

I. ESPAÑOLA Y COMUNITARIA

LA EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO Y SU RÉGIMEN DE INTERCAMBIO¹

MÓNICA ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN. LA RESPUESTA JURÍDICA AL CAMBIO CLIMÁTICO.—II. EL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN: A) *El régimen jurídico del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*: a) El ámbito subjetivo y material del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. b) El objeto de comercio: el derecho de emisión. c) El funcionamiento del sistema de intercambio. d) Las garantías del funcionamiento del mercado. B) *Las implicaciones económicas de la implantación de un mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*.—III. LA FINALIDAD AMBIENTAL DEL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO.

RESUMEN

El trabajo tiene por objeto el análisis del régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y sus diversos elementos: sujetos intervinientes, objeto del intercambio o comercio y funcionamiento del sistema implantado por la Ley 1/2005, que transpone la Directiva comunitaria 2003/87/CE, todo ello, a su vez, para hacer efectivas en el ámbito de la Comunidad Europea las exigencias derivadas del Protocolo de Kioto. Frente a los mecanismos de protección ambiental tradicionalmente empleados como el control público o los instrumentos financieros desincentivadores, el comercio de derechos de emisión pretende la reducción efectiva de emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera flexibilizando el modo en que las empresas emisoras pueden acometer este objetivo y fomentando una producción menos contaminante. La eficacia del sistema parece, en principio, asegurada, a la vista de las fórmulas de seguimiento, control y represión previstas en las normas.

Palabras clave: contaminación atmosférica; gases de efecto invernadero; derechos de emisión; comercio; control público.

ABSTRACT

The article intends to analyse the legal framework for the greenhouse gases emissions allowances trade and its different elements: the subjects, the trade or exchange object and the development of the system established by de Law 1/2005, applied in the Directive 2003/87/CE that, in its turn, applies one of the mechanisms of the Kyoto Protocol in the European Community. Traditionally, environmental protection has been attempted

¹ Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, «Prevenir y reparar los daños ambientales: un estudio de Derecho Público acerca de la Directiva 2004/35/CE sobre la responsabilidad ambiental» (SEJ 2005-07800), dirigido por el Prof. Dr. D. Raúl BOCANEGRA SIERRA (Universidad de Oviedo).

through systems of public control and financial penalties but, in front of this, the emission allowance trade aims to reduced greenhouse gas emissions making flexible the way in which issuing companies can reach those objectives and stimulating a less polluting production. The efficacy of the system seems, at first, guaranteed, taking into account the supervising, control and repression measures foreseen in these norms.

Key words: air pollution; greenhouse gases; emission allowance; trade; public control.

I. INTRODUCCIÓN. LA RESPUESTA JURÍDICA AL CAMBIO CLIMÁTICO

Los problemas ocasionados por el cambio climático han determinado una creciente preocupación en la comunidad internacional que se ha traducido en la formulación de diversos instrumentos dirigidos a evitar o, en su caso, minimizar los efectos adversos que el calentamiento gradual de la atmósfera ocasiona para los ecosistemas de la tierra como consecuencia de la emisión a la misma de gases de efecto invernadero². La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada el 9 de mayo de 1992, y, fundamentalmente, el Protocolo de Kioto, elaborado bajo los auspicios de aquélla en diciembre de 1997, han constituido la base jurídica para el desarrollo de tales instrumentos³.

² En R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. II, págs. 405 y ss., se recogen conclusiones obtenidas de diversos estudios de donde se desprende que no existe unanimidad sobre la vinculación entre la emisión de ciertos gases a la atmósfera y las consecuencias nocivas para el medio ambiente y, en concreto, el llamado efecto invernadero que de ello se deriva. En todo caso, el cambio climático y la vinculación que con él podrían tener las emisiones de los gases de efecto invernadero constituyen uno de los problemas ambientales más preocupantes en la actualidad, y así se recogió ya en la Declaración de Johannesburgo de 4 de septiembre de 2002, adoptada en el seno de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible. Resulta significativo en este sentido el amplio tratamiento que sobre esta cuestión se contiene en la revista *Time*, vol. 167, núm. 14, de 3 de abril de 2006, que, bajo el título «Be worried. Be very worried», revela alguna de las nocivas consecuencias que el calentamiento global de la atmósfera tendrá para el planeta.

³ El proceso de toma en consideración de las negativas consecuencias que la evolución climática podría producir se inicia con los trabajos de la Organización Meteorológica Internacional, denominada hoy Organización Meteorológica Mundial (OMM), que procedió desde el inicio de la década de los setenta a realizar diversos estudios al respecto, convocando la Primera Conferencia Mundial sobre el Clima, celebrada en Ginebra en febrero de 1979, lo que condujo al establecimiento del Primer Programa Mundial sobre el Clima. En 1988, en vista de la creciente preocupación por el efecto de las actividades humanas sobre el clima y las posibles repercusiones del cambio climático en las economías nacionales, especialmente en los países en desarrollo, la OMM, en colaboración con el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), creó el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), cuyo objeto es la evaluación científica periódica del cambio climático y sus efectos ambientales y socioeconómicos. El primero de los informes de evaluación de este Grupo de Expertos, publicado en 1990, coincidió con la celebración de la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima, todo lo cual determinó el inicio de las negociaciones entre la OMM y el PNUMA para la elaboración de un convenio sobre el cambio climático, constituido por la Convención Marco sobre el Cambio Climático. Junto a lo anterior cabe destacar igualmente los pronunciamientos internacionales producidos en relación con una cuestión conexas como es el agotamiento de la capa de ozono, y que también han sido tomados en consideración en la formulación de la Convención Marco sobre el Cambio Climático. Podría mencionarse así la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985, y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987.

Inicialmente, la Convención Marco sobre el Cambio Climático⁴ pretendió esencialmente la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, promoviendo la adopción de cuantas medidas contribuyesen a mitigar el cambio climático. No obstante, y como concreción de las previsiones generales contenidas en dicha Convención y para responder a las exigencias de reducción de emisiones de gases a la atmósfera, se adoptó posteriormente el Protocolo de Kioto⁵, en el que se diseñan diversas fórmulas a través de las cuales los países desarrollados y los que se encuentran en transición a economías de mercado⁶ deben tratar de limitar para el período 2008-2012 la emisión de los gases objeto de control a un nivel inferior, al menos en un 5%, al nivel de emisión existente en 1990⁷, si bien dentro de este compromiso general los diversos países que han ratificado el Protocolo han adoptado porcentajes diversos de emisión.

En el caso de la Unión Europea, la ratificación del Protocolo de Kioto⁸ supuso la asunción conjunta por todos los Estados miembros de los compromisos de reducción de emisiones a la atmósfera que se imponen en dicho Protocolo, cuya cuantificación se concreta en un recorte de un 8% en todo el ámbito comunitario⁹. La distribución interna posterior entre los distintos Estados miembros se concreta en el Anexo II de la Decisión 2002/358/CE, adoptada sobre la base del «acuerdo de reparto de carga» alcanzado por el Consejo en 1998¹⁰, si bien las emisiones anuales de referencia de la Comunidad y sus Estados miembros no serán definitivas hasta la entrada en vigor del Protocolo y, como máximo, hasta el 31 de diciembre

⁴ La Convención entró en vigor el 21 de marzo de 1994, contabilizándose, a fecha de 24 de mayo de 2004, 189 instrumentos de ratificación de la misma. Con posterioridad y de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 7, se constituyó la Conferencia de las Partes como órgano supremo para el seguimiento regular de la misma, que hasta el momento se ha reunido en once ocasiones.

⁵ El Protocolo de Kioto se adoptó en esta ciudad el 11 de diciembre de 1997, entrando en vigor el 16 de febrero 2005, tras la ratificación de Rusia. Con fecha de 18 de abril de 2006, 168 países y organizaciones internacionales habían ratificado el Protocolo, sumando en su conjunto el 61,6% de las emisiones.

⁶ Esto es, los incluidos en el Anexo I de la Convención Marco sobre el Cambio Climático.

⁷ Los seis gases de efecto invernadero que regula el Protocolo de Kioto, recogidos en su Anexo A, son el dióxido de carbono (CO₂), el óxido nitroso (N₂O), el metano (CH₄), los hidrofluorocarbonos (HFCs), los perfluorocarbonos (PFCs) y el hexafluoruro de azufre (SF₆). Si bien el año de referencia es 1990, para los gases fluorados (HFCs, PFCs y SF₆) se permite utilizar, alternativamente, 1995 como año base.

⁸ La ratificación se produjo por la Decisión del Consejo 2002/358/CE, de 25 de abril (DOCE L 130, de 15 de mayo).

⁹ Esa asunción conjunta de los compromisos derivados del Protocolo de Kioto determina la corresponsabilidad de la Comunidad y de los Estados miembros en el cumplimiento de los objetivos de reducción de emisiones, lo que impone a estos últimos el deber de tomar las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de tales obligaciones.

¹⁰ Dicho acuerdo se ha incorporado al Documento 9702/1998 del Consejo de la Unión Europea, de 19 de junio de 1998. En esa asignación individualizada se tienen en cuenta las diferentes expectativas de crecimiento económico, el reparto energético y la estructura industrial de cada uno de los Estados miembros, lo que ha supuesto que determinados Estados deban reducir significativamente sus emisiones, mientras que otros, como España, puedan incrementarlas, en lo que se ha denominado «sistema de burbuja», siempre que el resultado permita el cumplimiento de las obligaciones comunitarias.

de 2006¹¹. Hasta ese momento, la cuota resultante para España permite a nuestro país un incremento de un 15% de las emisiones respecto al nivel de 1990¹².

Para la consecución de los objetivos señalados, junto a las medidas de acción interna que se configuran como prioritarias frente al resto de procedimientos, el Protocolo de Kioto potencia los sumideros de absorción de carbono¹³ y arbitra los denominados «mecanismos flexibles», de entre los que destaca el comercio de derechos de emisión¹⁴.

Es precisamente este instrumento el que ha alcanzado un mayor grado de desarrollo en la política ambiental comunitaria¹⁵ pues, en cumplimiento de los compromisos alcanzados a partir de la ratificación del Protocolo de Kioto y adelantándose a sus exigencias¹⁶, la Comunidad Europea dictó la Directiva 2003/87/CE¹⁷, en la que se establece un régimen para el comercio comunitario de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

¹¹ Considerando 13 de la Decisión 2002/358/CE y artículo 3 de la misma.

¹² La ratificación en España del Protocolo de Kioto se produjo en virtud del Instrumento publicado en el *BOE* núm. 33, de 8 de febrero de 2005.

¹³ Los sumideros se definen en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático como «cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero, un aerosol o un precursor de un gas de efecto invernadero de la atmósfera» (art. 1.8). El Protocolo de Kioto se refiere esencialmente a las actividades de uso de la tierra, cambio del uso de la tierra y la silvicultura (art. 3.1). Tras la última Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, celebrado en Canadá en 2005, se ha revelado el interés que presentan las nuevas tecnologías dirigidas a minimizar las emisiones de gases de efecto invernadero, destacando, entre ellas, las dirigidas a la captura y depósito de dichos gases. Esta técnica novedosa, reseñada por un informe elaborado en el año 2005 por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, podría disminuir en un 30% las consecuencias del calentamiento atmosférico, por lo que la Conferencia de las Partes profundizará en su análisis para el futuro. Consiste, esencialmente, en la captura del dióxido de carbono emitido a la atmósfera separándolo de otros gases para su posterior transporte y depósito fuera del contacto con la atmósfera por amplios períodos de tiempo.

¹⁴ Los otros dos instrumentos flexibles son los mecanismos de Aplicación Conjunta y de Desarrollo Limpio (arts. 6 y 12 del Protocolo). A través de ellos se pueden intercambiar derechos de emisión mediante la financiación de proyectos que permitan reducir las emisiones de gases de efecto invernadero o incrementar la absorción de los mismos a través de los sumideros, y ello tanto en países en vías de desarrollo (Mecanismo de Desarrollo Limpio) como en países firmantes del Protocolo (Mecanismo de Aplicación Conjunta), obteniendo a cambio Reducciones Certificadas de Emisiones (RCE) en el primer caso y Unidades de Reducción de Emisiones (URE) en el segundo, que pueden ser intercambiadas y utilizadas para cumplir las obligaciones derivadas del Protocolo de Kioto.

¹⁵ Posteriormente, la Directiva 2004/101/CE, de 27 de octubre, denominada «Directiva de enlace», ha tratado de hacer compatibles los instrumentos de flexibilidad de Kioto basados en proyectos (Mecanismos de Desarrollo Limpio y Aplicación Conjunta) con el comercio de emisiones recogido en la Directiva 2003/87/CE.

¹⁶ Se han apuntado como razones para la puesta en marcha del intercambio de derechos de emisión en la Comunidad Europea, con anterioridad a la fecha fijada en el Protocolo de Kioto, la pretensión de alcanzar un conocimiento previo del funcionamiento de un mercado de estas características y la necesidad de evitar distorsiones en el ámbito interno de la Comunidad como consecuencia de la adopción de sistemas de intercambio diferentes en el seno de los distintos Estados miembros. Así, V. JACOMETTI, «I tradable pollution rights: nozione, origini e caratteristiche», en la ob. col., dirigida por B. POZZO, *La nuova Direttiva sullo scambio di quote di emissione*, Giuffrè, Milán, 2003, pág. 48.

¹⁷ Esta Directiva de 13 de octubre de 2003 se ha elaborado sobre la base del debate abierto en el seno de la Unión Europea por el *Libro Verde sobre el comercio de los derechos*

España procedió al cumplimiento de sus obligaciones normativas en la materia mediante el Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto, convertido actualmente en la Ley 1/2005, de 9 de marzo.

II. EL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN

En una aproximación inicial, el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a que se refieren la Directiva comunitaria y la propia normativa española consiste en el intercambio, en el mercado articulado al efecto, de las cuotas asignadas por cada Estado miembro a las empresas emisoras de los gases incluidos en su campo de acción. Dicho comercio o intercambio¹⁸ constituye la fase final de un proceso que se inicia con el otorgamiento de una previa autorización a las empresas implicadas por la que se les permite la efectiva emisión de tales gases.

Las normas vigentes prevén la apertura de un primer período de intercambios de ámbito comunitario, una fase preliminar (2005-2008) cuyo fin coincide con el inicio del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a escala internacional conforme a las previsiones del Protocolo de Kioto. Este período, en el que no serán vinculantes las obligaciones de reducción de emisiones prescritas en el Protocolo, servirá para que los Estados miembros adquieran la práctica imprescindible que les permita participar en el futuro mercado mundial con garantías de éxito, puesto que hasta el momento los objetivos medioambientales de la Comunidad han tratado de alcanzarse habitualmente a través de instrumentos de control público o de mecanismos financieros desincentivadores¹⁹, resul-

de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea, de 8 de marzo de 2000, COM (2000) 87 final. Igualmente debe destacarse la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre políticas y medidas de la UE para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero: *Hacia un Programa Europeo sobre el cambio climático (PECC)*, COM (2000) 88 final, de la misma fecha que el anterior documento.

¹⁸ Pese a que la Directiva 2003/87/CE y la propia Ley española 1/2005 emplean el término «comercio», en ocasiones se ha preferido aludir a «intercambio» pues, en opinión de algunos autores, la finalidad perseguida con el instrumento diseñado por la Directiva no es el establecimiento de un mercado en sentido estricto, sino la consecución de objetivos ambientales. En este sentido, P. VIS, «El intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, ¿podría ser el nuevo instrumento en la elaboración de la política ambiental en Europa?», *RMGA*, 22, 2000, pág. 1. No obstante, se alude con frecuencia al término mercado para referirse al marco en el que se produce el intercambio de las cuotas de emisión.

¹⁹ Puede mencionarse, no obstante, un sistema en cierto modo similar al que ahora implanta la Directiva 2003/87/CE, aunque más limitado, que es el que recogen las normas comunitarias que desarrollan las prescripciones del Protocolo de Montreal en relación con las sustancias que agotan la capa de ozono; en particular, el Reglamento (CEE) 3322/1988, de 14 de octubre, sobre determinados clorofluorocarbonos y halones que agotan la capa de ozono, y las normas posteriores que se han ido sucediendo en este ámbito hasta el Reglamento (CE) 2037/2000, de 29 de junio, y sus modificaciones posteriores. Puede verse a este respecto, así como en relación con la experiencia de la Comunidad Europea relativa a la reducción de las emisiones de azufre que recoge el Protocolo de Oslo, E. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Derechos de emisión transferibles. Un nuevo instrumento de la política ambiental comunitaria frente al cambio climático», *Noticias de la Unión Europea*, 240, 2005, pág. 99.

tando muy escasa la experiencia acumulada en el ámbito comunitario europeo por mercados similares²⁰.

No es el caso, en cambio, de algunos Estados miembros, como Dinamarca y el Reino Unido que, con carácter previo a la adopción de la Directiva comunitaria, articularon en su propio territorio programas para el intercambio de derechos de emisión²¹, inspirándose en gran medida en el sistema estadounidense de los *tradable pollution rights*, a los que se refiere el *Acid Rain Program* recogido en la *Clear Air Act Amendments* de 1990, y que básicamente ha consistido en el establecimiento de un límite máximo para las emisiones de dióxido de azufre a la atmósfera por parte de las grandes centrales eléctricas, otorgándoles permisos equivalentes a la emisión de una tonelada de SO₂ por año. Tales permisos pueden ser objeto de compra y venta, pero también pueden ser mantenidos por las empresas en un sistema de *banking*, lo que permitiría a éstas optimizar en el tiempo su esfuerzo destinado a la reducción de las emisiones²².

El sistema implantado en Dinamarca por la Ley número 376, de 2 de junio de 1999, por la que se aprueba la *CO₂ Quota Act*, se reconduce al esquema de *cap-and-trade* ya descrito, si bien, dado que el ámbito de aplica-

²⁰ Se ha apuntado una cierta similitud entre el intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y los cupos pesqueros o las cuotas lácteas de la PAC (así se desprende del *Libro Verde...*, cit., pág. 9). No obstante, en ambos casos nos encontramos ante derechos sólo parcialmente transferibles. En el caso de las cuotas pesqueras, el artículo 20 del Reglamento (CE) 2371/2002, de 20 de diciembre, permite que los Estados miembros intercambien las posibilidades de pesca que les corresponden con la autorización de la Comisión. En España, la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de pesca marítima, autoriza que las posibilidades o cuotas de pesca asignadas a cada buque puedan ser transmitidas, pero con sujeción a los criterios y reglas establecidos en la Ley. Por lo que se refiere a la Política Agraria Común, en base a lo establecido en el Reglamento (CE) 3950/1992, de 28 de diciembre, y sus posteriores modificaciones, permite una transmisión de las cuotas lácteas entre sus titulares, posibilidad que en nuestro país se concreta en el RD 347/2003, de 21 de marzo. Sin embargo, no se contempla la posibilidad de intercambio de cuotas lácteas entre distintos Estados miembros.

²¹ Otros países han proyectado el establecimiento de mecanismos similares. Tal es el caso de Alemania, Suecia o Eslovaquia, en el marco de la Comunidad Europea y, fuera de ésta, Suiza, Canadá o Australia. Junto a las experiencias mencionadas puede aludirse a otros supuestos en los que el intercambio de derechos de emisión se produce en el ámbito privado, esto es, las propias empresas asumen determinados objetivos de reducción de emisiones e intercambian entre sus diversos centros cuotas de emisión. Así ocurre con compañías como la British Petroleum o el grupo Royal Dutch-Shell. En otros casos, el intercambio se ha articulado voluntariamente a partir de proyectos de reducción de las emisiones formulados entre varias sociedades o a iniciativa de gobiernos nacionales o de organizaciones internacionales que diseñan las reglas a las que deberán ajustarse dichos proyectos. Proyectos de este tipo han sido instaurados en Canadá, Estados Unidos y Holanda. Vid., sobre cada uno de estos supuestos, D. DAL MASO, D. ZANONI y R. ZANETTI, «Tradable pollution rights ed emissions trading: le esperienze applicative realizzate ed il ruolo dei soggetti coinvolti», en *La nuova Direttiva...*, cit., págs. 108 y ss.

²² El control efectivo de las emisiones efectuadas por las empresas y su ajuste a los límites establecidos se opera a través de un sistema de monitorización continuo, así como mediante la elaboración de informes trimestrales dirigidos a la *Environmental Policy Agency* (EPA). Paralelamente, la EPA ha establecido un registro en el que queda constancia de la titularidad y de las transferencias de los permisos. Vid., al respecto, S. BEDER, «Trading the Earth: The politics behind tradable pollution rights», *Environmental Liability*, (9) 2, 2001, págs. 152-160, y L. C. LUDWIG, «The U.S. Acid Rain Program and its effect on SO₂ emission levels», *Issues in Political Economy*, vol. 13, 2004, págs. 1 y ss.

ción al que se refiere el programa de intercambio de gases de efecto invernadero en este país se limita a unas pocas empresas productoras de electricidad que, sin embargo, concentran la mayor parte de las emisiones a la atmósfera, dichos intercambios se producen mediante acuerdos bilaterales, lo que ha hecho que el mercado difícilmente alcance la liquidez necesaria y sea eficaz económicamente²³. Por su parte, en el Reino Unido se ha implantado a través del *UK Climate Change Program*, aprobado en noviembre de 2000, un sistema voluntario de intercambio de derechos de emisión de gases en el que se toman en consideración los gases emitidos por los usuarios de las fuentes energéticas y no por los generadores de las mismas, y en el que las empresas participantes o bien reciben un incentivo económico a cambio de una determinada reducción de sus emisiones o bien, tras la suscripción del correspondiente acuerdo de reducción de emisiones o de ahorro energético (*Climate Change Agreements*), ven reducida la cantidad que deben satisfacer en concepto de impuesto energético (*Climate Change Levy*). A lo anterior aún pueden sumarse las empresas que elaboran programas de reducción de emisiones, vendiendo posteriormente el crédito obtenido en el correspondiente mercado, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda acceder al Registro y actuar como intermediario en la adquisición y venta de derechos de emisión²⁴.

Pese a estas iniciativas particulares, la posibilidad de disponer de un mercado más amplio, así como la necesidad de alcanzar una homogeneización en el sistema de intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y de preservar la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Europea, se tradujeron en la aprobación de la Directiva 2003/87/CE, incorporada ya a nuestro ordenamiento jurídico, como se ha señalado²⁵. No obstante, la efectiva puesta en práctica de un comercio como el recogido en esas normas requiere la toma en consideración de múltiples cuestiones que se revelan como singulares en cada Estado miembro, básicamente en relación con la articulación del intercambio propiamente dicho y las consecuencias que de ello se derivan, tanto jurídicas como económicas, sin perjuicio de las estrictamente ambientales²⁶.

²³ No obstante, el Gobierno danés ha previsto la posibilidad de establecer una bolsa de permisos o emplear una bolsa ya existente para el intercambio. Sobre el funcionamiento de este mercado, S. L. PEDERSEN, «The danish CO2 emissions trading system», *RECIEL*, vol. 9, 3, 2000, págs. 223 y ss.

²⁴ Sobre este mercado británico, A. HOBLEY, «Emissions trading in the United Kingdom: an overview», *Environmental Liability*, vol. 9, 2001, págs. 3 y ss.

²⁵ Se ha renunciado, por tanto, a atribuir a la Comunidad Europea un mero papel coordinador de mercados de derechos a escala nacional, prefiriendo el establecimiento de una organización común.

²⁶ De hecho, el instrumento empleado para el establecimiento de este sistema, la Directiva comunitaria, abre a los Estados miembros la posibilidad de desarrollos diversos para la consecución de los objetivos de reducción de emisiones asumido por la Comunidad, otorgando a éstos una cierta responsabilidad en la organización jurídica y el control de estos mercados. Vid. M. PAQUES, «La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne», *RTDE*, 2, 2004, págs. 258 y 259.

A) *El régimen jurídico del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*

La articulación de un comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero viene determinada en nuestro país por las prescripciones incluidas en la Ley 1/2005²⁷, dictada en virtud de las competencias atribuidas al Estado para fijar la legislación básica sobre protección del medio ambiente y para el establecimiento de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, tal y como se establece en el artículo 149.1 CE, apartados 23 y 13, respectivamente²⁸.

Dicha competencia se justifica en el preámbulo de la propia norma. Desde el punto de vista medioambiental, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera constituye el objetivo principal que la Ley pretende satisfacer, lo que hace entrar en juego las competencias estatales para dictar la normativa básica en materia de medio ambiente, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas para dictar normas dirigidas a reforzar esa protección básica estatal y la posterior ejecución de las mismas. Este marco constitucional encuentra su plasmación en las previsiones de la Ley 1/2005, de acuerdo con la cual las Comunidades Autónomas serán las competentes para otorgar las autorizaciones que permitan a las empresas que actúen en alguno de los ámbitos del Anexo I de la Ley 1/2001 emitir gases a la atmósfera y para el posterior seguimiento de las emisiones realizadas.

Posteriormente es competencia estatal la asignación de los derechos de emisión adjudicados a cada una de esas empresas autorizadas, pero no por la vía de la protección ambiental, sino por la de la necesidad de establecer un tratamiento igualitario de tales empresas en el desenvolvimiento de su actividad económica y en la toma de las decisiones empresariales y, en concreto, en su participación en un mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, cuyos objetivos, además, responden a compromisos supranacionales. Corresponde, por tanto, al Estado crear un marco de referencia común y asegurar la competencia entre todas las empresas, independientemente del territorio en el que estén instaladas, ordenando el mercado, asignando los derechos y controlando los intercambios a través del Registro Nacional de Derechos de Emisión²⁹.

²⁷ Dicha norma ya ha quedado afectada por lo previsto en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que ha introducido modificaciones en alguno de sus preceptos.

²⁸ Así lo recoge la disposición final segunda de la Ley 1/2005.

²⁹ Es esta razón, y no una hipotética «propiedad» estatal de los derechos de emisión (vid., en esa línea, I. SANZ RUBIALES, «Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *REDA*, 125, 2005, págs. 51 y 52), la que justifica la intervención estatal al respecto. La referencia a la «titularidad originaria» de los derechos de emisión que la Ley 1/2005 atribuye a la Administración General del Estado debe interpretarse como la potestad que corresponde a ésta para ordenar el mercado de derechos de emisión en el marco de las bases generales de la actividad económica, no como una propiedad de los títulos asignados en sentido estricto. Desde otra perspectiva, además,

En último término, la Comisión de coordinación de políticas de cambio climático³⁰ viene a materializar la concurrencia de ambas instancias administrativas, estatal y autonómica, constituyendo un órgano de colaboración entre ellas con la finalidad de alcanzar un correcto funcionamiento del mercado de derechos de emisión y lograr un adecuado intercambio de información que facilite la consecución del objetivo medioambiental perseguido.

Sobre esta base competencial, el correcto funcionamiento del intercambio pretendido pone en juego tres elementos: los sujetos intervinientes, los derechos de emisión de gases de efecto invernadero y el procedimiento a seguir en su desarrollo, todo lo cual determinará, en último término, una reducción de las emisiones contaminantes de estos gases a la atmósfera. Todas estas cuestiones encuentran un tratamiento en la Ley 1/2005 y en otras disposiciones complementarias que diseñan el marco normativo en el que se desenvolverá un mercado de títulos novedoso que permitirá la consecución de un objetivo ambiental deseable, pero también acarreará importantes efectos económicos³¹.

a) *El ámbito subjetivo y material del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.*

Independientemente de las autoridades públicas que ordenan y controlan los intercambios y que, como se ha apuntado, son tanto las Administraciones autonómicas como la estatal, el funcionamiento del mercado tiene en su base la intervención de los sujetos que ostentan la titularidad de derechos de emisión de gases de efecto invernadero susceptibles de transmisión. Dicha condición corresponde, en principio, a los titulares de las instalaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 1/2005, si bien debe añadirse a los anteriores cualquier otro sujeto que haya abierto a su favor la oportuna cuenta de haberes en el Registro Nacional de Derechos de Emisión.

En primer término, por tanto, cabe referirse como participantes necesarios de este comercio a las personas físicas o jurídicas que operen o con-

es el Estado español, y no ninguno de los demás entes territoriales, el que debe responder ante las correspondientes instancias comunitarias del cumplimiento de los objetivos de emisión que tiene asignados y que se recogen en el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión 2005-2007, aprobado por RD 1866/2004, de 6 de septiembre, tal y como viene recogido en el artículo 21.1 de la Directiva 2003/87/CE.

³⁰ El artículo 3 de la Ley 1/2005 regula las competencias y la composición de dicha Comisión, en la que se integran representantes no sólo de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino también de las Entidades Locales.

³¹ No cabe duda que la Ley 1/2005 y la Directiva de que trae causa no inciden directamente en la protección ambiental, a pesar de que tengan su apoyo en la normativa relativa al Protocolo de Kioto y en los objetivos pretendidos por este documento internacional, sino que ambas normas se dirigen esencialmente a la ordenación de un mercado que incidirá notablemente en las decisiones empresariales adoptadas en los sectores económicos implicados y donde, en principio, podría parecer que las empresas podrán contaminar siempre que hayan adquirido derechos para ello.

trolen las instalaciones emisoras de gases de efecto invernadero, bien en cuanto propietarios de las mismas, bien como consecuencia de cualquier otro título que otorgue a dichos sujetos los poderes técnicos y económicos suficientes sobre el funcionamiento de la instalación³².

Las instalaciones de referencia que atribuyen tal posición a sus titulares son las vinculadas a las actividades que figuran en el Anexo I de la Ley, esto es, las de producción de energía eléctrica, siderurgia y tratamiento de minerales, las industrias cementeras, así como las destinadas a la fabricación de vidrio y productos cerámicos, y las papeleras. En todos estos casos, no obstante, la sujeción a las prescripciones de la Ley 1/2005, y por tanto la posibilidad de participar en el intercambio de derechos de emisión por ella establecido, se limitan a las instalaciones que, desarrollando las actividades mencionadas, emitan dióxido de carbono a la atmósfera, pudiendo establecerse en ocasiones, sin embargo, umbrales por debajo de los cuales dichas instalaciones no intervendrán en el mercado.

En todo caso, el titular de cualquiera de las instalaciones anteriores podrá solicitar su exclusión de los mecanismos jurídicos previstos para su participación en el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, siempre que dichas emisiones desde las instalaciones de su titularidad queden reducidas a niveles equivalentes a los que resultarían de aplicar las fórmulas de limitación previstas en las normas dictadas al efecto y que, como consecuencia de tal exclusión, no se produzcan distorsiones del mercado, aunque necesariamente quedará sujeto a las obligaciones de seguimiento y suministro de información y al régimen sancionador previsto en la Ley 1/2005³³.

Cabe, por otra parte, que varias de estas instalaciones se agrupen para cumplir de forma unitaria sus obligaciones de emisión de gases, configurando de esta manera un solo sujeto emisor que actuará en el mercado de derechos de emisión a través de un administrador fiduciario que actuará por cuenta de la agrupación³⁴.

³² Así lo recoge el artículo 2.j) de la Ley 1/2005.

³³ La exclusión sólo cabrá para solicitudes formuladas con anterioridad al 31 de diciembre de 2007. Dichas solicitudes, que serán presentadas ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma, serán remitidas al Ministerio de Medio Ambiente y, posteriormente, a la Comisión Europea, quien finalmente decidirá sobre tal exclusión, en cuyo caso se entenderá extinguida la autorización de emisión de gases de efecto invernadero obtenida por dicha instalación.

³⁴ En estos casos, las instalaciones comprendidas en la agrupación deberán estar incluidas en algunas de las actividades a que se refiere el Anexo I de la Ley 1/2005 y, dentro del mismo epígrafe, disponer de la correspondiente autorización de emisión de gases de efecto invernadero y de la autorización de agrupación que deberá otorgar el Consejo de Ministros. La solicitud de las instalaciones interesadas en la agrupación deberá dirigirse al Ministerio de Medio Ambiente acompañada de la documentación correspondiente (art. 11 Ley 1/2005). La decisión, adoptada por el Consejo de Ministros a propuesta de los Ministerios de Medio Ambiente, de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático, requerirá también el informe previo de las Comunidades Autónomas en cuyos territorios se encuentren las instalaciones solicitantes. Si la solicitud reúne todos los requisitos establecidos en la norma y se estima adecuada en relación con la competencia, el mercado interior y el interés de los consumidores, se remite a la Comisión Europea, que podrá, no obstante, rechazar motivadamente dicha solicitud en el plazo de tres meses.

Además de los sujetos ya referidos, que pueden calificarse como necesarios y originarios, se reserva también una cuota del total de los derechos de emisión disponibles para los eventuales nuevos entrantes, esto es, para instalaciones de las recogidas en el Anexo I de la Ley 1/2005 que soliciten, con posterioridad a la notificación a la Comisión Europea del Plan Nacional de Asignación, una autorización para la emisión de gases de efecto invernadero o una renovación de la que ya disponen, como consecuencia de un cambio en la naturaleza o funcionamiento de la instalación o una ampliación de la misma³⁵. Queda, por tanto, reconocida la posibilidad de acceso al mercado a nuevos sujetos con posterioridad a la asignación inicial de los derechos de emisión correspondientes a cada período, garantizándose así el principio de igualdad de trato para todos ellos y el cumplimiento de las prescripciones comunitarias sobre derecho de establecimiento en el mercado interior³⁶.

Junto a lo anterior, y tal y como ya se ha apuntado, además de las instalaciones que a la entrada en vigor del correspondiente Plan Nacional de Asignación, o con posterioridad a dicha circunstancia y en condición de nuevos entrantes, realicen algunas de las actividades contaminantes a que se refiere el Anexo I, la Ley 1/2005, en el marco de la Directiva comunitaria, ha permitido que otros sujetos, personas físicas y jurídicas que no sean los titulares de las instalaciones que emiten los gases objeto de intercambio, puedan participar en el mercado, siempre y cuando tengan abierta a su nombre una cuenta de haberes en el Registro Nacional de Derechos de Emisión³⁷.

Se abre así la vía a un posible mercado secundario³⁸ en el que se negociarían de manera impersonal las transacciones a realizar sobre la base de una estructura organizada que, por otra parte, permitiera ampliar la liquidez del mercado y la flexibilidad del sistema, superando así las dificultades

³⁵ La Ley 1/2005 estableció como fecha para la solicitud inicial de autorizaciones de emisión de gases de efecto invernadero el 30 de septiembre de 2004 (disposición transitoria segunda).

³⁶ Los criterios para la admisión de los nuevos entrantes, y por tanto para la asignación de derechos de emisión a éstos, se recogen en el Plan Nacional de Asignación, que concreta las previsiones de la Ley 1/2005 en este sentido. Así, se tendrán en cuenta las proyecciones de emisiones de dióxido de carbono, las mejores tecnologías disponibles (MTD), la capacidad de producción de la instalación, la capacidad media de producción de las instalaciones ya existente en el sector, el orden de la solicitud o la satisfacción de criterios de coherencia territorial (art. 18 de la Ley y apartado 6.B PNA). Debe tenerse en cuenta que este documento no considera nuevo entrante la instalación o puesta en funcionamiento de instalaciones que, a fecha de 30 de septiembre de 2004, dispusieran de los permisos y licencias exigidos por la normativa aplicable y hubieran solicitado la autorización de emisión.

³⁷ Ello podría propiciar la adquisición de derechos por parte de empresas u organizaciones no gubernamentales interesadas en restringir el volumen de emisiones de CO₂, mediante la cancelación de los derechos adquiridos. A juicio de F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Derechos de emisión transferibles...», cit., pág. 101, ello resulta perfectamente «racional y esperable, además de indudablemente justo». Por su parte, también V. JACOMETTI, «I tradable pollution rights...», cit., págs. 42 y 43, aun considerando perfectamente factible dicha posibilidad, entiende que ello podría distorsionar el mercado, reduciendo su liquidez, lo que justificaría en estos casos la intervención pública dirigida a restaurar el correcto funcionamiento del sistema.

³⁸ Al respecto, F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Derechos de emisión transferibles...», cit., pág. 101.

inherentes a las relaciones de intercambio entre un posible transmisor de derechos de emisión y un hipotético comprador de los mismos³⁹. Se prevé, por tanto, la aparición de intermediarios e incluso bolsas de valores, a partir de una titularización de los derechos de emisión⁴⁰, u otro tipo de mercados o sistemas organizados de negociación⁴¹.

Se advierte, por tanto, que el marco subjetivo de desenvolvimiento del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero es lo suficientemente amplio como para alcanzar la eficiencia del mercado y la consecución de los objetivos perseguidos. Es de esperar, en todo caso, una ampliación futura de los sujetos implicados puesto que, sobre la base de la Directiva comunitaria que permite a los Estados miembros aplicar el régimen de comercio de derechos de emisión a otras actividades, instalaciones y gases de efecto invernadero, la Ley 1/2005 ha habilitado al Gobierno para elaborar cuantos proyectos legislativos y cuantas normas sean precisos para dicha implementación⁴².

b) *El objeto de comercio: el derecho de emisión.*

El objeto del mercado, o, si se prefiere, del sistema de intercambio que recoge la Ley 1/2005, son los derechos de emisión en sentido estricto, definidos por la misma como el derecho subjetivo a emitir desde una instalación de las mencionadas en su Anexo I una tonelada equivalente de dióxido de carbono, durante un período determinado⁴³, quedando asimilados, a estos efectos, tanto los derechos de emisión asignados por el Plan Nacional de Asignación, aprobado en nuestro país por el RD 1866/2004⁴⁴, como los

³⁹ Experiencias similares se han producido ya en el marco de los mercados voluntarios de emisiones producidos en algunos países. Lo recogen D. DAL MASO, D. ZANONI y R. ZANETTI, «Tradable pollution rights...», cit., págs. 164 y ss., y E. BERNINI y F. RANGHIERI, «Dal Protocollo di Kyoto alla Direttiva europea: il nuovo panorama per l'ordinamento italiano», en *La nuova Direttiva...*, cit., pág. 85.

⁴⁰ En este sentido, S. GIULI, «Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (La problématique de la nature juridique des quotas et ses implications en matière comptable et fiscale)», *Les Petites Affiches*, 32, 2004, pág. 10.

⁴¹ En nuestro país, la eventual organización de un mercado secundario para la transacción de derechos de emisión de gases de efecto invernadero debería ajustarse a las prescripciones de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio). De hecho, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de noviembre de 2004 se encomendó la gestión del Registro Nacional de Derechos de Emisión a Iberclear, nombre comercial de la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A., regulada por la propia LMV, y si bien dicho Registro Nacional no constituye en sí mismo un mercado de contratación, la encomienda realizada a Iberclear para su gestión asegurará la conexión del mismo con las estructuras de negociación y contratación que en el futuro puedan ponerse en marcha.

⁴² La Directiva fija como fecha para la ampliación de las previsiones del Anexo I el año 2008, si bien permite que a partir del año 2005 los Estados miembros puedan aplicar el régimen de comercio de derechos de emisión a las instalaciones que lleven a cabo las actividades enumeradas en el Anexo I por debajo de los límites de capacidad previstos en dicho Anexo.

⁴³ Artículo 2.a) de la Ley 1/2001, noción que se reitera, casi en los mismos términos, en el artículo 20.1, relativo a la naturaleza jurídica de los derechos de emisión.

⁴⁴ Este Real Decreto de 6 de septiembre de 2004 ha sido modificado por el RD 60/2005, de 21 de enero, para ajustar el volumen total de derechos a asignar a su número efectivo, a

otorgados por los Planes Nacionales que deben aprobarse en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, o incluso los obtenidos en un tercer país que sea parte del Protocolo de Kioto o de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, cuando así conste en un instrumento internacional. Los derechos de emisión podrán proceder igualmente de los créditos generados como consecuencia de la aplicación de los Mecanismos de Desarrollo Limpio o de Aplicación Conjunta mediante la oportuna transformación de las Reducciones Certificadas de Emisiones (RCE) y las Unidades de Reducción de Emisiones (URE) obtenidas como consecuencia de la aplicación de dichos mecanismos basados en proyectos⁴⁵.

La concreción del objeto del mercado en el sentido en que lo hace la Ley 1/2005 se apoya en la redacción dada al artículo 3, apartado a), de la versión española de la Directiva 2003/87/CE, según el cual el derecho de emisión es el «derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado...», frente a las determinaciones de la versión inglesa, que considera como objeto de dicho comercio los permisos o concesiones para emitir una tonelada de CO₂ (*allowances*), o la terminología utilizada en la versión francesa, que señala como objeto del intercambio las cuotas de emisión (*quota*)⁴⁶, todo lo cual evidencia que el

la vista de los nuevos datos e informes obtenidos por la Administración tras las solicitudes inicialmente planteadas.

⁴⁵ Ha sido la Directiva 2004/101/CE, ya mencionada, la que ha introducido algunas modificaciones en la Directiva 2003/87/CE para permitir a los Estados miembros cumplir las obligaciones de reducción de emisiones por esta vía. El recurso a estos mecanismos permitirá la reducción de costes globales del cumplimiento del Protocolo de Kioto, mejorando la liquidez del mercado comunitario de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Paralelamente, las empresas comunitarias invertirán en el desarrollo y la transferencia de tecnologías y conocimientos técnicos avanzados respetuosos con el medio ambiente. Conforme a lo establecido en la Directiva, los Estados miembros podrán utilizar RCE a partir de 2005 y URE a partir de 2008 en el régimen comunitario. A partir de 2008 se puede autorizar la utilización de RCE y URE por sus titulares hasta un porcentaje máximo de la asignación correspondiente a cada instalación en los términos establecidos por cada Estado miembro en su Plan Nacional de Asignación. La Ley 1/2005 permite en el artículo 20.6 el empleo de RCE y URE para que las instalaciones correspondientes cumplan con sus objetivos en relación con la emisión de gases de efecto invernadero. Debe advertirse, no obstante que, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera de esta Ley, el Plan Nacional de Asignación elaborado para el primer período trienal (2005-2007) no recogerá la cantidad de RCE y URE que es previsible emplear, ni el porcentaje de asignación a cada instalación en el que se autoriza el uso de este tipo de créditos a su titular. No obstante, la Autoridad Nacional designada para los mecanismos basados en proyectos del Protocolo de Kioto que, al amparo de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 1/2005, ya ha sido constituida por España, ha procedido a la aprobación de diversos proyectos del mecanismo de Desarrollo Limpio auspiciados por empresas españolas. Igualmente se ha procedido a la creación del Fondo Español de Carbono, constituido por las aportaciones económicas de un grupo de inversores interesados en obtener estos créditos de emisión. El gestor del Fondo procede a identificar los proyectos que recibirán el compromiso, por parte del Fondo, de la compra de los créditos de emisión a los que dichos proyectos den lugar una vez puestos en marcha. Igualmente, España participa en diversos Fondos de Carbono gestionados por el Banco Mundial (<http://www.minhac.es/Portal/Areas+Tematicas/Financiacion+internacional/Fondos+de+Carbono/>).

⁴⁶ El artículo 3, apartado a), de la Directiva 2003/87/CE, en su redacción inglesa, establece que «*allowance means an allowance to emit one tonne of carbon dioxide equivalent*

legislador comunitario no ha tomado posición respecto a la naturaleza de los «derechos de emisión», *allowances* o *quotas*. Esta circunstancia conlleva el riesgo evidente de que los distintos Estados miembros otorguen una naturaleza distinta al objeto de comercio de acuerdo con las propias categorías jurídicas conocidas en cada uno de ellos, determinando diferencias que, más allá de su mera calificación, generen diversos regímenes jurídicos, contables y fiscales, quebrando de esta manera la finalidad última pretendida por la Directiva comunitaria y vulnerando la competencia entre los distintos Estados miembros⁴⁷.

En nuestro país, la configuración de los derechos de emisión como derechos subjetivos remite a la consideración general de éstos como facultad o conjunto de facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico a un sujeto para la satisfacción de sus intereses, autorizando a dicho sujeto a obrar válidamente en garantía de tales derechos⁴⁸. En el caso concreto de los derechos de emisión objeto de análisis se añade a la noción anterior un evidente sustrato público en la medida que es la Administración Pública la que, a través de una decisión particular, permite a un sujeto emitir una tonelada de dióxido equivalente de gases de efecto invernadero a la atmósfera, en el marco de las prescripciones y garantías señaladas por el ordenamiento jurídico para ordenar dicha actividad⁴⁹.

En concreto, la Ley 1/2005 arbitra un mecanismo dirigido a la asignación de los derechos de emisión que se organiza en dos fases sucesivas, consistente, la primera, en la elaboración de un Plan Nacional de Asignación en el que se fijarán, entre otras cuestiones, el número total de derechos de emisión que se prevé asignar para el período de referencia, y una fase posterior que se concreta en un procedimiento para la asignación individualizada de derechos, materializado en una resolución del Consejo de Ministros que determina la cantidad de derechos de emisión asignados a cada instalación y su distribución anual. Dicha decisión, que se articula

during a specified period, which shall be valid only for the purposes of meeting the requirements of this Directive and shall be transferable in accordance with the provisions of this Directive». El mismo precepto, en su versión francesa, define *quota* como «*le quota autorisant à émettre une tonne d'équivalent-dioxyde de carbone au cours d'une période spécifiée, valable uniquement pour respecter les exigences de la présente directive, et transférable conformément aux dispositions de la présente directive*».

⁴⁷ Vid. M. PÂQUES, «La Directive 2003/87/CE...», cit., págs. 277 y ss., y S. AGBAYISSAH y L. SEGALÉN, «Aspects juridiques et comptables des quotas d'émission de gaz à effet de serre», Rapport rédigé pour le Mission Climat de la CDC, Price Waterhouse Coopers, abril 2003, pág. 30, que puede ser consultado en http://www.pwcglobal.com/fr/pwc_pdf/pwc_aspects_juridiques.pdf

⁴⁸ Esta categoría de carácter general, cuya formulación característica se recoge en el Derecho civil, ha sido objeto de atención por diversos autores. Así, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo I, 3.^a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, págs. 571 y ss., y J. CASTÁN TOBENAS, «Derechos subjetivos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo VII, Seix, Barcelona, 1980, págs. 102 y ss.

⁴⁹ Vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 9.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 34 y ss., donde se sistematizan los supuestos típicos en que un particular puede ser titular de derechos subjetivos frente a la Administración: los derechos de naturaleza patrimonial o real, los derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares y las situaciones de libertad individual que se articulan técnicamente como derechos subjetivos.

como una autorización administrativa, es, por tanto, la que faculta a los sujetos destinatarios a la emisión de un determinado volumen de gases de efecto invernadero en los términos establecidos por la misma.

Junto a los planteamientos más tradicionales sobre las autorizaciones administrativas⁵⁰, la progresión lógica de la intervención pública en nuevos ámbitos, sobre todo de carácter económico, ha determinado una superación de la configuración de la autorización desde una perspectiva eminentemente negativa, como una mera remoción de límites de un derecho preexistente, elemento que, no obstante, permanece en el caso de las autorizaciones regladas, para reformularse, en muchas ocasiones, como un instrumento al servicio de la tutela del interés general que permita orientar la actividad autorizada hacia la satisfacción de necesidades públicas en los términos previstos y permitidos por el ordenamiento jurídico⁵¹. Esto es, la autorización consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida y una vez controlada su adecuación al ordenamiento jurídico, constituyendo al mismo tiempo la situación jurídica de que se trate⁵², mecanismo que responde a lo que se han denominado «autorizaciones operativas»⁵³.

Desde esta perspectiva deben apreciarse las autorizaciones por las que se asigna a un sujeto el derecho a emitir determinada cantidad de gases de efecto invernadero⁵⁴. En este caso, si bien puede entenderse fácilmente que la autorización es de las llamadas operativas, con ella viene a hacerse

⁵⁰ Son clásicas las posturas mantenidas al respecto por MAYER y RANELLETI (vid. en *De-recho Administrativo Alemán. Parte especial: poder de policía y tributario*, tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1950, págs. 59 y ss., y en «Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative», *Giurisprudenza Italiana*, IV, 1894, págs. 7 y ss., respectivamente). A partir de las consideraciones de estos autores se elaboró un concepto unitario de autorización como acto que, partiendo de la preexistencia de un derecho en los sujetos autorizados, vendría a restablecer su ejercicio, eliminando los obstáculos establecidos para el mismo por el ordenamiento jurídico, previa valoración de la incidencia del ejercicio de dicha actividad en el interés público. Resultan de ineludible mención en esta materia también R. ENTRENA CUESTA, «El servicio de taxis», núm. 27 de esta REVISTA, 1958, págs. 42 y ss.; J. L. MEILÁN GIL, «Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)», núm. 71 de esta REVISTA, 1973, págs. 80 y ss., y J. A. MANZANEDO MATEOS, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, IEAL, Madrid, 1968, págs. 382 y ss.

⁵¹ En este sentido, J. L. VILLAR PALASÍ, «Concesiones administrativas», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., tomo IV, pág. 697; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., págs. 136 y 137, y S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988, págs. 178 y ss.

⁵² Así lo establecen E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pág. 137. En opinión de estos autores, la línea divisoria que separa a la autorización de la concesión quedaría fuertemente difuminada en estos casos, si bien el carácter particular de la actividad, frente a la *publicatio* de un sector sobre el que se otorgarán las oportunas concesiones, permite disponer de un criterio adecuado para advertir la diferencia entre ambas figuras.

⁵³ En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., págs. 138 y ss., o S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Acción administrativa sanitaria: la autorización para aperturas de farmacia», núm. 24 de esta REVISTA, 1957, pág. 153.

⁵⁴ Alguna doctrina califica dichas autorizaciones cuando tienen repercusión sobre la materia ambiental como «autorizaciones ambientales». Puede destacarse, en esta línea, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 956 y 957.

efectivo un derecho inherente a la propia actividad productiva que, en muchos casos, lleva aparejada la necesidad de emitir gases a la atmósfera. El reconocimiento de la libertad de empresa, constitucionalmente garantizada, implicaría así en determinados supuestos el reconocimiento de un derecho a emitir determinadas sustancias a la atmósfera que, como ocurre aquí, tratándose de gases de efecto invernadero, quedará sujeto a las prescripciones, límites y garantías previstas por la Ley 1/2005⁵⁵. Así pues, será la autorización la que habilite la emisión de estos gases siempre y cuando los sujetos destinatarios, solicitantes de un determinado número de derechos, cumplan con las prescripciones técnicas y normativas previstas para permitir tal emisión, lo que confiere, por tanto, un inequívoco carácter reglado a esta autorización.

Con posterioridad al otorgamiento, la Administración cumple una función de vigilancia y control de las emisiones efectuadas que se traduce en la exigencia de obtener una continua información sobre las mismas, pudiendo incluso suspender las transacciones de los derechos de emisión cuando no consten los datos relativos a los mismos, o en la obligación de reflejar en el Registro Nacional de Derechos de Emisión la totalidad de las operaciones vinculadas a esos derechos.

En todo caso, una vez dictada la correspondiente autorización administrativa, los sujetos autorizados adquieren el derecho subjetivo a emitir la cantidad de gases de efecto invernadero determinada, derecho que pueden utilizar por sí mismos o transmitir a un tercero.

Se ha venido considerando que, en estos casos, los derechos subjetivos de emisión o las cuotas, como se denominan usualmente por la mayor parte de los autores, se desvinculan de su origen administrativo público para comportarse como bienes muebles susceptibles de comercio que se integran en el patrimonio de la instalación y cuya titularidad se asimila al derecho de propiedad⁵⁶. No parece que sea ésta la postura más correcta, pues la titularidad de un derecho subjetivo a la emisión de gases de efecto invernadero no conlleva las facultades inherentes al derecho de propiedad⁵⁷.

⁵⁵ Igualmente se ha afirmado la inexistencia de derecho alguno a contaminar. Así, en relación con la emisión de vertidos de aguas residuales al dominio público hidráulico, lo recoge expresamente A. EMBID IRUJO, «La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua», en la ob. col., dirigida por él, *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 80. De forma análoga, A. FORTES MARTÍN, *El régimen jurídico de la Autorización Ambiental Integrada*, Ecoiris, Madrid, 2004, págs. 411 y 412.

⁵⁶ Así, I. SANZ RUBIALES, «Una aproximación...», cit., pág. 63. Incluso en otras ocasiones, sobre todo en la doctrina francesa, las «cuotas» han sido calificadas como medio de pago de una deuda creada por normas de policía, como moneda (M. PAQUES, «La directive 2003/87/CE...», cit., págs. 278 y 279), como derecho de crédito (B. LE BARS, «La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004», *La Semaine Juridique*, 28, 2004, pág. 1269) e incluso como materia prima (F. ROSEMBUI GONZÁLEZ-CAPITEL, «La posible calificación de la unidad de carbono: qué son y qué pueden llegar a ser en Derecho español», *RIGA*, 45, 2002, pág. 32).

⁵⁷ Así lo entiende Ch. MISTRAL, «Le régime juridique des droits d'émission de gaz à effet de serre en France», *Les Petites Affiches*, 146, 2004, pág. 17. Por su parte, S. AGBAYISSAH y L. SEGALÉN, «Aspects juridiques et comptables...», cit., págs. 28 a 30, consideran que si bien las cuotas pueden presentar algunos caracteres predicables del derecho de propiedad, escapan

Los derechos de emisión son asignados por la Administración por un determinado período de tiempo, el que venga marcado por el correspondiente Plan de Asignación, transcurrido el cual se procederá a una nueva asignación del mismo o distinto número de derechos de emisión, según los nuevos criterios que figuren en el correspondiente Plan Nacional de Asignación que se elabore⁵⁸. Además, dentro de cada período de vigencia, la expedición y entrega de derechos de emisión se hace anualmente, a través de la inscripción de tales operaciones en el Registro Nacional de Derechos de Emisión, a la vista de las emisiones realmente verificadas por sus titulares, pudiendo ser cancelados a petición de éstos o, en todo caso, transcurridos cuatro meses desde la finalización del período de vigencia de cada Plan Nacional de Asignación.

En ningún caso se produce, por tanto, una desvinculación de estos derechos respecto de la Administración, pues si bien la transmisión puede negociarse libremente, no se producirá efectivamente en tanto no se haya producido la inscripción en el Registro Nacional de Derechos de Emisión del negocio jurídico del que deriva, lo que otorga a dicha inscripción un carácter constitutivo⁵⁹.

Muy al contrario, esos derechos subjetivos a la emisión de gases de efecto invernadero mantienen su formulación pública originaria⁶⁰, sin que ello presente problema alguno en lo que a la articulación del intercambio de los mismos se refiere⁶¹.

de dicha noción, configurándose más bien como «una nueva categoría de derechos subjetivos». Negando igualmente la existencia de un derecho de propiedad, A. FORTES MARTÍN, «Reflexiones a propósito del futuro Régimen Europeo de Intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 5, 2004, pág. 105.

⁵⁸ La eventual reducción del número de derechos de emisión disfrutados por una instalación durante el período anterior (progresión lógica dados los objetivos ambientales perseguidos) no implica el derecho de la empresa a disfrutar; para el siguiente período, del mismo número de derechos, ni a obtener indemnización alguna si ese número de derechos se viera recortado, en aras a dicha reducción de emisiones perseguida.

⁵⁹ Es muy significativa en este sentido la modificación introducida en relación con el concepto de «transmisión» por el Real Decreto-Ley 5/2005, que, frente a la definición inicial que la identificaba como «el negocio jurídico del que deriva un cambio de titularidad de uno o varios derechos de emisión», ha pasado a entenderse como «el cambio de titularidad de uno o varios derechos de emisión producido por la inscripción en el registro del negocio jurídico del que deriva» [art. 2.d)]. La intervención pública a lo largo de todo el proceso es consecuentemente ineludible.

⁶⁰ Para S. GIULI, «Les quotas d'émission...», cit., pág. 10, nos encontramos ante un supuesto de tenencia (*détention*) de una «autorización administrativa» y no de propiedad. En el mismo sentido, Ch. MISTRAL, «Le régime juridique...», cit., pág. 15. Esta solución es también la adoptada en Estados Unidos en relación con el mercado instaurado en ese país respecto al dióxido de sulfuro. La *Clean Air Act Amendment* de 1990 niega que los permisos de emisión de ese gas atribuidos a las empresas sean objeto de un derecho de propiedad. En la sección 402 de dicha norma se habla de *allowance* como la autorización que permite emitir durante un determinado período una tonelada de dióxido de sulfuro. Posteriormente, la sección 403.f) considera que: «*An allowance allocated under this title is a limited authorization to emit sulphur dioxide in accordance with the provisions of this title. Such allowance does not constitute a property right*».

⁶¹ Vid., sobre este particular, J. ESTEVE PARDO, «El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 753 y ss.

En un supuesto como el presente, en el que nos encontramos ante autorizaciones de naturaleza real, no existe inconveniente alguno respecto a su transmisibilidad⁶², siempre y cuando se cuente con la autorización de la Administración a dicha transmisión, o al menos una comunicación de dicha operación, exigencia que queda cumplida con el seguimiento que de los derechos de emisión se lleva por el Registro Nacional de Derechos de Emisión, en el que deberán constar todos los intercambios efectuados.

c) *El funcionamiento del sistema de intercambio.*

Tal y como se ha indicado ya, el mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero se articula en diversas fases sucesivas en las que se evidencia la intervención y control público sobre la emisión de estos gases y su posible intercambio.

El punto de partida del sistema que prevé la Ley 1/2005, sobre la base de la Directiva comunitaria, es la obtención de una autorización por parte de todas aquellas instalaciones que realicen alguna de las actividades a que se refiere su Anexo I y que impliquen la emisión de los gases de efecto invernadero a que se refiere ese mismo Anexo⁶³. Se trata de una simple autorización reglada que será otorgada por el órgano autonómico competente en cada caso a aquellos solicitantes que acrediten su capacidad para garantizar el seguimiento y la notificación de las emisiones realizadas⁶⁴, pero que, sin embargo, no otorga ningún derecho de emisión, sino que simplemente delimita el ámbito subjetivo en el que posteriormente serán asignados los derechos de emisión propiamente dichos⁶⁵.

Dada su naturaleza y finalidad, la autorización de emisión podrá incorporarse a la autorización ambiental integrada prevista en la Ley 16/2002 en relación con aquellas instalaciones que sean objeto de ambas regulacio-

⁶² A este respecto, entiende S. GIULI, «Les quotas d'émission...», cit., pág. 11, que no es incompatible la calificación de las cuotas como autorizaciones administrativas y la posibilidad de realizar operaciones comerciales sobre ellas, dado su carácter transmisible y cesible, incluso a título oneroso. Por su parte, Ch. MISTRAL, «Le régime juridique...», cit., pág. 16, habla en este caso de «autorizaciones venales», en las que deben concurrir dos condiciones, que tengan un valor económico y que la transmisión quede expresa o implícitamente autorizada por la Administración.

⁶³ La disposición transitoria cuarta de la Ley permite, en los términos ya señalados, que el titular de la instalación obligada a obtener la autorización solicite la exclusión del sistema regulado en la misma hasta el 31 de diciembre de 2007, exclusión que no será operativa en tanto no sea acordada por la Comisión Europea.

⁶⁴ Recientemente ha sido publicado el RD 1315/2005, de 4 de noviembre, en el que se establecen las bases de los sistemas de seguimiento y verificación de emisiones de gases de efecto invernadero a que se refiere la Ley 1/2005 y a los que alude esta «autorización de emisión».

⁶⁵ La autorización se dirige, por tanto, a la identificación de las instalaciones y de su titular, a la descripción de su actividad y de las emisiones derivadas de la misma. Junto a lo anterior, incorporará las obligaciones de seguimiento de tales emisiones y de suministro de la información correspondiente a las mismas, además de la esencial de entregar derechos de emisión en cantidad equivalente a las emisiones totales verificadas de la instalación durante el año anterior (art. 4.2 Ley 1/2005).

nes y que alcanza a prácticamente todas las incluidas en el Anexo I de la Ley 1/2005⁶⁶. El procedimiento en estos casos, en los términos previstos por la normativa autonómica⁶⁷, podrá seguir el esquema fijado por la Ley para la prevención y el control integrados de la contaminación, pero incorporando la documentación y la información exigidas para la autorización de emisión de gases de efecto invernadero⁶⁸. En todo caso, y pese a esa coordinación procedimental, se mantendrán las diferencias inherentes a ambas regulaciones, resultando del proceso dos autorizaciones distintas⁶⁹.

Una vez obtenida la autorización de emisión se abre una segunda fase, central en el sistema instaurado por la Ley 1/2005, en la que los sujetos autorizados van a recibir derechos de emisión de gases de efecto invernadero, conforme a las prescripciones contenidas en el marco general que constituye el Plan Nacional de Asignación elaborado para cada período.

En esta norma se contendrán el número total de derechos de emisión a asignar y su distribución por sectores⁷⁰, que la Administración podrá concretar de forma discrecional, aunque con sujeción a los criterios básicos que se desprenden de la Ley y de conformidad con las previsiones de las normas comunitarias⁷¹ y, en todo caso, de forma objetiva y transparente, con lo que la discrecionalidad administrativa inicial se ve recortada parcialmente, dado que la Comisión puede rechazar el Plan elaborado o cualquiera de sus elementos en caso de inobservancia.

⁶⁶ Únicamente cabría apreciar como diferencia que la autorización de emisión es requerida también para todas aquellas instalaciones de combustión cuya potencia térmica nominal sea superior a 20 MW, pero, sin embargo, ni la incineración de residuos ni la industria química quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 1/2005.

⁶⁷ Si bien la mayor parte de las Comunidades Autónomas han designado el órgano que ejercerá las competencias que derivan de la Ley 1/2001, sólo Galicia ha regulado un procedimiento específico para la obtención de la autorización de emisión en la Orden de 14 de septiembre de 2004.

⁶⁸ Vid. artículo 5 Ley 1/2005.

⁶⁹ La única evidencia de coordinación entre ambas autorizaciones deriva de las previsiones contenidas en el artículo 22.2 Ley 16/2002, tal y como ha sido redactado por la disposición final primera de la Ley 1/2005. De acuerdo con ese precepto, la autorización ambiental integrada no incluirá valores límite de emisión en relación con los gases de efecto invernadero emitidos por las instalaciones sujetas al régimen de la Ley 1/2005, salvo que ello sea necesario para evitar una contaminación local significativa. Una crítica a esta dualidad se encuentra en A. FORTES MARTÍN, «Reflexiones a propósito...», cit., págs. 110 y 111.

⁷⁰ Tal y como establece el PNA 2005-2007, las emisiones globales señaladas como objetivo alcanzan las 400,70 MtCO₂eq/año, lo que supone una reducción de aproximadamente el 0,2% de las emisiones de 2002. En todo caso, se desprende de dicho Plan que el esfuerzo más significativo de reducción de emisiones se realizará con el Plan de Asignación a elaborar para el período 2008-2012, tras el cual las emisiones no deberán superar un 24% de las efectuadas en 1990, y ello mediante la suma del objetivo de limitación del Protocolo de Kioto (15%), la estimación de absorción por sumideros (un máximo del 2%) y los créditos que se puedan obtener en el mercado internacional (7%).

⁷¹ Esto es, los criterios contenidos en el Anexo III de la Directiva y, en particular, los que derivan del artículo 17 de la Ley 1/2005. La Comisión elaboró una primera Comunicación en la que se establecían orientaciones dirigidas a auxiliar a los Estados miembros a poner en práctica los criterios de la Directiva para la elaboración del correspondiente Plan Nacional de Asignación [COM (2003) 830 final]. Actualmente se ha aprobado la segunda Comunicación con la finalidad de proporcionar criterios suficientes a los Estados miembros para aprobar el Plan Nacional de Asignación 2008-2012 [COM (2005) 703 final].

En el Plan se recoge igualmente la metodología de asignación individual en el nivel de instalación, encaminada a la individualización de las previsiones en él contenidas y que se concreta, posteriormente, en las autorizaciones administrativas ya analizadas⁷². La fórmula empleada para la asignación de los derechos es conocida como *grandfathering*, esto es, se produce una asignación gratuita inicial a las instalaciones preexistentes que así lo soliciten, sobre la base de sus emisiones precedentes⁷³. Este método de asignación alcanza, en el primer Plan Nacional de Asignación, a la totalidad de los derechos implicados, incluido el 1,90% de los reservados para nuevos entrantes⁷⁴, salvo que, respecto a estos últimos derechos, proceda su enajenación si a 30 de junio del último año de vigencia del Plan quedaran algunos de ellos sin asignar⁷⁵.

A la vista de lo establecido en el Plan Nacional de Asignación, el Consejo de Ministros, a través de una resolución⁷⁶, en los términos que ya se han

⁷² En el Plan Nacional de Asignación deberán concretarse también las RCE y las URE que es previsible emplear, así como el porcentaje, dentro de la asignación que corresponde a cada instalación, en el que se autoriza el uso de este tipo de créditos para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las mismas en orden a la entrega de derechos de emisión. No obstante, cabe recordar, estas indicaciones no serán de aplicación al Plan Nacional de Asignación 2005-2007.

⁷³ Junto con este método, que presenta como ventaja una mayor facilidad en la implantación del régimen de comercio de derechos de emisión, ya que disminuye la oposición que podrían presentar los eventuales participantes en el mismo si tuvieran que pagar por la asignación inicial, se coloca el de la venta inicial de los derechos de emisión mediante subasta (*auction*). A juicio de F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Derechos de emisión transferibles...», cit., págs. 102 y ss., el sistema de subasta constituiría una nueva fuente de ingresos para el Estado, lo que permitiría «disminuir la intensidad de otras fuentes de ingreso alternativas (típicamente tributos) manteniendo el saldo presupuestario y, con ello, reducir las distorsiones y los efectos desincentivadores de dichas figuras». A favor del sistema de subasta se manifiestan también F. YAMIN y J. LEFEVERE, «Final Report. Designing options for implementing an emissions trading regime for greenhouse in the EC», Foundation for International Environmental Law and Development, de febrero de 2000, en <http://www.field.org.uk/PDF/ecet.pdf>. A estos mecanismos anteriores debería unirse un tercero, el conocido como *benchmarking*, que supone el reparto de derechos de emisión sobre la base de la mejor tecnología disponible, esto es, se trata de un sistema que tiene en cuenta las medidas tempranas implantadas y el potencial de reducción de las instalaciones. Vid., en este sentido, el informe elaborado por Price Waterhouse Coopers, «Industria azulejera y cambio climático. Valoración de efectos de la Directiva de comercio de derechos de emisión», de diciembre de 2003, que puede consultarse en http://www.pwccglobal.com/es/esp/ins-sol/survey-rep/informe_kioto.pdf.

⁷⁴ Dicho porcentaje se incrementará con los derechos que, habiendo sido asignados, no se hubieran transferido de la cuenta de haberes de la Administración General del Estado a la de los titulares de las instalaciones beneficiarios (art. 18.2 Ley 1/2005). Por acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de marzo de 2006 se aprobó la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones que lo solicitaron en condición de nuevos entrantes.

⁷⁵ La Directiva establece que, para el período 2005-2007, al menos el 95% de los derechos de emisión deben ser asignados gratuitamente. La Ley 1/2005 ha establecido la gratuidad de todos los derechos asignados, incluida la reserva de derechos prevista para los nuevos entrantes. Para el siguiente período, la asignación gratuita inicial será del 90% del total de los derechos de emisión, sujetándose el 10% restante a lo dispuesto por el PNA de referencia.

⁷⁶ La solicitud para la obtención de derechos de emisión se presentará ante el órgano autonómico competente para tramitar la autorización de emisión de gases de efecto invernadero, que la remitirá, con el resto de la documentación exigida (art. 19.3 Ley 1/2005), al Ministerio de Medio Ambiente. Dicha solicitud debe presentarse dentro de los doce meses

señalado, procede a la distribución individualizada de los derechos a asignar inicialmente y que otorga a las instalaciones beneficiarias la posibilidad de emitir las toneladas equivalentes de CO₂ autorizadas, así como su distribución anual⁷⁷, sin que se admita, al menos para el período de vigencia del actual PNA, el arrastre de derechos de emisión atribuidos en este período al segundo, que comienza en el año 2008⁷⁸. Con esa finalidad, los derechos en que dichas facultades de emisión se materializan anualmente-deberán transferirse, antes del 28 de febrero de cada año, de la cuenta de haberes de la Administración, abierta en el Registro Nacional de Derechos de Emisión, a la del titular de cada instalación (o a la del administrador fiduciario, en su caso)⁷⁹.

Es a partir de este momento cuando dichos titulares pueden hacer uso de su derecho subjetivo o transmitirlo a un tercero.

Fuera del supuesto de uso directo, el titular de la instalación puede participar en el mercado secundario que se articule para la transmisión de derechos de emisión, enajenando o adquiriendo los derechos que necesite para realizar las emisiones de gases que conlleve su actividad⁸⁰. Tales transmisiones no serán efectivas en tanto no quede constancia registral del negocio jurídico que ha permitido el intercambio.

En cualquiera de los casos anteriores, los titulares de las instalaciones deberán entregar antes del 30 de abril de cada año un número de derechos

anteriores al inicio de cada período de vigencia del PNA. Tratándose de nuevos entrantes, la solicitud para la asignación individualizada de derechos de emisión se producirá una vez obtenida la autorización de emisión de gases de efecto invernadero. La resolución de 26 de enero de 2005 recoge el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión conforme a lo previsto en la Ley 1/2005, para el período de vigencia del PNA 2005-2007.

⁷⁷ No obstante, los titulares de las instalaciones podrán solicitar la asignación de derechos de emisión adicionales y no transmisibles, válidos hasta el 31 de diciembre de 2007, cuando concurren causas de fuerza mayor que lo justifiquen.

⁷⁸ Esto es, el PNA 2005-2006 no permite el *banking*, es decir, el ahorro de derechos de emisión del primer período trienal vigente al segundo período quinquenal 2008-2012.

⁷⁹ El artículo 19.7 de la Ley 1/2005 contiene una previsión que no resulta fácilmente comprensible a la vista de la finalidad última perseguida con la Ley. Establece ese precepto que cuando, como consecuencia de mejoras tecnológicas no previstas en el momento de la asignación inicial de derechos de emisión, se produzca una modificación en las características de una instalación que determine un cambio en la autorización de emisión y una reducción significativa de emisiones, el titular de dicha instalación podrá mantener la asignación inicial de derechos de emisión. Si bien en estos casos puede alcanzarse la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero desde tales instalaciones, que es el objetivo finalmente pretendido, el mantenimiento de los derechos de emisión inicialmente asignados sobre la base de unos presupuestos distintos puede generar el riesgo de especulación. En estos casos resultaría más adecuado prever un procedimiento de revisión de las asignaciones iniciales, cancelando los derechos de emisión excedentarios, lo que a su vez podría ir acompañado de algún tipo de incentivo a la instalación que redujera las emisiones como consecuencia de sus inversiones tecnológicas y que compensase sus esfuerzos frente al resto de instalaciones que operan en el mercado.

⁸⁰ Ello sin perjuicio del recurso a los mecanismos basados en proyectos que podrán ser acometidos por las empresas en los términos previstos en la disposición adicional tercera de la Ley 1/2005, y en base a los cuales obtener Reducciones Certificadas de Emisiones o Unidades de Reducción de Emisiones que podrán ser válidamente utilizadas a efectos de incrementar el número de derechos de emisión que les ha sido inicialmente asignado [vid. art. 20.6.d) Ley 1/2005].

de emisión equivalente al dato de las emisiones verificadas (bien porque hubiesen obtenido los derechos de emisión necesarios en la asignación inicial efectuada, bien porque hubiesen adquirido nuevos derechos de emisión en el mercado secundario o como consecuencia de los créditos obtenidos recurriendo a los mecanismos basados en proyectos), lo que determinará, al mismo tiempo, la transferencia de derechos de su cuenta de haberes a la de la Administración General del Estado, haciéndolo constar así en las cuentas correspondientes del Renade, y su cancelación posterior, sin perjuicio de que dicha cancelación pueda producirse en cualquier momento a petición del titular de los derechos de emisión.

En todo caso, y transcurridos cuatro meses desde la finalización de la vigencia del correspondiente Plan Nacional de Asignación, los derechos de emisión asignados para dicho período de vigencia caducarán automáticamente y se cancelarán de oficio por el Registro.

d) *Las garantías del funcionamiento del mercado.*

El correcto funcionamiento del mercado y la garantía del cumplimiento de la finalidad que con el mismo se persigue requieren la articulación de instrumentos dirigidos al control y la vigilancia de las actividades vinculadas a la emisión de los gases de efecto invernadero y de sus posibles intercambios que permitan a las Administraciones Públicas competentes en cada caso realizar una adecuada «contabilidad» de los derechos de emisión objeto de utilización y de transmisión, previendo, igualmente, un régimen sancionador que permita corregir las eventuales distorsiones generadas por el incumplimiento de las previsiones normativas reguladoras del sistema.

La implantación y el funcionamiento del Registro Nacional de Derechos de Emisión⁸¹ constituyen una fórmula adecuada para el seguimiento de todas las operaciones vinculadas a los derechos de emisión (sin perjuicio del carácter constitutivo de las transmisiones que le otorga la Ley 1/2005, al que ya se ha aludido), asegurando la publicidad y la actualización permanentes de su titularidad y control, dado que en él deberán inscribirse, en las diversas cuentas y tablas con que cuenta dicho Registro, la expedición, titularidad, transferencia, transmisión, entrega y cancelación de tales derechos⁸². El Renade, que adopta la forma de base de datos electrónica normalizada, actúa, a su vez, bajo el control y supervisión del Administrador central designado por la Comisión, que llevará el Diario Inde-

⁸¹ El Renade, previsto en el artículo 25 Ley 1/2005, ha sido objeto de desarrollo en lo relativo a su organización y funcionamiento por el RD 1264/2005, de 21 de octubre. Sobre sus características y funcionamiento, comentando el Reglamento citado, A. FORTES MARTÍN, «La organización y el funcionamiento del Registro Nacional de Derechos de Emisión (REN-NADE)», 11, 2006, págs. 19 y ss.

⁸² Igualmente se comunicarán al Registro las resoluciones de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones de emisión de gases de efecto invernadero y de agrupación de instalaciones.

pendiente de Transacciones Comunitario (DITC), a través del que se proporcionan y verifican los datos necesarios para completar todos los procesos relativos a los derechos de emisión, lo que implementa el control desarrollado sobre estas actuaciones⁸³.

Igualmente se articula un sistema de vigilancia mediante la obligación que se impone, a las instalaciones implicadas, de realizar un seguimiento de sus emisiones conforme a la metodología y con la frecuencia que prescriba la autorización de emisión⁸⁴. Dicha información se recogerá posteriormente en un informe que las empresas deberán remitir al órgano autonómico competente al finalizar cada uno de los períodos anuales establecidos en el Plan Nacional de Asignación, verificado por los organismos acreditados para tal finalidad⁸⁵. Las obligaciones señaladas se acompañan, además, del control posterior que el órgano autonómico debe efectuar otorgando su conformidad al informe verificado o mostrando sus reservas sobre el mismo, en cuyo caso se abrirá un procedimiento de resolución de las mismas y, en último término, una estimación por parte de la propia Administración de las emisiones realizadas por la instalación, cuando su titular no procediera a la resolución de las discrepancias que se le hubieran señalado o no presentara el informe verificado que se le exige⁸⁶.

Por último, se arbitra un régimen sancionador para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley que refuerza el control público arbitrado en la misma con la finalidad de garantizar la viabilidad del mercado y el correcto funcionamiento del mismo.

⁸³ Las previsiones generales y especificaciones funcionales y técnicas, así como los requisitos de mantenimiento relativos al sistema integrado de registros a que se refiere la Directiva 2003/87/CE y al DITC, se recogen en el Reglamento (CE) 2216/2004, de 21 de diciembre. Este Reglamento concreta, a su vez, lo establecido en la Decisión 280/2004/CE, de 11 de febrero de 2004, relativa a un mecanismo para el seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Comunidad y para la aplicación del Protocolo de Kyoto, cuyo artículo 6 prevé el establecimiento de registros para garantizar la contabilización exacta de la expedición, la titularidad, la transferencia, la adquisición, la cancelación y la retirada de las unidades de la cantidad atribuida, de las unidades de absorción, de las Unidades de Reducción de Emisiones y de las Reducciones Certificadas de Emisiones, así como el arrastre de las unidades de la cantidad atribuida, de las Unidades de Reducción de Emisiones y de las Reducciones Certificadas de Emisiones.

⁸⁴ En los términos que recoge el Anexo III de la Ley 1/2005, que reproduce lo establecido en el Anexo IV de la Directiva 2003/87/CE y conforme a lo previsto en la Decisión 2004/156/CE, de 29 de enero, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero.

⁸⁵ De acuerdo con la disposición transitoria única del RD 1315/2005, de 4 de noviembre, por el que se establecen las bases de los sistemas de seguimiento y verificación de emisiones de gases de efecto invernadero, hasta el 31 de marzo de 2006, los informes de emisión elaborados por las instalaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 1/2005 podrán verificarse por los verificadores medioambientales acreditados según el Reglamento (CE) 1836/1993, sustituido ahora por el Reglamento (CE) 761/2001, de 19 de marzo, con acreditación y experiencia en el sector en el que vayan a realizar la verificación. Para períodos sucesivos, la acreditación de los verificadores se realizará de acuerdo con los requisitos y en los términos previstos en dicho Reglamento.

⁸⁶ En todo caso y ante estas circunstancias, tal y como ya se ha señalado, el titular de la instalación no podrá transmitir sus derechos de emisión en tanto no se produzca la inscripción del dato sobre sus emisiones, que corresponde al órgano autonómico, a la vista de lo establecido en su informe verificado.

Conforme a la sistematización tradicional, se procede a tipificar las diversas conductas clasificándolas en infracciones muy graves, graves y leves⁸⁷, aplicando a cada una de ellas la sanción correspondiente según los criterios de gradación establecidos por la norma⁸⁸, y que van desde la imposición de una multa a la suspensión o extinción de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero o la clausura temporal de las instalaciones. En el caso de la omisión de la obligación que corresponde a las instalaciones (o, en su caso, al administrador fiduciario) de entregar una cantidad de derechos de emisión equivalente al volumen de emisiones verificadas, la imposición de la correspondiente sanción, que es doble en este caso pues la multa que corresponde a cada tonelada emitida en exceso se acompaña de la publicación de las sanciones impuestas y de los datos de las instalaciones sancionadas, no excluye la obligación del titular de entregar una cantidad de derechos de emisión equivalente al exceso emitido, que se hará efectiva en el momento de cumplir dicha obligación, en el año natural siguiente al de la comisión de la infracción.

Este régimen sancionador, cuya competencia asumen con carácter general las Comunidades Autónomas⁸⁹, contribuye, por tanto, a la efectividad del mecanismo previsto en la norma, desincentivando el incumplimiento de sus preceptos, como demuestra, además, el hecho de que en aquellos casos en que el importe de la sanción a imponer al infractor sea inferior al beneficio obtenido como consecuencia de la infracción pueda incrementarse la cuantía de la multa hasta el doble de dicho beneficio.

B) *Las implicaciones económicas de la implantación de un mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*

La ratificación del Protocolo de Kioto ha supuesto para España, tal y como se ha recogido más arriba, la asunción de unos determinados compromisos en relación con la emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera que implican para nuestro país la posibilidad de incrementar en un 15% las emisiones de gases de efecto invernadero respecto al nivel de 1990. No obstante, la evolución de las emisiones totales en los últimos años aleja a España de dichos objetivos pues, conforme se desprende del Plan Nacional de Asignación formulado para el período 2005-2007, el volumen de gases emitidos a la atmósfera en 2002 superó los 400 millones de

⁸⁷ El artículo 29 Ley 1/2005 enumera las diversas infracciones encuadrándolas en una de esas tres categorías.

⁸⁸ Dichos criterios, recogidos en el artículo 32.1 de la Ley, se refieren a la existencia o no de intencionalidad, la reincidencia en la comisión de varias infracciones tipificadas en la Ley, el beneficio obtenido por el infractor o la diferencia entre las emisiones reales y las notificadas.

⁸⁹ Únicamente corresponderá al Consejo de Ministros la imposición de sanciones por ocultar o alterar intencionadamente la información que deben acompañar las empresas cuando solicitan la asignación de derechos de emisión y por el incumplimiento de la obligación de entregar los derechos de emisión equivalentes a las emisiones realmente efectuadas (art. 35 Ley 1/2005).

toneladas de dióxido de carbono, lo que supone un aumento de casi el 40% respecto de 1990 o, dicho de otro modo, 25 puntos porcentuales de exceso sobre el compromiso adquirido.

De los datos anteriores se deduce que España deberá mantener, al menos a corto plazo, las emisiones actuales de gases a la atmósfera de manera que pueda conservar el desarrollo económico e industrial presentes, lo que lleva aparejado un incremento de las posibilidades reales de emisión previstas actualmente en el Plan Nacional de Asignación. Esta constatación permite advertir que nuestro país se convertirá en un participante claro en los diversos mecanismos previstos en el Protocolo de Kioto, tanto en los mecanismos basados en proyectos⁹⁰ como, especialmente, en el mercado de derechos de emisión, articulado a escala comunitaria inicialmente, en base a la normativa mencionada, y a partir del año 2008 a nivel internacional.

Todo ello aboca a nuestro país y a las empresas implicadas, esto es, en principio, todas las que realizan actividades de las recogidas en el Anexo I de la Ley 1/2005, a ocupar la posición de adquirente en ese mercado y a desembolsar importantes cantidades de dinero que permitan ampliar los derechos de emisión⁹¹. Puesto que para cumplir los objetivos anteriormente señalados deberán adquirirse (sobre la base de los datos de las emisiones existentes actualmente) créditos por valor de 20 millones de toneladas al año, al precio fijado en cada momento y que en el momento presente es de una media de 7 u 8 euros por tonelada, ello supondría un desembolso superior a los 160 millones de euros al año, cantidad que, sin duda, se verá incrementada en el futuro⁹².

⁹⁰ Resulta esencial, por tanto, la financiación de proyectos de Desarrollo Limpio y de Aplicación Conjunta, que permitan la obtención de RCE y de URE, así como la participación en Fondos de Carbono y la potenciación de sumideros. De esta manera podrá alcanzarse en el período 2008-2012 un promedio de emisiones que no supere en más de un 24% las de 1990 (porcentaje que se alcanzaría incrementando el objetivo señalado por el Protocolo de Kioto —15%—, la estimación de absorción por sumideros y los créditos del mercado internacional —7%—).

⁹¹ Sobre la situación de partida en España para la implantación del comercio de derechos de emisión y las repercusiones de la aplicación de tal comercio, C. L. GONZÁLEZ DIEGO, «El Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión 2005-2007: implicaciones para la industria española», *Revista de Economía*, 822, 2005, págs. 115 y ss., y R. GIJÓN VON KLEINST, «Efectos del protocolo de Kioto y de la Directiva de comercio de emisiones sobre el sector productivo español», *Revista de Economía*, 822, 2005, págs. 80 y ss.

⁹² Conforme se desprende de un informe elaborado por la consultora Price Waterhouse Coopers, «Efectos de la aplicación del Protocolo de Kioto en la economía española» (<http://www.pwcglobal.com/es/esp/ins-sol/survey-rep/kioto.pdf>), el precio señalado constituye un promedio entre los precios advertidos en las transacciones de mercado actuales (y que se corresponden básicamente con los créditos de proyectos de Desarrollo Limpio y Aplicación Conjunta). No obstante, si bien se preveía un incremento notable y progresivo de dichos precios con la aplicación del comercio de derechos de emisión previsto en el Protocolo de Kioto como consecuencia de la mayor demanda generada por la obligación de cumplir con las cuotas de emisión, los últimos datos proporcionados por la Comisión Europea, a la vista de las emisiones realizadas por las empresas de los Estados miembros en 2005 (http://ec.europa.eu/environment/climat/emission/ciil_en.htm), han provocado un descenso significativo de esos precios. La constatación por la Comisión Europea de un superávit de 44 millones de toneladas de dióxido de carbono, respecto a las asignadas inicialmente por los Gobiernos de los Estados miembros a sus empresas, ha determinado un

Esa inversión necesaria para superar los ficticios límites de emisión impuestos a nuestro país en virtud del «acuerdo de reparto de carga comunitario»⁹³ puede incidir de manera notable en la producción empresarial, pues la adquisición de créditos en el mercado de derechos de emisión se configura como una perturbación de la oferta, que puede llegar a incrementar los costes de producción⁹⁴ de los bienes y servicios asociados a las actividades sometidas al régimen de la Directiva 2003/87/CE y, en España, de la Ley 1/2005, con repercusiones, por tanto, en las cifras de negocio de dichas empresas y, en último término, en los indicadores macroeconómicos⁹⁵.

No obstante, la implantación de un comercio de derechos de emisión constituye uno de los instrumentos económicos al servicio de la protección medioambiental⁹⁶ más respetuoso para la competitividad y concurrencia en el ámbito comunitario, reduciendo al mínimo los obstáculos que podrían aparecer como consecuencia del establecimiento de regímenes de comercio diversos y contribuyendo, además, a una reducción eficaz, flexible y menos costosa de las emisiones.

En primer lugar, y tal y como se ha indicado ya, la aprobación de la Directiva 2003/87/CE supuso la opción por un régimen unitario de comercio

descenso en el precio de la tonelada, que pasó de 30 a 10 euros. Sólo seis países (entre ellos España) han superado las asignaciones iniciales fijadas en sus respectivos Planes Nacionales de Asignación. No obstante, el precio de los títulos de emisión en el mercado de futuros (diciembre de 2008) sigue cotizándose a 21 euros.

⁹³ Tal y como se ha indicado ya, dicho acuerdo, recogido en la Decisión 2002/358/CE mencionada, ha concretado las emisiones para cada Estado miembro, haciendo efectivo así el sistema de burbuja adoptado por la Comunidad Europea. No obstante, se producirá la situación paradójica de que España debería adquirir derechos de emisión a países con mayores emisiones de dióxido de carbono por habitante, pues el 15% de incremento supone para España no superar las 8,3 toneladas equivalentes de dióxido de carbono por habitante en el período de compromiso, frente a las 11,7 permitidas en Alemania o las 11 toneladas del Reino Unido. Vid. el informe elaborado por Price Waterhouse Coopers en relación con uno de los sectores implicados en el comercio de derechos de emisión, ya mencionado, «Industria azulejera y cambio climático. Valoración de efectos de la Directiva de comercio de derechos de emisión» (pág. 6).

⁹⁴ La emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera, y en este caso de dióxido de carbono, constituye una externalidad negativa en la producción que encuentra corrección mediante la internalización o asunción de los costes aparejados, mediante la limitación o el cobro (impuestos, subvenciones, permisos de contaminación negociables, como en este caso, etc.) a dichas empresas por las emisiones realizadas, lo que, sin duda, traerá consecuencias en el volumen de producción y en los precios, dado que los productores los deberán incorporar a sus cálculos de costes.

⁹⁵ Así se desprende del informe elaborado por Price Waterhouse Coopers, ya mencionado, sobre el efecto de la aplicación de la Directiva de comercio de derechos de emisión sobre la economía española.

⁹⁶ Tal y como recoge F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Derechos de emisión transferibles...», cit., pág. 97, éstos son un instrumento vía cantidad con el que se pretende abaratar la consecución de un objetivo medioambiental y cuyas ventajas esenciales se concretan en la negociación que se producirá entre las partes de acuerdo con las características de la oferta y la demanda en el mercado de derechos de emisión, a diferencia de lo que ocurre con los instrumentos de protección ambiental vía precio, que tratan de internalizar en los costes privados del mercado el deterioro ambiental que genera la emisión de gases de efecto invernadero. Igualmente, en un sentido muy favorable a la utilización de mecanismos económicos para la consecución de objetivos medioambientales, L. RODRÍGUEZ ARIZA, M.^a J. FERNÁNDEZ PAVÉS, M.^a G. LÓPEZ GORDO y J. F. LÓPEZ GORDO, «El mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Noticias de la Unión Europea*, 232, 2004, págs. 96 y

de derechos de emisión en todo el ámbito comunitario, lo que se ha traducido en una serie de mecanismos previstos en la Directiva para asegurar el funcionamiento unitario del comercio y de manera compatible, además, con los principios generales del Derecho comunitario y aplicables a todos los Estados miembros en virtud del TCE.

Así, con la finalidad de proteger el mercado interior se ha establecido un método común de asignación, evitando diferencias entre los distintos Estados miembros⁹⁷ y asentando la posterior distribución de derechos de emisión realizada en cada Estado sobre unos criterios precisos y también comunes recogidos en la Directiva y en la Ley 1/2005, y que se concretan, en cada caso, en los Planes Nacionales de Asignación aprobados⁹⁸. A su vez y una vez efectuadas las asignaciones iniciales a las empresas participantes, el régimen de comercio de derechos de emisión supondrá el establecimiento de unas condiciones de competencia equitativas que deberán reflejar el cumplimiento de los principios generales previstos en la normativa aplicable en este sentido⁹⁹. La función de control que de manera centralizada desarrolla la Comisión en relación con el mecanismo instaurado por la Directiva 2003/87/CE en el ámbito comunitario, y en cada Estado miembro por sus propias normas, refuerza, en último término, la obligación de cumplimiento de todas esas previsiones generales.

En concreto, deberán ser objeto de especial atención y prevención las

⁹⁷ Ya se ha señalado más arriba el método de asignación elegido, conocido como *grandfathering*, y que supone otorgar gratuitamente derechos de emisión a las empresas que ya estuvieran emitiendo antes de la asignación. Frente a la preferencia, ya señalada también por algunos autores, en relación con el método de subasta, sin embargo, de cara a la protección de la libre competencia, el recurso a dicho medio puede favorecer las prácticas empresariales abusivas o el abuso de la posición dominante por tales empresas. En este sentido, M. PAQUES, «La Directive 2003/87/CE...», cit., pág. 264. Para M. DUBOST-MOLINER, «Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur», *AJDA*, 39, 2003, págs. 2073 y ss., la asignación gratuita inicial de derechos de emisión propia del sistema de *grandfathering* puede ser interpretada como una subvención pública y, por tanto, muy discutible tanto desde el punto de vista del principio «quien contamina paga» como desde la perspectiva del Derecho de la competencia, creando una desigualdad notable entre las instalaciones que participen desde el principio en el sistema y los nuevos entrantes. No obstante, el mismo autor considera que la asignación gratuita se configura como una forma de compensación que facilita la aceptación del régimen de comercio de derechos de emisión por parte de las empresas sujetas al mismo.

⁹⁸ Dichos criterios, como se ha señalado, son los previstos en el Anexo III de la Directiva 2003/87/CE y en el artículo 17 de la Ley 1/2005.

⁹⁹ Sin embargo, el recurso interpuesto el 15 de enero de 2004 por Arcelor, S.A. contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Asunto T-387/04), demuestra que no siempre las empresas advierten esa igualdad en las condiciones de actuación dentro del mercado. En este recurso, Arcelor, empresa dedicada a la producción de acero, alega distorsiones de la concurrencia respecto a empresas de otros ámbitos que, por la actividad desempeñada, no están sometidas al régimen de la Directiva 2003/87/CE, como ocurre con el sector del aluminio, y, sin embargo, ambos sectores (acero y aluminio) concurren en el mercado del automóvil. Por otra parte, advierte esta entidad que las disposiciones impugnadas en la demanda (diversos preceptos de la Directiva sobre comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero) conculcan igualmente la libertad de establecimiento dentro de la Unión Europea, al incidir sobre su derecho de transferir libremente la producción de una planta menos eficiente radicada en un Estado miembro a otra planta más eficiente radicada en otro Estado miembro.

normas que se imponen a las empresas en relación con las prácticas empresariales que puedan llegar a impedir, falsear o limitar la libre competencia o bien que puedan constituir un abuso de la posición de dominio que ostenta en el mercado dicha empresa¹⁰⁰, pero igualmente deberá controlarse el respeto por el Estado de la prohibición de otorgar ayudas estatales que puedan vulnerar aquella competencia, por ejemplo bajo la forma de una asignación excesiva de derechos de emisión¹⁰¹, aun cuando no se prohíba con carácter general cualquier ayuda económica dirigida a la potenciación de los mecanismos e instrumentos que puedan favorecer una mejora empresarial con efectos positivos para el medio ambiente¹⁰².

¹⁰⁰ Los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, se refieren a estas cuestiones. Igualmente debe mencionarse la normativa que en este sentido recogen los artículos 81 y 82 TCE y el Derecho comunitario derivado adoptado en virtud de estas prescripciones, y que se refieren, como no podía ser de otro modo, a las conductas empresariales que vulneren la libre competencia entre distintos Estados miembros. En todo caso, debe señalarse la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno en relación con estas cuestiones, de manera que la norma nacional quedará desplazada cuando entre en colisión con la norma comunitaria.

¹⁰¹ Resultan plenamente aplicables al comercio de derechos de emisión, por tanto, los artículos 87 a 89 TCE. En esta misma línea debe entenderse el control que sobre las ayudas públicas puede realizar el Tribunal de Defensa de la Competencia en los términos del artículo 19 LDC. Puede advertirse este argumento en el recurso planteado ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 27 de septiembre de 2004, formulado por EnBW Energie Baden-Württemberg AG, y en el que se impugna la Decisión de la Comisión que confirma el Plan Nacional de Asignación notificado por Alemania, y concretamente la previsión incluida en el mismo según la cual una empresa explotadora de centrales eléctricas que cierre una instalación antigua y la sustituya por una nueva recibe durante cuatro años la misma asignación de derechos de emisión que tenía por la antigua instalación. Esta regla provocaría, a juicio de la entidad demandante, una asignación excesiva de derechos de emisión que constituye una ayuda de Estado en el sentido prohibido por el artículo 87.1 TCE.

¹⁰² Desde el punto de vista comunitario, las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente (2001/C 57/03) reflejan la tolerancia de las instituciones comunitarias en relación con ciertas actuaciones que, pese a considerarse ayudas estatales, son compatibles con lo previsto en el artículo 87 TCE y con el principio «quien contamina paga». En este sentido, tales ayudas serán admisibles como solución alternativa temporal para que las empresas puedan adaptarse a las normas comunitarias y, además, cuando tengan una finalidad incentivadora de manera que impulse a las empresas a superar el nivel de protección de las normas o a invertir más para que las instalaciones sean menos contaminantes (Directriz 18). En todo caso, las ayudas deberán ajustarse a las condiciones generales detalladamente precisadas en las Directrices, que las clasifican en tres categorías: ayudas a la inversión, ayudas de funcionamiento y ayudas a los servicios de asesoramiento a las PYME en materia de medio ambiente. Las Directrices 68 a 71 contienen referencias a las políticas, medidas e instrumentos destinados a reducir los gases de efecto invernadero, estableciendo que algunas de las medidas que pudiesen adoptar los Estados miembros para cumplir el Protocolo de Kioto podrían ser constitutivas de ayudas estatales, aunque se precisa que en ese momento (en el de elaboración de las Directrices) resulta aún prematuro indicar las condiciones bajo las cuales podrían autorizarse dichas ayudas. En España las ayudas más importantes en este ámbito se han canalizado vía fondos comunitarios (Fondos de Cohesión, Programa LIFE, etc.), aunque también nuestro ordenamiento jurídico prevé la articulación de subvenciones públicas con fines de protección ambiental (como, por ejemplo, las previstas en la Ley 4/1989, de 27 de marzo) y, cada vez más frecuentemente, desgravaciones o deducciones fiscales aplicables a aquellas empresas que realicen inversiones destinadas a minimizar los efectos nocivos que el funcionamiento de sus instalaciones pudiese causar para el medio ambiente, y que se regulan en

La preocupación por asegurar la concurrencia en los distintos sectores a los que puede afectar el comercio de derechos de emisión y, dentro de cada uno de ellos, entre las distintas empresas afectadas pasa, igualmente, por la adecuación de la eventuales agrupaciones de empresas que puedan constituirse a los principios generales ya indicados, adecuación ésta que debe ser tomada en cuenta por el Ministerio de Medio Ambiente antes de remitir la propuesta de *pooling* a la Comisión Europea¹⁰³.

No debe olvidarse, por último, la obligación de favorecer el cumplimiento de las prescripciones comunitarias en orden al libre establecimiento de empresas y la igualdad de trato entre todas ellas en el ámbito comunitario¹⁰⁴, para lo que se ha previsto la reserva de un determinado número de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para nuevos entrantes¹⁰⁵.

Por otra parte, tal y como indicábamos, un comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero permite asegurar que la reducción de las emisiones necesarias para la consecución de los objetivos medioambientales fijados en cada caso se produzca allí donde el coste de reducción sea más bajo, puesto que el sistema permite a las empresas a las que el régimen resulta aplicable emitir por encima de los derechos asignados inicialmente siempre y cuando existan, a su vez, empresas que emitan menos de lo permitido y estén dispuestas a transferir a quien lo desee y donde se necesiten los derechos de emisión ahorrados. Con esta flexibilidad, el intercambio de derechos beneficiaría tanto a compradores como vendedores y, al mismo tiempo, permitiría alcanzar los objetivos medioambientales fijados¹⁰⁶.

el RD 283/2001, de 16 de marzo, todo ello en el marco diseñado por las Directrices comunitarias mencionadas.

¹⁰³ Tal y como recoge el artículo 12.1 de la Ley 1/2005, la autorización de agrupación que otorga el Consejo de Ministros exige la toma en consideración de los informes emitidos por distintos órganos, y en concreto por el Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda, sin perjuicio de otras actuaciones que procedan en aplicación de la LDC. Además, antes de la remisión de la solicitud a la Comisión deberán verificarse, como se indica, los efectos que la agrupación de empresas pudiera tener sobre la competencia, el mercado interior y el interés de los consumidores. El Plan Nacional de Asignación, aprobado por el Decreto 1866/2004, permite con carácter general la agrupación de instalaciones o *pooling*, salvo en el caso de la generación eléctrica de servicio público, pues en este caso la agrupación podría poner en peligro la competencia requerida para un funcionamiento transparente del mercado de derechos de emisión y para el mantenimiento de la liquidez del mismo, puesto que unas pocas empresas concentrarían la mayor parte de los derechos de emisión. En términos generales, y pese a que la agrupación de instalaciones mejoraría la posición de las empresas en el mercado de derechos de emisión, lo que les permitiría negociar mejores precios, las empresas se resisten a su integración en un *pool*, por las complicaciones burocráticas, las reticencias de las compañías competidoras o por las repercusiones fiscales y contables que pueden derivarse de tal asociación.

¹⁰⁴ Principio recogido en el artículo 43 TCE.

¹⁰⁵ Tal y como se ha indicado ya, en virtud de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1/2005, el apartado 6.B del PNA prevé la reserva para los nuevos entrantes de un 1,90% del total de las emisiones de gases de efecto invernadero para el período 2005-2007.

¹⁰⁶ En este sentido se manifiesta la exposición de motivos que se recoge en la «Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo», de 23 de noviembre de 2001, COM (2001) 585 final.

Desde el punto de vista empresarial, el sistema, que permite, por tanto, un alto grado de flexibilidad en el cumplimiento de los objetivos medioambientales, no está, sin embargo, exento de críticas. Así, un informe elaborado por la Comisión destaca como uno de los aspectos más problemáticos del régimen implantado por la Directiva el de la vigencia de los derechos asignados, pues la gran mayoría de las empresas son partidarias de fijar períodos de asignación de al menos diez años, lo que otorgaría una mayor estabilidad en orden a la toma de decisiones empresariales en este ámbito. La incertidumbre sobre las futuras asignaciones genera, además, un importante problema de liquidez en el mercado de derechos de emisión, pues muchas empresas tienden a no participar en el mercado, temerosas de que su ahorro pueda significar para el futuro una reducción de los derechos asignados y que, por tanto, tiendan a «gastar» el crédito obtenido en la asignación estatal¹⁰⁷.

A la vista de las consideraciones anteriores puede advertirse, por tanto, que, inicialmente, el comportamiento empresarial de las instalaciones participantes en el comercio de derechos de emisión vendrá determinado por el número de derechos de emisión asignados a cada una de ellas por el Plan Nacional de Asignación; sin embargo, posteriormente, una vez que el mercado funcione será esencial la valoración de su posición en el mercado, reduciendo sus emisiones para cancelar los derechos de emisión excedentarios o, en su caso, para su venta, o manteniendo su necesidad de emisión de gases a costa de adquirir de otras empresas sus derechos de emisión sobrantes. A más largo plazo, en cambio, la planificación empresarial deberá asentarse en la adopción de medidas dirigidas al ahorro energético y la inversión tecnológica que permitan la reducción de las emisiones¹⁰⁸.

III. LA FINALIDAD AMBIENTAL DEL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO

Junto a los instrumentos jurídicos tradicionalmente empleados para la protección del medio ambiente, en los últimos tiempos se han ido abrien-

¹⁰⁷ El informe se ha elaborado a partir de la encuesta encargada por la Comisión Europea en orden al seguimiento del sistema de intercambio de gases de efecto invernadero y en la que han participado empresas, asociaciones de empresarios, intermediarios y ONGs. Vid. «Review of EU Emissions Trading Scheme Survey Highlights», European Commission, Directorate General for Environment, McKinsey & Company, Ecofys, noviembre 2005, en http://europa.eu.int/comm/environment/climat/pdf/highlights_ets_en.pdf. En esta línea, esto es, advirtiendo de la necesidad de que los derechos de emisión tengan una duración suficiente que garantice a las empresas una cierta seguridad y la posibilidad de efectuar una programación de las inversiones futuras, se pronuncia también V. JACOMETTI, «I tradable pollution rights...», cit., págs. 40 y ss.

¹⁰⁸ Aun así y puesto que en muchos sectores ya se han aplicado a la producción en los últimos años las mejores tecnologías disponibles, son mínimas las mejoras a introducir, resultando asimismo inviable un escenario de reducción de la productividad; de ahí que la única solución para cumplir con sus obligaciones futuras será, igualmente, acudir al mercado y adquirir derechos de emisión.

do camino otras técnicas distintas¹⁰⁹ que si bien toman como base un determinado entramado jurídico, sin embargo, permiten una mayor libertad de decisión y de actuación al agente contaminador¹¹⁰. Entre dichas fórmulas deben destacarse los instrumentos económicos o de mercado¹¹¹, una de cuyas más novedosas manifestaciones sería, precisamente, el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero que se analiza.

Pese a la eficiencia predicable de tales instrumentos¹¹², sin embargo, son diversas las dificultades que su articulación plantea de cara a la protección del medio ambiente, vinculadas todas a ellas a la imperfección del mercado en sí mismo, dado que el precio que puede alcanzar un bien o servicio fijado en dicho mercado no incorporará todo el valor ambiental que tienen los recursos naturales utilizados o dañados como consecuencia

¹⁰⁹ Ya el Cuarto Programa de Acción en materia de medio ambiente, aprobado por Resolución del Consejo de 19 de octubre de 1987, se refería a los instrumentos económicos y a los acuerdos con los contaminadores para hacer frente a los efectos nocivos de ciertas actividades sobre el medio ambiente, pero es a partir del Quinto Programa comunitario, aprobado por Resolución de 1 de febrero de 1993, cuando se consolida la necesidad de contar con nuevos instrumentos de protección medioambiental, mencionando, además de los normativos, los instrumentos de mercado (incluidos los económicos y fiscales, así como los acuerdos voluntarios), los instrumentos horizontales de apoyo (investigación, información, educación, etc.) y mecanismos financieros de apoyo. Posteriormente, la Decisión 2179/1998/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, que revisa el Quinto Programa, insiste en el desarrollo y aplicación por parte de la Comunidad de una más amplia variedad de instrumentos, que enumera en su artículo 3, con el fin de inducir un cambio sustancial en las prácticas en materia de desarrollo sostenible, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad. El Sexto Programa, aprobado por la Decisión 1600/2002/CE, vuelve a insistir en la internalización de las consecuencias tanto positivas como negativas en el medio ambiente, utilizando para ello una combinación de instrumentos, incluidos los instrumentos basados en el mercado y económicos (art. 3.4).

¹¹⁰ Vid. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, cit., pág. 844. A juicio de G. ARIÑO ORTIZ y G. SANZ QUINTANA, «Medio Ambiente: ¿regulación o mercado?», en *IV Congreso Nacional de Economía. Desarrollo Económico y Medio Ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 543, no puede prescindirse de cualquier tipo de regulación normativa para la protección del medio ambiente, pues el mercado por sí solo no puede proveer a la ordenación y defensa medioambiental. Se trataría de articular un tipo de reglamentación que pudiese enmarcar la iniciativa empresarial.

¹¹¹ L. M. JIMÉNEZ HERRERO, *Desarrollo sostenible y economía ecológica. Integración medio ambiente-desarrollo y economía-ecología*, Síntesis, Madrid, 1997, págs. 323 y ss., menciona, entre otros, el sistema de incentivos económicos basados en el mercado y en instrumentos económicos específicos como impuestos a la contaminación o a los productos y subsidios a sustitutos limpios, la creación de mercados ambientales (aguas, permisos de emisión comercializables, etc.), los sistemas de autorregulación voluntaria de los sectores productivos a través de acuerdos voluntarios, ecoauditorías, certificaciones ambientales, etc. También aparece una enumeración de diversos instrumentos económicos y técnicos en A. YÁBAR STERLING, «La aplicación de los mecanismos derivados del Protocolo de Kioto para mitigar los efectos del cambio climático. Balance de situación en el mundo, en la Unión Europea y en España», *Noticias de la Unión Europea*, 193, 2001, págs. 133 y ss.

¹¹² En concreto y por lo que se refiere al mercado de permisos negociables, A. FORTES MARTÍN, *El régimen jurídico...*, cit., págs. 156 y ss., señala como beneficios los de consecución de los objetivos ambientales perseguidos a un mínimo coste y el fomento del desarrollo tecnológico. En términos similares, V. JACOMETTI, «I tradable pollution rights...», cit., págs. 17 y ss., que recoge las diversas ventajas que presentan los instrumentos económicos aplicables al campo ambiental, concretando para el mercado de derechos de emisión la de que el sujeto contaminante es quien debe pagar por la externalidad que supone el resultado contaminante de su actividad.

del tráfico económico y, en último término, no se satisfará de modo eficiente y total el interés general o público inherente a la protección medioambiental¹¹³.

Esas críticas y riesgos han determinado un recelo en cuanto a la funcionalidad efectiva del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en orden a revertir los efectos del cambio climático y mejorar el medio ambiente. No obstante, en este ámbito, la existencia de un importante entramado normativo, directamente dirigido a regular y ordenar el comercio de los derechos de emisión y a controlar su eficiencia, unido a la flexibilidad que el sistema incorpora, permiten aventurar su correcta operatividad.

Desde la perspectiva ambiental, el comercio de derechos de emisión toma como punto de partida la fijación de un límite total a las emisiones de gases de efecto invernadero (hasta el momento, dióxido de carbono únicamente) para un cierto período y en un determinado ámbito, a través de un sistema de burbuja (*cap-and-trade*)¹¹⁴ en el que el respeto a esos límites puede alcanzarse independientemente del lugar en el que, en concreto, se produce el recorte de la emisión, dado que la contaminación derivada de la emisión de este tipo de gases tiene un carácter deslocalizado.

Tras la fijación del límite concreto de emisiones contaminantes que no podrá superarse, se produce la fragmentación del mismo en un determinado número de cuotas o derechos que serán asignados a las instalaciones participantes en el sistema, de acuerdo con las prescripciones contenidas en las normas reguladoras. Si dichas empresas mantienen sus emisiones de sustancias contaminantes por debajo de los límites que se les permiten podrán vender el excedente. En cambio, cuando superen las emisiones máximas que sus derechos asignados les otorgan deberán adquirir nuevas cuotas de emisión de otra empresa con crédito para cedérselas. Con ello se alcanzará una certeza absoluta sobre los resultados medioambientales obtenidos, aun cuando a través de este sistema no se reduzcan en sentido estricto las emisiones producidas. Únicamente a largo plazo y como consecuencia de una bajada de los límites globales y un menor número de derechos de emisión en circulación podrá alcanzarse una reducción efectiva de las emisiones contaminantes.

En todo caso, y aun considerando esa contención de emisiones a la atmósfera que el comercio de derechos de emisión supondrá, una reducción

¹¹³ Así lo entiende A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, cit., págs. 844 y ss., donde analiza detenidamente las consecuencias negativas de un sistema de protección ambiental exclusivamente asentado en el mercado. A su juicio, la protección del medio ambiente no debe aparecer como una externalidad cuya corrección pase por su internalización en la actividad económica, sino que lo adecuado es «internalizar los costes económicos de la protección del medio ambiente». Este objetivo debe alcanzarse entonces mediante un recurso a la regulación jurídica. R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Ambiental*, Thomson-Aranza, Madrid, 2003, pág. 77, recela igualmente de las técnicas de mercado, especialmente de las basadas en la transferencia de contaminación.

¹¹⁴ Sobre este particular y refiriéndose a la política ambiental estadounidense, donde esta y otras fórmulas de contención de la contaminación han tenido su origen, A. FORTES MARTÍN, *El régimen jurídico...*, cit., págs. 151 y ss.

notable de los gases de efecto invernadero emitidos a la atmósfera debe conectar el funcionamiento de dicho comercio con las medidas a adoptar respecto a las emisiones procedentes de otros sectores excluidos de la Directiva 2003/87/CE y de la Ley 1/2005, tal y como se recoge en el actual PNA, con la finalidad de compatibilizar los esfuerzos exigidos por estas normas para alcanzar los niveles de emisión exigidos¹¹⁵. Ello resulta especialmente visible en relación con el sector del transporte y el residencial por el volumen de dióxido de carbono aportado a la atmósfera en ambos casos¹¹⁶ y que, sin embargo, han quedado fuera del marco regulador de las normas mencionadas como consecuencia de la dificultad de insertar un número tan elevado de sujetos en el mercado y de la dificultad de realizar en estos casos un seguimiento de los derechos de emisión asignados y de los realmente utilizados¹¹⁷.

Por otra parte y desde esta perspectiva medioambiental, debería alcanzarse un más alto grado de desarrollo del sistema, incluyendo en él nuevos sectores contaminantes y el resto de los gases a que se refiere el Protocolo de Kioto, en el marco establecido por la Directiva comunitaria que permitirá esa ampliación a partir del año 2008. No obstante, si bien puede resultar factible la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión a instalaciones que desempeñan actividades en sectores aún no contemplados (fundamentalmente las instalaciones químicas y las de producción de

¹¹⁵ De hecho, la disposición adicional quinta de la Ley 1/2005 otorgaba al Gobierno el plazo de seis meses para remitir a la Comisión de Medio Ambiente un informe sobre las medidas legislativas y de cualquier otro tipo que debieran adoptarse en relación a la reducción de gases de efecto invernadero en las actividades no incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley.

¹¹⁶ Además de estos sectores, se presta atención a las actividades agrarias y a la gestión de los residuos e igualmente a las emisiones de los gases fluorados. De los datos que se recogen en el PNA se desprende un aumento constante de las emisiones del transporte y de la gestión de los residuos a consecuencia del desarrollo de la economía española desde principios de los años noventa. También se advierte un aumento paulatino en los sectores residencial, comercial e institucional. Por el contrario, los datos arrojan una estabilización de las emisiones en el sector agrario por su conexión con la superficie agrícola y la cabaña ganadera y un descenso notable de los gases fluorados.

¹¹⁷ La exclusión del comercio de derechos de emisión no impide, sin embargo, que se hagan esfuerzos tendentes a reducir las emisiones procedentes de estas fuentes. Así, destaca (como recoge el PNA) el empleo de instrumentos fiscales (Impuesto de Actividades Económicas, Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre Bienes Inmuebles) y de adopción de medidas dirigidas a la innovación y a la mejora técnica en estos sectores; por ejemplo, modificando el sistema de primas a la producción de energía eléctrica en Régimen Especial (cogeneración y renovables) o a través del Plan de Energías Renovables 2005-2010 (aprobado en julio de 2005 y que viene a sustituir al Plan de Fomento de las Energías Renovables 2000-2010 que prevé el PNA). Igualmente se propugnan el ahorro y la eficiencia en el consumo de energía; a tal fin se elaboró la «Estrategia de ahorro y eficiencia energética en España 2004-2012» (E4) y se ha aprobado el «Plan de Acción 2005-2007 de Ahorro y Eficiencia Energética». Desde otra perspectiva, el Ministerio de Medio Ambiente ha suscrito un Convenio marco de colaboración con la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) por el que se crea la Red Española de Ciudades por el Clima. La actividad de esta Red estará dirigida a la promoción de políticas de desarrollo sostenible y, en este contexto, al impulso de políticas locales de lucha contra el cambio climático que contribuyan a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y al cumplimiento del Protocolo de Kioto, en particular en aspectos relacionados con la energía, el transporte, la edificación y la planificación urbanística.

aluminio)¹¹⁸, sin embargo, la inclusión de los demás gases a que se refiere el Anexo II de la Directiva 2003/87/CE y la Ley 2005 resulta más complicado, debido a las dificultades de monitorización de esos otros gases distintos al dióxido de carbono, así como de todo lo relativo a la información y verificación sobre sus emisiones, o los posibles impactos locales de los mismos¹¹⁹, y, por tanto, los problemas que ello podría conllevar de cara al control de las emisiones realmente producidas, lo que, en último término, restaría fiabilidad al funcionamiento del sistema.

Por último, no cabe oponer el comercio de derechos de emisión al principio regulador básico de la protección ambiental «quien contamina paga»¹²⁰, pues si bien el mecanismo aquí es diverso, el resultado que se alcanza con la aplicación estricta del sistema es efectivamente ése¹²¹. Las empresas que quieran emitir gases de efecto invernadero a la atmósfera por encima de las posibilidades que les han sido otorgadas deberán acudir al mercado secundario que se constituya para adquirir nuevos derechos que les permitan cumplir con sus obligaciones de entrega de un número de permisos igual al volumen de toneladas equivalentes de dióxido de carbono efectivamente emitidas a la atmósfera. De no realizar ese desembolso que les permitiría, en principio, contaminar más, deberán proceder al pago de la sanción arbitrada al efecto, el pago de una multa que no les exime, no obstante, de proceder a la entrega del número de derechos de emisión realmente utilizados. En definitiva, las empresas implicadas en este sistema deberán ajustarse a los límites de contaminación que se les permite; de lo contrario, si contaminan más, deberán pagar más, bien por la vía del mercado, bien por la de la sanción.

¹¹⁸ La exposición de motivos de la Propuesta de Directiva recogía dos razones para excluir la aplicación al sector químico del régimen de comercio de derechos de emisión: por una parte, que las emisiones de dióxido de carbono de estas instalaciones no son muy significativas y, por otra parte, que el número de instalaciones de este tipo existentes en la Comunidad es muy elevado, lo que incrementaría la complejidad administrativa del sistema.

¹¹⁹ Así lo recoge la exposición de motivos que acompañaba a la Propuesta de Directiva por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, ya mencionada.

¹²⁰ Artículo 174.2 TCE. A veces se ha entendido por algunos autores que el otorgamiento de derechos de emisión supone exactamente eso, otorgar el derecho a contaminar, y puesto que la asignación inicial de tales derechos es gratuita se está «premiando», esto es, otorgando más derechos de emisión, a aquellas empresas con tasas más altas de contaminación, frente al número más bajo de derechos que recibirían las empresas más solventes desde el punto de vista medioambiental. Vid. así M. PEETERS, «Emissions trading as a new dimension to European environmental law: the political agreement of the European Council on greenhouse gas allowance trading», *European Environmental Law Review*, vol. 12, 3, 2003, pág. 87, que considera como método preferente para el otorgamiento de derechos de emisión la subasta, aunque, a su juicio, deberían respetarse en todo caso las expectativas empresariales de las instalaciones implicadas en el sistema, lo que haría necesario buscar una fórmula de asignación que combinara dicho sistema (la subasta) con el previsto en la Directiva comunitaria (la asignación gratuita).

¹²¹ Vid., a este respecto, O. GODARD, «Les instruments économiques au service de la lutte contre la pollution atmosphérique-Le cas des permis négociables», Document de travail 2001-11, Laboratoire d'économetrie de l'UCL, <http://edoc.bib.ucl.ac.be:82/archive/00000039/>.