



CONAMA10
CONGRESO NACIONAL
DEL MEDIO AMBIENTE

COMUNICACIÓN TÉCNICA

Modificaciones post-2012 del régimen comunitario de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: especial referencia a la subasta.

Autor: Lorena Melchor Llopis

Institución: Instituto CEU de Disciplinas y Estudios Ambientales
e-mail: loremelchor@yahoo.es

RESUMEN

Durante las dos primeras fases del régimen comunitario de comercio de derechos de emisión, se han venido asignando los derechos a las instalaciones afectadas de forma gratuita a partir del método grandfathering, que toma como referencia las emisiones históricas. De forma que se asignan más derechos a las instalaciones más contaminantes en comparación con aquellas otras que son más respetuosas con el medio. Por ese motivo se cuestiona la compatibilidad del método con el principio «quien contamina, paga». Así, la Comisión, entre las modificaciones previstas para la tercera fase –que abarca los años 2013 a 2020-, prevé un importante cambio de los métodos de asignación. La asignación gratuita, ya no se basará en las emisiones históricas – grandfathering-, sino que se basará en datos de referencia ex ante – método conocido como benchmark-. Además, se establece que el porcentaje de derechos asignados gratuitamente decrezca progresivamente a favor de la subasta; de tal modo que en 2027 el 100% de los derechos se asignen mediante subasta. Se aboga, para la tercera fase, por un régimen más armonizado que el actual. Para conseguirlo, se han sustituido los toques nacionales de emisiones por un único tope comunitario; se han reducido las funciones a los Registros nacionales a favor del Registro comunitario; y se han eliminado los Planes nacionales de asignación. Por todos estos motivos y porque se prevé que los derechos asignados gratuitamente se asignen de forma armonizada en toda la Unión, lo más lógico era que la subasta de los derechos también se celebrara a nivel comunitario. Pero, no va a ser así, las subastas se celebrarán a nivel nacional o supranacional. Consecuentemente, en nuestra comunicación pretendemos exponer las principales modificaciones previstas para la tercera fase y, especialmente, analizar cómo se desarrollará la subasta; identificando los problemas que pueden surgir a partir de las previsiones contenidos en el reciente Reglamento comunitario de subasta.

Palabras Clave: Cambio climático – mecanismos de mercado- régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero - modificaciones 2013-2020 - métodos asignación - subasta.

I. LA NUEVA POLÍTICA COMUNITARIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

La Comisión ha aprobado una nueva política integral en la protección del medio ambiente que entrará en vigor a partir del año 2013 y que combina la lucha contra el cambio climático con la estrategia energética, es decir integra los desafíos climáticos con el abastecimiento sostenible de la energía¹. La determinación de los objetivos cuantificados de reducción de emisiones dependía de los compromisos que el resto de Estados desarrollados asumieran para una fase posterior al Protocolo de Kyoto. Concretamente, la Unión se obligaba a reducir un 30% sus emisiones de gases de efecto invernadero hasta 2020, en comparación con los valores de 1990, siempre que el resto de países desarrollados se implicaran adoptando políticas de reducción similares y que los países en desarrollo económicamente más avanzados contribuyeran adecuadamente en función de sus responsabilidades y capacidades. Sin embargo, como de las negociaciones mantenidas en la COP 15 no se llegó a ningún objetivo concreto de reducción, la Unión se comprometió a reducir las emisiones en un 20%, en comparación a los niveles de 1990. Paralelamente, se asumió el deber vinculante de alcanzar el 20% en el empleo de las energías renovables respecto el consumo total de energía en la Unión en 2020, así como un incremento de la eficiencia energética, para alcanzar un ahorro del 20% en el consumo energético según los valores proyectados para 2020².

Para alcanzar estos objetivos de reducción de emisiones la estrategia contempla un Plan de Acción con iniciativas y medidas que auxilian a los Estados miembros a convertir Europa «en una economía de alta eficiencia energética y baja emisión de CO₂». El Consejo dio su conformidad a esta estrategia combinada firmando el compromiso «firme e independiente de lograr, al menos, una reducción del 20% de las emisiones de GEI de aquí a 2020, en comparación con 1990». El 23 de enero de 2008, la Comisión presentó un conjunto de propuestas legislativas climáticas y energéticas para cumplir con las obligaciones asumidas por el Consejo, entre las que se encontraba una revisión del régimen de comercio de derechos de emisión, lo que implicaba una modificación de la Directiva 2003/87. Finalmente se aprobó la Directiva 2009/29 para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Esta Directiva, que entrará en vigor el 1 de enero de 2013, presenta importantes peculiaridades y diferencias respecto su predecesora³.

¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –Limitar el calentamiento mundial a 2ª- Medidas necesarias hasta 2020 y después, COM (2007) 2 final, de 10 de enero de 2007.

² Este triple objetivo se acordó tras un largo período de consultas basadas en el Libro Verde de la Comisión Europea, de 8 de marzo de 2006, sobre una estrategia europea para una energía segura, sostenible y competitiva, COM (2008) 782.

³ Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2003/87 para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de

II. PRINCIPALES MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DE COMERCIO PARA LA TERCERA FASE

1. Eliminación de los «caps» nacionales y modificación de los períodos

En primer lugar, durante los dos primeros períodos del comercio comunitario, cada Estado ha aprobado dos Planes, uno por período, en los que ha especificado, entre otros aspectos, la cantidad total de derechos que pretendía asignar, de conformidad con el reparto de cargas y los criterios de asignación⁴.

Esta determinación nacional de la cantidad de derechos a asignar ha provocado distorsiones en el mercado e incluso discriminaciones entre las instalaciones afectadas dependiendo del territorio comunitario en el que se encuentran ubicadas. Por ello, la nueva Directiva 2009/29 sustituye los «caps» nacionales por un único tope comunitario. De ese modo trata, por un lado, de instaurar un régimen de comercio más armonizado, por otro aprovechar los beneficios del comercio de derechos y evitar distorsiones en el mercado interior, al tiempo que facilita los vínculos entre regímenes de comercio de derechos de emisión.

Esta modificación implica que cada año, a partir de 2013, se calculará la cantidad de derechos de emisión que se asignará por la Comunidad en su conjunto. Este nivel comunitario de emisiones, calculado a partir de la media de derechos de emisión expedidos por los Estados en el periodo 2008-2012, se reducirá linealmente en un 1,74% anual. Esta disminución lineal de las emisiones permitiría una reducción gradual de las emisiones del 20% para el año 2020⁵.

En segundo lugar, la Directiva 2003/87 distinguía dos períodos: el primero, que comprendía el lapso 2005-2007 y el segundo que abarca los años 2008 a 2012. El primer período, de 3 años, permitió a los Estados miembros adquirir experiencia sobre el funcionamiento del régimen, para cuando en 2008 empezara a funcionar el Protocolo de Kyoto. Pero para contribuir a la consecución de objetivos a más largo plazo, la Directiva 2009/29 ha optado por atribuir a los derechos que se expidan a partir del 1 de enero de 2013 una validez de ocho años. Esto implicará que a partir de 2013 los periodos tendrán ocho años de duración y por tanto el tercer período abarcará los años 2013 a 2020⁶.

comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, DOUE L 140, de 5 de junio de 2009, pp. 63-87.

⁴ Vid. el art. 9.1 de la Directiva 2003/87.

⁵ Vid. el considerando 8 y el art. 9 de la Directiva 2009/29.

⁶ Art. 13 de la Directiva 2009/29 y art. 19 *bis* de la Ley 13/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para perfeccionar y ampliar el régimen general de

2. Modificación del ámbito de aplicación

La nueva Directiva 2009/29, a partir de la experiencia adquirida durante las dos primeras fases del régimen de comercio, ha ampliado los gases de efecto invernadero cubiertos, más allá del dióxido de carbono, y ha modificado su ámbito subjetivo desde tres ámbitos: por un lado, armonizando la definición de nuevo entrante; por otro, incluyendo entre los sectores afectados la aviación y, por último, excluyendo a las pequeñas instalaciones.

2.1. Ámbito Objetivo: ampliación de los gases cubiertos

La Directiva 2003/87 enumeraba en el Anexo II los gases de efecto invernadero cubiertos por el régimen de comercio de derechos de emisión, abarcando: el dióxido de carbono, el metano, el óxido nitroso, los hidrofluorocarburos, los perfluorocarburos y el hexafluoro de azufre. Pero el Anexo I que determinaba los sectores afectados y las emisiones sujetas únicamente contemplaba el dióxido de carbono como gas afecto. La nueva Directiva 2009/29, aunque no se extiende sobre todos los gases de efecto invernadero, sí que va más allá del dióxido de carbono. Ahora el nuevo Anexo I incluye: los perfluorocarburos para el sector del aluminio primario y al óxido nitroso para los sectores de producción de ácido nítrico, de ácido adíptico, ácido de glioxal y glioxílico⁷.

2.2. Ámbito subjetivo

Como ya hemos apuntado, desde la vertiente subjetiva se han introducido modificaciones en tres ámbitos. Por una parte, se ha armonizado la definición de nuevo entrante con el propósito de garantizar que todos los Estados miembros partan del mismo planteamiento. Por otro, incluye el sector de la aviación entre los sectores cubiertos con el propósito de reducir el impacto que este sector genera sobre el cambio climático. Y por último, excluye a las pequeñas instalaciones por razones de simplicidad administrativa.

2.2.1. Consideración de nuevo entrante

Durante los dos primeros períodos del régimen, el PNA debe garantizar que los nuevos entrantes tienen acceso a los derechos de emisión y de ese modo poder cumplir con su obligación de entrega. Pero a partir de la tercera fase los PNA desaparecerán, ya que el tope de emisiones será comunitario y los métodos de asignación se armonizarán en toda la Unión.

Por este motivo, la Directiva 2009/29 reserva, para el período 2013-2020, el 5% de la cantidad total de derechos a asignar a nivel comunitario para los nuevos entrantes

comercio de derechos de emisión e incluir la aviación en el mismo, BOE nº 163, de 6 de julio de 2010, pp. 59586-59627.

⁷ Vid. el Anexo I y II de la Directiva 2003/87 y de la Directiva 2009/29. También vid. el Anexo I y II de la Ley 1/2005 y de la Ley 13/2010.

de forma gratuita, siguiendo las mismas reglas que se emplean para las instalaciones ya existentes. Esto implica que si durante los dos primeros períodos la reserva de nuevos entrantes es nacional, a partir del tercer período pasará a ser comunitaria -«común y única»-. Al final del período los derechos de la reserva no asignados serán subastados por los Estados⁸.

2.2.2. Inclusión del sector de la aviación

La Directiva 2008/101 incluye la aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión. Ésta prevé que a partir de 2012, las aerolíneas que operan en aeródromos de la Unión queden sujetas a este régimen por las emisiones de CO₂ que generan⁹.

La Directiva 2008/101 presenta una particularidad importante, ya que las emisiones procedentes del sector de la aviación internacional no forman parte de las emisiones cubiertas por el Protocolo de Kyoto. En consecuencia, la contabilidad de las emisiones de la aviación deberá realizarse de un modo independiente al resto de sectores afectados. Así, los derechos de emisión asignados a la aviación deben emplearse para cumplir la obligación de los operadores aéreos de entregar derechos de conformidad con la Directiva 2008/101, pero no para cumplir con los compromisos de Kyoto. Esto supondrá la asignación de dos tipos de derechos: uno para el sector aéreo y otro tipo para el resto de sectores.

⁸ La Directiva prevé que hasta 31 de diciembre de 2015, se dispongan hasta 300 millones de derechos de la reserva para ayudar a fomentar la construcción y utilización de hasta 12 proyectos comerciales de demostración destinados a la captura y el almacenamiento geológico de CO₂, así como a proyectos de demostración de tecnologías innovadoras de energía renovable en el territorio de la Unión. *Vid.* los apartados 7 y 8 del art.10 *bis* de la Directiva 2009/29 y el art. 18 de la Ley 13/2010.

⁹ El 20 de diciembre de 2006, la Comisión de adoptó la Propuesta legislativa COM (2006) 818 final para incluir la aviación en el régimen comunitario de comercio de emisiones. El 8 de julio de 2008, el Parlamento aprobó enmiendas realizadas a la propuesta de la Comisión. La aprobación del Consejo, último paso para la adopción de la Directiva, tuvo lugar el 24 de octubre de 2008. Finalmente se aprobó la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, DOUE L 8, de 13 de enero de 2009, pp. 3-21. Ésta entrará en vigor el 2 de febrero de 2009. Los Estados miembros disponen de un plazo de doce meses para su transposición al ordenamiento interno; esto es, hasta el 12 de febrero de 2010. El Estado español ha aprobado la Ley 13/2010 por el que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para reformar el régimen general de comercio de derechos de emisión e incluir la aviación, donde decida el Capítulo IX a la regulación de este sector.

Es necesario que cada operador aéreo pertenezca sólo a un Estado miembro, para reducir las cargas administrativas. De manera que cada Estado miembro se encargará de velar por los operadores de las aeronaves cuya licencia de explotación haya expedido, así como de los operadores con licencia procedente de un tercer país pero cuyas emisiones más elevadas, durante el año de referencia, sean atribuibles a ese Estado miembro¹⁰.

Con carácter general, se encuentran afectos a este régimen comunitario todos los vuelos con origen o destino en un aeródromo comunitario excepto: los efectuados por aeronaves con una masa máxima de despegue autorizada inferior a 5.700 Kg, los vuelos efectuados por un operador comercial que realice menos de 243 vuelos por período durante tres períodos cuatrimestrales sucesivos, y los vuelos con un total de emisiones anuales inferior a 10.000 tCO₂/año. Esta última excepción no se aplicará en el caso de operadores no comerciales ya que se sujetan únicamente al umbral de los 5.700 Kg¹¹.

La distribución de los derechos entre los diferentes Estados se realizará en base a las contribuciones históricas de cada país por los vuelos de llegada y salida en la Unión. Esto supone que los Estados con aeropuertos más importantes y, por tanto, con un alto nivel de tráfico aéreo necesitarán una mayor cantidad de derechos que aquellos otros que acojan menos vuelos. Según las estimaciones de la Comisión, se prevé que este sector crezca significativamente y, en consecuencia, se espera que sus emisiones excedan del tope de derechos, por lo que es de suponer que el sector deberá adquirir derechos adicionales para cumplir con sus obligaciones de entrega. Bajo este escenario, es probable que el precio del derecho para la aviación se sitúe muy cerca del precio del derecho que pueden adquirir el resto de sectores afectados. Esto implica que para los pequeños y medianos operadores cubiertos por el régimen de comercio el acceso a ellos no será complicado, siempre y cuando quede totalmente garantizado el acceso. Debido a la relativa escasez de derechos del sector aéreo y a la cantidad de pequeños operadores

¹⁰ *Vid.* el art. 18 *bis*.

¹¹ Para obtener más información sobre el ámbito de aplicación, puede verse la Decisión de la Comisión 2009/450, de 8 de junio de 2009, sobre la interpretación detallada de las actividades de aviación relacionadas en el Anexo I de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 149, de 12 de junio de 2009, pp. 69-72. Referente a los datos y seguimientos de las emisiones que deben llevar a cabo las aeronaves *vid.* Decisión 2009/339/CE, de 16 de abril de 2009, por la que se modifica la Decisión 2007/589/CE, en relación con la inclusión de directrices para el seguimiento y la notificación de emisiones y datos sobre las toneladas-kilómetro resultantes de las actividades de aviación. Para las aeronaves cuya gestión corresponda al Estado español consúltese la Ley 2/2009, de 29 de junio, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobados por el Real Decreto legislativo 6/2004, de 29 de octubre, para la reforma del régimen de participaciones significativas en empresas de servicios de inversión en entidades de crédito y en entidades aseguradoras, BOE nº 157, de 30 de junio de 2009, pp. 54559-5485.

afectados, la liquidez del mercado de estos derechos será menor que la del mercado general¹².

Para todos los sectores afectados por el régimen de comercio de emisiones, a excepción de la aviación, el año 2012 se encuentra dentro del segundo período de asignación, comprendido por los años 2008-2012. En cambio, para el sector de la aviación el año 2012 representará el primer período de cumplimiento, concretamente del 1 de enero de 2012 a 31 de diciembre del mismo año. De manera que será a partir de 2013 cuando encajarán los períodos de asignación entre el sector de la aviación y el resto de sectores afectados¹³.

El método de asignación predominante será la asignación gratuita mediante *benchmarking*, en base a datos históricos de TCO₂/Km, aunque también se prevé la subasta para un porcentaje determinado de derechos¹⁴.

2.2.3. Exclusión de las pequeñas instalaciones

Con el fin de reducir la carga administrativa innecesaria que han venido soportando las pequeñas instalaciones afectadas, la nueva Directiva prevé que éstas puedan ser excluidas siempre y cuando el Estado miembro correspondiente adopte medidas que supongan una contribución equivalente a si quedaran sujetas. Se entiende como pequeña instalación aquella con emisiones verificadas inferiores a las 25.000 toneladas equivalentes de dióxido de carbono en cada uno de los tres años anteriores a aquel en que debe presentarse la solicitud de asignación para el período y los hospitales durante los dos primeros períodos¹⁵.

Para que se pueda hacer efectiva la exclusión, éstas deberán cumplir unos requisitos previos y posteriormente solicitar a la Administración su exclusión. El órgano competente de cada Estado, en el ámbito español la Administración autonómica correspondiente, deberá remitir a la Comisión, para su aprobación, un expediente con las instalaciones y hospitales que solicitan su exclusión, las medidas equivalentes que se aplican a cada una de ellas, así como el método de seguimiento de las emisiones. Desde el momento en el que se apruebe la exclusión, dejarán de recibir derechos de emisión ya

¹² Vid. Technical Aspects of EU Emission Allowance Auction Consultation Paper, de la Comisión Europea, section 1.4.3, sobre los derechos del sector de la aviación comunitaria, p. 9. Los datos facilitados por el ICF en base a las estimaciones de la lista preliminar de operadores y las informaciones de los Estados miembros puede encontrarse en http://ec.europa.eu/environment/climat/pdf/aviation/alloc_operators_110209.pdf.

¹³ Vid. los apartados 1 y 2 del art. 3 *quater* y art. 37 de la Ley 13/2010.

¹⁴ Vid. los apartados 1 y 2 el art. 3 *quater* de la Directiva 2008/101.

¹⁵ Vid. el considerando 11 y art. 27 de la Directiva 2009/29.

que no tendrán la obligación de entregarlos. Aunque la Ley 1/2005 prevé que se les seguirá aplicando el régimen de infracciones y sanciones previsto en la Ley¹⁶.

III. RASGOS GENERALES DE LA ASIGNACIÓN DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN

1. En busca de la asignación eficiente

El objetivo perseguido con la implantación del régimen de comercio, según el propio art. 1 de la Directiva 2003/87, es que las reducciones de las emisiones de los gases de efecto invernadero se lleven a cabo de una «forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente». El régimen de comercio está compuesto por dos fases, una primera fase en la que se asignan los derechos a las instalaciones afectadas y una segunda representada por el posible intercambio de derechos en el mercado secundario. Lógicamente, la eficiencia en la segunda fase está prácticamente garantizada, al guiarse por la Ley de la oferta y la demanda. Es decir, en el mercado de derechos, aquellos potenciales compradores que más valoren los derechos serán, probablemente, los nuevos propietarios de los mismos. De este modo, la eficiencia en la fase de mercado queda avalada por el propio funcionamiento del comercio, pues una vez que los derechos están asignados, la reasignación tiende a la eficiencia.

En cambio no podemos defender lo mismo en la primera fase del régimen de comercio, ésta se caracteriza por la asignación originaria, de carácter pública, de los derechos a las instalaciones afectadas. Para que esta asignación sea eficiente debería entregarse los derechos a aquellas instalaciones que mayor valor le otorguen a los mismos. Por este motivo, una asignación gratuita basada en las emisiones históricas, *grandfathering*, no la consideramos una asignación eficiente ya que precisamente consigue el efecto contrario: asignar más derechos a aquellas instalaciones más contaminantes durante el periodo de referencia.

Pensemos en dos instalaciones pertenecientes al mismo sector de actividad, con idénticos procesos productivos y con el mismo nivel de emisiones. Pero mientras la *instalación A* mantiene sus emisiones, la *instalación B* opta por invertir en tecnología de reducción. Esto implica que, a partir de la puesta en funcionamiento de esta nueva tecnología, el nivel de las emisiones de gases contaminantes de la *instalación B* se reducirá. Con el método *grandfathering*, si se toman estos años como referencia para calcular las asignaciones de los derechos, la *instalación A* recibirá más derechos que la *instalación B*.

Desde la entrada en vigor del régimen comunitario de comercio las instalaciones afectadas deberían haber internalizado los efectos negativos de la contaminación. De

¹⁶ Consúltense la Disposición Adicional sexta de la Ley 13/2010.

modo que las instalaciones que más emisiones generan deben soportar el coste adicional asociado a las mismas. Este incremento de los costes lleva a las instalaciones a plantearse si les interesa, económicamente, invertir en nueva tecnología para reducir sus emisiones y poder obtener un beneficio con la venta en el mercado secundario del exceso de derechos no utilizados o, bien, mantener el nivel de emisiones y, en caso de encontrarse con un déficit de derechos, acudir al mercado secundario a adquirirlos. Esta última postura es la menos respetuosa con el medio y la que fomenta el método *grandfathering*, pues asigna más derechos a quien más los necesita, las instalaciones que más contaminan.

Siguiendo el anterior ejemplo, la *instalación A* necesita más derechos que la *instalación B*, ya que la *instalación B* es la menos contaminante. Por tanto, hay que diferenciar la necesidad de la valoración de las emisiones. Quien más necesita los derechos es quien más contamina y no quien más valora las emisiones generadas. Por tanto, el método de asignación gratuita basado en las emisiones históricas se basa en la necesidad y no en la eficiencia. Asigna más derechos a quien, al ser más contaminante, más emisiones necesita y no al que es más eficiente, económica y medioambientalmente, en su sistema productivo.

Vistos los inconvenientes que genera la asignación originaria de los derechos mediante el *grandfathering*, se ha apostado por la subasta como principal método de asignación a partir de la tercera fase. A diferencia del anterior método, la subasta permite encajar la necesidad con la valoración. Es decir, el postor que más necesita los derechos, más los valorará y, consecuentemente, más probabilidades tendrá que adjudicarse derechos en la subasta. De este modo, con una primera fase de asignación originaria de los derechos mediante subasta y una segunda fase de comercio, el régimen comunitario se convierte en un sistema eficiente completo.

2. Cambio en los métodos de asignación

Como ya hemos apuntado, durante los dos primeros períodos del régimen de comercio los derechos de emisión se han asignado casi la totalidad de los derechos de forma gratuita, por el método *grandfathering*, siendo contados los países que han asignado onerosamente, mediante subasta, un pequeño porcentaje de sus derechos. Esto ha sido así porque la Directiva 2003/87 dispone, en el art. 10, que para el primer período al menos el 95% de los derechos que distribuya cada Estado miembro deben asignarse gratuitamente, reduciéndose este porcentaje al 90%, en el segundo período. El método de asignación del porcentaje restante, es decir el 5% en el primer período y el 10% en el segundo período, será determinado por cada Estado miembro en sus PNAs. Esta facultad delegada a los Estados miembros ha provocado que la mayoría de ellos hayan optado por asignar gratuitamente el 100% de los derechos, con el propósito de no restar competitividad a sus instalaciones frente el resto de instalaciones comunitarias. Pensemos que si se opta por asignar, aunque un porcentaje reducido, los derechos

mediante subasta se están incrementando los costes de producción de aquellas instalaciones que necesitan pujar en la subasta para poder cumplir con su obligación de entrega. Si un Estado miembro opta por asignar gratuitamente el porcentaje de libre disposición y otro, en cambio, opta por subastarlo, este último situará a las instalaciones ubicadas en su territorio en una posición de desventaja respecto las instalaciones ubicadas en el primer territorio. Aunque realmente los porcentajes de libre disposición son realmente reducidos como para producir un fuerte impacto en la competitividad¹⁷.

Pues bien, la nueva Directiva 2009/29 prevé un cambio radical en los métodos de asignación. Dispone que la subasta pasará a ser el principal método de reparto originario de los derechos, mientras que la asignación gratuita se convertirá en un método transitorio de asignación con vistas a su desaparición. También hay que tener muy en cuenta que los PNAs desaparecen, pasando a contabilizarse las emisiones y sus reducciones por el conjunto de los Estados miembros. De ese modo, la Directiva cuando hace referencia a porcentajes de derechos, no se refiere a cantidades de derechos asignados por cada Estado miembro, sino a la cantidad total de derechos a repartir entre todas las instalaciones comunitarias afectada. A continuación pasaremos a analizar cómo se producirá este reparto de derechos en la fase post-2012¹⁸.

2.1. Sistema general de asignación: la subasta frente la asignación gratuita

La regla general de asignación, aunque cuenta con importantes excepciones, establece un sistema transitorio de asignación gratuita del 80% de los derechos entre las instalaciones afectadas, para el año 2013. Cada año este porcentaje de asignación gratuita se irá reduciendo para llegar a 2020 a una situación en la que se asigne gratuitamente únicamente el 30% del total de derechos de emisión comunitarios y con el propósito de que en 2027 no se asigne ningún derecho de este modo¹⁹.

El *grandfathering* ha venido siendo, durante las dos primeras fases, el método empleado para efectuar el reparto gratuito originario de los derechos. Pero por los problemas que genera, al basarse en las emisiones históricas, se prevé que durante el tercer período la asignación gratuita se basará en parámetros de referencia *ex ante* armonizados a nivel comunitario. Estos parámetros se establecerán de forma que se incentive la reducción de las emisiones y se tengan en cuenta «las técnicas más eficientes energéticamente y desde el punto de vista de la emisión de gases de efecto invernadero, los productos de sustitución, los procedimientos alternativos de producción, la utilización de biomasa y energías renovables, y la captura y almacenamiento de CO₂». Estas normas, dice la Directiva, también pueden tener en cuenta «las emisiones

¹⁷ Vid. el art. 10 de la Directiva 2003/87.

¹⁸ Vid. el art. 10 de la Directiva 2009/29 y art. 14 de la Ley 13/2010.

¹⁹ Vid. el considerando 21, el apartado 11 del art. 10 *bis* de la Directiva 2009/29 y art. 16.5 de la Ley 13/2010.

relacionadas con el uso de gases residuales combustibles cuando no se pueda evitar la emisión de dichos gases en el proceso de producción industrial»²⁰.

Con el fin de instaurar un régimen de comercio de derechos de emisión cada vez más eficiente económicamente y con el empleo de normas de asignación más armonizadas, la Directiva presenta la subasta como el principal método de asignación para la tercera fase comunitaria. Este método de asignación onerosa resulta ser el «sistema más sencillo y, en general, se considera el más eficiente desde el punto de vista económico (...), acaba con las ganancias inmerecidas y sitúa a los nuevos entrantes y a las economías con un crecimiento superior a la media en pie de igualdad con las instalaciones existentes desde el punto de vista de la competencia»²¹.

La cantidad total de derechos a subastar se distribuirá de conformidad con el método que detallamos a continuación. El 88% del total de los derechos se repartirá entre los Estados en función de la mayor de las siguientes cantidades: del porcentaje de emisiones verificadas del año 2005 o de la media del período 2005-2007. El 10% se distribuirá en beneficio de los Estados en «aras a la solidaridad y el crecimiento en la Comunidad». A la hora de distribuirse ese 10% deben tenerse en cuenta los niveles de ingresos *per cápita* en el año 2005 y las perspectivas de crecimiento de los Estados miembros con bajos niveles *per cápita* y mayores perspectivas de crecimiento. Y, por último, el 2% restante se distribuirá entre aquellos Estados miembros cuyas emisiones de gases de efecto invernadero en el año 2005 se encontraban por debajo del 20% de sus emisiones del año base tomado como referencia en el Protocolo de Kyoto –la distribución de este porcentaje aparece detallada en el Anexo II *ter* de la Directiva 2009/29-²².

Además de las ventajas, ya expuestas, que presenta la subasta, ésta evita que el ente público tenga que tomar decisiones difíciles sobre el modo de distribuir los derechos, evitar el problema de las posibles ayudas de Estado y, al mismo tiempo, genera ingresos para la Administración. Por este último motivo, la Directiva atribuye a cada Estado miembro la facultad de elegir el destino de estos ingresos, pero con la condición de que al menos el 50% de los ingresos totales, o su valor equivalente, se destinen a uno o varios de los siguientes fines: «la reducción de las emisiones, la adaptación al cambio climático, la financiación de investigación y desarrollo en reducción de emisiones y de energías renovables, para perfeccionar medidas contra la deforestación y facilitar la adaptación en países en desarrollo, y para abordar aspectos sociales tales como los efectos de la subida potencial de los precios de la electricidad en los hogares con ingresos de nivel medio y bajo (...),(y) para cubrir los gastos administrativos de la gestión del régimen comunitario». Los Estados deberán presentar

²⁰ Vid. el Considerando 23 y el apartado 1 del art. 10 *bis* de la Directiva 2009/29.

²¹ Vid. el considerando 15 de la Directiva 2009/29.

²² Art. 10.2 de la Directiva 2009/29.

un informe a la Comisión en el que justificarán la adecuación de los destinos elegidos a la Directiva.

2.2. Análisis de los diferentes niveles de armonización de la subasta.

La decisión más controvertida alrededor de la implementación de la subasta, como principal método de asignación a partir de 2013, fue el grado de armonización. Durante las dos primeras fases del régimen de comercio, los Estados miembros, por medio de los PNA, utilizan diferentes criterios para distribuir los derechos entre las instalaciones afectadas. Esto ha generado diferencias tanto en el modo en el que se han distribuido los topes nacionales, como entre los sectores afectados e incluso entre las propias instalaciones pertenecientes al mismo sector. Este trato diferenciado ha perturbado la eficacia medioambiental global del régimen. Por ello, la nueva Directiva 2009/29 pretende alcanzar un mayor grado de armonización en los métodos de asignación de los derechos en la fase post-2012, para prevenir efectos como: la distorsión de la competencia entre idénticas instalaciones pertenecientes a diferentes Estados miembros y fortalecer los incentivos de inversión en tecnología limpia²³.

La armonización en la asignación puede ser alcanzada de diferentes modos y grados, pero únicamente han sido analizados tres, a la vista del documento de consulta pública del Reglamento de subasta²⁴. El primer nivel propone la implantación de un único «cap» y método de asignación a nivel comunitario, el segundo apuesta por topes nacionales pero con un método de asignación armonizado a nivel comunitario, y por último, el tercero, fija un nivel de emisiones comunitario atribuyendo a cada Estado la facultad de distribuir los derechos entre las instalaciones afectadas ubicadas en su territorio²⁵.

²³ Vid. EUROPEAN COMMISSION DIRECTORAL GENERAL for ENVIRONMENT-ECOFYS-: «Harmonization of allocation methodologies», *Review of EU Emissions Trading Scheme*, octubre 2006, p. 4; CAPROS, P.; KOUVARITAKIS, N. y MANTZOS, L.: *Top-down analysis of greenhouse gas emission reduction possibilities in the EU*, National Technical University of Athens, enero 2001; BLOK, K.; DE JAGER, D. y HENDRIKS, C.: *Economic Evaluation of Sectorial Emission Reduction Objectives for Climate Change - Policy Maker's Summary*, Ecofys, AEA Technology, National Technical University of Athens, enero 2001; BLOK, K.; DE JAGER D.; HENDRIKS, C.; KOUVARITAKIS, N. y MANTZOS, L.: *Comparison of «Top-down» and «Bottom-up» Analysis of Emission Reduction Opportunities for CO2 in the European Union*, Ecofys and National Technical University of Athens, enero 2001.

²⁴ Vid. el documento de consulta pública para la elaboración del Reglamento comunitario de desarrollo de la subasta de derechos de emisión titulado *Technical Aspects of EU Emission Allowances Auctions*, publicado el 3 de junio de 2009 y disponible en http://ec.europa.eu/environment/climat/emission/pdf/cons_paper.pdf.

²⁵ Vid. ECOFYS: «Harmonisation of allocation methodologies», *Review of the EU Emission Trading Scheme*, octubre 2006.

De estos tres grados de armonización, el primero es el que garantiza el beneficio medioambiental y reduce, al mismo tiempo, la distorsión de la competencia entre las instalaciones afectadas. El segundo, con topes de emisiones nacionales pero con un método de asignación de los derechos armonizado en toda la Unión, también permite alcanzar los anteriores objetivos aunque siempre que estas normas homogéneas se desarrollen con suficiente detalle. En cambio, el tercero no es aconsejable al no adecuarse al principio de armonización de la asignación, previsto en el art. 10.4 de la Directiva 2009/29²⁶. El art. 9 de la Directiva 2009/29 implanta un tope de emisiones comunitario, pero no desvela el nivel de armonización de la asignación por lo que la Comisión debía valorar los pros y contras para finalmente elegir el que mejor alcanza el objetivo del régimen comunitario de comercio²⁷.

La implantación de una única subasta a nivel comunitario parece ser la opción que mejor encaja con los propósitos y principios inspiradores perseguidos en la Directiva por los siguientes motivos. En primer lugar, porque permite alcanzar el máximo nivel de armonización, pues todas las instalaciones que deseen adquirir derechos mediante este método deberán concurrir a esta subasta única. En segundo lugar, la subasta comunitaria daría sentido a la sustitución de los topes nacionales por un único tope comunitario. Pensemos que los derechos asignados gratuitamente se distribuirán en función de unas reglas armonizadas a nivel comunitario y que la reserva para nuevos entrantes también será comunitaria, por lo que la celebración de una subasta comunitaria sería el grado de armonización que mejor se adecua al sistema de asignación de la tercera fase. En tercer lugar, al constituirse una única subasta la participación será mayor que si el grado de armonización es menor, concurre un mayor nivel de competitividad y, al mismo tiempo, se reducen los riesgos de distorsión y manipulación del mercado. Y por último, reduce los costes para los vendedores de los derechos, puesto que el coste de implantar una subasta de derechos con todas las garantías será menor en una subasta comunitaria

²⁶ Vid. LETS: Working Group C Report -Harmonisation-: *Life emissions Trading Scheme*, abril 2006, p. 15.

²⁷ Pueden verse los diferentes aspectos analizados sobre la armonización de la subasta a nivel comunitario, previa publicación del borrador del Reglamento que desarrolla la subasta, en NEUHOFF, K.: *Auctions for CO₂ allowances –a straw man proposal*, University of Cambridge y Electricity Policy Research Group, de 15 de enero de 2007, pp. 19-23; NEUHOFF, K. y MATTHES, F. CHR.: *The role of auctions for emissions trading*, *Climates Strategies*, de 6 de octubre de 2008, pp. 17-20; HEPBURN, C.; GRUBB, M., NEUHOFF, K., *et. al.*: «Auctioning of EU ETS phase II allowances: how and why?», *Climate Policy*, 2006, nº 6, p. 148; BUCHNER, B.; CARRARO, C. y ELLERMAN, A. D.: *The allocation of European Union allowances: Lessons, unifying themes and general principles*, Center for Energy and Environmental Policy Research, septiembre de 2006, pp. 10-12 y BUCHNER, B. y CARRARO, C.: «Emission Trading Regimes and Incentives to Participate in International Climate Agreements», *European Environment*, 2004, nº 14(5), pp. 276-289.

única, que implantar tantas subastas como Estados y garantizar que todas ellas cumplan con las previsiones y garantías legales.

En cambio, este nivel de armonización también presenta inconvenientes que deben ser valorados a la hora de decidir cuál es la mejor opción. Por un lado, todas las instalaciones afectadas comunitarias que deseen adquirir derechos mediante subasta deberán concurrir a la única subasta comunitaria. Ello supondría la implantación de una subasta sofisticada que cubriera cualquier eventualidad, pues, de lo contrario, se produciría una paralización o suspensión de la asignación de derechos a nivel comunitario. Éste hecho podría repercutir en las obligaciones impuestas a los sujetos afectados y reflejarse, aunque en un supuesto extremo, en el cumplimiento de los objetivos de reducción fijados. Y por otro lado, pensamos en los participantes de la subasta y, especialmente, en aquellos participantes no expertos en este ámbito de actividad. Ante cualquier conflicto en el desarrollo de la subasta que necesiten acudir a los Tribunales, ¿ante qué jurisdicción deberán presentarse?. Toda jurisdicción competente diferente de la jurisdicción del Estado miembro en el que se encuentre ubicado el participante puede dificultar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, desincentivar la participación en la subasta comunitaria, pues siempre tiene la opción de acudir al mercado secundario a adquirir el déficit de derechos.

La instauración de subastas nacionales, es decir celebrar tantas subastas como Estados miembros, confiere a los Estado la autonomía de asignar los derechos pero limitados por los criterios comunitarios que garantizan el grado de armonización que exige la Directiva. Este nivel de subasta puede otorgar cierto grado de confianza a los participantes inexpertos, por el grado de cercanía en que se enmarca el organizador de la subasta. Además ante cualquier conflicto con el subastador, la jurisdicción competente para conocer y resolver se correspondería con la del Estado miembro en la que cada instalación se encuentra ubicada, aspecto que otorga seguridad y podría fomentar la participación.

Los inconvenientes que presentan las subastas nacionales también deben ser valorados. El primero consiste en garantiza el grado de armonización requerido. Resultará más complicado alcanzar la asignación armonizada de la subasta si las subastas son nacionales. Aunque a nivel comunitario se fijen los rasgos característicos de la subasta –entendiendo como tales: el formato, las características de los participantes, las reglas de desarrollo, la solución de litigios, etc.-, siempre pueden surgir diferencias, incluso tratos diferenciados, entre subastas celebradas en diferentes Estados miembros. Pensemos que durante las dos primeras fases se elaboran los Planes Nacionales de Asignación, como instrumentos en los que se fundamenta el reparto de los derechos entre las instalaciones afectadas, aprobados por cada Estado a partir de unos criterios y orientaciones comunitarias con el propósito de alcanzar cierto grado de armonización. Pero por los años y la experiencia adquirida han sido numerosas las diferencias de trato en la asignación entre Estados, aspecto que así ha quedado reflejado

en la propia Directiva. Por tanto, esta misma situación podría proyectarse sobre las subastas de derecho si éstas se celebran a nivel nacional.

El segundo inconveniente asociado a este menor grado de armonización es el incremento de los costes para el subastador, puesto que resulta más eficiente económicamente celebrar una única subasta costeada por el conjunto de Estados que implantar subastas independientes. Finalmente, pensamos que la elección de las subastas nacionales fomenta la participación, principalmente, en la subasta celebrada en el Estado miembro en el que la instalación está ubicada. Pero puede surgir un inconveniente, que en determinados países la participación sea reducida, principalmente en los Estados con pocas instalaciones afectadas, lo que podría generar un incremento del riesgo de distorsión y manipulación del mercado²⁸.

Una posición intermedia a las dos anteriores permitiría voluntariamente a los Estados celebrar subastas de forma conjunta. La celebración de subastas supranacionales facilita el reparto tanto de los costes como de los beneficios, en función de los derechos aportados. Los Estados integrantes conseguirían, de este modo, reducir sus costes de celebración de la subasta. La subasta supranacional fomenta una mayor transparencia en su desarrollo e incrementa la frecuencia de su celebración, por lo que las señales del precio de los derechos de emisión serían constantes y se reflejarían en el mercado secundario. Los inconvenientes que podría generar este nivel de subasta se asemejarán más a los concebidos en la subasta comunitaria si esta subasta supranacional cubre un número importante de Estados y, al contrario, si su alcance se reduce a pocos Estados miembros, los inconvenientes que puedan surgir se asemejarán a los originados en las subastas nacionales.

Finalmente, del Reglamento comunitario que desarrolla la subasta se extrae que la armonización en la asignación de los derechos no ha alcanzado el nivel deseado, constituido por una subasta única a nivel comunitario. La Comisión ha preferido implantar subastas nacionales o supranacionales aunque coordinadas por las disposiciones contenidas en el Reglamento de subasta. La tesis que aquí defendemos es que el establecimiento de un «cap» comunitario debería haber ido acompañado de un método de asignación, en este caso subasta, también armonizada a nivel comunitario. La determinación de un tope de emisiones comunitario y de una única subasta comunitaria, creemos que es la opción que mejor alcanza los objetivos del régimen de comercio de emisiones de eficacia y eficiencia²⁹.

²⁸ Vid. el art. 11 de la Directiva 2003/87 y el considerando 8 de la Directiva 2009/29.

²⁹ Vid. Auctioning Regulation, Commission proposal, de 14 de julio de 2010, on the timing, administration and the others aspects of auctioning of greenhouse gas emissions allowances pursuant to Directive 2003/87/CE of the European Parliament and the Council establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community –en adelante

2.3. Desarrollo de la subasta

En este apartado vamos a analizar el proceso completo de subasta. Desde los sujetos participantes, ya sean organizadores o participantes, al formato y la frecuencia en que se celebrará, y finalmente el proceso que se seguirá a partir de que se decide presentar una puja hasta que se asignan los derechos a los postores ganadores.

2.3.1. Sujetos organizadores

Tomada la decisión de asignar los derechos mediante subasta, la Comisión debía decidir quién sería el organizador de la subasta, es decir a qué sujeto público se le atribuye la facultad de asignar los derechos de emisión. Como ya hemos, el Reglamento ha rechazado la subasta comunitaria a favor de las subastas nacionales o supranacionales. Pero esta decisión no implica que sean los Estados miembros, quienes de forma autónoma o conjunta, van a asumir el rol de subastador, sino que van a intervenir diferentes sujetos con funciones concretas en el desarrollo de la subasta.

Podemos diferenciar en este proceso de asignación los siguientes intervinientes: el organizador, el inspector, la plataforma y el sistema de compensación y liquidación. El

Reglamento comunitario-. Sobre la armonización de la subasta comunitaria de derechos, puede encontrarse una visión general en HENDRIKS, C.; DE JAGER, D.; BLOK, K.; *et. al.*: *Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change: Bottom-up Analysis of Emission Reduction Potentials and Costs for Greenhouse Gases in the EU*, Ecofys, enero 2001. Una visión más sectorial *vid.* en JOOSEN, S. y BLOK, K.: *Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change Economic Evaluation of Carbon Dioxide Emission Reduction in the Household and Services Sectors in the EU*, Ecofys, enero 2001; DE BEER, J.; PHYLIPSEN, D. y BATES, J.: *Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change. Economic Evaluation of Carbon Dioxide and Nitrous Oxide Emission Reductions in Industry in the EU Bottom-up Analysis*, Ecofys, enero 2001; HENDRIKS, C.; DE JAGER, D.; BLOK, K.; *et. al.*: *Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change. Economic Evaluation of Emission Reduction of Greenhouse Gases in the Energy Supply sector in the EU*, Ecofys, enero 2001; BATES, J.; BRAND, P.; DAVINSON, P. y HILL, N.: *Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change. Economic Evaluation of Emissions Reductions in the Transport Sector of the EU*, AEA Technology Environment, diciembre 2000; BATES, J.: *Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change. Economic Evaluation of Emission Reductions of Nitrous Oxides and Methane in Agriculture in the EU*, AEA Technology Environment, noviembre 2000; BATES, J. y HAWORTH, A.: *Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change Economic Evaluation of Emission Reductions of Methane in the Waste Sector in the EU*, AEA Technology Environment, noviembre 2000; HENDRIKS, C. y DE JAGER, D.: *Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change Economic Evaluation of Methane Emission Reduction in the Extraction, Transport and Distribution of Fossil Fuels in the EU*, Ecofys, enero 2001; HARNISCH, J. y HENDRIKS, C.: *Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change. Economic Evaluation of Emission Reductions of HFCs, PFCs and SF6 in Europe*, Ecofys, abril 2000.

primero, el organizador de la subasta, se encuentra regulado en el Capítulo V -arts. 22 y 23-, su función es subastar los derechos de emisión en representación del Estado miembro. En segundo lugar, el inspector normalizado en el Capítulo VI –arts. 24 y 25- se encargará de supervisar todo el proceso de asignación de los derechos, de modo que se ajuste a las previsiones legales y reglamentarias. En tercer lugar, la plataforma es el ente encargado de ejecutar la subasta, ésta podrá subastar los derechos de un conjunto de Estados, en cuyo caso se registrará por las disposiciones del Capítulo VII –arts. 26 a 29-, o bien subastar los derechos de un único Estado miembro, sometiéndose en este supuesto a las previsiones del Capítulo VIII –arts. 30 a 33-. Y en último lugar, el sistema de compensación y liquidación se encarga de efectuar la transferencia del precio de adjudicación, desde la cuenta del postor ganador a la del organizador y, seguidamente, transferir los derechos desde la cuenta de haberes del organizador a la de los postores ganadores –art. 36-. Esta función se le encomienda a la plataforma, pero también se le permite subcontratarla a un tercero.

2.3.2. Sujetos participantes

Con independencia del formato de subasta elegido para la asignación de los derechos, éste debe garantizar la competitividad y el acceso de cualquier participante que reúna los requisitos exigidos por las disposiciones normativas. Por tanto, la subasta de derechos debe tratar de abarcar la mayor cantidad posible de participantes para asegurar la participación de cualquier instalación, con independencia del sector al que pertenezca. De manera que la imposición de barreras artificiales sobre la participación, por ejemplo sobre los nacionales ubicados en el Estado miembro del subastador o limitadas por sector afectado por el régimen comunitario, reduciría los ingresos del subastador y la eficiencia de la asignación.

La implantación de limitaciones a la participación únicamente generaría un resultado beneficioso en el supuesto de que los precios de adjudicación de los derechos en la subasta fueran mucho menores al precio que éstos alcanzan en el mercado secundario. En todo caso, esta diferencia de valor, de los derechos entre la subasta y el mercado secundario, solamente se produciría ante una mala elección del formato de subasta, puesto que se caracterizaría por la falta de competitividad y el fomento de comportamientos colusivos. En cambio, un formato de subasta que fomente la máxima participación incrementaría la competitividad entre los postores y los ingresos del subastador.

El incremento de la competitividad puede ocasionar, también, un incremento de la dificultad en la participación de los pequeños participantes. Éstos podrían verse obligados a participar indirectamente, recurriendo a un tercero experto en la subasta de derechos de emisión. Pero ello no les exime a los organizadores de la subasta de la obligación de adaptar los costes de participación a las características de cada postor.

Analizado esto, la Comisión ha optado por permitir la participación directa a: los operadores aéreos cubiertos con una cuenta de haberes, ya sea a través de su cuenta

propia, de la empresa matriz o de una filial que forme parte del mismo grupo de empresas; las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito, a través de su cuenta propia o en representación de sus clientes; las sociedades, grupo de empresas o consorcio que participen en representación de uno de sus miembros, o cualquier otro grupo de negocios entre los que se encuentre una de las instalaciones afectadas u operadores aéreos cubiertos, a través de su propia cuenta; y, por último, los cuerpos públicos y las entidades de propiedad estatal que controlen alguna instalación afectada u operador aéreo cubierto por el régimen comunitario³⁰.

El Reglamento deja abierta la entrada de otros participantes no incluidos entre los anteriores. Esta ampliación podrá ser adoptada por cada Estado en su normativa nacional de desarrollo. Estos nuevos participantes podrán participar por cuenta propia o por representación de su cliente y previa autorización de la autoridad nacional competente³¹.

Hasta este punto, sería posible prever que cualquier persona física o jurídica con una cuenta de haberes en Registro de emisiones correspondiente, con independencia de ser o no instalación afectada, podría participar en la subasta a través de una empresa de inversión o institución de crédito que actúen en representación de su cliente. Esto supondría que la subasta se abre a cualquier participante incrementándose de ese modo la concurrencia participativa y, por tanto, la competitividad. Pero entendemos que la Comisión sigue considerando, y de hecho así es, la subasta como un método de asignación originario de los derechos y por ello excluye la participación indirecta de cualquiera de las personas no incluidas en el listado anterior. Concretamente, el Reglamento prevé que los participantes indirectos que actúen en representación de sus clientes deben garantizar que aquellos son personas con capacidades para pujar³².

Finalmente, y como es lógico, el Reglamento enumera una serie de entes que no pueden participar en la subasta, ya sea directamente o en representación de sus clientes. Entre estos sujetos excluidos encontramos: el subastador; la plataforma que desarrolla la subasta y el sistema de compensación y liquidación al que se encuentra conectado; el inspector de la subasta; las personas que por su posición ejercen, directa o indirectamente, una influencia significativa en el resultado de la subasta o aquellas personas que trabajan para los sujetos anteriores.

³⁰ Vid. el art. 15 y el apartado 1 del art. 18 del Reglamento comunitario.

³¹ Vid. los apartados 2 y 3 del art. 18 del Reglamento comunitario.

³² Vid. el art. 19 del Reglamento comunitario.

2.3.3. Formato

La subasta de los derechos de emisión puede enmarcarse en una multitud de formatos de subasta –ascendiente, descendiente, primer precio, segundo precio, etc.-. Pero en cualquier caso el formato elegido debe ser simple y, al mismo tiempo, minimizar los costes de participación, para fomentar el máximo grado de participación entre los potenciales postores. Como bien defiende MILGROM la efectividad de la subasta vendrá determinada, en gran medida, por la concurrencia de los participantes, ya que de ese modo se incrementa la competitividad y, por tanto, el resultado de la subasta será más eficiente³³.

Por las características del régimen de comercio y teniendo en cuenta los principios que se quieren respetar –transparencia, armonización, no discriminación, concurrencia, predictibilidad, economía y publicidad-, la unanimidad de los expertos abogan por que el formato de subasta cerrada de precio uniforme es el que mejor encaja en este ámbito³⁴.

Finalmente, el Reglamento comunitario, pensado en la necesidad de limitar el riesgo de abusos de mercado y con el propósito de lograr un adecuado grado de simplicidad y eficiencia en relación con el coste, ha elegido el formato de subasta: cerrada, de única ronda y de precio uniforme. La subasta cerrada implica que cada postor únicamente conocerá su puja, no la de sus competidores. Que la subasta se desarrollará en una única ronda, lo que supondrá que cada postor sólo presentará una única puja. Y

³³ MOLGROM, P.: *The Unity of Auction Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

³⁴ Concurren en la literatura internacional estudios, desde la vertiente práctica teórica, sobre los diferentes formatos de subasta; informes sobre la experiencia en la celebración de subastas de derechos durante las primeras fases del régimen comunitario; así como, análisis del formato de la subasta en otros ámbitos ambientales como es el caso del Norte de América o de Australia. Vid. CRAMTON, P. y KERR, E.: «Tradeable Carbon Allowance Auction», *Energy Policy*, 2002, nº 30, pp. 333-345. Los gobiernos también han elegido la subasta para vender dinero, espectro electromagnético, bonos estatales, licencias de explotaciones petrolíferas, vid. AUSBEL, L. M. y CRAMTON, P.: *Auctioning Securities*, University of Maryland, 1998. De todos los estudios se extrae que el formato de subasta cerrada de precio uniforme es el más aconsejable para la asignación originaria de derechos de emisión. Vid. CRAMTON, P. y KEER, S.: *Tradeable carbón permit auction. How and why to auction not grandfather?*, Resources for the Discussion Paper 98-34, p. 14; HEPBURN, C.; GRUBB, M.; NEUHOFF, K.; *et. al.*: «Auctioning of EU ETS phase II allowances: how and why?», *Climate Policy*, 2006, nº 6, p. 144. También, se recomienda este format por CLIMATE ACTION ENERGY FOR CHANGING WORLD: *Preparing for European carbon allowance auctions. State of play*, CCAP workshop, de 28 de enero de 2010.

finalmente, de precio uniforme, es decir, todos los postores con pujas ganadoras pagarán el mismo precio de adjudicación por los derechos asignados³⁵.

2.3.4. Acceso electrónico

Las subastas de derechos de emisión se desarrollarán electrónicamente. Ello implica que los interesados en participar deberán presentar sus pujas a través de las aplicaciones informáticas creadas al efecto. A través de estas aplicaciones se deberán presentar las pujas, pero únicamente se admitirán si la aplicación está abierta. Es decir, cada plataforma dispondrá de una aplicación que abrirá cada día en que se celebre una subasta. Las aplicaciones se abrirán y cerrarán en el mismo día, pero deberán estar abiertas no menos de dos horas. Será durante este lapso de tiempo en el que los postores podrán presentar las pujas, pues una vez que la aplicación se cierre las pujas que se presenten se rechazarán. El Reglamento exige que no se superpongan dos o más aplicaciones abiertas, con independencia de si se celebran por la misma plataforma o no. En otras palabras, durante un mismo día podrá celebrarse más de una subasta por la misma plataforma o por diferentes, pero en cualquier caso entre la apertura de una aplicación y otra deben transcurrir al menos dos horas³⁶.

2.3.5. Frecuencia

En nuestra opinión, el marco ideal de frecuencia sería aquel que garantizara: por un lado, la competitividad de las pujas; por otro, la reducción de los costes de participación y organización y, por último, la liquidez del mercado secundario. Pero este marco es difícil de conseguir en los primeros años de la tercera fase por la escasa experiencia en el marco de la subasta de derechos de emisión.

Finalmente, el documento de acompañamiento al borrador del Reglamento concluye a favor de una elevada frecuencia de las subastas. Por ello, se opta por que las subastas de derechos de emisión para las instalaciones fijas se celebren con una frecuencia semana; mientras que, los derechos para el sector aéreo se subasten dos al mes³⁷.

³⁵ Vid. el considerando 16 y el art. 5 del Reglamento comunitario.

³⁶ Vid. el art. 8 del Reglamento comunitario.

³⁷ Vid. el art. 8.4 del Reglamento comunitario. El Commission Staff Working Document..., *op. cit.*, p. 24, recoge que la elección de la frecuencia semanal supone la celebración de 50 subastas semanales con más de 20 millones de derechos cada una; siendo este volumen de derechos comparable al volumen diario de intercambios de derechos en el mercado. Durante el 2010, el Reino Unido tiene previsto celebrar 8 subastas con un tamaño de 4.4 millones de derechos; por su parte, Alemania celebrará una 100 subastas con 0.4 millones de derechos –esta alta frecuencia se justifica por el hecho de que se subastan contratos *spots* y futuros, ambos con

Tal y como determina el propio documento que acompaña al borrador del Reglamento comunitario que evalúa el impacto de la subasta, desde un punto de vista teórico y técnico las subastas de derechos deben celebrarse durante todo el año. El Reglamento prevé que las subastas se desarrollen según el calendario de los mercados financieros internacionales, de manera que se consideran días inhábiles los que coinciden con fiestas públicas. Siguiendo estas premisas, a partir de la sexta subasta, el volumen de derechos a subastar se distribuirá equitativamente a lo largo de los doce meses, según lo previsto en el calendario del mercado financiero internacional, con la excepción del mes de agosto, que se subastarán la mitad de los derechos, y los quince días de Navidad, que no se celebrarán subastas³⁸.

2.3.6. Proceso de participación

Analizado que el desarrollo y ejecución de la subasta se llevará a cabo por la plataforma, nacional o supranacional, a través de una aplicación informática conectada a la red y determinados quienes son los participantes que pueden concurrir a ella; solamente nos queda estudiar cómo debemos proceder para presentar pujas sobre los derechos de emisión subastados.

2.3.6.1. Solicitud de admisión a la participación

Todos los sujetos facultados para la subasta, previamente, deberán solicitar su admisión a la plataforma que desarrolle la subasta en la que se quiera concurrir demostrando que reúnen los requisitos de participación. Este proceso de admisión se realizará a través de una aplicación electrónica accesible a través de internet, al menos quince días antes de que se abra la primera aplicación de subasta en la que se pretenda participar³⁹.

2.3.6.2. Presentación de la puja

El Reglamento comunitario solamente exige para que la puja sea aceptada que ésta se presente facilitando la siguiente información, ya intervenga directa o indirectamente. Primero, la identidad del postor, indicando si su participación es en nombre propio o en representación de un cliente. En este último caso, de participación indirecta, la empresa de inversión o institución de crédito deberá facilitar la identidad de

una frecuencia semanal-. Aunque hay que tener en cuenta que el volumen de derechos que se subastará durante el 2010 será muy inferior a la cantidad de derechos que se subastará en la tercera fase.

³⁸ Vid. Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying document to the Commission Regulation on the timing, administration and the other aspects of auctioning of greenhouse gas emission allowances pursuant to Article 10.4 of Directive 2003/87/EC, de 8 de febrero de 2010, SEC (2010); y los apartados 2 y 5 del art. 8 del Reglamento comunitario.

³⁹ Vid. el art. 20.2 del Reglamento comunitario.

su cliente. Segundo, el número de lotes por los que presenta la puja. Si la subasta se celebra antes de adoptarse las medidas legales y medios técnicos necesarios para garantizar la correcta entrega de los derechos, el número de lotes por los que se puja deberán ser múltiplos de 500, mientras que si estas medidas ya han sido adoptadas, deberá ser múltiplo de 1000. Y cuarto, el precio expresado en euros y con dos decimales⁴⁰.

El momento en que deberán presentarse las pujas coincidirá con el período de tiempo en que la aplicación de subasta se mantenga abierta. Mientras que la aplicación permanezca abierta podrán presentarse pujas, modificarse o retirarse. Con carácter general, cuando la aplicación se cierre no podrán presentarse pujas, ni modificarse, ni retirarse, salvo cuando un participante indirecto haya cometido un error material al presentar la puja de su cliente. En este caso, se permite la retirada de la puja después de haberse cerrado la aplicación, pero antes de haberse determinado el precio de adjudicación de los derechos⁴¹.

2.3.6.3. Celebración de la subasta y asignación de los derechos

Una vez cerrada la aplicación de la subasta, la plataforma procederá automáticamente a identificar las pujas ganadoras y a calcular el precio de adjudicación. Como el formato de subasta elegido es de precio uniforme, todos los postores que resulten ganadores pagarán el mismo precio de adjudicación por sus pujas ganadoras, con independencia de la valoración efectuada.

Seguidamente, no más de quince minutos después de haberse cerrado la aplicación, la plataforma anunciará los resultados de la misma. Este anuncio deberá ofrecer, como mínimo, la siguiente información: el volumen de derechos subastado, el precio de adjudicación en euros, el volumen de pujas admitidas, el número de participantes y de ganadores, el volumen de derechos que no ha sido adjudicado, si lo hubiera y, por último, los ingresos generados y su distribución entre los Estados miembros, cuando se celebre por una plataforma supranacional⁴².

Paralelamente, la plataforma deberá informar individualmente a cada postor ganador sobre: el número de derechos que le son asignados, el modo en que se resuelven empates de pujas ganadoras, el desembolso económico necesario para adjudicarse los derechos resultantes de las pujas ganadoras y el plazo que se le concede para efectuar dicho pago⁴³.

⁴⁰ Véanse, los apartados 1 y 2 del art. 6 del Reglamento comunitario.

⁴¹ *Vid.* el art. 6 del Reglamento comunitario.

⁴² *Vid.* los apartados 1 y 2 del art. 53 del Reglamento comunitario.

⁴³ *Vid.* el apartado 3 del art. 53 del Reglamento comunitario.

Recibida esta notificación, los postores ganadores deberán proceder a transferir íntegramente el precio notificado, a través del sistema de compensación y liquidación, a la cuenta bancaria del subastador, ya sea directamente o tramitando esta transferencia a través de las empresas de inversión o instituciones de crédito. Cuando la subasta la celebre una plataforma supranacional, los ingresos generados en cada se transferirán a la cuenta de cada Estado miembro en proporción a la cantidad de derechos que se subasta de cada uno⁴⁴.

Si el postor ganador no efectúa el pago íntegro de la cantidad exigida por la plataforma en la notificación individualizada, los derechos se retendrán. El borrador del Reglamento recogía en el art. 39 que la plataforma retendría los derechos por falta de pago como máximo durante cinco días hábiles o hasta que se efectúe el pago íntegro si éste se produjera en un momento anterior. En estas situaciones de impago, la plataforma, si así lo prevé en el contrato uniforme estandarizado suscrito con el participante, podrá exigir intereses diarios y ejecutará la garantía depositada por el participante⁴⁵.

Solventado el pago a través del sistema de compensación y liquidación de la plataforma, se procederá a la asignación de los lotes de derechos a las pujas ganadoras mediante la transferencia de los derechos a la cuenta de haberes de los postores ganadores. El borrador del Reglamento preveía que si el sistema de compensación y liquidación no efectuaba la transferencia de los derechos, el postor ganador podía retirar la puja presentada, rescindiendo el contrato con la plataforma, o manteniéndola y recibir los derechos posteriormente. En el primero de los casos, de rescisión del contrato, el postor tendrá derecho a recibir el depósito o garantía más el interés diario que generara el mismo⁴⁶.

2.4. Excepciones sectoriales al régimen general de asignación

Como ya hemos apuntado, aunque el sistema de asignación expuesto constituye la regla general para la distribución originaria de los derechos, se prevén excepciones para determinados sectores. Concretamente, los de generación de electricidad, captura, transporte y almacenamiento de CO₂, así como para los sectores expuestos a un riesgo significativo de «fuga de carbono».

Por lo que respecta a los dos primeros sectores, generación de electricidad y captura, transporte y almacenamiento de CO₂, la Directiva prevé que a partir de 2013 no recibirán ningún derecho gratuitamente, obligándoles, de este modo, a acudir a la subasta o al mercado secundario a adquirir los derechos que necesiten para compensar sus emisiones verificadas. La justificación de estas dos excepciones se fundamenta, por

⁴⁴ Vid. el art. 36 del Reglamento comunitario.

⁴⁵ Vid. el art. 39 del borrador de Reglamento comunitario.

⁴⁶ Vid. el art. 40 del Reglamento comunitario y el art. 42 del Borrador del Reglamento comunitario.

un lado, en la capacidad que tiene el sector de eléctrico para repercutir el incremento del coste de producción sobre los consumidores. Y, por otro lado, en el incentivo que se confiere al sector de captura, transporte y almacenamiento de CO₂ de liberarse de la entrega de los derechos correspondientes a las emisiones que almacenan⁴⁷.

Previsión totalmente diferente hace la Directiva respecto de los sectores expuestos a un significativo «riesgo de fuga». Con el término «fuga de carbono» se hace referencia al riesgo de que empresas de sectores sujetos a una fuerte competencia internacional puedan decidir «relocalizarse», es decir, trasladarse de la UE a países terceros que impongan limitaciones menos estrictas en materia de emisiones de gases de efecto invernadero.

Debido al frustrante resultado de la COP 15, celebrado en Copenhague sobre la lucha mundial contra el cambio climático post- Kyoto, y como ya advertía la Directiva 2009/29 «en caso de no participar en ese acuerdo internacional otros países desarrollados ni otros grandes emisores de gases de efecto invernadero, podría provocarse un aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero en terceros países en los que no se impusieron a la industria limitaciones comparables en materia de emisiones de carbono (fuga de carbono) y, al mismo tiempo, algunos sectores y subsectores comunitarios grandes consumidores de energía, sujetos a la competencia internacional, podrían verse en una situación de desventaja económica. Eso podría socavar la integridad ambiental y los resultados positivos de las acciones comunitarias»⁴⁸. Para evitar este fenómeno, la Directiva 2009/29 prevé que a estos sectores se les confiera un trato especial, de modo que se garantice el 100% de los derechos de forma gratuita⁴⁹.

⁴⁷ Según el considerando 19 de la Directiva 2009/29 «Para evitar distorsiones de la competencia, los generadores de electricidad pueden recibir derechos de emisión de forma gratuita por los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración y por el calor y la refrigeración producidos mediante la cogeneración de alta eficiencia como se define en la Directiva 2004/8/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía, en el caso de que este tipo de calor generado por instalaciones de otros sectores recibiera derechos de emisión gratuitos». Vid. la Directiva 2004/8/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía, DOUE L 52, de 21 de febrero de 2004, p. 50.

⁴⁸ Vid. el considerando 24 de la Directiva 2009/29.

⁴⁹ Vid. el apartado 1 del art. 10 *ter* de la Directiva 2009/29. Los principales criterios utilizados para identificar los sectores expuestos a riesgo de fuga se determinan en los apartados 15 y 16 del art. 10 *bis* de la Directiva 2009/29, siendo estos: a) La suma de los costes adicionales directos e indirectos derivados de la aplicación de la presente Directiva puede dar lugar a un aumento sustancial del coste de producción, calculado como proporción del valor bruto añadido, del 5% como mínimo, y b) La intensidad del comercio con terceros países, definida como la

3. Atribución a la Comisión de cierto control sobre el mercado

A partir del año 2013 el precio del derecho de emisión adquirirá un papel mucho más relevante que el de los dos períodos anteriores, principalmente por dos motivos: uno porque la mayoría de los Estados durante las dos primeras fases han optado por asignar prácticamente el 100% de forma gratuita y, otro, debido a que las dos primeras fases, sobretudo la primera, se han caracterizado por la sobre-asignación de derechos. Ambas circunstancias han facilitado a las instalaciones afectadas el cumplimiento de sus obligaciones sin ningún coste económico, en la mayoría de los casos. Esto ha ocasionado que el precio del derecho en el mercado llegue, en algunos momentos, a acercarse a su coste en la asignación gratuita⁵⁰.

A partir de 2013 esta situación cambiará forzosamente debido a que el porcentaje de derechos asignados gratuitamente irá descendiendo progresivamente y porque determinados sectores no recibirán ningún derecho gratuitamente. Esto implicará que necesariamente deberán acudir a la subasta o al mercado para cumplir con su obligación de entrega. Por tanto, las instalaciones afectadas verán cómo progresivamente se incrementan sus costes de producción para cumplir con la obligación de entrega.

Estas circunstancias obligan a la Comisión a controlar el funcionamiento del mercado para evitar que el precio del derecho alcance unos valores económicamente insostenibles para las instalaciones afectadas o que sufra variaciones excesivas. Por este

proporción entre el valor total de las exportaciones a terceros países más el valor de las importaciones de terceros países y la dimensión total del mercado para la Comunidad (volumen de negocios anual más el total de las importaciones de terceros países), sea superior al 10%. (...) También se considera que un sector o subsector está expuesto a un riesgo significativo de fuga de carbono si: a) La suma de los costes adicionales directos e indirectos derivados de la aplicación de la presente Directiva puede dar lugar a un incremento particularmente elevado del coste de producción, calculado como una proporción de valor bruto añadido del 30% como mínimo, o b) La densidad del comercio con terceros países definida como la proporción entre el valor total de las exportaciones a terceros países más el valor de las importaciones de terceros países y la dimensión total del mercado para la Comunidad (volumen de negocios anual más el total de las importaciones de terceros países), sea superior al 30%. *Vid.* la Decisión de la Comisión, de 24 de diciembre de 2009, por la que se determina, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento y del Consejo, una lista de los sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono, DOUE L 1, de 5 de enero de 2010, pp. 10-18.

⁵⁰ *Vid.* MARCOS, E.; MORAGAS, J. R. y ROMERO, I.: *El Mercado de Emisiones de CO₂ en 2008: transacción hacia un Mercado mundial*, SENDECO2, 2008, disponible en www.sendeco2.com. La Bolsa Sendeco2 elabora un informe del mercado español de derechos de emisión mensual y concretamente en el anteriormente citado indica que el precio de los derechos durante el PNA I finalizó 2008 con un valor de 0,01 € la Tonelada de CO₂. El informe concluye advirtiendo que «de aquí se obtiene la primera lección aprendida: no se puede asignar demasiados derechos a la industria, en un Mercado donde se pretende dar la sensación de escasez».

motivo, la Directiva 2009/29 prevé que la Comisión controle el funcionamiento del mercado, cosa que no hace la Directiva 2003/87. Se prevé que ante fluctuaciones excesivas del precio de los derechos, en comparación con los precios en el mercado secundario durante los dos años anteriores, la Comisión podrá acordar cualquiera de las siguientes medidas: a los Estados que adelanten la celebración de la subasta sobre un porcentaje de derechos pendiente de subastar, o subastar hasta el 25% de las asignaciones restantes de la reserva para nuevos entrantes. Con esta medida de inyección de derechos en el mercado se pretende estabilizar el precio de los derechos en el mercado y, en consecuencia, aumentar la accesibilidad de las instalaciones afectadas a los derechos⁵¹.

⁵¹ Vid. el art. 10 apartado 5 y el art. 29 *bis* de la Directiva 2009/29.