujetos a una sanción en caso de incumplimiento y el resarcimiento de daños y perjuicios respectivos.

Cada parte se encuentra en igualdad de condiciones, y cada una tiene diferentes derechos y obligaciones.

1.3.3.2. *Posición de los estados*

Tanto el estado comprador como el estado vendedor deberá respetar los términos del fideicomiso mercantil ambiental al que están sujetos.

La parte estado vendedor debe cumplir con la preservación y cuidado del área protegida objeto del contrato y tiene a su vez el derecho de recibir el pago estipulado por parte del estado comprador.

El estado que compa bonos de emisión de gases deberá contaminar únicamente el porcentaje en ellos señalado y respetar los convenios internacionales, con el derecho de respirar un aire puro que no está en capacidad de producir debido a la contaminación industrial.

1.3.3.3. *Intereses particulares de las empresas contaminantes*

El interés radica básicamente en no disminuir la cantidad de producción mediante un costo determinado, pero con la garantía de conservar el medio ambiente resguardado por normas

internacionales y tratados vigentes que concentran su visión y misión al cuidado y conservación de la Tierra.

Debido a la existencia de tratados y convenios internacionales en el medio de la regulación entre estados se debe total respeto a los mismos so pena de sanciones establecidas en caso de incumplimiento.

CAPÍTULO II

LA FIDUCIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO LEGAL

2.1 Evolución del fideicomiso mercantil ambiental

No sería posible entender el desarrollo del derecho ambiental sin tomar en consideración la necesidad inminente de nuevos sistemas de regularización para el control de la contaminación, sin restringir el desarrollo económico de un país industrializado. Debido a la necesidad de una figura legal típica que incentive la protección del medio ambiente y a través de la cual se pueda generar una fuente de recursos económicos y de reinversión; se adapta la figura legal del fideicomiso mercantil con características ambientales preestablecidas, de acuerdo al interés de las partes, de tal manera que permitan desarrollar la figura legal como un mecanismo de inversión sustentable.

El Ecuador como interesado directo de esta inversión, se vincula en proyectos ambientales con el objeto de reducir las emisiones de CO2, a través de la incorporación de la figura legal de fideicomisos ambientales como el mecanismo regulador que permita asignar un bien jurídico protegido y garantizar el cumplimiento del proyecto ambiental y la generación de activos de inversión extranjera que permitan la reinversión en el mercado ecuatoriano como consecuencia de la titularización de bonos de emisión de gases y la apertura al mercado internacional.

El Fideicomiso Mercantil es el que otorga la característica ambientalista al negocio jurídico que se lo realiza en similares condiciones que un negocio fiduciario común, pero con

características particulares y consecuencias jurídicas y económicas distintas, "la modalidad de los fideicomisos depende del objeto y finalidad instituidos en el contrato, los cuales no necesariamente son únicos, por lo que bien puede o no existir un negocio fiduciario con una modalidad única"[37], lo que motiva a generar un tipo contractual específico en materia ambiental, que facilite la introducción del Ecuador adecuadamente al mercado internacional de bonos de emisión.

Es necesario entonces, realizar un estudio entorno al objeto mismo del contrato, debemos partir de la necesidad del nacimiento del fideicomiso mercantil ambiental, para entender su naturaleza jurídica e irla perfeccionando y adaptando al negocio jurídico que se genera como consecuencia de la regularización de bonos de emisión de gases de efecto invernadero. Sin duda alguna, el aporte a la estructura legal del fideicomiso mercantil ambiental, desde el punto de vista jurídico es la independencia de su patrimonio, el mismo que se convierte en la herramienta de negociación con Estados partícipes en el proceso de prevención y control de acuerdo a regulaciones internacionales parametrizadas tomando en consideración los límites máximos de contaminación ambiental. Esto se pretende regular en un marco de relaciones internacionales, las mismas que deben partir de un marco regulatorio interno que se adapte a necesidades externas e intereses nacionales.

2.1.1 *Nacimiento del fideicomiso mercantil ambiental*

La figura del fideicomiso mercantil nace como consecuencia de la necesidad generada por los altos índices de contaminación de las últimas décadas, como un mecanismo regulador que encuentra en la figura del fideicomiso mercantil la forma de trasmitir la propiedad para una finalidad específica.

El PNUMA Programa de la Naciones Unidas Para el Medio Ambiente, Red de Información en Consumo y Producción Sostenibles para América Latina y El Caribe, en aras de regular y controlar esta contaminación establece:

[37] Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Artículo 17.

> Las emisiones de dióxido de carbono (CO2) de la combustión de combustibles fósiles ha crecido en más del doble en cuarenta años. Los países desarrollados son los responsables de la mayor parte de dicha contaminación. Estados Unidos, el principal consumidor de energía, libera el 22,5% de las emisiones totales de dióxido de carbono en el aire. Este porcentaje equivale al total de emisiones generadas por 78 países más pobres (incluyendo India y China).[38]

Regulado en un contrato en el cual se transmite la propiedad y otros derechos con el objeto de cumplir una finalidad específica establecida en el instrumento de regularización. El fideicomiso mercantil ambiental transfiere el bien, propiedad del Estado, a una persona con un único encargo, el de administración del bien y con el producto de su actividad efectúe la finalidad por la que fue constituido. Este bien constituye un patrimonio autónomo con características que lo individualizan y finalidades distintas de acuerdo a los requerimientos e intenciones del constituyente. Ésta clase de fideicomiso es un instrumento para lograr un plan definido con el objeto de generar rentabilidad en un futuro cercano. La diversificación de requerimientos y características de cada Fideicomiso no permiten que se pueda estandarizar en un instrumento de uso generalizado, cada fideicomiso tiene su tratamiento distinto, es por ésta razón que su desarrollo en América Latina ha sido notorio al utilizarlo como una herramienta legal que permita adecuarse a las necesidades de cada grupo sin perder su objetivo, constituirse como un negocio fiduciario que conlleva a constituir obligaciones y beneficios para sus participantes en el campo territorial más pequeño, como un municipio hasta un nivel territorial mayor en el cual las partes que intervienen generan derechos y obligaciones que deben ser regulados por el derecho internacional.

A lo largo de la historia, ésta institución se ha ido transformando por lo que con ella la legislación de cada país se ido adaptando y flexibilizando para alcanzar la amplia cobertura de aspectos dentro del fideicomiso y fuera del mismo como consecuencia de

[38] PNUMA Programa de la Naciones Unidas Para el Medio Ambiente, Red de Información en Consumo y Producción Sostenibles para América Latina y El Caribe. *Energías ahorro para la Tierra*. Internet. http://redpycs.net/MD_upload/redpycs_net/File/Consumo_Sustentable/Kit_de_recursos_CPS/energia.pdf. Acceso: 01 de julio de 2011.

regularización. Cada fideicomiso tiene características especiales en cada caso, la figura se adapta a la realidad y a sus necesidades, razón por la cual incluye en sus clausulas requisitos que por acuerdo de las partes son necesarios para la firma del contrato y su regularización, manteniendo el desarrollo de un encargo fiduciario como origen y base de éste instrumento, funciona bajo un sistema de regulación independiente que permite alcanzar los objetivos propuestos es un plan de acción de protección ambiental.

2.1.2 *Razones para su desarrollo en América Latina*

Cuando el cuidado del medio ambiente se transformó en la razón principal de consideración y tratamiento de organizaciones internacionales, el control de la contaminación a nivel mundial se regularizó bajo estándares internacionales y como consecuencia de aquello se fijaron límites de contaminación para las industrias, incentivos para la descontaminación y mecanismos de protección.

Como mecanismo de protección, se acuerda proteger el medio ambiente, como única fuente de recursos que prolongarán por una parte la calidad de vida para las generaciones futuras y por la otra, como fuente de reinversión, que generará mayores recursos para el cuidado y protección ambiental a través de un fideicomiso, negocio que surge de la autonomía de la voluntad con reconocimiento de derechos en cada legislación, regulada en cada una de ellas a través de un contrato fiduciario.

Su definición como negocio mercantil en la realidad latinoamericana, se construye a través de factores que parecen haber contribuido a formar en atención a sus necesidades, fideicomisos mercantiles ambientales y otorgarle cualidades más significativas a su desarrollo regional.

El desarrollo de ésta figura en la región de América Latina surge al encontrar un mecanismo para evitar la explotación de recursos no renovables sin desestabilizar la economía interna del Estado, en el cual su principal recurso económico es la producción y explotación de recursos no renovables.

Por otra parte, y tomando en consideración la crisis de contaminación de países industrializados y los parámetros de control de la contaminación a nivel mundial, se enfoca

al fideicomiso mercantil ambiental como instrumento al que se le otorga las características de una figura que genera recursos al proponer una inversión en el cuidado ambiental, poniendo un costo a la contaminación otorgando a cada empresa un porcentaje de contaminación por un período determinado.

El análisis consecuencia de este porcentaje, es la limitación en la producción industrial, como producir en igual cantidad a menor costo de contaminación; el porcentaje de contaminación es distribuido en igualdad de condiciones a cada estado, para el respectivo análisis debemos tomar en cuenta las diferencias económicas que tiene cada estado. Las grandes economías mundiales son propietarias del mayor porcentaje de industrias, pero el mismo porcentaje de posibilidad de contaminación que los países en vías de desarrollo con una economía limitada y pocas industrias, por esta razón es de interés particular de las grandes potencias poder acceder a un mayor porcentaje de contaminación y evitar que se refleje en su producción, dichos porcentajes están contenidos en la figura legal de bonos de emisión de gases, los cuales son objeto de negociación. Es de particular interés de los países desarrollados adquirir estos bonos y poder seguir con el curso de su producción, por esta razón se ven en la necesidad de negociar con quienes son poseedores legítimos de bonos no utilizados.

La figura del fideicomiso mercantil ambiental cobra importancia, al ser una figura de obtención de recursos basada en los siguientes principios de equidad ambiental:

> - El que contamina paga el costo de mantener bajo control sus emisiones, así como el de la remediación de los daños que causa.
>
> - El que se beneficia de un servicio ambiental debe pagar por el costo de su dotación y;
>
> - Quien conserve los recursos e invierta en la conservación ecológica reconstruyendo el capital de la nación, debe recibir, por ello, un estímulo o una Compensación. [39]

[39] Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Programa para mejorar la calidad del aire en la Zona Metropolitana del Valle de México 2002-2012*. México, página. 10-3.

Los bonos de emisión de gases de efecto invernadero, se negocian en el exterior y el dinero obtenido por la venta se reinvierte y como consecuencia de aquello, los ingresos por conservación de los recursos naturales reactivan la economía, a través de un sistema de uso de recursos sin explotación.

El desarrollo del fideicomiso mercantil en América Latina parte del tratamiento de cada legislación sobre el fideicomiso mercantil y su aplicación al derecho ambiental, Sergio Rodríguez Azuero en su obra Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina, establece las razones para su particular desarrollo en América Latina en la definición como negocio mercantil recalca la particularidad del negocio como un "traje a la medida"[40] y el diseño específico y en forma particular, en cada caso de manera especial tomando en consideración las características específicas y analizando el objeto de cada negocio. La fiducia mercantil se adapta al tipo de negocio "se adapta de manera muy fácil a muy variadas y complejas circunstancias y lo hace porque constituye un sistema elástico para realizar negocios y obtener resultados".[41]

El resultado comparativo no mantiene una constante en todos los países pero en muchos de ellos se ha desarrollado de manera completa de tal manera que han permitido que su regularización sea el modelo para la implementación de fideicomisos ambientales en las demás legislaciones.

México es el pionero en su implementación y paulatinamente se ha desarrollado en Costa Rica, Brasil, Colombia y Ecuador.

Los Fideicomisos Ambientales y su implementación en América Latina, se establece su aplicación en México y su figura nacen a partir de la intención de generar un mecanismo de control de la contaminación, tal es el caso del Fideicomiso Para el Fondo Metropolitano de Proyectos de Impacto Ambiental en el Valle de México.

---

[40] Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina.* Colombia, Editorial Legis, primera edición 2005. Página 129.

[41] Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina.* Colombia, Editorial Legis, primera edición 2005. Página 130.

En el Ecuador, la influencia de la implementación en países relacionados ha llevado al país a darle especial importancia a la figura y a considerarla partiendo del ámbito ambiental proyectado a la aplicación en la necesidad de varias áreas.

2.2 Proceso de formación del fideicomiso mercantil ambiental

El fideicomiso mercantil ambiental nace como consecuencia de la respuesta ambiental a la necesidad de regulación y reinversión en la preservación del medio ambiente. El trasfondo legal es la regulación de éste sector en la implementación de una figura flexible que permita regular de acuerdo a las condiciones particulares determinadas para cada proyecto, implementando un plan de desarrollo sostenible y económico.

El desarrollo legislativo de la fiducia mercantil ambiental y la novedad conceptual que se genera a partir de ésta figura, parte de la aplicación del fideicomiso mercantil en el derecho ambiental y la relevancia del primero con la actualidad de éste último.

La definición del fideicomiso mercantil ambiental como negocio mercantil, permite exponer que todos los intervinientes adquieren derechos y contraen obligaciones.

2.2.1 *Partes intervinientes, derechos y obligaciones*

Con el desarrollo del negocio jurídico cada parte tiene derechos exigibles y obligaciones que debe cumplir, pero debemos resaltar la particularidad de éste negocio. Cada parte adquiere derechos y contrae obligaciones que dependiendo de la especificidad del negocio a realizar se establecerá claramente, con la particularidad de su formación durante la vida jurídica de éste negocio.

2.2.1.1. *Fiduciario*

Institución, calificada para el efecto, quien administrará el fideicomiso, en atención a su constitución.

2.2.1.2. *Fideicomitente*

Constituyente del Fideicomiso, persona natural o jurídica que dispone sus bienes para constituir el fideicomiso.

Es importante señalar para el efecto y desarrollo de éste documento, al fiduciante esta como la persona jurídicas y, de derecho público.

Cabe destacar que la legislación ecuatoriana, así como la colombiana, la guatemalteca, entre otras, definen que "el fiduciante puede ser al mismo tiempo fideicomisario, cuando constituye el fideicomiso a su favor"[42].

2.2.1.3. *Beneficiario*

Es un acreedor especial del fideicomiso que, puede exigir al fiduciario el cumplimiento del mismo. En atención a la interpretación y finalidad del Fideicomiso, puede ser beneficiario el constituyente, así como quienes se vean involucrados en el fideicomiso como inversionistas y/o generen rédito alguno por su participación.

2.2.1.4. *Coordinadora del Fideicomiso*

Entidad Coordinadora Gubernamental con el mandato de coordinar el desarrollo e implementación de las actividades del Fideicomiso

2.2.2 *La participación del gobierno en la creación de fideicomisos ambientales*

El Fideicomiso mercantil ambiental, permite al gobierno que una vez constituido el contrato de acuerdo a sus intereses y objetivos, supervise y dirija la implementación del Fideicomiso y desarrollo de actividades relacionadas para el desempeño y correcto

[42] Ley de Mercado de Valores Ecuador, Artículo 116.

funcionamiento de la figura jurídica, así como su negociación permanente para el cumplimiento de los fines a cercano y largo plazo del contrato.

La negociación consiste en la inversión fiduciaria en la economía de un estado, mediante la oferta pública de títulos valores que constituyan, de acuerdo a las características determinadas en el contrato de fideicomiso, la participación de las partes en el negocio fiduciario, cuyo beneficio es el rédito de cada una direccionado a los intereses de cada contrato.

El administrador del fideicomiso, viabiliza el mecanismo que permita incorporar a la realidad del país la figura específica de un fideicomiso ambiental como contrato típico, con un objeto y una finalidad determinados, la planificación y el desarrollo de ésta figura y la incorporación de la misma dentro de la legislación nacional y el papel del Estado como órgano constituyente y beneficiario del mismo.

Es importante tomar en consideración que los parámetros para el desarrollo del proyecto deben basarse en una economía ecológica, economía ambiental y economía de recursos naturales. Cada gobierno, en el desarrollo e implementación de un Fideicomiso Ambiental deberá comprometerse con el proyecto de acuerdo a la negociación contractual y permitir su desarrollo de acuerdo al cumplimiento de la legislación interna y compromisos adquiridos acorde a la normativa nacional y las regulaciones internacionales entorno al tema.

2.2.3 *Administración del fideicomiso mercantil ambiental*

La administración del fideicomiso recae en la Fiduciaria, que debe ser el órgano de control y administración especializado para el efecto.

Adicionalmente el Gobierno cumple un papel administrador, al ser quien impulsa el desarrollo del contrato y el fiel cumplimiento del mismo, al ser el Gobierno de un país o un gobierno seccional, el constituyente del Fideicomiso es el responsable de las negociaciones y límites de ampliación dentro de los parámetros determinados en la legislación vigente, así como en las negociaciones limitativas expuestas en el contrato.

2.2.3.1. *Duración del fideicomiso*

El fideicomiso llega a su fin cuando se generan cualquier causal de terminación, no se estipula en la ley un tiempo de duración determinado, depende de las condiciones bajo las cuales se fijó el contrato para poder determinar la duración del mismo.

2.2.3.2. *Causales de terminación*

Las causales de terminación del fideicomiso deberán estar contempladas en el contrato de fideicomiso y en la legislación vigente de cada país.

En el Ecuador, las causales de terminación de un fideicomiso, a parte de las establecidas en el contrato principal, se determinan en la Ley de Mercado de valores:

> a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato;
>
> b) El cumplimiento de las condiciones;
>
> c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria;
>
> d) El cumplimiento del plazo contractual;
>
> e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo;
>
> f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley;
>
> g) La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y,
>
> h) La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.[43]

[43] Ley de Mercado de Valores Ecuador, Artículo 134.

2.3 Forma de financiamiento del fideicomiso mercantil ambiental

Los mecanismos de financiamiento en el Fideicomiso Mercantil Ambiental, aseguran un flujo de dinero, éste puede ser de origen público y/o privado.

El financiamiento para el manejo del Fideicomiso, busca cumplir el objetivo para el que fue creado.

Es importante tomar como punto de partida el contrato de fideicomiso mercantil y el objeto y finalidad para el que fue creado para adaptar un mecanismo de financiamiento e inversión para el cumplimiento de su objeto.

2.3.1 *Elementos financieros del fideicomiso mercantil ambiental*

Son elementos para el financiamiento del fideicomiso, los inversionistas directos e indirectos del proyecto, que podrán formar parte integral del contrato de fideicomiso como constituyentes o beneficiario.

Tal es el caso de los proveedores de bienes y servicios del fideicomiso: el gobierno estatal, comunidades, municipios, ONGs, empresas, propietarios privados, los consumidores de los bienes y servicios del recurso natural.

Las fuentes de los medios financieros, pueden ser de origen estatal, internacional, local, provincial, privado o empresarial y son tasas contribuciones, pagos por servicios ambientales, donaciones o canje de deuda.

En cuanto a la modalidad de distribución deberá estar determinada en el contrato de fideicomiso y ésta genera una relación directa entre el productor y el consumidor, en otras palabras entre el constituyente y el beneficiario, a través de mecanismos como inversión, titularización o fondos ambientales especializados.

2.3.2 *La inversión internacional de países interesados como contribución para la sostenibilidad del fideicomiso mercantil ambiental*

La necesidad de dinamizar la inversión para la sostenibilidad de la economía en general y economía ambiental en particular de un país, en el caso de estudio de esta disertación enfocados en un país en vías de desarrollo, ha generado la inclusión de la figura del fideicomiso mercantil ambiental, que permite la flexibilidad y dinamización de las necesidades del mercado nacional e internacional que aseguran los parámetros de riesgo asumidos por el inversor extranjero, que hacen de la figura del fideicomiso mercantil ambiental un mecanismo de inversión con gran rentabilidad.

Esta rentabilidad se genera, si partimos de la posibilidad que tiene un país inversor de acumular bonos de emisión de gases de efecto invernadero o certificados de carbono.

Los certificados de carbono son un mecanismo de inversión por parte de un país industrializado, con el objeto de que su industria no se vea menoscabada por un limitante en la contaminación y a su vez el sistema ofrece incentivos económicos para las empresas contaminantes por su contribución al mejoramiento ambiental, considerando el derecho a emitir CO_2 por un precio establecido en el mercado.

La transacción de los bonos de emisión de gases de efecto invernadero, considerando que un bono de carbono representa el derecho a emitir una tonelada de dióxido de carbono, permite mitigar la generación de gases invernadero, beneficiando a las empresas que no emiten o disminuyen la emisión y haciendo pagar a las que emiten más de lo permitido sin perjudicar su producción.

Lo que se pretende para incrementar la inversión internacional en éste mercado, es lograr incentivos fiscales que permitan ver a este tipo de inversión como una forma flexible, ágil y segura mediante la utilización de Fideicomisos Ambientales.

Para ello se propone la regularización y difusión de ésta estructura de financiamiento, la identificación de sus ventajas y desventajas, el diseño de los aspectos legales, financieros y fiscales con el objeto de que sea realmente un mecanismo de inversión, con ventajas para el inversionista y mínimo riesgo.

2.3.3 *Inversiones del capital del fideicomiso*

Al ser el constituyente un beneficiario del Fideicomiso Ambiental, se presenta a la inversión gubernamental como parte de la formación del fideicomiso, y a la inversión extranjera como un sólido negocio a bajo riesgo.

2.3.3.1. *Inversión gubernamental*

Al ser el Constituyente se Fideicomiso Ambiental, su cuota de inversión consiste ya sea en renunciar a la explotación de una determinada área parte de su patrimonio -REDD++- o a través de la aplicación del mecanismo sumidero -Protocolo de Kioto-,

2.3.3.2. *Inversión extranjera*

Su inversión consiste en la negociación en el mercado de bonos de emisión de gases de efecto invernadero que consiste en una serie de incentivos fiscales por el control de la contaminación, así como el derecho a contaminar a través de un bien canjeable y con un precio establecido en el mercado.

2.4 Objeto y características del contrato de fideicomiso mercantil ambiental, como contrato típico en la legislación ecuatoriana

Debemos definir al fideicomiso mercantil ambiental, para su incorporación como contrato típico en la legislación ecuatoriana y generar una propuesta de inversión para cumplir sus dos objetivos fundamentales: regular la contaminación mundial y generar recursos nacionales para reinversión.

2.4.1 *Características del contrato*

Al generar seguridad en la administración de recursos a través de la figura del fideicomiso, el contrato de fideicomiso permite garantizar la administración y gestión de recursos en base a lo establecido en el contrato suscrito por las partes. Garantiza que los recursos depositados en un fideicomiso internacional, y no manejados por un Estado, generan la protección de las partes.

Se debe analizar el objeto sobre el cual se constituirá el fideicomiso, para el fin que permitirá el control de contaminación en el caso expreso del fideicomiso ambiental. Este bien debe existir para el tiempo de la realización del negocio fiduciario, y sus frutos están sujetos a lo estipulado en las respectivas clausulas contractuales.

Los fideicomisos como instrumento jurídico, permiten a un país dentro de un marco legal, obtener recursos financieros y respaldar un mercado de capitales en el segmento ambiental.

Como medida de acción ante el fenómeno de contaminación ambiental y la suscripción de convenios de aplicabilidad ambiental para conservación del medio ambiente, han permitido el desarrollo de los mercados de carbono y el incentivo a la conservación del medio ambiente, generando recursos económicos, administrados con seguridad para las partes.

2.4.2 *El Contrato de Fideicomiso y su implementación en el Ecuador*

La aplicación de la figura de fideicomiso ambiental en el Ecuador y la implementación del contrato de Fideicomiso se puede ejemplificar en los siguientes casos:

a) Fondo Regional del Agua Foragua:
   "Creado para la conservación, recuperación y protección de los servicios ambientales y biodiversidad de los ecosistemas frágiles y amenazados de las provincias de Loja, El Oro y Zamora Chinchipe".[44]

b) Fondo Yasuní ITT:

[44] Fondo Regional del Agua Foragua. *Contrato de Fideicomiso.* Ecuador, julio 2009.

Creado para conservar el ecosistema, prevenir la deforestación y mantener intactos los recursos naturales del Parque Nacional Yasuní, a través de la inversión extranjera respaldada en certificados de garantía, con la finalidad de captar fondos y controlar las emisiones de gases de efecto invernadero conservando el ecosistema.

La propuesta de esta iniciativa, consistía en mantener 846 millones de barriles de petróleo bajo tierra a cambio de la contribución de la comunidad internacional de 3.600 millones de dólares, valor correspondiente al 50% de los ingresos generados en caso de explotación, "esta iniciativa permitirá evitar la emisión de 407 millones de toneladas de CO2, el principal gas que provoca el cambio climático."[45]

Debido a la vigencia de la iniciativa y al fracasar el objetivo por falta de inversión extranjera, el Estado ecuatoriano, seis años después decide la explotación del 1%, el equivalente a 1.000 hectáreas, del Parque Nacional Yasuní, "en ese espacio, según expertos en mediciones, podrían caber unas 1.000 canchas de fútbol profesional"[46]

Debemos analizar, porque fracasó la iniciativa Yasuní: La falta de interés del mercado internacional, surge a partir de la falta de difusión y correcta comunicación de la iniciativa por una parte, y por la otra; que esta figura no se encuentra respaldada por el protocolo de Kioto para la negociación de bonos en el mercado internacional.

La iniciativa Yasuní no cumple con los parámetros establecidos en el Artículo tres del Protocolo de Kioto, a continuación un análisis:

Parámetros	**Protocolo de Kioto**	**Iniciativa Yasuní**
Área Natural	Cambio del Uso del Suelo.	Parque Nacional Yasuní ITT.

[45] Gobierno Nacional de la República del Ecuador. *Iniciativa Yasuní-ITT*. Internet. http://www.yasuni-itt.gob.ec/ Acceso: 30 de diciembre de 2013.

[46] Diario El Comercio. *Si se explota el Yasuní*. Noticias, Negocios, Ecuador. 16 de agosto de 2013.

Tiempo	Desde 1990.	Bosque milenario del Área Protegida
Tipo de Actividad	Inducida por el Hombre.	Naturaleza virgen.
Tipo de Sumidero	Forestación, reforestación y deforestación	Área natural protegida. Parque Nacional.

Al no estar regulado por un organismo internacional y las situaciones externas como la crisis economía mundial de los últimos cinco años y la situación política interna, generaron como consecuencia la falta de interés de la comunidad internacional y por consiguiente el fracaso de la iniciativa Yasuní.

2.5 La Fiducia Ambiental en el Ecuador: análisis del Artículo 74 de la Constitución de la República del Ecuador

La regulación Ambiental en el Ecuador cuenta con la siguiente legislación vigente:

Título	**Materia**
Constitución de Ecuador	Público
Acuerdos Internacionales	Tratados Internacionales
Ley de Gestión Ambiental	Ambiental
Reglamento a la Ley de Gestión Ambiental	Ambiental

Ley de Fomento Ambiental y optimización de ingresos del Estado Verde	Tributario
Ley de prevención y control de la contaminación ambiental	Ambiental
Ley de Minería	Energético
Acuerdos Ministeriales	Ambiental
Decretos Ejecutivos	Ambiental
Programas Gubernamentales	Ambiental
Ordenanzas Provinciales	Ambiental
Ordenanzas Municipales	Ambiental

Nos concentraremos en el análisis del Artículo 74 de la Constitución de la República del Ecuador, a partir del cual se establece que los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación.

Los servicios ambientales son los beneficios que la naturaleza proporciona a un pueblo.

> Entre estos servicios ambientales o ecosistémicos están la protección y regulación de recursos hídricos, la regulación del clima, la protección de los suelos, la prevención de desastres naturales, la belleza paisajística y provisión de otros atractivos naturales y culturales, y espacios para expresiones religiosas y espirituales También existe el valor de opción, es decir valores de la naturaleza que hasta el momento no hemos descubierto, pero

> que a futuro pueden representar nuevas oportunidades para el desarrollo sustentable y el bienestar humano (por ejemplo, nuevas medicinas, fibras o alimentos).[47]

Estos servicios ambientales tienen como objetivo la compensación de servicios ambientales y los acuerdos de conservación.

El Artículo 74 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

> Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.[48]

Al no ser los servicios ambientales objeto de apropiación, estaríamos cerrando la posibilidad de la participación de estos beneficios naturales como mecanismo para la negociación en mercados internacionales a través del desarrollo de proyectos internos, ya sea a través de REDD o del mecanismo sumidero.

Por lo tanto la Constitución de la República del Ecuador, norma suprema, bloquearía la participación de estado ecuatoriano en el mercado internacional generado a partir del pago de servicios ambientales.

Por ello es importante que de manera urgente, el estado regule el aprovechamiento de servicios ambientales tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador.

---

[47] Conservación Internacional Ecuador. *Servicios Ambientales.* Internet. http://conservation.org.ec/contenidos/contenidos.php?recordID=15 Acceso: 30 de diciembre de 2013.

[48] Constitución la República del Ecuador 2008. Artículo 74.

2.6 Incorporación del fideicomiso mercantil ambiental, como contrato típico, en la legislación ecuatoriana

La creación de un contrato típico de fideicomiso mercantil ambiental, genera incentivo en la aplicación de la figura en materia ambiental, genera seguridad y gestión en los recursos y como consecuencia de aquello el Ecuador se convierte en una posibilidad atractiva para la inversión extranjera.

2.6.1 *Reforma al Art. 74 de la Constitución de la República del Ecuador*

Para la aplicación de un contrato típico de fideicomiso ambiental, y su desarrollo como mecanismo en la negociación de servicios ambiental, se deberá claramente, reformar el Art. 74 de la Constitución de la República del Ecuador, que bloquea cualquier tipo de negociación al generar una prohibición expresa de apropiación de los servicios ambientales.

La enmienda[49] al artículo 74 de la Constitución de la República del Ecuador, para la

[49] Constitución la República del Ecuador 2008. Art. 441.- La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero.

La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

legalidad de la figura del fideicomiso mercantil ambiental, debería redactarse de acuerdo al siguiente texto:

"Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación para fines privados; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado."

La enmienda en atención al texto establecido en el párrafo anterior, viabiliza la incorporación de la figura del fideicomiso mercantil ambiental como un contrato típico en la legislación ecuatoriana. Su regularización estaría de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.

2.6.2 *Procedimiento*

La legislación ecuatoriana no prevé la figura del fideicomiso mercantil ambiental, por lo que se propone su implementación y regularización en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, que se incluya como una modalidad de los fideicomisos Mercantiles y se incorpore en el Artículo 17 del Capítulo V de este cuerpo legal, con el objeto de tipificar al fideicomiso mercantil ambiental y crear seguridad jurídica al estar contemplado en le Ley.

> **Art. 17**.- Modalidades de los fideicomisos mercantiles.- La modalidad de los fideicomisos depende del objeto y finalidad instituidos en el contrato, los cuales no necesariamente son únicos, por lo que bien puede o no existir un negocio fiduciario con una modalidad única. Para efectos de clasificación se pueden mencionar los siguientes:
>
> 1. De garantía: entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el

contrato.

La fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora, deudora solidaria o avalista de la obligación u obligaciones garantizadas; solo asegura que en caso de que el deudor no cumpla tales obligaciones, actuará conforme a las disposiciones previstas en el contrato.

Para la constitución del fideicomiso en garantía, la fiduciaria debe recibir por escrito la conformidad del acreedor sobre los bienes aportados al fideicomiso y sobre su valoración. En caso de no recibir por escrito esta conformidad, el fiduciario inmediatamente debe liquidar el fideicomiso.

En el contrato puede establecerse que la fiduciaria practique o contrate avalúos periódicos de los bienes en garantía, a fin de mantener actualizado su valor comercial.

Es obligación de la fiduciaria, cada vez que el constituyente designe nuevos acreedores o incremente las deudas garantizadas, recibir la conformidad por escrito del o los acreedores sobre el valor de los bienes fideicomitidos.

El contrato de fideicomiso deberá contemplar claramente la obligación del constituyente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos.

2. De administración: se entiende por fideicomiso de administración, al contrato en virtud del cual se transfieren bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y cumpla las instrucciones instituidas en el mismo.

3. Inmobiliario: Es el contrato en virtud del cual el constituyente o constituyentes transfieren uno o varios inmuebles y/o dinero necesario para la adquisición del terreno o para el desarrollo del proyecto inmobiliario, con la finalidad de que la fiduciaria administre dichos bienes y realice gestiones administrativas ligadas o conexas para el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y en favor de los beneficiarios instituidos en el mismo.

En el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario deben constar las normas de control interno establecidas en el artículo 30 de la Sección III del Capítulo I del Subtítulo III del Título II de esta Codificación.

4. De inversión: se entiende por fideicomiso de inversión el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo valores o dinero para que la fiduciaria los administre o los invierta según las instrucciones establecidas en el contrato, para beneficio propio o de terceros.

En estos contratos debe estar claramente definida la política de inversión, a falta de esta estipulación, o si dicha estipulación implica la discrecionalidad del fiduciario en la decisión de inversión de los recursos, las inversiones se sujetarán a los siguientes límites:

4.1 La inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por una misma entidad, no podrá exceder del veinte por ciento del activo total del fideicomiso mercantil; y la inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por empresas vinculadas, no podrá exceder del treinta por ciento del patrimonio de ese fideicomiso mercantil.

4.2 La inversión en el conjunto de instrumentos emitidos, aceptados, avalados o garantizados por compañías o empresas vinculadas a la fiduciaria, no podrá exceder del quince por ciento del patrimonio del fideicomiso.

Se exceptúan de estos límites, las inversiones en valores emitidos por el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Economía y Finanzas.

4.3 En el caso de inversiones en acciones de sociedades anónimas inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del quince por ciento de las acciones suscritas y pagadas por una misma sociedad; y, el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá exceder del quince por ciento del activo total de dicha emisora.

4.4 Tratándose de inversiones en acciones de sociedades de capital no inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del treinta por ciento de las acciones suscritas y pagadas de dicha sociedad; el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá ser superior al treinta por ciento del activo total de dicha emisora.

Por lo demás, en todos los negocios fiduciarios de inversión con o sin fideicomitentes adherentes, se dejará constancia en tono más oscuro que en el resto del contrato, que el riesgo de pérdida de la inversión es de exclusiva responsabilidad del inversionista.

5. De procesos de titularización: son aquellos en los cuales se aportan los activos que existen o se espera que existan, con la finalidad de titularizar dichos activos.[50]

Para lo establecido, se deberá añadir a éste artículo el numeral 6, que establece:

"6. Ambiental: se entiende por fideicomiso ambiental, al contrato en virtud del cual el constituyente o constituyentes transfieren un recurso natural protegido al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y cumpla las instrucciones instituidas para el desarrollo y ejecución del proyecto ambiental, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y en favor de los beneficiarios instituidos en el mismo".

De esta manera el contrato de fideicomiso mercantil ambiental para su legalidad, deberá estar de acuerdo a lo dispuesto a la Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.

2.7 Organismo nacional de control y regulación de la negociación de bonos de emisión de gases

Se debe crear una institución que sea veedor en el proceso de negociación y regule el destino de las divisas ingresadas al estado, o en su defecto se asigne estas funciones a una institución relacionada con la materia en el Ecuador.

Por la competencia del ministerio de medio ambiente puede incorporar a sus funciones, a través de una secretaria de gestión ambiental, el control y la regulación de la negociación internacional y la reinversión de las divisas obtenidas en el extranjero.

[50] Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. Título V Negocios Fiduciarios. Artículo 17.

2.7.1 *Funciones*

Es el órgano delegado por el Ejecutivo para realizar el control respectivo del negocio fiduciario, y es el ministro de esta cartera el que deberá comparecer como representante de la parte estado para tal negociación.

2.7.2 *Competencia*

Parte del negocio fiduciario en representación del estado. Maneja las divisas obtenidas de la negociación en reinversión para incrementar la producción del negocio. Asesoría técnica y evolución científica para crear nuevas formas de conservación y desarrollo de tecnologías limpias

CAPÍTULO III

3.1 CONCLUSIONES

- La figura jurídica del Fideicomiso genera seguridad en la gestión y administración de recursos. El Fideicomiso Mercantil Ambiental es un contrato que permite garantizar la administración y gestión de los recursos, de esta manera genera seguridad en la inversión internacional y reinversión en la conservación del medio ambiente.
- El Ecuador carece de una normativa legal vigente que incorpore la figura del fideicomiso mercantil ambiental como contrato típico para la regulación y aprovechamiento de servicios ambientales.
- La figura jurídica del Fideicomiso Mercantil Ambiental permite al Estado, dentro de un marco regulado, obtener recursos financieros, como consecuencia de la conservación de recursos ambientales en el Ecuador.
- Para la incorporación del Fideicomiso Mercantil Ambiental en la legislación ecuatoriana, se propone la reforma del Artículo 74 de la Constitución de la República del Ecuador, una vez que se viabilice su aplicación en la realidad ecuatoriana se regirá a la Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones expedida por el Consejo Nacional de Valores, de esta forma se garantiza su cumplimiento.
- La emisión de bonos de emisión de gases de efecto invernadero, permiten su negociación en el mercado internacional atractivo para la inversión de países industrializados, cuya planificación estratégica es la negociación de la contaminación y no, la reducción de la misma. Esto genera recursos financieros que permiten invertir en el desarrollo y conservación de los recursos naturales de una manera eficiente y sustentable.
- Como estrategia para combatir la contaminación ambiental, los países miembros de las Naciones Unidas, se han comprometido al control y reducción de los gases que provocan el "efecto invernadero", la necesidad inminente de tomar acciones que contrarresten el calentamiento global, permite la evolución y desarrollo del mercado de carbono, un sistema proteccionista y de generación de recursos.

3.2 RECOMENDACIONES

- Se debe establecer, en base a los convenios internacionales, qué es susceptible de negociación en el mercado internacional, para el desarrollo de proyectos específicos con el objeto de participar exitosamente en el mercado internacional.
- Como parte de la participación en el mercado internacional de bonos, el Ecuador deberá regularizar de manera clara la estructura del fideicomiso ambiental y su aplicación en la realidad ecuatoriana, con el objeto de generar seguridad en el mercado internacional y así fomentar la inversión en el Ecuador generando una imagen de "estado atractivo para la inversión".
- A fin de que exista normativa vigente que permita claridad en el proceso de negoción de bonos, se debe reformar el Artículo 74 de la Constitución de la República del Ecuador, para el aprovechamiento de los servicios ambientales. El Ecuador debe considerar, para la regulación de su normativa interna en materia ambiental, la posibilidad de utilizar los servicios ambientales como un mecanismo de negociación, sin dejar de contemplar su posición proteccionista.
- El Ecuador debe consolidar su posición en el mercado internacional de negociación de oxígeno.
- Una vez el Estado se encuentre preparado para ingresar al mercado y sea atractivo como foco de inversión, se debe desarrollar un sistema de reinversión de los beneficios del fideicomiso.
- En materia internacional, la realidad post Kioto deberá concretizar sus decisiones a través de normativa vinculante, para el cumplimiento de las metas y plazos estipulados, a través de una sanción para el Estado que incurra en dicho incumplimiento y a la par generar el soporte necesario para el desarrollo de REDD y su éxito futuro a través del enfoque en América Latina. Esto se podrá lograr únicamente con un plan estructurado adaptado a la realidad del objeto REDD y el incentivo de inversión, canalizado a través de los organismos internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Pablo. *Tratado teórico-práctico del fideicomiso.* México, Editorial Porrúa, 1997.

Acot, Pascal, *Introducción a la ecología*. Editorial Nueva Imagen, México, 1982.

Fundación Natura. *Bibliografía básica sobre los principales problemas ambientales del Ecuador*, Quito, Fundación Natura, 1990.

Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los Contratos.* Chile, Editorial Temis S.A., 1994.

Amores Terán, Orlando. *Derecho Ecológico.* Quito, Corporación Editora Nacional, 1996.

Azuero Rodríguez, Sergio. *Negocios fiduciarios.* Bogotá, Legis Editores, 2005.

Borja Gallegos, Ramiro. *La Fiducia o Fideicomiso Mercantil y la Titularización.* Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1995.

Cabanellas Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental.* Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1979.

CAOP. *Compendio de Legislación Ambiental.* Recife, Procuración General de Justicia, 2007.

Cevallos Vásquez, Víctor. *Contratos civiles y mercantiles, Tomo I.* Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2005.

Cevallos Vásquez, Víctor. *Contratos civiles y mercantiles, Tomo III.* Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2005.

Domínguez Martínez, Jorge. *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*. México, Editorial Porrua, edición tercera, 1982.

Farina, Juan Alfredo y Depalma, Ricardo. *Contratos Comerciales Modernos.* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993.

Giraldo, María Helena y Sanín de Saffon, Nora Lucía. *El patrimonio especial de la fiducia mercantil*. Bogotá, Editorial Excelsior, 1982.

Goldschmidt, Roberto y Eder, Phanor. *El fideicomiso (trust en el derecho comparado*. Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954.

Hunt, David y Catherine Jhonson. *Ingeniería de diseño medioambiental.* Bogotá, McGraw-Hill, 1999.

Kiper, Claudio M. *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires, Ediciones Depalma Buenos Aires, edición segunda, 2005.

Kenber, Mark. *Planificación y políticas ambientales.* Quito, Fundación Natura, 1999.

Narváez Quiñónez, Iván. *Derecho ambiental y sociología Ambiental.* Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2004.

Nieto Pinteño, Manuel. *Metodología del Trabajo Científico.* Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1983.

Parker C., Mitchell A., Trivedi M., Mardas N. *The Little Red Book.* Londres, Global Canopy Foundation, 2009.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición.

Rodríguez Azuero, Sergio. *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina.* Bogotá, Legis, 2005.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Derecho Mercantil.* México, Editorial Porrúa, 1971.

Juste Ruiz, J. *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid, Editorial McGraw-Hill, 1999.

Svetlana Samayoa. *Guía de orientaciones: Mercado de carbón, oportunidades para proyectos de pequeña escala.* Tegucigalpa, SNV, 2011.

Universidad Técnica Particular de Loja. *Legislación Ambiental.* Quito, Editorial UTPL, 2001.

Witker, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho.* Madrid, Editorial Civitas, 1991.

Zapata Lugo, José. *Desarrollo sustentable. Marco para la Ley Internacional sobre el Medio Ambiente.* Bogotá, Editorial Librería del Profesional, 1997.

Stewart, Balbuena. *El fideicomiso como negocio fiduciario.* Lima, Editorial Grijley, 1996.

Legislación:

Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. Última Reforma: 20 de junio de 2014.

Comisión Asesora Ambiental de la Presidencia de la República del Ecuador. *Plan Ambiental ecuatoriano*. Quito, 1996.

Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente 2008. Última Reforma: 30 de enero de 2012.

Contraloría General del Estado. Normas para el control ambiental. Quito, 2002.

Fondo Regional del Agua Foragua. *Contrato de Fideicomiso*. Ecuador, julio 2009.

Ley de Gestión Ambiental. Publicación: 10 de septiembre de 2004.

Ley de Mercado de Valores. Reglamento y Legislación Conexa. Última Reforma: 20 de mayo de 2014.

Naciones Unidas. *Protocolo de Kioto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. 1998.

Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.* 1992.

Política de Estado *Estrategia Nacional de Cambio Climático,* Acuerdo Ministerial 95. Registro Oficial Suplemento 9. 17 de junio de 2013.

En Internet:

Conservación Internacional Ecuador. *Servicios Ambientales.* Internet. http://conservation.org.ec/contenidos/contenidos.php?recordID=15
Acceso: 30 de diciembre de 2013.

Gobierno Nacional de la República del Ecuador. *Iniciativa Yasuní-ITT*. Internet. http://www.yasuni-itt.gob.ec/
Acceso: 30 de diciembre de 2013.

Ingeniería Civil y Medio Ambiente Miliarium *Cronología Protocolo de Kioto.* Internet. http://www.miliarium.com
Acceso: 11 de diciembre de 2013.

Instituto Nacional de Ecología. Cambio Climático en México. *El sector privado y el cambio climático.* Internet.
http://cambioclimatico.inecc.gob.mx/sectprivcc/mercadobonoscarbono.html
Acceso: 10 de enero de 2014.

Misiones Online. *Fondo Paranaense REDD++*. Internet. Ihttp://www.misionesonline.net/noticias/13/09/2013/
Acceso: 20 de diciembre de 2013.

Naciones Unidas Convención Marco sobre el Cambio Climático. *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 16° período de sesiones, celebrado en Cancún del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010.* Internet.
http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/spa/07a01s.pdf
Acceso: 9 de noviembre de 2013.

SENDECO2. *Sistema electrónico de negociación de derechos de emisión de dióxido de carbono.* Internet.
http://www.sendeco2.com/es/comercio-co2.asp
Acceso: 10 de enero de 2014.

PNUMA Programa de la Naciones Unidas Para el Medio Ambiente, Red de Información en Consumo y Producción Sostenibles para América Latina y El Caribe. *Energías ahorro para la Tierra*. Internet.
http://redpycs.net/
Acceso: 15 de agosto de 2013.

United Nations. *Framework Convention on Climate Change. Bali Climate Change Conference -December2007.*Internet.
http://unfccc.int/meetings/bali_dec_2007/meeting/6319.php
Acceso: 9 de noviembre de 2013.

United Nations. Framework Convention on Climate Change. *Durban Climate Change Conference - November 2011*. Internet.
http://unfccc.int/meetings/durban_nov_2011/session/6294/php/view/decisions.php
Acceso: 9 de noviembre de 2013.

United Nations. Framework Convention on Climate Change. *Poznan Climate Change Conference - December 2008*. Internet.
http://unfccc.int/meetings/poznan_dec_2008/meeting/6314.php
Acceso: 9 de noviembre de 2013

ECURED. XV Conferencia Internacional sobre el Cambio Climático (en siglas COP15). Internet.
http://www.ecured.cu/index.php/COP15
Acceso: 9 de noviembre de 2013

Revistas:

Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Programa para mejorar la calidad del aire en la Zona Metropolitana del Valle de México 2002-2012*. México, página. 10-3.

Oyhantcabal, Walter. *Los servicios ambientales: el ascendente mercado del carbono.* Foro global Agroalimentario 2007. México, 14-15 de junio 2007.

Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Dirección General Académica. *Las Disertaciones en la PUCE.* Quito, julio 2007

PNUMA ORPALC, *Cooperación regional para asuntos ambientales en América Latina y El Caribe: estrategia, programas y directrices*. México, PNUMA ORPALC, 1983.

Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente del Gobierno de España. *Cambio Climático Sumideros de Carbono*. Folleto Sumideros. Madrid.

Naciones Unidas. Convención Marco sobre el Cambio Climático. *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 13º período decisiones, celebrado en Bali del 3 al 15 de diciembre de 2007*. Fecha de publicación: 14 de marzo de 2008.

Memorandos:

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración República del Ecuador y Subsecretaría General de las Naciones Unidas Administradora Asociada del PNUD. *Memorando de acuerdo entre el Gobierno del Ecuador y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo para la Administración y Otros Servicios de Apoyo Relacionados con el Fondo Fiduciario Ecuador Yasuní ITT.* 3 de agosto de 2010.

Ministerio de Finanzas del Ecuador. *Oficio Circular No. MF-STN-2008-0014.* Quito, 27 de junio de 2008.

Wunder Sven, *Pagos por servicios ambientales: Principios básicos esenciales.* Centro Internacional de investigación forestal. Jakarta, 2005.

Prensa:

Redacción Noticias, Negocios, Ecuador. Diario El Comercio. *Si se explota el Yasuní.* Quito, 16 de agosto de 2013.

Redacción Sociedad. *Ecuador va por los bonos de carbono para salvar el Yasuní.* Diario El Comercio, pp. 19. Quito, miércoles 7 de enero de 2009.

Redacción Sociedad. *La licencia ambiental para el ITT, en proceso.* Diario El Comercio, pp. 19. Quito, viernes 2 de abril de 2010.

Redacción Sociedad. *Ecuador oferta una herramienta contra el CO2.* Diario El Comercio, pp. 19. Quito, miércoles 27 de mayo de 2009.

Redacción Sociedad. *Los bosques secos de Loja tienen padrinos en Solana Beach.* Diario El Comercio, pp. 19. Quito, miércoles 25 de marzo de 2009.