

# EL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIONES DE CO<sub>2</sub> EN LA UE, ¿ESPERANZA PARA EL CLIMA O NUEVO MODELO DE MERCADEO?

PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ\*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PREHISTORIA.
- III. LA PROTOHISTORIA.
- IV. LA HISTORIA.
- V. LA INTRAHISTORIA.
- VI. LA CONTRA HISTORIA DE LOS ESTADOS.
- VII. LA CONTRA HISTORIA JUDICIAL DE LOS PARTICULARES.
- VIII. CONCLUSIONES: ¿EL FIN DE LA HISTORIA?

## I. INTRODUCCIÓN

En 1991 la entonces Comunidad Europea (CE) a través de la Comisión Europea, autorizada por el Consejo, participó en las negociaciones para la adopción de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 9 de mayo de 1992<sup>1</sup>. Dicha Convención Marco fue ratificada por la CE el 15 de diciembre de 1993<sup>2</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho Internacional Público, titular de la Cátedra *Jean Monnet* de la Unión Europea, Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla, España. Visiting Professor, Università di Cagliari, Italia. Este trabajo en progreso (*work in progress*) se realiza en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía P08-SEJ-3524, titulado *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional*, del que soy Investigador Principal. Se ha elaborado en una larga estancia de investigación y docencia en la Universidad de Cagliari. Está dedicado al que fuera mi primer profesor de Derecho Internacional, compañero y amigo José Manuel Peláez Marón, europeísta entusiasta y enamorado medioambiental.

<sup>1</sup> Esta Convención está en vigor desde el 21 de marzo de 1994 y, hasta ahora, ha recibido 192 instrumentos de ratificación (ver el estado actual de ratificaciones en <http://unfccc.int/files>).

<sup>2</sup> Decisión 94/69/CE, de 15 de diciembre de 1993, DO n.º L 033 de 07/02/1994 pp. 11-12

Sin embargo, esta Convención Marco no plantea compromisos concretos en la lucha contra el cambio climático, aunque como bien dicen Peeters y Deketelaere, como cualquier otro producto de «Río» el texto de la Convención Marco sobre Cambio Climático refleja un equilibrado ejercicio entre la soberanía nacional y la responsabilidad estatal colectiva y entre el desarrollo económico y las restricciones ecológicas<sup>3</sup>. Por ello, las Partes en la misma, incluida la CE, inician una nueva negociación para establecer medidas concretas de reducción de gases de efecto invernadero<sup>4</sup>. En tal sentido se consigue diseñar un modelo de reducciones en el llamado Protocolo de Kioto<sup>5</sup>, adicional a la citada Convención Marco. Este Protocolo de Kioto se firma el 11 de diciembre de 1997, aunque la CE lo haría el 29 de abril de 1998, depositando el instrumento de aprobación el 31 de mayo de 2002<sup>6</sup> para su entrada en vigor el 16 de febrero de 2005<sup>7</sup>.

La Unión Europea, como abanderada de la lucha contra el cambio climático, probablemente porque emite el 24.4% de los gases de efecto invernadero del planeta, ha tratado de implementar las medidas establecidas en el Protocolo de Kioto. Entre las muchas medidas que ha recogido en su variado panel de normas jurídicas, una de ellas ha sido establecer restricciones a las emisiones de CO<sub>2</sub>, creando a su vez un mercado de emisiones que no ponga en riesgo su desarrollo económico.

En el marco de esas medidas, los Estados Miembros de la Unión Europea se han visto obligados a establecer Planes Nacionales de Asignación de emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera.

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de las normas europeas respecto al comercio de emisiones de

<sup>3</sup> PEETERS, M. & DEKETELAERE, K. (Eds), *EU climate change policy: the challenge of new regulatory initiatives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, United Kingdom, 2006, p. 27.

<sup>4</sup> Se aplica a seis gases: dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>); metano (CH<sub>4</sub>); óxido nitroso (N<sub>2</sub>O); hidrofluorocarbonos (HFC); perfluorocarbonos (PFC); hexafluoruro de azufre (SF<sub>6</sub>). Sin embargo, el más importante es el CO<sub>2</sub>, que supone un 80% del impacto total. Por ello, a veces, en el análisis se hace referencia expresa a este gas.

<sup>5</sup> Un comentario sobre el Protocolo de Kioto bastante detallado puede verse en OBERTHÜR, S. & OTT, H. E., *The Kyoto-Protocol - International Climate Policy for the 21st Century*, Springer-Verlag, Berlin, 1999. En su primera parte, además, pueden encontrarse argumentos para conocer el proceso de las negociaciones y los compromisos adquiridos.

<sup>6</sup> Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25 de abril de 2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *DO* n.º L 130 de 15/5/2002, pp. 1-3.

<sup>7</sup> Ver el estado actual de ratificaciones, aprobaciones o adhesiones en <http://unfccc.int>.

gases de efecto invernadero a la atmósfera, en relación con el Derecho de la Unión Europea. Pero, ¿ha sido capaz de verificar el bien jurídico protegido, sobre la base del objetivo fundamental para el que sirve este instrumento legal?

Dependiendo de las respuestas que hayan dado todos los actores en esta materia, los Estados, las empresas, la Comisión, el Consejo, el Tribunal de Justicia, los Tribunales nacionales, estaremos en disposición de saber si hacen un bien al clima o, por el contrario, a la economía de unos pocos.

Desde luego, como internacionalista, el análisis se centra en los aspectos de las obligaciones internacionales y en el desarrollo del marco jurídico comunitario. Por tanto, a pesar de que pueda haber alguna referencia específica al régimen jurídico español (o de algún otro Estado), este no es el centro del análisis, donde ha habido excelentes monografías que lo han planteado magistralmente en el ámbito mercantil<sup>8</sup>, administrativo<sup>9</sup>, tributario<sup>10</sup> e incluso económico<sup>11</sup>.

## II. LA PREHISTORIA

En términos absolutos, consideraremos la prehistoria el tiempo dado entre las primeras apreciaciones científicas del cambio climático antropogénico<sup>12</sup> hasta que se deciden las primeras medidas jurídicas para su mitiga-

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, una reflexión desde el punto de vista mercantil, donde se defiende el valor del mercado en este tema, lo encontramos en ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F., *El precio del aire, Aspectos jurídicos del Mercado de Derechos de Emisión*, El Fisco, Barcelona, 2005.

<sup>9</sup> SANZ RUBIALES, Í., PARDO ÁLVAREZ, M., ANIBARRO PÉREZ, S., MACERA TIRAGALLO, B. F., MARTÍNEZ PÉREZ, E., CARO-PATÓN CARMONA, I., *El mercado de derechos a contaminar*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

<sup>10</sup> AURA Y LARIOS DE MEDRANO, A., BILBAO ESTRADA, I. & MARCO MARCO, J., «Problemática de la Incorporación al Ordenamiento Español de Prestaciones Patrimoniales Públicas Creadas por el Derecho Comunitario: Especial Referencia a la Obligación de Entrega de Derechos de Emisión de CO<sub>2</sub>», en *Documentos Instituto Estudios Fiscales*, n.º 27/07 (www.ief.es).

<sup>11</sup> GUTIÉRREZ FRANCO, Y., *El comercio de emisiones de gases de efecto invernadero en la Unión Europea: efectos sobre el crecimiento económico y la calidad ambiental*. Tesis Doctoral, 2004, Universidad Complutense de Madrid (<http://eprints.ucm.es>).

<sup>12</sup> Sobre la realidad o no del cambio climático antropogénico, es decir el provocado como resultado de la acción humana, han corrido ríos de tinta, desde réplicas (ORESKE, N., «Beyond the Ivory Tower, The Scientific Consensus on Climate Change», en *Science*, vol. 306, n.º 5702, 3 December 2004, p. 1686) a contraréplicas (PIELKE, R. A. Jr., «Consensus

ción. Pues bien, si nos situamos a finales del siglo XIX podremos comprobar la existencia, ya entonces, de alteraciones climáticas, sin que pudieran achacarse directamente al ser humano. De hecho, no se hablaba de calentamiento global sino de enfriamiento global y, además, no eran tiempos en que la industrialización provocara emisiones masivas de CO<sub>2</sub>, responsable, en gran parte, de lo que hoy entendemos por cambio climático antropogénico.

De hecho, hay pequeñas referencias periodísticas como la que hace Horn<sup>13</sup>. Pero esto no puede considerarse ni científico ni siquiera prehistórico, en todo

---

About Climate Change?, Response from Naomi Oreskes», en *Science*, n.º 13 May 2005: 952-954), a negacionismos, más o menos interesados o informados (ALCALDE, J., *Las Mentiras del Cambio Climático*, Ed. Manos Libres, Madrid, 2007), desde planteamientos derrotistas o catastrofistas (RUIZ DÍAZ, J.A. et al., *Cambio climático ¿un desafío a nuestro alcance?*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009), pasando por ensayos novelados (CRICHTON, M., *State of Fear*, HarperCollins, USA, 2004; existe traducción en español, *Estado de Miedo*, Plaza & Janés, Madrid, 2004), hasta sencillas obras de teatro (WWF, *Las Víctimas del Cambio Climático*, <http://assets.wwfspan.panda.org>), etc. Sin embargo, en un contexto jurídico me limito a las consideraciones científicas del órgano que tiene atribuida la función de fijar estos asuntos. Véase, en este sentido, pues, ALLEY, R. et al., *Climate change: The physical science basis: Summary for policymakers. Intergovernmental Panel on Climate Change: IPCC Secretariat*, Geneva 2007, ([www.ipcc.ch](http://www.ipcc.ch)). Ahora bien, esto no significa que las verdades científicas del Panel de Expertos sean inmutables. De hecho, recientemente, ha habido evidencias científicas demostrables, contrarias a las opiniones científicas del Panel. Véase, por ejemplo, SCHERLER, D., BOOKHAGEN, B. & STRECKER, M. R., «Spatially variable response of Himalayan glaciers to climate change affected by debris cover», en *Nature Geoscience*, vol. 4, 2011, pp. 156-159. Sin embargo, yo debo mantener lealtad científica al órgano jurídico, creado como órgano subsidiario del sistema de Naciones Unidas.

<sup>13</sup> Quien nos recuerda que «El 24 de febrero de 1895, el New York Times informó: «geólogos piensan que el mundo se pueden congelar de nuevo». La información se preguntaba «si las continuadas observaciones recientes y de largo plazo no apuntan a la llegada de un segundo período glacial (...)». En 1912, poco después del hundimiento del Titanic por un iceberg, el New York Times informó sobre la predicción de un profesor de la Universidad de Cornell: «Profesor Schmidt nos advierte de que una edad de hielo nos invade». En el mismo día, el diario *Los Angeles Times* decía: «Quinta edad de hielo está en camino. ... la raza humana tendrá que luchar por su existencia contra el frío», HORN, A., *MSM Inertia: What We Can Learn from 120 Years of Climate Catastrophe Reporting*, 5 December, 2010, en <http://pajamasmedia.com>. El texto original lo dice como sigue: «On February 24, 1895, the *New York Times* reported: «Geologists think the world may be frozen up again.» The story wondered «whether recent and long continued observations do not point to the advent of a second glacial period (...) In 1912, shortly after the sinking of the *Titanic* by an iceberg, the *New York Times* reported on a professor from a Cornell University: «Professor Schmidt warns us of an encroaching ice age.» On the very same day, the *Los Angeles Times* reported:

caso, la prehistoria paleolítica, porque no se trataba ni de calentamiento de la tierra ni por causas antropogénicas.

Es, con la gran revolución industrial, cuando se empiezan a quemar, de forma masiva, los materiales fósiles, inicialmente la hulla, luego el carbón y, finalmente el petróleo. Aquí podríamos decir ya que si hubo especulaciones científicas sobre las consecuencias de la combustión del carbono sobre la atmósfera<sup>14</sup>. Todos hablan de Joseph Fourier, que siendo físico y matemático, fue el primer científico que en 1824 ya hizo observaciones sobre el calentamiento de la tierra, aunque, obviamente, no relacionadas con la actividades del ser humano; o John Tyndall que demostró que el metano y el CO<sub>2</sub> eran gases opacos para la radiación infrarroja. A ellos les seguirían evidencias científicas contrastadas<sup>15</sup> sobre los efectos de los gases de efecto invernadero en el calentamiento global de la tierra<sup>16</sup>. Ya en los años 70 del siglo XX varios climatólogos advirtieron de la posibilidad de un calentamiento global por el aumento de CO<sub>2</sub> atmosférico<sup>17</sup>.

Aquí comienzan las primeras manifestaciones políticas que se traducirían luego en manifestaciones jurídicas, en el seno de las organizaciones internacionales, hasta llegar al establecimiento de instrumentos jurídicos como el que se analiza en estas páginas, el comercio de emisiones de gases de efecto invernadero.

---

«Fifth ice age is on the way. ... Human race will have to fight for its existence against the cold». En esta misma web podemos ver los artículos publicados en Estados Unidos desde 1895 relacionados con el cambio climático.

<sup>14</sup> Ver estos inicios en WEART, S. R., «Introduction, a Hyperlinked History of Climate Change Science», en WEART, S. R., *The Discovery of Global Warming*, Junio 2007. Ver: [www.aip.org](http://www.aip.org).

<sup>15</sup> En este sentido, véase ABBOT, Ch. G., and FOWLE, F.E. Jr., «Income and Outgo of Heat from the Earth, and the Dependence of Its Temperature Thereon», en *Annals of the Astrophysical Observatory* (Smithsonian Institution, Washington DC) vol. 2, 1908, pp. 159-176; ABARBANEL, A. and MCCLUSKEY, T., «Is the World Getting Warmer?», en *Saturday Evening Post*, 1 July, 1950, pp. 22-23 y 57-63, respectivamente, o ya BETTY BALDWIN, J., POLLACK, B., SUMMERS, A., TOON, O. B., SAGAN, C. & VAN CAMP, W., «Stratospheric Aerosols and Climatic Change», en *Nature*, vol. 263, 1976, pp. 551-555.

<sup>16</sup> Una simple pero útil y efectiva historia científica sobre el cambio climático antropogénico, útil para no especialistas y juristas, sería SÁNCHEZ M., J. C., *Historia del Cambio Climático*, en <http://www.vitalis.net>. En ella se refleja de forma sucinta el proceso científico de construcción del cambio climático antropogénico. Una extensísima bibliografía científica desde finales del siglo XIX, véase en [www.aip.org](http://www.aip.org).

<sup>17</sup> LIZANA AVIA, M., «El cambio climático global y su impacto en la biodiversidad mundial y española», en RUIZ DÍAZ, J. A. et al., *Cambio climático ¿un desafío a nuestro alcance?*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009, p. 106.

En este sentido, las primeras manifestaciones políticas de preocupación por las alteraciones del clima, por causas antropogénicas, se realizan en la I Conferencia Mundial sobre el Clima, que tuvo lugar en Ginebra en 1979. Esta Conferencia se celebra en el marco jurídico de la Organización Meteorológica Mundial (OMM), organismo especializado del sistema de Naciones Unidas.

El impacto jurídico de esta Conferencia podemos trazarlo en tres aspectos: la creación de programas específicos de cooperación, el primer tratado de referencia en la materia y, por fin, la toma de conciencia jurídica de la comunidad internacional.

En cuanto al primer impacto jurídico, la Conferencia logra crear un Programa Mundial sobre el Clima (PMC) con el objetivo principal de ofrecer el marco de referencia para la cooperación internacional en investigación y la plataforma para identificar las cuestiones climáticas de los años 80 y 90: el agotamiento del ozono y el calentamiento de la Tierra.

Para ello se instauran cuatro componentes: el Programa Mundial de Datos y Vigilancia del Clima (PMDVC), el Programa Mundial de Aplicaciones y Servicios Climáticos (PMASC), el Programa Mundial de Evaluación del Impacto del Clima y Estrategias de Respuesta (PMEICER), y el Programa Mundial de Investigaciones Climáticas (PMIC)<sup>18</sup>.

El segundo impacto jurídico fue la elaboración del Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, de 13 de noviembre de 1979<sup>19</sup>, en cuya negociación ya participó la entonces CEE y de la que el Consejo tomó la Decisión de su aprobación<sup>20</sup> y el Convenio para

---

<sup>18</sup> Todos estos Programas se pueden ver en la web de la Organización Meteorológica Mundial, disponibles solamente en inglés: [www.wmo.int](http://www.wmo.int).

<sup>19</sup> Ver el Instrumento de Ratificación de España en el *BOE* núm. 59/1983, de 10 de marzo de 1983.

<sup>20</sup> Decisión 81/462/CEE del Consejo, de 11 de junio de 1981, relativa a la celebración del Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, *DO L* 171 de 27 de junio de 1981. Este Convenio tendría luego varios Protocolos como El Protocolo de Helsinki para reducir las emisiones de los compuesto de azufre, 1985, el Protocolo de Sofía para reducir los óxidos de nitrógeno, 1988, el Protocolo de Ginebra para el control de las emisiones de los compuestos orgánicos volátiles, de 1991, el Protocolo de Oslo para una reducción adicional de los compuestos de azufre, de 1994, el Protocolo de Aarhus para la reducción de las emisiones de Metales Pesados (cadmio, plomo y mercurio), de 1998, el Protocolo de Aarhus para la eliminación de descargas, emisiones y vertidos de contaminantes orgánicos persistentes, de 1998 y el Protocolo de Gotemburgo para el control de la acidificación, eutrofización y ozono troposférico, de 1999. Véase un análisis jurídico en RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E., *La contaminación transfronteriza: su regulación en el derecho internacional*, Universidad Iberoamérica, University of California, 2003.

la Protección de la Capa de Ozono que se acordó en Viena de 22 de marzo de 1985<sup>21</sup>, con su importante Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987<sup>22</sup>.

Este último Protocolo tiene una relevancia mayor respecto al comercio de emisiones de CO<sub>2</sub> porque, aparte de las obligaciones que generaba para los Estados, este Protocolo establecía un Fondo Multilateral donde los países desarrollados financiaran a los países en vías de desarrollo en cuanto a los aspectos que suponían la aplicación del citado Protocolo, es decir, un mecanismo que ya podríamos llamar de desarrollo limpio, tal como luego se contemplaría en el mercado de emisiones, que más adelante desarrollaremos y al que cuatro organismos han aportado su apoyo de ejecución, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial y el Banco Mundial.

En cuanto al tercer impacto, la toma de conciencia jurídica de la comunidad internacional se produce con la aprobación de un modesto pero contundente instrumento de iniciativa jurídica, aunque tuvo que esperar más de ocho años: la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 43/53, de 6 de diciembre de 1988.

Esta Resolución considera que debe asignarse la máxima prioridad a las actividades relacionadas con el Programa Mundial del Clima.

En su parágrafo 10, pide expresamente a la OMM y al Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente «la identificación y posible fortalecimiento de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes que guarden relación con el clima».

<sup>21</sup> Para un estudio completo de la respuesta jurídica, ver GILES CARNERO, R., *La amenaza contra la capa de ozono y el cambio climático: respuesta jurídico-internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2003.

<sup>22</sup> Ver también el Protocolo de Enmienda de Londres de 1990 que añadió el metilcloroformo, el tetracloruro de carbono y otra serie de CFC a los calendarios de eliminación y estableció un mecanismo para prestar asistencia financiera y técnica a las Partes que son países en desarrollo, el Protocolo de Enmienda de Copenhague, de 1992, que agregó los hidroclorofluorocarbonos (HCFC), los hidrobromofluorocarbonos (HBFC) y el metilbromuro a los calendarios de eliminación y que creó oficialmente el Fondo Multilateral como canal de transferencias financieras y de tecnología a los países en desarrollo, el Protocolo de Enmienda de Montreal, de 1997, que creó un sistema de licencias para importaciones y exportaciones de SDO, principalmente para hacer frente al comercio ilícito cada vez mayor en esas sustancias y el Protocolo de Enmienda de Beijing, de 1999, que agregó el bromoclorometano a los calendarios de eliminación e incluyó en los controles de HCFC también la producción, además de los controles revisados de consumo.

Ya sé que estamos hablando de una Resolución de la Asamblea General, sin contenido normativo pero es un acto jurídico, en el marco de la prehistoria del comercio de emisiones de CO<sub>2</sub>.

Ya no había marcha atrás. Estaban implicados casi todos los Estados del mundo en esta necesidad de crear instrumentos jurídicos para mitigar el calentamiento global de la tierra, como efecto de la acción del ser humano.

En 1988, la OMM y el PNUMA crearon, finalmente el Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), lo que señaló una nueva ruta hacia la entrada en la protohistoria del comercio de emisiones de CO<sub>2</sub>. Es más, aunque es un órgano técnico, en realidad es quien fija los parámetros de las negociaciones y, de hecho, sirve de primer foro de discusión internacional.

### III. LA PROTOHISTORIA

Si entendemos la protohistoria como el periodo en el que, aun no habiendo manifestaciones jurídicas del tema que nos ocupa, el comercio de emisiones de CO<sub>2</sub>, como instrumento de lucha contra el cambio climático, si se dan otras manifestaciones jurídicas sobre las que descansa el instrumento jurídico principal de referencia.

En este sentido, es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 9 de mayo de 1992<sup>23</sup>, el texto jurídico más completo en el contexto de la lucha contra el cambio climático a nivel mundial o lo que Sarasíbar llama la «fiebre del planeta»<sup>24</sup>.

La Comunidad Europea también participó en su negociación y adopción, así, el 4 de febrero de 1991<sup>25</sup>, el Consejo autorizó a la Comisión para que participara, en nombre de la Comunidad Europea, en las negociaciones sobre la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, que fue ratificada a través de la Decisión 94/69/CE, de 15 de diciembre de 1993<sup>26</sup>.

Uno de los mayores logros de esta Convención fue la definición del principio de las «responsabilidades comunes pero diferenciadas».

<sup>23</sup> En vigor desde el 21 de marzo de 1994.

<sup>24</sup> SARASÍBAR IRIARTE, M., *Régimen jurídico del cambio climático*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 227.

<sup>25</sup> Esto hizo que la CE empezara a plantearse la cuestión del comercio de emisiones. Ver PEETERS, M. «Towards a European System of Tradable Pollution Permits?», en *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 2, n.º 2, 1993, pp. 117-134.

<sup>26</sup> DO n.º L - 33 de 7 de Febrero de 1994, pp. 11-12.

Ahora bien, el almacén del que luego se colgaría el comercio de emisiones de la Unión Europea sería el Protocolo de Kioto de 11 de diciembre de 1997, es más, en realidad, uno de los grandes méritos del Protocolo de Kioto ha sido el de facilitar el desarrollo del mercado de emisiones<sup>27</sup>, en tanto en cuanto es una medida para la consecución de una de las aspiraciones más firmes del Protocolo<sup>28</sup>.

Cuando el Protocolo de Kioto establece la necesidad de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero a los niveles de 1990 para el periodo 2008-2012<sup>29</sup> (las negociaciones celebradas en Copenhague<sup>30</sup> y Cancún<sup>31</sup> han buscado prolongar los efectos del Protocolo de Kioto hasta 2020 pero sin éxito), no está estableciendo una obligación jurídica, sino una aspiración, un primer paso para establecer objetivos cuantificados de limitación y reducción de emisiones de gases de efecto invernadero<sup>32</sup>.

Es verdad que las novedades que presenta el Protocolo de Kioto no son más que evoluciones de los regímenes que ya se habían ensayado en el marco de la protección de la atmósfera. Por tanto, debemos enmarcarlo adecuadamente en lo que la Prof<sup>a</sup>. Giles llama el sector evolutivo y diná-

---

<sup>27</sup> SANZ RUBIALES, I.: «Ventajas e inconvenientes del mercado comunitario: su evolución en marcha», en SANZ RUBIALES, I., et al. (Coords.): *El Mercado Europeo de Derechos de Emisión – Balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 29. Ver, en general, CODERCH COLLELL, M.I. «Dólares por carbono», en *Política Exterior*, n.º 139, 2011, pp. 172-184.

<sup>28</sup> De hecho se habla de las vinculaciones del mercado de carbono. Ver DELLINK, R. B., «La vinculación entre mercados de carbono», en *Política Exterior*, n.º 139, 2011, pp. 160-171.

<sup>29</sup> Art. 3.1 del Protocolo de Kioto: «Las Partes incluidas en el anexo I se asegurarán, individual o conjuntamente, de que sus emisiones antropógenas agregadas, expresadas en dióxido de carbono equivalente, de los gases de efecto invernadero enumerados en el anexo A no excedan de las cantidades atribuidas a ellas, calculadas en función de los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones consignados para ellas en el anexo B y de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, con miras a reducir el total de sus emisiones de esos gases a un nivel inferior en no menos de 5 % al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012».

<sup>30</sup> 15ª Conferencia de las Partes de la Convención (COP.15) y 5ª Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto (MOP.5), conocidas como Cumbre de Copenhague, convocada para adoptar decisiones en el marco del Mandato del Plan de Acción de Bali.

<sup>31</sup> 16ª Conferencia de las Partes de la Convención (COP.15) y 6ª Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto (MOP.5), conocidas como Cumbre de Cancún, convocada para adoptar las decisiones acordadas en el marco de la Cumbre de Copenhague.

<sup>32</sup> CAMPINS ERITJA, M., «La acción internacional para reducir los efectos del cambio climático: el Convenio Marco y el Protocolo de Kyoto», en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XV, 1999, p. 86.

mico del Derecho Internacional del Medio Ambiente<sup>33</sup>. A pesar de ello se puede afirmar lo que recoge la citada Prof<sup>a</sup>. Giles, en tanto en cuanto el Protocolo de Kioto puede calificarse como una de las realidades más originales y complejas del actual sistema jurídico internacional<sup>34</sup>.

En la aplicación del principio de precaución, el Protocolo de Kioto inaugura un régimen jurídico sobre cambio climático en una situación con un amplio grado de incertidumbre científica. Sin embargo, en relación con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados<sup>35</sup>, el Protocolo de Kioto ha ido más allá de lo que fue el instrumento marco, convirtiéndose en el principal ejemplo de su aplicabilidad práctica en el sistema jurídico internacional actual<sup>36</sup>.

El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados rompe con el tradicional principio de reciprocidad. Para fundamentar esta idea, la doctrina internacionalista suele conectar ese principio con el de equidad<sup>37</sup>.

En cuanto al proceso negociador de la Unión Europea en estos tratados de carácter medioambiental, la realidad es que, al tratarse de acuerdos mixtos, donde también participan los Estados, la posición negociadora de la UE la expresan los Estados, a pesar del marcado procedimiento en el que participan Consejo, Comisión y Parlamento Europeo<sup>38</sup>. Por ello, la llamada *burbuja europea* que se decidió en el proceso negociador del Protocolo de Kioto fue instigada para acomodar las diferentes circunstancias domésticas en los Estados miembros, tales como sus expectativas en cuanto al desarrollo económico, las fuentes de energía y la estructura de su sector indus-

---

<sup>33</sup> GILES CARNERO, R., «El Protocolo de Kioto como modelo de gestión ambiental global», en REMIRO BROTONS, A. & FERNÁNDEZ EGEA, R. M.<sup>a</sup> (Ed.): *El cambio climático en el Derecho internacional y comunitario*, Fundación BBVA, Madrid, 2009, p. 29.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 28. Es más, como muy bien sigue diciendo la citada Profesora, «La novedad que aporta el Protocolo de Kioto es que su estructura no es exactamente la de un instrumento de desarrollo, lo que sería consecuente con su naturaleza de protocolo, sino que en si mismo aparece como un documento programático e inacabado que a menudo ha sido calificado como Protocolo marco» *Ibidem*, p. 41.

<sup>35</sup> Este principio se incluyó en el Principio 7 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992.

<sup>36</sup> GILES CARNERO, R., «El Protocolo de Kioto como modelo de gestión ambiental global...», *op. cit.*, p. 32.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>38</sup> SCHAIK, L.V. & EGENHOFFER, C., *Reform of the EU Institutions: Implications for the EU's Performance in Climate Negotiations*, CEPS, Bruselas, 2003, pp. 2 y ss.

trial<sup>39</sup>. Esta burbuja supone considerar a todos los Estados de la UE como un único espacio geográfico en donde aplicar el Protocolo de Kioto<sup>40</sup>.

Por tanto, el Protocolo de Kioto permite la aplicación conjunta de las obligaciones adquiridas por los Estados y permite la utilización de técnicas de compra-venta y un mecanismo de desarrollo limpio. En realidad ya había habido alguna experiencia nacional, en este sentido. Por ejemplo, en Estados Unidos ya existía un mercado de emisiones de gases (aunque no de efecto invernadero), especialmente el SO<sub>2</sub><sup>41</sup>, bastante parecida a la ahora existente en la UE para los gases de efecto invernadero<sup>42</sup>, e igualmente en algunos países nórdicos (Suecia, Noruega, Dinamarca<sup>43</sup> y Finlandia)<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> MEHLING, M., «El Cambio Climático y la Unión Europea: entre Ambición y Realidad», en REMIRO BROTONS, A. & FERNÁNDEZ EGEEA, R. M.<sup>a</sup> (Ed.): *El cambio climático en el Derecho internacional y comunitario cit.*, p.158.

<sup>40</sup> Gutiérrez Franco explica que «Las burbujas constituyeron una de las primeras formas de comercio de emisiones en el marco de los programas norteamericanos de control de la calidad del aire. Consistían en permitir a una instalación con múltiples fuentes emisoras combinar el total de sus objetivos de emisión, con la única condición de que el techo de emisión del conjunto de la burbuja no excediera el que se permitiría si cada fuente cumpliera con los requisitos regulatorios. De esta manera, los operadores aplicaban tecnologías de control de contaminación a la fuente más coste-efectiva dentro de la burbuja, compensando así las emisiones de las fuentes donde era más costoso obtener reducciones», GUTIÉRREZ FRANCO, Y., *El comercio de emisiones de gases de efecto invernadero en la Unión Europea: efectos sobre el crecimiento económico y la calidad ambiental cit.* p. 115, nota 108.

<sup>41</sup> Ver US EPA Acid Rain SO<sub>2</sub> Trading Program. Un estudio de este Programa (programa de lluvia ácida), puede verse en ELLERMAN, A.D., JOSKOW, P.L. SCHMALENSSEE, R., MONTERO, J.-P. & BAILEY, E.M. (Eds.), *Markets for Clean Air: The U.S. Acid Rain Program*, Cambridge University Press, New York, 2000. Un estudio que complete este programa y ofrece observaciones y lecciones con respecto a los gases de efecto invernadero, puede verse en AULISI, A., PERSHING, J., FARRELL, A. E. & VANDEVEER, S., *Greenhouse Gas Trading in U.S. States: Observations and Lessons from the OTC NOx Budget Trading Program*, World Resources Institute, Washington DC, 2005. En relación con posibles observaciones y experiencias para Europa, ver PRING, G. (Rock): «A decade of emissions trading in the USA: Experiences and Observations for the EU», en PEETERS, M. & DEKETE LAERE, K. (Eds.), *EU climate change policy: the challenge of new regulatory initiatives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, United Kingdom, 2006, pp. 188-204.

<sup>42</sup> Ver BOHM, P., *International Greenhouse Gas Emission Trading – with Special Reference to the Kyoto Protocol*, en CARRARO, C. (Ed.): *Efficiency and equity of climate change policy*, Fondazione Eni Enrico Mattei, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 2000, p. 95.

<sup>43</sup> Dinamarca fue el primer país del mundo en implantar un sistema de comercio de emisiones en instalaciones eléctricas. Ver su experiencia en MORTENSEN, B.O.G., «CO<sub>2</sub> Quotas for Electricity Production: The Danish Experiment», en *Environmental Liability*, vol. 11, 2003, pp. 2 a 47.

Las principales diferencias de la experiencia americana con los mecanismos de limitación y comercio se refieren a la forma en que se establece la limitación, el proceso de asignación de derechos de emisión, las disposiciones bancarias y de préstamos, la vigilancia, notificación y procedimientos de verificación y las disposiciones que vinculan o desactivan el sistema<sup>45</sup>.

El problema es que el Protocolo se dirige a los Estados y por ello se requiere un desarrollo del mismo que luego pueda obligar a los operadores empresariales y económicos afectados por las medidas que hay que implantar.

Sobre este aspecto, Saura Estapá llama la atención, en mi modesta opinión sin fundamentación jurídica visible en su afirmación, que el Protocolo de Kioto no destina sólo sus normas a los Estados sino, eso sí indirectamente, a empresas y particulares<sup>46</sup>. Yo creo que una cosa es que reclame la cooperación de empresas y particulares en el desarrollo de los mecanismos establecidos, sean los llamados mecanismos flexibles como los de desarrollo limpio, y otra cosa, bien diferente, es que imponga derechos y obligaciones, aunque sean indirectas, a estas entidades o personas, que ni siquiera podrían ser tratadas como entes subestatales.

Sin embargo, si tendría razón el Prof. Saura, de haber completado esta reflexión, porque el Protocolo de Kioto menciona a estas empresas o personas, como participantes en el mercado internacional de emisiones. Pero, en mi opinión, sin generar derechos u obligaciones que les permitiera, en una eventual colisión jurídica, su acceso a los mecanismos institucionales de reclamación. Siempre se tendrían que someter a los Planes Nacionales de Asignación previstos y al ordenamiento jurídico interno en el que se desarrollen sus actividades.

---

<sup>44</sup> Ver BOHM, P., «An Emission Quota Trade Experiment among Four Nordic Countries», en SORRELL, S. and SKEA, J. (eds.), *Pollution for Sale*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 1999, pp. 299-321. Ver también HAUCH, J., «Electricity trade and CO<sub>2</sub> emission reductions in the Nordic countries», en *Energy Economics*, Volume 25, Issue 5, 2003, pp. 509-526; BOHM, P., *Joint Implementation as Emission Quota Trade, An Experiment Among Four Nordic Countries*, Nordic Publication number: Nord 1997:004, ISBN:92-893-0008-6, Nordic Council of Ministers, Copenhagen, January 1, 1997; y SKJELVIK, J.M., BRUVOLL, A. & IBENHOLT, K., *Greening the economy: Nordic experiences and challenges*, TemaNord 2011:532, ISBN 978-92-893-2229-4, Nordic Council of Ministers, Copenhagen, 2011, p. 40.

<sup>45</sup> ELLERMAN, A. D. & JOSKOW, P. L., *The European Union's Emissions Trading System in perspective*, Pew Center on Global Climate Change, May 2008, Arlington, USA, p. 2.

<sup>46</sup> SAURA ESTAPÁ, J., *El cumplimiento del Protocolo de Kioto sobre Cambio Climático*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2003, pp. 9 y 10.

Es más, incluso al Mercado Europeo de Emisiones de CO<sub>2</sub>, se le ha achacado un exceso de protagonismo estatal<sup>47</sup>, como luego veremos, aunque este protagonismo se deba al ejercicio del principio de subsidiariedad en el marco de la Unión Europea<sup>48</sup>.

#### IV. LA HISTORIA

El antiguo artículo 174 del TCE (actual 191 TFUE) señalaba expresamente que uno de los objetivos de la UE en materia medioambiental era «el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático».

En este marco general, en junio de 1998, una vez que la Comunidad Europea (CE) había depositado el instrumento de aprobación del Protocolo de Kioto, la Comisión Europea dirigió una Comunicación al Consejo y al Parlamento contemplando una estrategia para el desarrollo y la aplicación de las obligaciones contempladas en el Protocolo de Kioto<sup>49</sup>, donde ya se plantea un reparto de responsabilidades y se establecen mecanismos flexibles para cumplir los objetivos.

Estos mecanismos flexibles son, fundamentalmente, el comercio de emisiones y la aplicación conjunta de reducción de emisiones en todo el marco europeo.

Los compromisos medibles de la CE y sus Estados miembros se centran en la reducción de seis gases en un 8% a partir de los niveles de 1990 durante el periodo 2008-2012, debiendo conseguirse en 2005, progresos demostrables.

Pues bien, la CE, antes de que entrara formalmente en vigor el Protocolo de Kioto<sup>50</sup>, estaba ya en disposición de obligar a los Estados Miem-

---

<sup>47</sup> CARO-PATÓN CARMONA, I. y SANZ RUBIALES, I.: «Introducción», en SANZ RUBIALES, I., et al. (Coords.): *El Mercado Europeo de Derechos de Emisión – Balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 22 y 23.

<sup>48</sup> Para ver los problemas de la descentralización del comercio de emisiones en la Unión Europea, KRUGER, J., OATES, W. E. & PIZER, W. A., «Decentralization in the EU Emissions Trading Scheme and Lessons for Global Policy», en *Review of Environmental Economics and Policy*, vol. I, n.º 1, Winter 2007, pp. 112-133.

<sup>49</sup> Ver dicha Comunicación en <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>50</sup> Ver PEETERS, M., «Emissions trading as a new dimension to European Environmental Law: the Political Agreement of the European Council on Greenhouse Gas Allowance Trading», en *European Environmental Law Review*, vol. 12, n.º 3, 2003, pp. 82-92.

bros. Desde entonces, el elenco de disposiciones europeas relacionadas con las emisiones de gases o sus mecanismos de control han recorrido todo el arco jurídico de la UE, desde las meras comunicaciones a decisiones, directivas y reglamentos.

Como dicen Ellerman y Joskow, el comercio europeo de emisiones está inspirado en el Protocolo de Kioto pero es también independiente de él. De hecho no existiría sin el Protocolo y, en realidad se ha convertido en el buque insignia del cumplimiento de las obligaciones internacionales de la UE en esta materia<sup>51</sup>.

Sin embargo, sólo voy a hacer referencia al mecanismo flexible de comercio de derechos de emisiones. En este sentido, las normas estrellas<sup>52</sup> son la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003 (recordemos que el Protocolo de Kioto entra en vigor en 2004) por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de

---

<sup>51</sup> ELLERMAN, A. D. & JOSKOW, P. L., *The European Union's Emissions... op. cit.*, p. 1.

<sup>52</sup> Obviamente hay otras normas que afectan a este tema pero considero únicamente las más importantes. Entre otras pueden encontrarse la siguientes: Decisión de la Comisión, de 27 de abril de 2011 por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (UE) N 115/2011 de la Comisión de 2 de febrero de 2011, que modifica el Reglamento (CE) n.º 748/2009, sobre la lista de operadores de aeronaves que han realizado una actividad de aviación enumerada en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo el 1 de enero de 2006 o a partir de esta fecha, en la que se especifica el Estado miembro responsable de la gestión de cada operador; Reglamento (UE) n.º 1031/2010 de la Comisión de 12 de noviembre de 2010 sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo 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; Reglamento (UE) n.º 920/2010 de la Comisión de 7 de octubre de 2010, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión n.º 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Decisión de la Comisión de 9 de julio de 2010, relativa a la cantidad de derechos de emisión que deben expedirse para el conjunto de la Comunidad en 2013 de conformidad con el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE; 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 Europeo y del Consejo, una lista de los sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono; Reglamento (CE) no 166/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de enero de 2006 relativo al establecimiento de un registro europeo de emisiones y transferencias de contaminantes y por el que se modifican las Directivas 91/689/CEE y 96/61/CE del Consejo.

emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad<sup>53</sup>, la Directiva 2004/101/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad con respecto a los mecanismos de proyectos del Protocolo de Kioto<sup>54</sup>; la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, 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<sup>55</sup>; y la 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/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>56</sup>.

Importante resulta también a estos efectos la adopción de la Decisión N.º 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 Kioto<sup>57</sup> y el Reglamento (CE) N.º 2216/2004 de la Comisión de 21 de diciembre de 2004 relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión no 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>58</sup>.

La Decisión N.º 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 Kioto establece los mecanismos de seguimiento del cumplimiento de las obligaciones internacionales de la CE y sus Estados Miembros. Así se genera la obligación de que todos ellos hagan Planes Nacionales de limitación y reducción de emisiones de gases de efectos invernadero, que deben ser trasladados, con informes periódicos, a las autoridades de la Unión Europea.

Por tanto, el régimen jurídico europeo que establece el comercio de emisiones de gases de efecto invernadero se centra fundamental, aunque no

<sup>53</sup> DO n.º L 275/32, de 25 de octubre de 2003.

<sup>54</sup> DO n.º L 338/18, de 13 de noviembre de 2004.

<sup>55</sup> DO n.º L 8/3, de 13 de enero de 2009.

<sup>56</sup> DO n.º L 140/63, de 5 de junio de 2009.

<sup>57</sup> DO n.º L 49, de 19 de febrero de 2004, pp. 1-8.

<sup>58</sup> DO n.º L 386, de 29 de diciembre de 2004, pp. 1-77.

únicamente como se ha visto, en esta Directiva 2003/87/CE, con sus posteriores modificaciones o incorporaciones<sup>59</sup>. Como dice Couso Saiz la importancia de este instrumento jurídico es doble pues, por un lado, establece el llamado «régimen comunitario» y por otro, fija las bases con arreglo a las cuales habrán de desarrollarse las legislaciones de los Estados comunitarios<sup>60</sup>. Esto casi parece una obviedad, tratándose de Directivas de la UE, pero es muy conveniente llamar la atención sobre ello para que pueda entenderse el análisis posterior, sobre todo, el relacionado con los Planes Nacionales de Asignaciones.

Como es bien conocido, a diferencia de otros contaminantes, de efectos marcadamente locales sobre el entorno o la salud de las personas, los efectos ambientales provocados por la emisión de gases de efecto invernadero son de carácter global, es decir, el problema surge por la acumulación en la atmósfera de dichos gases y los impactos producidos son globales<sup>61</sup>. Por esta razón, cada Estado Miembro ha procedido a establecer su Plan Nacional de Asignaciones, aunque en el marco de las disposiciones europeas. En este sentido, España, por ejemplo, ha regulado su normativa de comercio de emisiones de gases de efectos invernadero en una Ley, 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<sup>62</sup>, posteriormente modificada para incorporar los gases producidos por la aviación<sup>63</sup>.

El Plan Nacional actual de España ha sido aprobado por el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Na-

---

<sup>59</sup> Se pueden ver los rasgos generales del mercado europeo, el papel de los Estados en dicho mercado y la relación del mercado europeo con el mercado de Kioto. SANZ RUBIALES, Í., *El mercado europeo de derechos de emisión cit.*

<sup>60</sup> COUSO SAIZ, D., «El comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en España», en *Noticias Jurídicas*, Noviembre 2006 (<http://noticias.juridicas.com>). Un análisis general puede verse en PEETERS, M., «Enforcement of the EU greenhouse gas emissions trading scheme», en PEETERS, M. & DEKETELAERE, K. (Eds), *EU climate change policy: the challenge of new regulatory initiatives cit.*, pp. 169-187, así como en SKJÆRSETH, J.B. & WETTESTAD, J., *EU emissions trading: initiation, decision-making and implementation*, Ashgate Publishing, Ltd., Burlington, USA, 2008.

<sup>61</sup> RIVERO FERNÁNDEZ, C. (Dir.), *Guía sobre el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*, AEDHE y Fundación MAPFRE, 2009, en <http://www.aedhe.es/web>, p. 26.

<sup>62</sup> BOE núm. 59 de 10 marzo 2005.

<sup>63</sup> 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 comercio de derechos de emisión e incluir la aviación en el mismo (BOE núm. 163, de 6 de julio de 2010).

cional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012<sup>64</sup>, aunque ha recibido críticas de la Comisión Europea en su evaluación<sup>65</sup>, al considerar que algunos aspectos son incompatibles con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad. A pesar de esta incompatibilidad, la Comisión Europea, en la citada Decisión, señala en su artículo 2 que no se plantearán objeciones al plan nacional de asignación siempre que se lleven a cabo las modificaciones que se presenten de forma no discriminatoria y se notifiquen a la Comisión lo antes posible, teniendo en cuenta el periodo de tiempo necesario para que se desarrollen sin retrasos los procedimientos nacionales.

Al igual que España, han hecho todos los Estados Miembros de la UE, incluido Francia que ha establecido una normativa interna bastante exhaustiva<sup>66</sup>. Desde luego, en casi todos los Estados ha habido, como parece que debe ser lógico, discusiones y tensiones, incluso inter-institucionales internos, como la que se ha producido, por ejemplo, en Italia, cuando *La Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* «observa que la asignación de las cuotas de emisiones para el periodo 2005-2007 ha dejado a Italia particularmente desfavorecida respecto a otros Estados miembros en razón sea del reparto de las empresas prevista en el *Burden Sharing Agreement* de 1998 o de la adopción de parte de algún país, de criterios no adecuados al objeto de reducción de las emisiones. Tal discriminación es idónea para determinar una ventaja competencial para los operadores nacionales del mercado expuesto a la competencia internacional»<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> BOE núm. 282, de 25 noviembre 2006. Este Plan fue modificado por el Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012 (BOE núm. 174 de 21 julio 2007).

<sup>65</sup> Decisión de la Comisión, de 26 de febrero de 2007 (www.mma.es).

<sup>66</sup> *Ordonnance n.º 2004-330, du 15 avril 2004, portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre* (Decreto legislativo n.º 2004-330, de 15 de abril de 2004, por el que se instaura un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; *JORF* de 17 de abril de 2004, p. 7089). Esta *Ordonnance* incorporó los artículos L.229-5 a L.229-19 del *Code de l'environnement*. Las modalidades concretas de aplicación se adoptaron mediante el *Décret n.º 2004-832*, de 19 de agosto de 2004 (*JORF* de 21 de agosto de 2004, p. 14979), modificado por el *Décret n.º 2005-189*, de 25 de febrero de 2005 (*JORF* de 26 de febrero de 2005, p. 3498).

<sup>67</sup> Carta enviada a los Ministros de Desarrollo Económico y de Medio Ambiente de Italia por el Presidente de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, en Bo-

El comercio europeo de derechos de emisión engloba a unas 12.000 instalaciones industriales y energéticas en los 27 Estados miembros de la Unión Europea. La suma total se aproxima a la mitad de las emisiones totales de gases de efecto invernadero en toda la UE. Pero, es verdad que no están todas las instalaciones ni todos los productores de CO<sub>2</sub>. Esto ha servido de argumento, como luego veremos, para impugnar la norma comunitaria, en base al principio de igualdad de trato.

La Unión Europea ha asumido, pues, sus obligaciones internacionales en el marco del Protocolo de Kioto, acordando reducir sus emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero, de conformidad con el artículo 4 del citado Protocolo, a través de la técnica del «reparto de la carga», es decir, teniendo en cuenta el conjunto de emisiones de los Estados Miembros a través de una tabla de contribuciones de cada Estado<sup>68</sup>.

Ahora bien, aunque el sistema no es nuevo, no por ello deja de ser original o, como debe decirse ahora, innovador, incluso, me atrevería a decir, inteligente, habida cuenta de los altos intereses que tiene que tener en cuenta, no sólo el objetivo final global, la reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> a la atmósfera, sino el desarrollo económico, los intereses particulares de cada uno de los 27 Estados y los intereses empresariales y sociales en relación a su cumplimiento.

Esto permitiría a una empresa o a un Estado que sea capaz de reducir su grado de contaminación, vender a otra u otro su excedente de derecho de emisión. Es, desde luego, una idea perversa pero, a su vez, como he dicho, una inteligente idea para ir preparando a la sociedad, sin perjudicar su desarrollo económico<sup>69</sup>.

---

*Ilttino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Merctao*, n.º 42/2006 del 6 de noviembre de 2006, pp. 42 y ss. Un comentario interesante al respecto, puede verse en BELOTTI, G. & BELLO, F. P., «Il nuovo sistema comunitario per il commercio delle quote di CO<sub>2</sub> (U'ben s'impingua se non si vaneggia)», en *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2006-3º, pp. 595-607.

<sup>68</sup> Esto se recoge en la Decisión 2002/358. En este sentido, Moreno Trujillo señala que «el sistema de cuotas negociables que se recoge en ella no es nuevo, ya que ha sido y está siendo utilizado en el ámbito de la EU en el sector de sustancias que perjudican la capa de ozono, en las cuotas de pesca dentro de la Política Pesquera común o en las cuotas lácteas (Política Agraria Común) con más o menos variantes y más o menos límites», MORENO TRUJILLO, E., «La Directiva Europea de Comercio de Emisiones», en VII CONFERENCIAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE, *El Protocolo de Kyoto y las empresas, en especial las del sector cerámico*, Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana, Castellón, del 15 al 18 de noviembre de 2004, pp. 71-81. ([www.ces.gva.es](http://www.ces.gva.es)), p. 75

<sup>69</sup> Como dice Gutiérrez Franco «lo que pretende el comercio de emisiones es incentivar reducciones sin sacrificar crecimiento económico (...y es...) perfectamente compatible con el

Desde luego, las empresas tienen que participar obligatoriamente en el sistema del comercio de emisiones pero esto no significa que éstas deban necesariamente llevar a cabo transacciones de permisos. Simplemente, a que la regulación de sus emisiones se instrumentará por esta vía de concesión de una cantidad prefijada de derechos de emisión. Y solamente si sus necesidades en el período exceden la cuantía de permisos asignada o por el contrario son menores, acudirán voluntariamente al mercado para realizar intercambios<sup>70</sup>. Este es el caso, por ejemplo, de ACERINOX en España, a la que se le han entregado créditos de emisiones que exceden de sus necesidades pero que voluntariamente ha decidido no acceder al mercado para vender sus excedentes<sup>71</sup>.

La Directiva que desarrolla este sistema, ha tenido en cuenta, en primer lugar dos periodos diferentes de adaptación, de 2005 a 2007, donde sólo se aplica al dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) y a determinadas empresas, de las llamadas contaminantes por su producción, como serían las de producción de acero, por transformación del hierro. El segundo periodo sería de 2008 a 2012, periodo en el que nos encontramos, donde se han incorporado otras actividades económicas como la aviación (aunque no se hará efectiva hasta el 1 de enero de 2012<sup>72</sup>). Si bien se permite un préstamo o compra de emisiones durante los distintos años de un periodo (2005-2007/2008-2012), no es posible ese intercambio entre periodo.

Para poder emitir estos gases a la atmósfera, las empresas solicitarán permisos de emisión que se concederán mediante una autorización administrativa. Sin estos permisos no será posible la producción. Y, en todo caso, hay que concederlos de acuerdo con los planes nacionales de asignación

---

Principio Quien Contamina Paga, porque precisamente reconoce un valor económico al esfuerzo reductor, o a las conductas más limpias, valor que se materializa en el precio que se paga en el mercado por los permisos (...). Permitir vender en el mercado los permisos excedentarios supone reconocer valor al beneficio ambiental y convertirlo en un activo financiero. Y por otra parte, a quien se excede en su cuota de emisiones, es decir, a quien causa un daño ambiental, se le «penaliza» haciéndole pagar un precio por ese exceso», GUTIÉRREZ FRANCO, Y., *El comercio de emisiones de gases de efecto invernadero en la Unión Europea: efectos sobre el crecimiento económico y la calidad ambiental cit.*, pp. 286-287.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>71</sup> Esta información ha sido proporcionada de viva voz por los responsables medioambientales de la empresa en el Campo de Gibraltar.

<sup>72</sup> Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, 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 (DO n.º L 8/3, de 13 de enero de 2009).

previstos, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003 y sus posteriores modificaciones.

Estas exigencias del régimen jurídico de autorización previa y asignación de derechos están contempladas en la Directiva mencionada (artículos 4 a 8 y 12)<sup>73</sup>.

Por supuesto, las condiciones y los procedimientos están también regulados en la Directiva (artículos 9 a 11). La idea es que todos los Estados Miembros sigan criterios objetivos y transparentes. Las consecuencias son altamente disuasorias por las cantidades económicas que están en juego<sup>74</sup>.

Ahora bien, a pesar de que, como ha reconocido la Prof. Campins Eritja la mayoría de las normas ambientales no otorgan derechos subjetivos, sino que pretenden la protección de determinados intereses de los que cabe disfrutar de manera colectiva<sup>75</sup>, cabría preguntarse por la naturaleza jurídica de la prestación patrimonial pública de la entrega de los derechos de emisión, es decir de si estamos o no hablando de derechos patrimoniales<sup>76</sup>. Obviamente, el régimen jurídico patrimonial, e incluso el jurídico tributario de la entrega de los derechos de emisión, dependerán del ordenamiento jurídico interno.

En este sentido, en el marco del ordenamiento jurídico español, estaríamos hablando de prestación patrimonial pública siempre y cuando nos ciñamos únicamente a los supuestos de obligación de entrega de los derechos de emisión previstos para las instalaciones sujetas al ámbito de la Ley 1/2005 como consecuencia de la contaminación emitida y verificada. Esta restricción obedece a que, por el momento, la asignación inicial de los de-

<sup>73</sup> Es más, el artículo 4 de la Directiva señala expresamente que: «Los Estados miembros velarán por que, a partir del 1 de enero de 2005, ninguna instalación lleve a cabo ninguna actividad enumerada en el anexo I que dé lugar a emisiones especificadas en relación con dicha actividad, salvo si su titular posee un permiso expedido por una autoridad competente de conformidad con el procedimiento contemplado en los artículos 5 y 6 o salvo si la instalación está temporalmente excluida del régimen».

<sup>74</sup> Acorde con el artículo 16 de la Directiva, las multas serían del siguiente tenor: «Cualquier titular que no entregue suficientes derechos de emisión para cubrir sus emisiones del año anterior estará obligado a pagar una multa por exceso de emisiones de un importe de 40 euros durante el primer período de asignación y de 100 euros durante los períodos posteriores por cada tonelada excedentaria equivalente de CO<sub>2</sub> emitida y no cubierta por los derechos de emisión entregados».

<sup>75</sup> CAMPINS ERITJA, M.<sup>a</sup> M., «Algunas reflexiones...», *op. cit.*, p. 190.

<sup>76</sup> Esta naturaleza jurídica de los derechos de emisión ha sido estudiada por SANZ RUBIALES, Í. (Ed.), *El mercado de derechos a contaminar cit.*, p. 299 y ss.

rechos de emisión en los Planes Nacionales de Asignación es gratuita, razón por la cual no puede atribuírsele la citada naturaleza<sup>77</sup>.

Es decir, que hablamos exclusivamente de esta naturaleza en las obligaciones de entrega y no en las asignaciones. Si, por el contrario, estuviéramos hablando de un régimen jurídico de subastas, la cuestión sería diferente<sup>78</sup>.

Otro problema distinto sería la naturaleza tributaria de esta prestación patrimonial pública. Sin embargo, en el ámbito español es muy difícil atribuirle esta naturaleza tributaria por el hecho de que la atmósfera no es un bien integrante del dominio público<sup>79</sup>.

## V. LA INTRAHISTORIA

Qué hay detrás de este sistema del comercio de emisiones, o lo que Sorrel y Skea llaman «contaminación en venta»<sup>80</sup>. Helm también se ha preguntado ¿Cuál es la cuestión o cuestiones por las que se supone que el comercio de emisiones de la UE debe ser la respuesta?<sup>81</sup>. No hay que olvidar que durante las negociaciones del Protocolo de Kioto, la Unión Europea se opuso al sistema del comercio de emisiones. Sin embargo, por razones externas e internas, cambió de opinión<sup>82</sup>.

Sin pretender dar un veredicto unívoco a esta intrahistoria, si es conveniente conocer algunos elementos que nos permitan acercarnos a las razo-

---

<sup>77</sup> AURA Y LARIOS DE MEDRANO, A., BILBAO ESTRADA, I. & MARCO MARCO, J., «Problemática de la Incorporación al Ordenamiento Español de Prestaciones Patrimoniales Públicas Creadas por el Derecho Comunitario: Especial Referencia a la Obligación de Entrega de Derechos de Emisión de CO<sub>2</sub>», *loc. cit.*, p. 22.

<sup>78</sup> AURA Y LARIOS DE MEDRANO, A., BILBAO ESTRADA, I. & MARCO MARCO, J., «La Obligación de Entrega de Derechos de Emisión de Co2: Problemática Constitucional Derivada de su Origen Comunitario», en *Crónica Tributaria*, n.º 128, 2008, p. 28.

<sup>79</sup> AURA Y LARIOS DE MEDRANO, A., BILBAO ESTRADA, I. & MARCO MARCO, J., «Problemática de la Incorporación al Ordenamiento Español de Prestaciones Patrimoniales Públicas Creadas por el Derecho Comunitario: Especial Referencia a la Obligación de Entrega de Derechos de Emisión de CO<sub>2</sub>», *loc. cit.*, p. 22, nota 98.

<sup>80</sup> SORRELL, S. & SKEA, J. (eds.), *Pollution for Sale*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 1999.

<sup>81</sup> HELM, D., «EU climate-change policy- a critique», en *Climates of Change: Sustainability Challenges for Enterprise, Smith School Working Paper Series*, 3 September 2009, p. 9 ([www.smithschool.ox.ac.uk](http://www.smithschool.ox.ac.uk)).

<sup>82</sup> SKJÆRSETH, J.B. & WETTESTAD, J., *EU emissions trading: initiation, decision-making and implementation*, *cit.*, p. 98.

nes por las que la UE ha desarrollado este sistema de comercio de emisiones en vez de haberse acercado a otros que, sin duda, le hubieran acarreado menos críticas de los ecologistas y otros grupos de presión, incluidos los empresarios.

El Prof. Helm se ha cuestionado el por qué la UE ha liderado este proceso en Kioto, lo que no es discutido por casi nadie<sup>83</sup> y su conclusión ha sido que ha habido una conjunción de factores que ha generado esta estrategia, desde el colapso de las economías de los países de la Europa del Este a finales de los ochenta y principios de los noventa, la producción de carbón, en lugar de consumo, o las exigencias de los votos verdes para la conformación de mayorías en las coaliciones gubernamentales, fuertemente apoyados por los grupos de presión que respaldan tecnologías nuevas<sup>84</sup>.

Las dos grandes apuestas de la Unión Europea fueron el comercio de emisiones de gases de efecto invernadero<sup>85</sup> y las energías renovables<sup>86</sup>.

Por tanto, se puede decir que es importante darse cuenta de que la adopción de la ETS de la UE tiene más que ver con la política que con la economía<sup>87</sup>. En realidad esto no es nada nuevo. Ya había experiencias previas, como he dicho<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> MARTÍN ARRIBAS, J.J., «¿Por qué puede decirse que la UE, junto con sus Estados miembros está liderando, a nivel mundial, la lucha contra el cambio climático?», en MARTÍN ARRIBAS, J. J. (Dir.): *Hacia Una Política Comunitaria Europea en Cambio Climático y sus Consecuencias para España*, Jornadas sobre La Política Europea en Cambio Climático (Burgos, 28 al 30 de Octubre de 2008), Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2009.

<sup>84</sup> HELM, D., «EU climate-change policy- a critique...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>85</sup> Sobre los orígenes de esta cuestión y sus precedentes, con una análisis comparado entre los precedentes europeos y norteamericano, ver ELLERMAN, A. D. & BUCHNER, B. K., «The European Union Emissions Trading Scheme: Origins, Allocation, and Early Results», en *Review of Environmental Economics and Policy*, vol. I, n.º 1, Winter 2007, pp. 66-87, especialmente pp. 67-69.

<sup>86</sup> Y ello es porque como dice HELM, «La elección de los instrumentos es un tema que ha sido exhaustivamente investigado en la literatura, y dos conclusiones generales se han alcanzado: que los mecanismos de mercado (los permisos negociables y los impuestos sobre el carbono) son en general mejor que la regulación de dirección y control, y entre permisos transables y los impuestos al carbono, la clasificación depende de las formas de los costos y las funciones de los daños y perjuicios», *Ibidem*, p. 10.

<sup>87</sup> HELM, D., «Caps and Floors for the EU ETS: a practical carbon price», en *Polish Office of the Committee for European Integration*, 4 Septiembre, p. 3, disponible en [www.dieterhelm.co.uk](http://www.dieterhelm.co.uk).

<sup>88</sup> Por ejemplo, «La política agrícola común fue el proyecto principal de la UE en la década de 1960. Su objetivo era estabilizar los mercados agrícolas, pero con el tiempo se

Las aportaciones que se consideraron más importantes para reconocer el liderazgo inicial de la UE en la lucha contra el cambio climático eran, en opinión de Fernández Egea y Síndico, el impulso para adoptar compromisos que vinculen a los líderes mundiales —en el marco del G8 que tuvo lugar en junio de 2007 en Alemania—, la posición de la UE en el seno de las negociaciones post-Kioto que tendrán un momento álgido en Bali en diciembre de 2007 y la puesta en marcha de un debate sobre cambio climático y seguridad en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>89</sup>. No estoy muy seguro que, hoy, podamos seguir manteniendo este liderazgo «global», en tanto en cuanto no somos capaces de «convencer» a los grandes responsables de las emisiones de CO<sub>2</sub>. No hay más que recordar la posición y los gestos habidos en la Cumbre de Copenhague, de EEUU y China hacia la UE, aunque no es menos verdad que hay un problema intrínseco de negociación global en el marco de la UE. Se trata de negociaciones muy flexibles y dinámicas, y el sistema UE-27 Estados no se ajusta a esto.

Es curiosa la elección de la UE por este sistema de mercado de emisiones, en vez de haberse enfrentado al problema de las emisiones de CO<sub>2</sub> a través de medidas tributarias que, probablemente, desde la perspectiva del Derecho, hubieran sido más lógicas<sup>90</sup>. En efecto, López Gordo propone una reforma fiscal ecológica para el efecto invernadero, haciendo una exposición de las implicaciones jurídicas del principio «quien contamina paga» y un análisis de los beneficios y perjuicios de la propuesta de una reforma fiscal ecológica<sup>91</sup>.

Pero la realidad es muy tozuda, por lo que la implicación de las em-

---

transformó en una política costosa y grandemente distorsionante. Los grupos de presión agrícolas acapararon las rentas. El peligro es que la política del cambio climático va por los mismos derroteros», HELM, D., «EU climate-change policy- a critique...», *op. cit.*, p. 25.

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ EGEEA, R. M.<sup>a</sup> & SÍNDICO, F., «El Papel de la UE en la Lucha contra el Cambio Climático: ¿Líder en la Política Climática Global?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 14, 2007, p. 2.

<sup>90</sup> Esta elección europea del mercado como alternativa a la fiscalidad ha sido analizada por SANZ RUBIALES, Í., PARDO ÁLVAREZ, M., ANIBARRO PÉREZ, S., MACERA TIRAGALLO, B. F., MARTÍNEZ PÉREZ, E., CARO-PATÓN CARMONA, I., *El mercado de derechos a contaminar*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 77-78.

<sup>91</sup> Ver su libro LÓPEZ GORDO, J.F., «Medio Ambiente Comunitario y Protocolo de Kyoto: La Armonización de la Imposición Energética o un Mercado sobre Emisiones de Gases de Efecto Invernadero», en *La Ley* (Temas La Ley), Madrid, 2008.

presas en el comercio europeo responde más a la eficiencia económica que a cualquier otra<sup>92</sup>.

Por tanto, un punto fundamental para el establecimiento de este mercado, fue la estimación del ahorro de costes que supone para lograr los objetivos del Protocolo de Kyoto<sup>93</sup>. Y ello es porque equivaldría a un ahorro potencial de 1700 millones de euros al año<sup>94</sup>.

Ahora bien, no solo ha habido condicionantes económicos. También los ha habido políticos<sup>95</sup>.

La oposición a estas propuestas de la Comisión<sup>96</sup> se debieron a varios factores, fundamentalmente a dos fuentes de poder, como dicen Ellerman, Convery y Perthuis<sup>97</sup>.

Mehling reconoce que la puesta en práctica y el rigor ambiental han sido comprometidos desde el principio por el trabajo de los grupos de presión y el apadrinamiento de los intereses domésticos<sup>98</sup>. Sin embargo, como

---

<sup>92</sup> «Este razonamiento de eficiencia económica vendría motivado porque es el mercado y, en concreto, los agentes económicos, los que ponderan los costes y beneficios de las distintas alternativas existentes: reducción de emisiones, compra de derechos, etc. Así, suponiendo que cada agente trate de maximizar su propia utilidad, el mercado acabará asignando los recursos —los derechos de emisión y, por lo tanto, las emisiones— de manera óptima» AURA Y LARIOS DE MEDRANO, A., BILBAO ESTRADA, I. & MARCO MARCO, J., «Problemática de la Incorporación al Ordenamiento Español de Prestaciones Patrimoniales Públicas Creadas por el Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 21.

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ MARTÍN, R. M.<sup>a</sup>, «La Unión Europea como impulsora de la lucha contra el cambio climático. Kyoto y los retos para el 2020», en *Revista de Economía Mundial*, vol. 25, 2010, p. 214.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> Así, podemos decir que «El comercio de emisiones de gases de efecto invernadero de la UE ha sido producto de dos fracasos. En primer lugar, la Comisión Europea fracasó en su iniciativa de introducir un impuesto eficaz sobre la energía del carbono en toda la UE en la década de 1990. En segundo lugar, la Comisión luchó sin éxito contra la inclusión del comercio, como un instrumento flexible en el Protocolo de Kioto en 1997», ELLERMAN, D., CONVERY, F. J. & PERTHUIS, Ch. de, *Pricing Carbon: The European Union Emissions Trading Scheme*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2010, p. 32. Esta idea vuelve a repetirse en la pag. 39.

<sup>96</sup> SEC (1991) 1744, 14 de octubre de 1991.

<sup>97</sup> «Algunos Estados se refieren a la autonomía de los Estados miembros en los impuestos como un valor fundamental, al que no debe renunciarse ni siquiera si el beneficiado es el medio ambiente (...) En segundo lugar, los lobbies de la industria principal, representadas con mayor claridad por la UNICE, también se opuso al impuesto, con reiteradas y persistentes decisiones a niveles de los Estados miembros y de la propia Unión Europea», *Ibidem*, p. 39.

<sup>98</sup> MEHLING, M., «El Cambio Climático y la Unión Europea: entre Ambición y Realidad», en REMIRO BROTONS, A. & FERNÁNDEZ EGEEA, R. M.<sup>a</sup> (Ed.): *El cambio climático en el Derecho internacional y comunitario cit.*, p. 134, nota 2.

Mehling dice también, al existir una tensión entre el liderazgo en la política exterior y las numerosas deficiencias en la puesta en práctica de sus políticas a nivel doméstico, Europa necesitará demostrar su determinación y capacidad de cumplir con sus aspiraciones diplomáticas<sup>99</sup>.

Es verdad que los intereses de los distintos países de la UE eran muy diferentes. De hecho los países de la UE que constituyeron la primera burbuja se podían dividir en tres categorías, «ricos y verdes», «ricos y menos verdes» y «pobres y menos verdes»<sup>100</sup>. Por ello, ni siquiera nos debe sorprender que muchos de los Planes Nacionales de Asignación comunicados a la Comisión Europea hayan sido rechazados. Como vuelve a reconocer Mahling, algunos Estados miembros se vieron presionados políticamente para conceder un tratamiento preferencial a ciertas áreas de la economía, excluyendo sectores enteros de la participación en el esquema comercial<sup>101</sup>.

Por ello, quizás, Helm tenga razón y se muestre extremadamente crítico con los objetivos de reducción del 20% de las emisiones de CO<sub>2</sub> en 2020, por parte de la UE<sup>102</sup>.

Pero esta es otra cuestión.

## VI. LA CONTRA HISTORIA DE LOS ESTADOS

Las respuestas de los Estados al comercio de emisiones en el marco europeo, han sido muy variada<sup>103</sup> pero, en general se puede decir, como señala la Prof. Campins Eritja que mientras algunos Estados miembros han actuado de una manera proactiva a favor del sistema comunitario de emisión y han adoptado compromisos específicos (...), otros Estados miembros

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>100</sup> RINGIUS, L., «The European Community and Climate Protection, what's behind the "empty rhetoric"», CICE 1999, pp. 17-18.

<sup>101</sup> MEHLING, M., «El Cambio Climático y la Unión Europea: entre Ambición y Realidad...», *op. cit.*, p.142.

<sup>102</sup> Así señala que «La propia Comisión no cree que el 20 por ciento de destino sea el adecuado. Afirma que el fin de limitar las temperaturas medias mundiales a no más de 2° C por encima de los niveles pre-industriales, los países desarrollados como grupo deberán reducir sus emisiones un 30 por ciento por debajo de los niveles de 1990 en 2020. El cambio climático es un fenómeno global, y está lejos de ser evidente que la UE sea el mejor lugar para hacer estas reducciones en este período de tiempo. Puede haber formas mucho más baratas, por ejemplo, mediante la conservación de las selvas tropicales o la descarbonización del rápido crecimiento económico de China y la India basados en el carbón», HELM, D., *EU climate-change policy... op. cit.*, p. 7.

<sup>103</sup> Ver todos los primeros planes nacionales para 2005-2007, en <http://ec.europa.eu/environment>.

han actuado de manera estrictamente reactiva, por el temor, principalmente, a que las reducciones de las emisiones de GEI implicaran un constreñimiento en su capacidad de crecimiento económico (...). Además, intervienen otros elementos que determinan el grado de adecuación a las disposiciones comunitarias, desde las estructuras administrativas y jurídicas del Estado miembro y la transparencia de los órganos del Estado, hasta las cuestiones relativas a la educación pública, el reconocimiento o no de sinergias entre la política de cambio climático y otras políticas públicas o la promoción de investigación en este campo<sup>104</sup>.

Por ello, la Comisión Europea ha podido observar en casi todos los Planes Nacionales, sobre todo del periodo 2005-2007, excesos de asignaciones de emisiones que impedirían el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Ello ha conseguido que, hasta finales de 2008 sólo, la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de los gases de efecto invernadero en la Comunidad, haya provocado 40 procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la CE<sup>105</sup>. Como dice OSOFSKY, ha habido una explosión de litigios, tanto nacionales como internacionales en esta materia<sup>106</sup>.

El Reino Unido, por ejemplo, planteó un Plan Nacional provisional que la Comisión Europea consideró inadecuado, a través de la Decisión de la Comisión C(2005) 1081 final, de 12 de abril de 2005.

El Reino Unido planteó un Recurso de Anulación de la Decisión de la Comisión COM (2005) 1081 final, de 12 de abril de 2005, relativa a la propuesta de modificación del plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero notificado por el Reino Unido con arreglo a la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. La argumentación jurídica del Reino Unido era que algunos aspectos debe-

---

<sup>104</sup> CAMPINS ERITJA, M.<sup>a</sup> del M., «Algunas reflexiones en torno al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de los gases de efecto invernadero en la Comunidad», en REMIRO BROTONS, A. & FERNÁNDEZ EGEA, R. M.<sup>a</sup> (Ed.): *El cambio climático en el Derecho internacional y comunitario cit.*, p. 185.

<sup>105</sup> GHALEIGH, N. S., «Emissions Trading before the European Court of Justice: Market Making in Luxembourg», en *Working Paper Series 2009/12*, University of Edimburg, School of Law, p. 12.

<sup>106</sup> OSOFSKY, H. M., «Climate Change Litigation as Pluralist Legal Dialogue?», en *Stanford Journal of International Law*, n<sup>o</sup> 43, 2007, p. 184. En la siguiente web se pueden ver todos los Asuntos llevados ante el Tribunal de Justicia en relación con el comercio de emisiones de gases de efecto invernadero: <http://curia.europa.eu>.

rían ser sometidos a audiencia pública de los interesados y que, en todo caso, la propia Comisión, en planes definitivos había decidido autorizar expresamente modificaciones posteriores (p. ej. las Decisiones de 7 de julio de 2004 relativas al Reino de Dinamarca, Irlanda, el Reino de los Países Bajos, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia)<sup>107</sup>.

Sin embargo, la Comisión consideraba que el Reino Unido es el único Estado miembro que ha solicitado un incremento de la cantidad total de derechos de emisión tras la segunda consulta<sup>108</sup>, lo que constituía un elemento contrario al sistema.

El Tribunal de Justicia fue muy claro, «la Comisión incurrió en error de Derecho al rechazar por inadmisibles las modificaciones propuestas por el Reino Unido. Por tanto, procede estimar el motivo único invocado por el Reino Unido y anular la Decisión impugnada»<sup>109</sup>. Igual suerte habrían de correr otras Decisiones de la Comisión respecto a otros Estados miembros, como Letonia<sup>110</sup>, Polonia<sup>111</sup>, Estonia<sup>112</sup> o Alemania<sup>113</sup> y, en estos momentos están pendientes dos recursos de Rumanía<sup>114</sup>.

Por otro lado, también ha habido intervenciones judiciales estatales, mediante Recursos Prejudiciales, en los que el Tribunal de Justicia ha dejado claro que, en relación con el comercio de emisiones de CO<sub>2</sub>, independientemente de cualquiera derechos que pudieran ser aplicables, se estable-

---

<sup>107</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de noviembre de 2005, *Reino Unido/Comisión* (T-178/05), apartado 33.

<sup>108</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de noviembre de 2005, *Reino Unido/Comisión* (T-178/05), apartado 42.

<sup>109</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de noviembre de 2005, *Reino Unido/Comisión* (T-178/05), apartado 74.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 22 de marzo de 2011, *Letonia/Comisión* (T-369/07).

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 23 de septiembre de 2009, *Polonia/Comisión* (T-183/07).

<sup>112</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Séptima) de 23 de septiembre de 2009, *Estonia/Comisión* (T-263/07).

<sup>113</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada), *Alemania/Comisión*, de 7 de noviembre de 2007 (T-374/04).

<sup>114</sup> Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2007 - *Rumanía/Comisión* (T-483/07) para que se anule la Decisión de la Comisión C(2007) 5240 final, de 26 de octubre de 2007, relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el año 2007, y Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2007 - *Rumanía/Comisión* (T-484/07), por el que solicita que se anule la Decisión de la Comisión C(2007) 5253 final, de 26 de octubre de 2007, relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el período 2008-2012.

ce el principio de *lex specialis*, obviamente con los límites establecidos en la aplicación de este principio<sup>115</sup>.

## VII. LA CONTRA HISTORIA JUDICIAL DE LOS PARTICULARES

Junto a los distintos intentos estatales de ajustar el comercio de CO<sub>2</sub> a sus particulares intereses, también ha habido intentos de los afectados, generalmente grandes empresas perjudicadas o, al menos, interesadas en seguir manteniendo sus viejos privilegios, al menor coste posible.

En este sentido, el enfoque general ha sido el de plantear Recursos de anulación sobre las Decisiones de la Comisión relativa a los Planes Nacionales de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Esto, por las peculiaridades de los recursos de anulación, ha conducido a distintos autos de inadmisibilidad, en los que se han visto implicados Planes como el de Alemania<sup>116</sup>, Eslovaquia<sup>117</sup>, o Italia<sup>118</sup>, a autos de desestimación de anulación, como el del caso de Polonia<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> «La comunicación de datos objeto de transacción como los controvertidos en el asunto principal, relativos a los nombres de los titulares de cuentas de origen y de destino de las transferencias de derechos de emisión, a los derechos de emisión o unidades de Kioto objeto de dichas transacciones y a la fecha y hora de dichas transacciones, se rige exclusivamente por la normativa específica que sobre comunicación al público y confidencialidad se contienen en la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, 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, en la versión resultante de la Directiva 2004/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, y en el Reglamento (CE) n.º 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87 y la Decisión n.º 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», en Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal administratif de Paris - Francia) - *Ville de Lyon / Caisse des dépôts et consignations* (C-524/09).

<sup>116</sup> Auto de inadmisibilidad del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 30 de abril de 2007, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG/Comisión* (T 387/04) contra un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión relativa al Plan Nacional de Asignación de Alemania. También el Auto de inadmisibilidad del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de abril de 2008, *Saint-Gobain Glass Deutschland GmbH/Comisión* (C 503/07 P), contra la anulación del auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 11 de septiembre de 2007, *Fels-Werke y otros/Comisión* (T 28/07), por el que se declaró la inadmisibilidad del recurso mediante el cual Saint-Gobain Glass Deutschland había solicitado la anulación parcial de la decisión C(2006) 5609 de la Comisión, de 29 de noviembre de

No obstante ha habido algunos casos de alto interés en tanto en cuanto implica ejercicio de derechos fundamentales, que merecen un análisis más detenido, aunque no pormenorizado.

Hay que partir del hecho de que la propia Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo 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, reconoce expresamente que respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>120</sup>. Por tanto, nada en ella puede conllevar la violación de un derecho contemplado en la citada Carta.

Varias empresas consideraron lesivo a sus intereses la implantación de medidas ordenadas por el Gobierno Francés, en el marco de sus obligaciones internacionales y europeas<sup>121</sup>, por lo que deciden demandar al Gobierno

---

2006, relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero notificado por la República Federal de Alemania para el período 2008-2012.

<sup>117</sup> Auto de inadmisibilidad del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2007 - *US Steel Košice/Comisión* (T 489/04) contra un recurso que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión, de 20 de octubre de 2004, relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero notificado por la República Eslovaca, para el período comprendido entre 2005 y 2007. Este Auto fue recurrido y resuelto por el Auto del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008 - *US Steel Košice s.r.o. / Comisión de las Comunidades Europeas*, C-6/08 P (DO C 285 de 08.11.2008, p. 13), por el que se desestima el Recurso de casación interpuesto contra el auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2007, *US Steel Košice s.r.o. / Comisión* (T-27/07), en el que se declaró la inadmisibilidad de un recurso dirigido a obtener la anulación de la Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 2006, relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero notificado por Eslovaquia.

<sup>118</sup> Auto de inadmisibilidad del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 2008 - *Buzzi Unicem/Comisión* (T-241/07) contra el recurso de anulación parcial de la Decisión de la Comisión de 15 de mayo de 2007, relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero notificado por Italia para el período comprendido entre 2008 y 2012.

<sup>119</sup> Auto del Tribunal de Primera Instancia de 20 de octubre de 2008 - *BOT Elektrownia Bełchatów y otros/Comisión* (T-208/07) desestimando la Anulación de la Decisión C(2007) 1295 final de la Comisión, de 26 de marzo de 2007, relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el período 2008-2012 notificado por Polonia.

<sup>120</sup> Considerando n.º 27, DO n.º L 275/32, de 25 de octubre de 2003.

<sup>121</sup> Francia había transpuesto la Directiva 2003/87 a su ordenamiento interno a través de la *Ordonnance n.º 2004-330, du 15 avril 2004, portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre* (Decreto legislativo n.º 2004-330, de 15 de abril

francés ante el *Conseil d'État*. Este órgano judicial francés solicita al Tribunal de Justicia de la CE la siguiente cuestión prejudicial en apreciación de validez: «[¿Es válida] la Directiva [2003/87] en relación con el principio de igualdad, en la medida en que [...] dispone la aplicación del régimen de comercio de los derechos de emisión [...] a las instalaciones del sector siderúrgico, sin incluir en dicho régimen a las industrias del aluminio y del plástico[?]». La respuesta del Tribunal de Justicia (Gran Sala) fue contundente<sup>122</sup>.

Por su parte, una de las empresas que provocó la cuestión prejudicial del TJCE resuelta por el *Conseil d'État* francés, la *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* (en adelante Arcelor) demandó al Parlamento y al Consejo de la UE ante el Tribunal de Justicia de la UE para que se pronunciara sobre la anulación de ciertas disposiciones de la Directiva 2003/87 que establece un régimen para el comercio de derechos de emisión dentro de la Comunidad y una solicitud de indemnización por los daños sufridos por la demandante como consecuencia de la adopción de las disposiciones impugnadas<sup>123</sup>.

El Tribunal ha analizado dichas disposiciones, bajo el prisma de la infracción de ciertos derechos fundamentales invocados por la empresa per-

---

de 2004, por el que se instaura un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; *JORF* de 17 de abril de 2004, p. 7089). Esta *Ordonnance* incorporó los artículos L.229-5 a L.229-19 del *Code de l'environnement*. Las modalidades concretas de aplicación se adoptaron mediante el *Décret* n.º 2004-832, de 19 de agosto de 2004 (*JORF* de 21 de agosto de 2004, p. 14979), modificado por el *Décret* n.º 2005-189, de 25 de febrero de 2005 (*JORF* de 26 de febrero de 2005, p. 3498).

<sup>122</sup> «El examen de la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, 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, en su versión modificada por la Directiva 2004/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, en relación con el principio de igualdad de trato, no ha puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a su validez en la medida en que dispone la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero al sector siderúrgico, sin incluir en su ámbito de aplicación los sectores químico y de los metales no ferreos», Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Conseil d'État* — Francia) — *Société Arcelor Atlantique et Lorraine, Sollac Méditerranée, Société Arcelor Packaging International, Société Ugine & Alz France, Société Industeel Loire, Société Creusot Métal, Société Imphy Alloys, Arcelor SA/Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* ( C-127/07), *DO C*/44 de 21 de febrero de 2009.

<sup>123</sup> Recurso interpuesto el 15 de enero de 2004 por *Arcelor S.A. contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea* (*DO C*/71 de 20 de marzo de 2004).

judicada, entre ellos el derecho fundamental a la propiedad, el derecho de empresa y algunos otros principios jurídicos de derechos fundamentales como el principio de igualdad de trato, el de proporcionalidad o el de seguridad jurídica.

Al hilo de las reflexiones que hace el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se impone un análisis de estas cuestiones jurídicas que trataré de desarrollar brevemente.

Ya he mencionado que Arcelor, la empresa demandante<sup>124</sup>, ya denunció, junto a otras, la violación de derechos fundamentales ante el *Conseil d'État* francés, que presentó un recurso prejudicial en apreciación de validez ante el TJCE e igualmente he dicho que el TJCE se pronunció considerando que la Directiva cuestionada estaba en consonancia con el Derecho de la Unión Europea, por lo que estaba plenamente en vigor y no contradecía derechos fundamentales<sup>125</sup>.

Arcelor consideraba que la asignación de emisiones establecida por el Plan Nacional francés, como consecuencia de la aplicación de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, le afectaba directamente y violaba derechos fundamentales. Por ello plantea un recurso de anulación ante el TJCE<sup>126-127</sup>.

En efecto, las empresas que, como Arcelor se dedicaran a una actividad económica que da lugar a emisiones de carbono tendrían que someter-

---

<sup>124</sup> Posee 17 instalaciones de producción de arrabio en bruto y de acero en la Unión, que se encuentran en Francia (Fos-sur-Mer, Florange y Dunkerque), Bélgica (Lieja y Gante), España (Gijón-Avilés) y Alemania (Bremen y Eisenhüttenstadt).

<sup>125</sup> STJCE (Gran Sala), de 16 de diciembre de 2008, citada *up supra*.

<sup>126</sup> Tanto el Parlamento como el Consejo plantearon la excepción de inadmisibilidad con arreglo al artículo 114 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, que no fue admitida por el mismo. Sobre los aspectos formales de este recurso, de interesantísimas consecuencias, que confirma el *locus standi* de particulares en este tipo de recursos, frente a normas de carácter general como las Directivas, no me pronuncio porque considero que no es relevante para el objeto de este trabajo. Me remito al análisis que se hace en la misma.

<sup>127</sup> En su planteamiento para que el TJCE declare nulas algunas disposiciones de la Directiva citada, Arcelor argumenta que «Dicha Directiva establece un sistema de autorizaciones para determinadas actividades que dan lugar a la emisión de gases de efecto invernadero, entre las que se incluye la producción de arrabio o de acero, y prevé la concesión de derechos de emisión a las instalaciones pertinentes. Aquellas instalaciones que durante el ejercicio económico relevante generen emisiones de gases de efecto invernadero que excedan de sus correspondientes derechos serán objeto de sanciones económicas» Recurso interpuesto el 15 de enero de 2004 por *Arcelor S.A. contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea* (T-16/04).

se al sistema general de regular dichas emisiones, bien a través de la tecnología que lo permita, bien a la reducción de la producción, bien a través de la compra de cuotas de otras empresas más limpias o excedentarias. Por supuesto, hay que tener en cuenta todos los elementos relevantes, pero también la aplicación del principio quien contamina paga, recogido expresamente en las normas jurídicas superiores (artículo 174-2º TCE, actual 191-2º del TFUE).

Esto parece que está otorgando una categoría de derecho patrimonial. En opinión de Moreno Trujillo el derecho de emisión (concreción del más genérico derecho a contaminar) se configura, jurídicamente, como un derecho subjetivo de contenido patrimonial<sup>128-129</sup>.

De estas características habría que comentar que la temporalidad a la que se debe referir Moreno Trujillo debe ser interpretada de conformidad con el sentido que se atribuye en el artículo 13 de la Directiva L/275 de 25 de octubre de 2003<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> MORENO TRUJILLO, E., «La Directiva...», *op.cit.*, p. 76.

<sup>129</sup> Los caracteres por los cuáles se puede determinar que es un derecho patrimonial, también según MORENO TRUJILLO, serían los siguientes: «—Patrimonial: tiene valor económico en sí mismo considerado, que le permite incorporarse a un sistema de mercadeo. Su virtualidad práctica reside, precisamente, en esa patrimonialidad. —Transmisibile: el derecho subjetivo, en sí mismo considerado, no tendría mayor trascendencia que la de significar una autorización administrativa para realizar determinadas actividades potencialmente lesivas, imponiendo unos requisitos y límites de ejercicio. Lo que genera su eficacia como mecanismo coadyuvante a la lucha contra el cambio climático es su transmisibilidad: será objeto, y preciado, de comercio (...). —Temporal: será válido sólo durante el periodo de vigencia de cada Plan Nacional de Asignación, fijado por la Directiva en 5 años, con carácter general con un primer periodo «de ensayo» de tres años que comenzará el 1 enero 2005. Transcurrido el periodo de vigencia, caducan. —Inscribible: Se creará un registro «ad hoc», siguiendo las directrices previstas por la UE para los registros públicos. El Registro tendrá una función esencialmente contable, será público y deberá velar por la legalidad de las transmisiones que se efectúen», *Ibidem*, p. 78.

<sup>130</sup> En este sentido, el citado artículo recoge que «1. Los derechos de emisión serán válidos para las emisiones producidas durante el período contemplado en los apartados 1 o 2 del artículo 11 para el que se hayan expedido. 2. Transcurridos cuatro meses a partir del comienzo del primer período de cinco años contemplado en el apartado 2 del artículo 11, la autoridad competente cancelará los derechos de emisión que ya no sean válidos y que no se hayan entregado y cancelado de conformidad con el apartado 3 del artículo 12. Los Estados miembros podrán expedir derechos de emisión a personas para el período en curso en sustitución de cualesquiera derechos de emisión de los que sean titulares y que hayan sido cancelados de conformidad con el párrafo primero. 3. Transcurridos cuatro meses a partir del comienzo de cada período subsiguiente de cinco años contemplado en el apartado 2 del ar-

La Ley española 13/2010, de 5 de julio sobre esta cuestión deja bastante claro que entiende por derecho de emisión «el derecho subjetivo a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono, desde una instalación o una aeronave que realiza una actividad de aviación incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley, durante un período determinado»<sup>131</sup>.

Claro que este no era el problema de ACELOR. Sin embargo, el comentario viene al hilo porque lo que plateaba ACELOR está bastante relacionado<sup>132</sup>.

Por tanto, como puede verse, su planteamiento estaba en el marco de ciertos derechos fundamentales como el derecho de propiedad, el derecho a ejercer una actividad económica o incluso el derecho a la libertad de establecimiento dentro de la Unión Europea o la aplicación de principios jurídicos como el de proporcionalidad, el principio de igualdad y el principio de seguridad jurídica.

En todos los casos la respuesta del Tribunal fue explícita, desestimando el recurso, analizando derecho por derecho y principio por principio. La Directiva, pues, no afecta a estos derechos fundamentales ni a estos principios cuestionados.

---

tículo 11, la autoridad competente cancelará los derechos de emisión que ya no sean válidos y que no se hayan entregado y cancelado de conformidad con el apartado 3 del artículo 12. Los Estados miembros expedirán derechos de emisión a personas para el período en curso en sustitución de cualesquiera derechos de emisión de los que sean titulares y que hayan sido cancelados de conformidad con el párrafo primero».

<sup>131</sup> Art. 2º 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 comercio de derechos de emisión e incluir la aviación en el mismo (BOE n.º 163, de 6 de julio de 2010). Aun no he visto comentarios, más allá de los que hacen algunos bufetes de abogados que más que comentarios son resúmenes, de esta Ley. Sin embargo, si puede verse un comentario a la Ley que modifica, en JUNCEDA MORENO, F. J., *Comentarios a la Ley 1/2005, de 9 de marzo, de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y a la normativa complementaria de aplicación del Protocolo de Kyoto*, Ed. Civitas, Madrid, 2006.

<sup>132</sup> Dado que consideraba que la situación le era bastante lesiva, incluso porque «la obligación de autorizar las emisiones de CO<sub>2</sub> produce, por sí misma, efectos sobre la situación jurídica de la demandante, en la medida en que invalida, en parte, los permisos de explotación y los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> concedidos con arreglo a la Directiva 96/61 que poseía anteriormente para sus instalaciones de producción»<sup>133</sup>. Es más, en su Recurso planteaba concretamente que «las disposiciones impugnadas vulneran su derecho de propiedad y su derecho al ejercicio de una actividad económica, derechos ambos que son derechos fundamentales, al obligarla a que sus plantas operen en condiciones económicas inviables», Recurso interpuesto el 15 de enero de 2004 por *Arcelor S.A. contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea* (T-16/04).

### VIII. CONCLUSIONES: ¿EL FIN DE LA HISTORIA?

1. A pesar de que la I Conferencia Mundial sobre el Clima, tuvo lugar en Ginebra en 1979, organizada por la Organización Meteorológica Mundial (OMM), organismo especializado del sistema de Naciones Unidas, se podría afirmar que la primera institución internacional de alcance global en preocuparse formalmente del calentamiento global fue la Asamblea General de Naciones Unidas. En 1988 adoptó una Resolución que serviría de espita a la acción de organismos internacionales asociados al sistema de Naciones Unidas. Las llamadas de atención de esta Resolución fueron tan eficaces que comenzó un importante desarrollo de instrumentos científicos y jurídicos con los que luchar contra el calentamiento global.

2. El instrumento científico más importante ha sido la creación del Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) y el instrumento jurídico de referencia ha sido la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 9 de mayo de 1992. A esta Convención habría que añadirse algunos Protocolos adicionales, entre los que sobresale, a los efectos del comercio de emisiones, el Protocolo de Kioto de 11 de diciembre de 1997, una de cuyas virtudes ha sido posibilitar el desarrollo del comercio de emisiones.

3. La Unión Europea, en sus diversas versiones jurídicas, ha participado en los procesos de negociaciones de estos textos internacionales y ha asumido obligaciones, junto a los propios Estados Miembros, que también las han asumido separadamente. Se trata pues de obligaciones internacionales, tanto para la Unión Europea como para los Estados particularmente hablando.

4. Los efectos más importantes del Protocolo de Kioto son dos: uno, haber conseguido romper con el principio tradicional del Derecho Internacional, sobre la reciprocidad; dos, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en un periodo entre el año 2008 y el 2012. Sin embargo, del lenguaje jurídico empleado por el propio Protocolo se puede deducir que estamos más ante aspiraciones que ante obligaciones internacionales concretas. Por tanto, se requería la puesta en práctica de mecanismos jurídicos que completaran esta aspiración del Protocolo de Kioto.

5. La Unión Europea, en el proceso negociador del Protocolo de Kioto consiguió constituirse en una burbuja integrada, donde todos los Estados Miembros eran considerados espacialmente uno sólo. Esto ha sido fundamental para el establecimiento de un sistema de comercio de emisiones de CO<sub>2</sub>.

6. En el marco de la discrecionalidad técnica que ofrece el Protocolo de Kioto, la Unión Europea ha instituido una serie de instrumentos jurídico para alcanzar los objetivos determinados en el citado Protocolo. Uno de estos instrumentos ha sido establecer un comercio de emisiones de CO<sub>2</sub>. Desde luego, no puede considerarse que el mercado de emisiones de CO<sub>2</sub> vaya a suponer la solución final para resolver el problema del cambio climático, entendido como calentamiento global como consecuencia de la emisión de gases de efecto invernadero. Se trata únicamente de una de las variadas medidas puestas en marcha para la lucha contra el cambio climático, como el almacenamiento de carbono, las energías renovables, las energías limpias, la biocombustibles, la investigación tecnológica, la cooperación internacional, etc., etc.

7. La UE, con esta medida de implantación temprana del comercio de emisiones, ha podido abanderar el liderazgo de la lucha contra el cambio climático, porque no ha arriesgado el crecimiento económico y se ha adelantado a la resolución progresiva del problema. Este instrumento jurídico ha supuesto un desarrollo creativo del Protocolo de Kioto, en el que se ha inspirado. En mi opinión personal, este desarrollo creativo está siendo posible, a pesar de las dificultades, precisamente porque el mercado europeo de emisiones no se ha basado estrictamente en el Protocolo de Kioto. Es sustancialmente diferente, sobre todo porque los destinatarios de las normas son diferentes. En el Protocolo de Kioto sus destinatarios son los Estados y las Organizaciones Internacionales Partes. En el marco europeo, sus destinatarios son los Estados Miembros y los agentes privados. En esto consiste la novedad, aunque en esto consisten también algunos de los problemas. Ahora no sólo hay que tener en cuenta los intereses diversos de los Estados, sino que hay que estar muy atento a los derechos de las empresas y los agentes privados que se sitúan en este mercado.

8. Este sistema no es nuevo, pero no por ello deja de ser innovador e incluso inteligente porque combina los altos intereses que tienen que tenerse en cuenta, con el objetivo final global, que es la reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> a la atmósfera, al mismo tiempo que permite el desarrollo económico, cuida de los intereses particulares de cada uno de los 27 Estados y de los intereses empresariales y sociales que están en juego.

9. El bien jurídico protegido de las normas ambientalistas es el interés general de la comunidad (en nuestro caso internacional). Por tanto no se trata de conceder derechos subjetivos, sin embargo, en estas normas del comercio de emisiones, se generan derechos patrimoniales y pueden estar

afectados algunos derechos fundamentales. Además, hay intereses nacionales en juego, hay riesgos económicos e intereses políticos y sociales. De hecho, aun hay algunos sectores industriales, emisores de gases de efecto invernadero en la Unión Europea, que se encuentran fuera del mercado, lo que hace que el propio objetivo del mercado de emisiones se vea privado de la eficacia que merece. Habrá que tender a expandir estas obligaciones a más sectores industriales y a más países.

10. El comercio de emisiones permite a un operador privado o a un Estado que pueda reducir su grado de contaminación, vendiendo a otro su excedente de derecho de emisión. Siendo, como ya he dicho, una idea perversa, también es inteligente porque se prepara a la sociedad, sin perjudicar el desarrollo económico. Se le da valor económico a la reducción de emisiones, convirtiendo en activos financieros los excedentes de derechos de emisión o los esfuerzos reduccionistas.

11. Los Estados, en general, a pesar de las enormes presiones a que se han visto sometidos, sobre todo por los grandes operadores económicos en sectores estratégicos de emisiones de gases de efecto invernadero, han sido diligentes en la aplicación e implementación de las normas europeas al respecto. Los Planes Nacionales de Asignación, aunque muchos de ellos han sido objetados por la Comisión Europea y otros muchos han tenido que resolverse en el ámbito judicial, han servido a los efectos pretendidos. Se ha mejorado la eficiencia de las emisiones, se ha generado una dinámica de restricciones y la compra venta ha funcionado en términos generales. Ahora bien, los litigios han sido cuantiosos y me temo que seguirán siéndolos.

12. Al mismo tiempo que los Estados han querido ajustar el comercio de CO<sub>2</sub> a sus intereses nacionales, los operadores empresariales y otros perjudicados, han litigado bien contra los Estados, bien contra la Comisión e incluso contra la propia Unión Europea, con el objetivo de reducir costes o minimizar los efectos económicos de la puesta en marcha de este comercio. Para ello no se ha dudado en reclamar la violación de derechos fundamentales como el de libertad de empresa, el de propiedad e, incluso, el de igualdad o el de libre de establecimiento. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en todos los casos que le han llegado, ha sido coherente con el interés general de protección medioambiental.

13. Uno de los objetivos no especialmente buscados que se ha conseguido es que el medio ambiente tenga un defensor del interés jurídico entre los propios mercaderes. Y, creo, que esto, modestamente lo ha podido impulsar el comercio de emisiones de CO<sub>2</sub> porque, está implicando a acto-

res altamente poderosos que, ahora, ven posibilidades de negocio y, sobre todo, imagen de ecogestión muy saludables a sus intereses económicos.

14. No estamos ante el fin de la historia en este tema pero sí ante el principio de la historia transmoderna, que, manteniendo las estructuras clásicas, es capaz de superarlas y ver oportunidades de cambios, sin riesgos de revoluciones. Por tanto, se puede afirmar que el comercio de emisiones de CO<sub>2</sub> en la Unión Europea no es un simple modelo nuevo de mercadeo sino un instrumento eficaz de lucha contra el cambio climático sin que peligren las estructuras económicas y sociales de los europeos. Ahora bien, es sólo uno de los instrumentos y hay que seguir perfeccionando el sistema y añadiendo otros instrumentos tan importantes o más que éste.

#### EL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIONES DE CO<sub>2</sub> EN LA UE, ¿ESPERANZA PARA EL CLIMA O NUEVO MODELO DE MERCADEO?

RESUMEN: Se trata de un análisis jurídico donde se pueden detectar todos los elementos que han llevado a la construcción de la norma jurídica europea que establece un mercado de cuotas de emisión de CO<sub>2</sub> en la UE, partiendo de sus obligaciones internacionales en el marco del Protocolo de Kioto. Se trata de una de las medidas puestas en práctica por la UE para la lucha contra el cambio climático que más dificultades ha planteado pero que más éxitos ha cosechado a su vez.

Los elementos que han condicionado la norma jurídica también son analizados como parte integrante de la comprensión general del por qué de este mercado. En este sentido se tienen en cuenta los intereses variados de los Estados, en su perspectiva económica, pero también política, social, etc., en el marco del principio de subsidiariedad, particularmente sus Planes Nacionales de Asignación. También se analizan los intereses jurídicos de algunos actores implicados, sobre todo las empresas, teniendo en cuenta, especialmente, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE en la materia.

PALABRAS CLAVES: Cambio Climático; Emisiones de CO<sub>2</sub>; comercio de emisiones; gases de efecto invernadero; Planes Naciones de Asignaciones de CO<sub>2</sub>; Unión Europea y Protocolo de Kioto.

#### THE CO<sub>2</sub> EMISSION ALLOWANCE TRADING WITHIN EU, HOPE FOR THE CLIMATE OR NEW MARKETING MODEL?

ABSTRACT: This is a legal analysis to detect all relevant elements that have led to the construction of the European trade market for CO<sub>2</sub> emission quotas. The first elements are the international obligations under the Kyoto Protocol. This is one of the measures implemented by the EU to fight climate change. A lot of difficulties have been generated but also successes.

The elements that have influenced the rule of law are also analyzed as part of the general understanding of why this market. In this sense, it is taken into account the varied interests of States, in its economic outlook, but also political, social, etc., under the principle of subsidiarity. Particularly their national allocation plans. The legal interests of some actors, especially corporations are also analyzed, taking into account in particular the judgments of the Court of Justice of the EU in the field.

**KEY WORDS:** Climate change; CO<sub>2</sub> emissions; emissions trading; greenhouse gases, National Allocations Plans on CO<sub>2</sub>; European Union and Kyoto Protocol.

#### L'ÉCHANGE DE QUOTAS D'ÉMISSION DE CO<sub>2</sub> DANS L'UE, ESPOIR POUR LE CLIMAT OU NOUVEAU MODELE DE MARKETING?

**RESUMÉ:** Il s'agit d'une analyse juridique qui permet de détecter tous les éléments qui ont conduit à la construction de la règle juridique européen qu'établit un marché de quotas d'émission de CO<sub>2</sub> dans l'UE, à commencer par ses obligations internationales en vertu du Protocole de Kyoto. C'est l'une des mesures mises en œuvre par l'UE pour lutter contre le changement climatique. Elle a posé les plus grandes difficultés mais elle a aussi récolté les plus grands succès.

Les éléments qui ont influé sur la norme juridique sont également analysés dans le cadre de la compréhension générale pour lesquelles ce marché est devenu. En ce sens, en tenant compte de la diversité des intérêts des États, dans ses perspectives économiques, mais aussi politique, social, etc., en vertu du principe de subsidiarité, en particulier les plans nationaux d'allocation. Il aborde également les intérêts juridiques de certains acteurs, notamment les sociétés, en tenant compte en particulier des arrêts de la Cour de Justice de l'UE dans le domaine.

**MOTS CLÉS:** Le changement climatique ; Émissions de CO<sub>2</sub>; d'échange d'émissions ; Gaz à effet de serre; Plans nationaux d'allocations de CO<sub>2</sub>; Union européenne et Protocole de Kyoto.