

Análisis crítico del Reglamento 1031/2010 sobre las subastas de los derechos de emisión

Autor: *Carlos de Miguel*

Profesor Departamento Derecho Privado. Universidad Pontificia Comillas
Abogado (URÍA MENÉNDEZ)

Resumen

En este trabajo se analizan, desde una perspectiva crítica, los aspectos relevantes del Reglamento 1031/2010, sobre el calendario, gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87. El trabajo se centra en los objetivos generales del Reglamento (normas sobre ofertas y precio de adjudicación, celebración de las subastas, determinación del volumen de derechos por subastar cada año, acceso a las subastas), y en las cuestiones relevantes sobre sus elementos subjetivos (Estados miembros, subastador, plataforma de subastas, entidad supervisora) y objetivos.

Palabras clave: cambio climático, comercio de derechos de emisión, subasta.

Abstract

In this work the main aspects of the Regulation 1031/2010, on the timing, administration and other aspects of auctioning of greenhouse gas emission allowances pur-

suant to Directive 2003/87, are analyzed. The work is focused on the general goals of the Regulation (rules on bids and clearing price, conduct of auctions, determination of the annual volume of allowances to be auctioned, access to the auctions), and on relevant issues concerning the subjective elements (Member States, auctioneer, auction platform, auction monitor) and objective elements.

Key words: climate change, emission allowances trading system, auction.

Recibido: 30.04.2012

Aceptado: 14.05.2012

I. Introducción

En este artículo se va a analizar, desde una perspectiva crítica, el Reglamento de la Unión Europea 1031/2010, de 12 de noviembre, sobre el calendario, gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87, que entró en vigor el 19 de noviembre de 2010. Las normas sobre subastas que se recogen en el Reglamento 1031/2010 se aplican a los derechos de emisión correspondientes tanto a las actividades de aviación como a las instalaciones fijas.

El Reglamento 1031/2010 es pues una norma complementaria de la Directiva 2003/87, ya que sólo regula un aspecto concreto (las subastas de derechos de emisión) de los muchos, y muy importantes, que se recogen en la Directiva. Sin embargo, tras la modificación de la Directiva 2003/87, producida por la Directiva 2009/29, de 23 de abril, una de las mejoras (al menos, para el legislador comunitario¹) que se introdujeron consistió en determinar que la subasta debe ser el principio básico para la asignación de derechos de emisión. De acuerdo con el propio Reglamento (considerando 1), la subasta es el sistema más sencillo y, en general, más eficiente desde el punto de vista económico. Puesto que la eficiencia del régimen de comercio de emisiones depende de que se emita una señal de precio del carbono clara para conseguir reducir las emisiones de gases de efecto invernadero al menor coste, parece razonable pensar que la subasta puede ser, realmente, el sistema de asignación de derechos de emisión más adecuado.

Frente a esta presentación podría hacerse una primera consideración: si es tan obvio que la subasta es ese método más adecuado de asignación, cabe plantearse por qué no se estableció desde el principio en el comercio de derechos de emisión, ya en 2005. Quizás la respuesta está en la prudencia: este mercado era, hasta cierto punto,

¹ V. considerando 1 del Reglamento.

nuevo², y desde luego había muchos intereses en juego. Inicialmente la subasta podía ser una opción más arriesgada que la de la asignación gratuita por la que finalmente se optó.

Todavía cabe hacer una segunda consideración a lo anterior: tal como se explicará en las líneas que siguen, la subasta puede aparecer como “el principio básico para la asignación de derechos de emisión”, pero lo cierto es que aún tendrán que pasar años para que esto sea realmente así de forma completa, dado el calendario que se establece para su implantación generalizada.

En las páginas que siguen se hace una exposición general del Reglamento 1031/2010, centrada necesariamente en los aspectos que se consideran más importantes, dadas las limitaciones espacio. Eso supone dejar fuera de la explicación aspectos que pueden ser relevantes, como la regulación de las plataformas de subastas nacionales³, o la subasta de futuros a plazos, que tendrá lugar hasta que se hayan establecido las medidas legales y los medios técnicos necesarios para la entrega de derechos de emisión (artículo 4.2).

II. Objetivos generales del Reglamento 1031/2010

Según el Reglamento 1031/2010 (cf., considerando 3), los objetivos generales de la subasta que pueden deducirse de la Directiva 2003/87 son (i) la previsibilidad de su desarrollo (en particular en lo que respecta al calendario y ritmo de organización de las subastas y a los volúmenes de derechos de emisión que deberán ponerse a disposición), de tal forma que se garantice el acceso de las pequeñas y medianas empresas incluidas en el régimen de comercio de derechos de emisión, el acceso de los pequeños emisores, y que los participantes tengan acceso a la información al mismo tiempo; (ii) que los participantes no obstaculicen el funcionamiento de las subastas; y (iii) que la organización y la participación sean eficientes desde el punto de vista de los costes y se eviten costes administrativos innecesarios.

Para alcanzar estos objetivos, el Reglamento introduce diversas normas. Además de las referidas a los elementos subjetivos y objetivos (ver apartados III y IV siguientes), destaco ahora las que siguen a continuación.

II.1. Normas sobre ofertas y precio de adjudicación

Las subastas deben llevarse a cabo en una sola ronda (por separado, con apertura y cierre en el mismo día - artículo 8.1), mediante un formato en virtud del cual los

² Aunque no totalmente. Experiencias parecidas anteriores hubo, por ejemplo, en Estados Unidos con el SO₂.

³ En nuestro caso, la explicación del funcionamiento de las plataformas nacionales no es prioritaria, ya que el Reino de España no se ha reservado (como tampoco lo ha hecho la inmensa mayoría de los Estados miembros) la posibilidad de tener su propia plataforma.

oferiantes presentarán sus ofertas durante un período determinado sin ver las ofertas presentadas por otros oferiantes (artículo 5).

Todos los adjudicatarios pagarán el mismo precio de adjudicación de la subasta por cada derecho de emisión, con independencia del precio ofertado (artículos 5 y 7.3).

El precio se fija al cierre del período de subasta (artículo 7.1), de la siguiente forma (artículo 7, apartados 2, 4 y 5): la plataforma de subastas clasificará las ofertas presentadas por orden de precio y, si hay varias ofertas con el mismo precio, se clasificarán por selección aleatoria. Los volúmenes ofertados se irán sumando partiendo de la oferta de precio más elevada. El precio de la oferta en la cual la suma de los volúmenes ofertados alcance o rebase el volumen de derechos de emisión subastados será el precio de adjudicación de la subasta. Si el volumen total de ofertas rebasa el volumen de derechos de emisión subastados, a la última oferta seleccionada a los efectos de la suma de los volúmenes ofertados se le asignará el volumen restante de derechos de emisión subastados. Si el volumen total de ofertas es menor que el volumen de derechos de emisión subastados, la plataforma de subastas anulará la subasta.

Este sistema parece adecuado: de lo apuntado en los párrafos anteriores se puede deducir que constituye un sistema apto para evitar manipulaciones en la formación del precio. De hecho, es un sistema habitual en este tipo de mercados.

El artículo 6 regula aspectos concretos de la presentación de ofertas (volumen mínimo de productos subastados, contenido y vinculación de la oferta), así como de su modificación y retirada.

Los empates de ofertas se resuelven mediante un proceso aleatorio (artículo 7.2). Se pretende así generar incertidumbre a los oferiantes y, por ende, dificultar las prácticas de colusión en el precio ofertado.

Si el precio de adjudicación está muy por debajo del precio vigente en el mercado secundario⁴ durante e inmediatamente antes del período de subasta, se anula la subasta (artículo 7.6), sobre la base de que esta situación puede ser indicio de una deficiencia de la subasta, ya que en principio lo que cabría esperar es que el precio de adjudicación de la subasta se ajuste estrechamente al predominante en el mercado secundario⁵.

Esta norma puede tener su justificación en el funcionamiento habitual de los mercados, pero establecer una presunción de este tipo, con una consecuencia tan grave como es la anulación de la subasta, podría, en principio, resultar excesivo. La bondad de esta regla dependerá, en último término, de la metodología que debe establecer la plataforma de subastas para determinar su aplicación (cf. artículo 7.7). Es de esperar que esta metodología no sea una mera traslación de la que pueda haber en otros mercados, sino que se adecue específicamente a las características del mer-

⁴ “Mercado secundario” se define como el mercado en el que se compran o venden derechos de emisión antes o después de ser asignados de manera gratuita o mediante subasta (artículo 3.11).

⁵ El artículo 9 recoge otros supuestos de anulación de subastas.

cado de derechos de emisión – por ejemplo, en lo que se refiere a los plazos entre subastas.

II.2. Normas sobre la celebración de las subastas

Se fija una frecuencia mínima semanal de las subastas para los derechos de emisión de las instalaciones fijas, que se considera “relativamente elevada” (ver considerando 18 del Reglamento) para reducir su impacto en el funcionamiento del mercado secundario, garantizar una participación suficiente y limitar el riesgo de abuso de mercado; para las actividades de aviación, que tienen un volumen de los derechos de emisión mucho menor, la frecuencia mínima de las subastas es bimestral (artículo 8.4).

Se fijan normas y procedimientos para establecer un calendario detallado de las subastas, que incluyen todos los datos pertinentes de cada subasta, con suficiente antelación (artículo 8, apartados 2 y 3). El volumen de derechos de emisión que salgan a subasta cada año debe distribuirse de manera uniforme a lo largo del año (artículo 8.5)⁶.

Respecto de los derechos de emisión para las instalaciones fijas, las plataformas de subastas deben determinar y publicar, antes del 28 de febrero del año anterior, o lo antes posible a partir de esa fecha, los períodos de subasta, los volúmenes individuales, las fechas de las subastas y el producto subastado, así como las fechas de pago y entrega de los derechos de emisión por subastar en subastas individuales cada año natural. Previamente, deben haber consultado a la Comisión y obtenido su dictamen al respecto (artículo 11.1). Una norma similar se recoge para las actividades de aviación en el artículo 13.

Los períodos de subasta, volúmenes, fechas, producto subastado y fechas de pago y entrega de las subastas individuales, determinados y publicados conforme a los artículos 11 y 13, no se pueden modificar, salvo para efectuar ajustes derivados de circunstancias especiales, tales como la anulación de una subasta; la existencia de derechos de emisión restantes en la reserva especial (cf. artículo 3 septies de la Directiva 2003/87); el cese de operaciones de una instalación (cf. artículo 10 bis, apartado 19, de la Directiva 2003/87); la inclusión unilateral de actividades y gases adicionales (cf. artículo 24 de la Directiva 2003/87); o la modificación del Reglamento o de la Directiva 2003/87 (artículo 14).

II.3. Normas sobre determinación del volumen de derechos de emisión por subastar cada año

Ante todo, estas normas deben ser claras y transparentes (cf. considerando 19). A tal efecto se establece, para las instalaciones fijas, que el volumen de derechos de

⁶ Sobre distribución de derechos de emisión en subastas anuladas (apartados 5 y 6 del artículo 7), véase el artículo 7.8.

emisión a subastarse en 2011 y 2012 debe determinarse con la mayor brevedad posible tras la adopción del Reglamento (cf. artículo 10.1). Para los años 2013 y siguientes, se establecen normas generales de determinación de los respectivos volúmenes, por referencia a la Directiva 2003/87 (artículo 10, apartados 2 y 3). Como norma, el volumen que salga a subasta cada año debe equivaler al volumen de derechos de emisión atribuidos a ese año (cf. artículo 10.4).

Se establecen previsiones similares para las actividades de aviación (artículo 12.1).

Como ocurriera con los períodos de subasta, volúmenes, fechas, producto subastado y fechas de pago y entrega de las subastas individuales, los volúmenes anuales por subastar, determinados conforme a los artículos 10 y 12, no se pueden modificar salvo en las circunstancias especiales indicadas en el artículo 14 (ver apartado II.2 anterior).

El Reglamento recoge, además, normas más específicas sobre otros aspectos de las subastas, tales como la moneda utilizada en las ofertas y en los pagos, el envío y tramitación de solicitudes de admisión a presentar ofertas, así como la denegación, revocación o suspensión de la admisión.

II.4. Normas sobre acceso a las subastas

El acceso a las subastas debe ser no discriminatorio (artículo 16.1). Para asegurar la integridad de las subastas y evitar su distorsión⁷, el acceso se supedita a unos requisitos mínimos.

Así, el Reglamento reserva el acceso a categorías de participantes fácilmente identificables y bien definidas:

- titulares de instalaciones fijas y operadores de aeronaves sujetos al régimen de comercio de derechos de emisión (incluidas las empresas matrices, filiales o ligadas que formen parte del mismo grupo de empresas que el titular u operador⁸);
- entidades financieras reguladas que concurren por cuenta propia o en nombre de sus clientes, esto es, las empresas de inversión autorizadas con arreglo a la Directiva 2004/39, que regula los mercados de instrumentos financieros, y las entidades de crédito autorizadas con arreglo a la Directiva 2006/48⁹;
- agrupaciones comerciales de titulares de instalaciones o de operadores de aeronaves (asociaciones, empresas en participación y consorcios) que concurren por cuenta propia actuando como agentes en nombre de sus miembros; y

⁷ Esto es, que las subastas se utilicen como un vehículo para el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo, actividades delictivas o el abuso de mercado.

⁸ Sobre las definiciones de empresa matriz, empresa filial y empresa ligada, ver artículos 1, 2 y 12.1 de la Directiva 83/349.

⁹ Sobre condiciones y obligaciones específicas aplicables a estos sujetos, ver los apartados 3 y 4 del artículo 18, y el artículo 59. Sobre la definición de estos tipos de entidades, ver artículos 4.1.1 de la Directiva 2004/39, y 4.1 de la Directiva 2006/48.

- los organismos públicos o entidades estatales de los Estados miembros que ejerzan el control sobre los titulares u operadores, o entidades con ellos relacionadas tal como se ha indicado antes (artículo 18.1).

Además, pueden solicitar la admisión a presentar ofertas directamente en las subastas, por cuenta propia o en nombre de clientes de su actividad principal, las personas sujetas a la excepción contemplada en el artículo 2.1.i de la Directiva 2004/39¹⁰, si el Estado miembro en el que están establecidas tiene legislación que permite autorizarles a presentar ofertas por cuenta propia o en nombre de clientes de su actividad principal (artículo 18.2).

Como se puede observar, el elenco de personas que tiene acceso a las subastas, con estar compuesto por personas identificables y bien definidas, es amplio. Se consigue así dar acceso indirecto a los titulares de instalaciones y a los operadores de aeronaves no sólo a través de intermediarios financieros, sino también a través de otros intermediarios con los que ya exista una relación de cliente, tales como sus proveedores de electricidad o de combustible, que estén exentos de la Directiva 2004/39. En todo caso, las personas autorizadas por los Estados miembros a pujar en nombre de clientes de su actividad principal deben atenerse a las normas de conducta previstas en el Reglamento 1031/2010, a fin de garantizar la adecuada protección de sus clientes (véanse los artículos 15, 16, 18, 19 y 20; sobre denegación, revocación o suspensión de la admisión a presentar ofertas en las subastas, véase el artículo 21).

Por el contrario, hay personas que no pueden solicitar la admisión a presentar ofertas directamente en las subastas, ni pueden participar en las subastas a través de una o más personas admitidas a presentar ofertas, ya sea por cuenta propia o en nombre de otra persona, cuando desempeñen sus funciones en relación con las subastas en cuestión. Estas personas son:

- el subastador;
- la plataforma de subastas, incluyendo cualquier sistema de compensación o de liquidación conectados a ella¹¹;

¹⁰ Esta excepción se refiere a las personas que negocian por cuenta propia en instrumentos financieros o prestan servicios de inversión en ciertos derivados sobre materias primas o contratos de derivados a los clientes de su actividad principal, siempre que lo hagan como actividad auxiliar con respecto a la principal, cuando se considere como parte de un grupo, y dicha actividad principal no sea la prestación de servicios de inversión en el sentido de la Directiva 2004/39 o de servicios bancarios según la Directiva 2000/12.

¹¹ El «sistema de compensación» se define como una o varias infraestructuras conectadas a la plataforma de subastas que pueden proporcionar servicios de compensación, constitución de márgenes, liquidación por compensación (*netting*), gestión de garantías, liquidación y entrega, así como otros servicios, prestados por una contraparte central a la que se accede de forma directa o indirecta a través de miembros de la contraparte central que actúan de intermediarios entre sus clientes y la contraparte central (artículo 3.31).

El «sistema de liquidación» se define como toda infraestructura, esté o no conectada a la plataforma de subastas, que puede proporcionar servicios de liquidación, entre los que pueden figurar la compensación, la liquidación por compensación (*netting*), la gestión de garantías u otros servicios que en última instancia permiten la entrega de los derechos de emisión en nombre de un subastador a un adjudicatario o su causahabiente,

- las personas que ocupen una posición que les permita ejercer, directa o indirectamente, una influencia significativa sobre la gestión del subastador o de la plataforma;
- las personas que trabajen para el subastador o la plataforma; y
- la entidad supervisora de las subastas y a las personas que ocupen una posición que les permita ejercer, directa o indirectamente, una influencia significativa sobre la gestión de la entidad supervisora de las subastas, o que trabajen para ella en relación con las subastas (apartados 5 y 6 del artículo 18).

Por otra parte, existe la posibilidad de imponer un límite máximo a las ofertas de cada ofertante individual, en proporción al volumen total de derechos de emisión que salgan a subasta en cada subasta o a lo largo de un año natural dado, u otras medidas correctivas que resulten apropiadas (artículo 57).

Sólo pueden presentar, modificar o retirar ofertas las personas físicas establecidas en la Unión, designadas en virtud del artículo 19.2.d, y con autorización para obligar a un ofertante a todos los efectos relativos a las subastas, incluida la presentación de una oferta (artículo 6.3).

Los adjudicatarios pueden negociar los derechos de emisión que les hayan sido asignados en la subasta incluso antes de su entrega, salvo si se trata de derechos de emisión que vayan a entregarse dentro de un plazo de dos días laborables a partir de la fecha de la subasta. Por tanto, cabe aceptar el pago por un causahabiente de un adjudicatario, en vez de por el propio adjudicatario, y efectuar la entrega a un causahabiente de un adjudicatario, en vez de al propio adjudicatario.

II.5. Normas sobre costes

La estructura y el nivel de las tarifas, así como todas las condiciones relacionadas aplicadas por cualquier plataforma de subastas y sus sistemas de compensación y de liquidación, no deben ser menos favorables que las tarifas y condiciones normales comparables que se apliquen en el mercado secundario (artículo 51.1). En aras de la transparencia, todas las tarifas y condiciones deben estar claramente establecidas, ser fácilmente comprensibles, estar debidamente pormenorizadas y ponerse a disposición del público (artículo 51.3).

Como norma general, los costes del proceso de subasta deben sufragarse con las tarifas abonadas por los ofertantes de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato por el que se designe a la plataforma de subastas (artículos 51.2 y 52.1).

así como el pago de la suma adeudada por un adjudicatario o su causahabiente a un subastador, prestados a través del sistema bancario y el registro de la Unión, o de uno o varios agentes de liquidación que actúan en nombre de un subastador y un ofertante o su causahabiente, los cuales acceden al agente de liquidación de forma directa o indirecta a través de miembros del agente de liquidación que actúan de intermediarios entre sus clientes y el agente de liquidación (artículo 3.36).

Hay no obstante excepciones. Así, cuando se subasten derechos de emisión en forma de contratos a plazo y una contraparte central¹² acepte una garantía estatal en vez de una garantía no dineraria, el coste será sufragado por el Estado miembro subastador que ofrezca la garantía estatal; igualmente, el Estado subastador debe sufragar todo coste derivado de los acuerdos celebrados entre el subastador y la plataforma de subastas (excluidos los costes de todo sistema de compensación o de liquidación) (artículo 52.1)¹³.

II.6. Otras normas

El Reglamento regula otros aspectos de las subastas, como la publicación, el anuncio y la notificación de los resultados (artículos 60 y 61), la protección de la información confidencial (artículo 62), la corrección de errores en los pagos o en las transferencias de derechos de emisión (artículo 65), las garantías otorgadas por los ofertantes y los subastadores (artículos 49 y 50¹⁴), el derecho a interponer recurso las contra las decisiones de la plataforma de subastas (artículo 64), y el régimen lingüístico (artículo 63).

De lo anterior merecen destacarse dos aspectos, relativos a la protección de información confidencial, y al derecho a interponer recursos.

De acuerdo con el artículo 62, se considera información confidencial, entre otras, el contenido de una oferta; el contenido de cualesquiera instrucciones para presentar ofertas; y la información que revele o de la que pueda deducirse la identidad del ofertante en cuestión, el número de derechos de emisión que un ofertante desea adquirir en una subasta o el precio que un ofertante está dispuesto a pagar por dichos derechos de emisión.

La información confidencial no puede ser revelada, salvo por causas tipificadas en el mismo artículo 62 (apartado 3) – que, por otro lado, son en general razonables (así, por ejemplo, si la información confidencial ya haya sido puesta lícitamente a disposición del público, se ha hecho pública con el consentimiento escrito del oferente, o se hace pública en cumplimiento de un mandato judicial). Pueden ser menos razonables, por lo amplio de su definición, salvedades tales como que la información sea revelada por cualquier plataforma de subastas a la entidad supervisora de las subastas a fin de permitir o ayudar a dicha entidad a desempeñar sus funciones o

¹² «Contraparte central» se define (artículo 3.35) como una entidad interpuesta, bien directamente entre un subastador y un ofertante o su causahabiente, bien entre intermediarios que les representen, que ejerce de contraparte exclusiva de cada uno de ellos garantizando el pago de los ingresos de la subasta al subastador o a un intermediario que le represente o la entrega de los derechos de emisión subastados al ofertante o a un intermediario que le represente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48 (que se refiere a la entrega tardía de los derechos de emisión subastados – ver sección 4).

¹³ El resto del artículo 52 recoge otros costes que deben soportar los Estados.

¹⁴ Del artículo 50 se deduce con claridad que los derechos de emisión pueden ser objeto de garantía. Esto se complementa, además, con la definición de garantía que da el propio Reglamento (artículo 3.38).

cumplir sus obligaciones en relación con las subastas; o que se haya agregado o expurgado antes de su divulgación de forma que “probablemente” no sea discernible la información relativa a cuestiones tan sensibles como las ofertas individuales o instrucciones para presentar ofertas, o las subastas individuales

En todo caso, el carácter confidencial de la información no será óbice para el intercambio de dicha información entre una plataforma de subastas y la entidad supervisora de las subastas, ni entre cualquiera de ellas y la Comisión, las autoridades nacionales competentes responsables de la supervisión de una plataforma de subastas y las responsables de la investigación y persecución del blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, actividades delictivas o abuso de mercado (artículo 62.6).

Por lo que se refiere al derecho de recurso, establece el artículo 64 que toda plataforma de subastas debe garantizar que está dotada de un mecanismo extrajudicial para tramitar las reclamaciones de las personas que soliciten la admisión a presentar ofertas, los ofertantes admitidos a presentar ofertas o aquellos cuya admisión a presentar ofertas haya sido rechazada, revocada o suspendida. Además, los Estados miembros en los que un mercado regulado designado como plataforma de subastas o su gestor estén supervisados, se asegurarán de que cualquier decisión adoptada por el mecanismo extrajudicial esté debidamente motivada y pueda ser objeto de recurso judicial en los tribunales contemplados en el artículo 52.1 de la Directiva 2004/39¹⁵. Dicho derecho se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho a recurrir directamente a los organismos jurisdiccionales o a los organismos administrativos competentes contemplados en las medidas nacionales de transposición del artículo 52.2 de la Directiva 2004/39¹⁶.

A todo lo anterior se añaden, por fin, artículos específicamente relacionados con el abuso del mercado aplicables a los productos subastados, que incluyen normas sobre el régimen relativo al abuso del mercado aplicable a los instrumentos financieros en virtud del artículo 1.3 de la Directiva 2003/6, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) (artículo 36); ciertas definiciones a efectos del régimen relativo al abuso del mercado aplicable a productos subastados distintos de los instrumentos financieros (artículo 37); cuestiones sobre

¹⁵ De acuerdo con este artículo, los Estados miembros se asegurarán de que en toda decisión adoptada en virtud de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas adoptadas de conformidad con dicha Directiva 2004/39 esté debidamente motivada y pueda ser objeto de recurso judicial. El derecho a recurrir a los tribunales será igualmente de aplicación cuando, sobre una solicitud de autorización que contenga todos los elementos requeridos, no se haya adoptado ninguna resolución en los seis meses siguientes a su presentación.

¹⁶ De acuerdo con este artículo, los Estados miembros dispondrán que uno o más de los siguientes organismos, según determine su Derecho nacional, puedan, en interés de los consumidores y de conformidad con el Derecho nacional, elevar un asunto ante los organismos jurisdiccionales o los organismos administrativos competentes para garantizar la aplicación de las disposiciones nacionales que desarrollen la Directiva 2004/39:

- a) organismos públicos o sus representantes;
- b) organizaciones de consumidores que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores;
- c) colegios profesionales que tengan un interés legítimo en la defensa de sus miembros.

información privilegiada (prohibición de operaciones, otros usos prohibidos y personas sujetas) (artículos 38, 39 y 40); prohibición de la manipulación del mercado (artículo 41); requisitos específicos para atenuar el riesgo de abuso del mercado (artículo 42); y supervisión y control del cumplimiento del mercado (artículo 43).

III. Elementos subjetivos

La subasta de derechos de emisión se configura como un proceso complejo desde el punto de vista subjetivo. Los principales sujetos que intervienen – además de los que tienen acceso a las subastas (ver apartado II.4 anterior) - son los Estados miembros, el subastador, la plataforma de subastas, la contraparte central, el agente de liquidación¹⁷, el sistema de liquidación, los oferentes (en su caso, adjudicatarios), la entidad supervisora y el gestor del mercado¹⁸.

A algunos de estos sujetos me refiero en más detalle a continuación.

III.1. Estados miembros

Los únicos compromisos de los Estados miembros en relación con la subasta se refieren a la entrega de tales derechos. Por ello, se considera que no procede obligarles a depositar garantías distintas de los propios derechos de emisión en las subastas. Su única obligación, en este ámbito, consiste pues en depositar previamente los derechos de emisión que vayan a subastarse en una cuenta de garantía bloqueada consignada en el registro de la Unión por el sistema o los sistemas de compensación o de liquidación actuando como depositarios (ver artículos 46 y 50).

No obstante, el Reglamento impone a los Estados miembros otras cargas muy diversas, tales como no divulgar información privilegiada a cualquier persona que trabaje para un subastador (artículo 22.4); designar a otros sujetos intervinientes en las subastas, como la entidad supervisora (artículos 24.2 y 34.1), la plataforma de subastas (artículo 26.1) y el subastador (artículos 22.1 y 34.1); o supervisar el mercado (así, artículos 35.6 o 43).

III.2. Subastador

Como se acaba de indicar, cada Estado miembro debe designar a un subastador (artículo 22.1), cuyo papel es subastar los derechos de emisión en nombre del Estado

¹⁷ El «agente de liquidación» se define como una entidad que actúa como agente que proporciona a la plataforma de subastas cuentas a través de las cuales se ejecutan, en condiciones seguras, con carácter simultáneo o casi simultáneo y de manera garantizada, las instrucciones del subastador o de un intermediario que le represente para la transferencia de los derechos de emisión subastados y las instrucciones de un adjudicatario o su causahabiente, o de un intermediario que les represente, para el pago del precio de adjudicación de la subasta (artículo 3.37).

¹⁸ El «gestor del mercado» se define, por remisión del artículo 3.42 del Reglamento al artículo 4.1.13 de la Directiva 2004/39, como la persona o personas que gestionan o desarrollan la actividad de un mercado regulado; el gestor del mercado puede ser el propio mercado regulado.

miembro que le haya designado en la plataforma de subastas y en recibir y desembolsar a dicho Estado miembro los ingresos de las subastas que le correspondan (artículo 23). Un mismo subastador puede ser designado por más de un Estado miembro (artículo 22.1). En este caso, el subastador debe actuar por separado en nombre de cada Estado miembro que le haya designado.

Desde un punto de vista contractual, habrá pues contratos entre cada Estado miembro y su subastador, por un lado, y entre los subastadores y la plataforma de subastas¹⁹, por otro. En caso de conflicto, prevalecerán estos últimos (considerando 27).

El Reglamento considera esencial garantizar la integridad del subastador. Por tanto, al designarle, los Estados miembros deben tomar en consideración a los candidatos que presenten el menor riesgo de conflicto de intereses o abuso de mercado, habida cuenta, entre otros factores, de sus actividades en el mercado secundario, en su caso, y de sus procesos y procedimientos internos para atenuar el riesgo de conflicto de intereses o abuso de mercado sin menoscabar su capacidad para ejercer sus funciones conforme a los criterios más exigentes de profesionalidad y calidad (artículo 34.1). Los Estados miembros no pueden compartir con su subastador ninguna información privilegiada sobre las subastas (artículo 22.4).

III.3. Plataforma de subastas.

La plataforma de subastas es responsable de la celebración de las subastas. De acuerdo con el artículo 27, debe prestar los siguientes servicios a los Estados miembros, según lo que se disponga de manera más pormenorizada en su contrato de designación:

- acceso a las subastas, incluidos el establecimiento y el mantenimiento de las pertinentes interfaces electrónicas de internet y del sitio web²⁰;
- celebración de las subastas²¹;
- gestión del calendario de subastas²²;
- anuncio y notificación de los resultados de una subasta²³;
- establecimiento, o garantía de establecimiento mediante subcontratación, del sistema de compensación o de liquidación necesario para la gestión de los pagos (tanto los realizados por los adjudicatarios como la transferencia de ingresos al subastador), la entrega de los derechos de emisión a los adjudicatarios, y la gestión de garantías a cargo del subastador o de los ofertantes²⁴;

¹⁹ Sobre el contrato entre el subastador y la plataforma de subastas, véase el artículo 22.2. De acuerdo con el artículo 34.2, la designación del subastador se supedita a la celebración de los acuerdos contemplados en el artículo 22.2.

²⁰ Ver artículos 15 a 21 del Reglamento.

²¹ Ver artículos 4 a 7 del Reglamento.

²² Ver artículos 8 a 14 del Reglamento.

²³ Ver artículo 61 del Reglamento.

²⁴ Ver artículos 44 a 50 del Reglamento.

- comunicación a la entidad supervisora de las subastas de cualquier información relativa a la celebración de las subastas, necesaria para el desempeño de sus funciones, tal como establece el artículo 53;
- supervisión de las subastas, notificación de cualquier sospecha de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, actividad delictiva o abuso de mercado, administración de las medidas correctivas o sanciones requeridas (incluido el establecimiento de un mecanismo extrajudicial de resolución de litigios)²⁵.

Además, debe prestar servicios de apoyo técnico a la Comisión en ciertas tareas, tales como las relacionadas con los dictámenes emitidos por la Comisión en el marco del Reglamento, o cualquier modificación del Reglamento o de la Directiva 2003/87 (artículo 29).

La plataforma se configura como un mercado regulado (artículo 35.1)²⁶, que se designará para un período limitado de cinco años como máximo (artículo 26.4). Con la remisión a la figura del mercado regulado el legislador comunitario ha querido aprovechar para la gestión de las subastas la infraestructura organizativa disponible en el mercado secundario. En concreto, los mercados regulados están obligados, en virtud de la Directiva 2004/39 y de la Directiva 2003/6, a proporcionar una serie de salvaguardias en el ejercicio de sus actividades, tales como:

- adoptar medidas para detectar y atenuar las posibles consecuencias adversas de cualquier conflicto de intereses para el funcionamiento del mercado regulado o para sus participantes;
- detectar y gestionar los riesgos a los que están expuestos e implantar medidas efectivas para atenuarlos;
- adoptar mecanismos adecuados para la buena gestión de los aspectos técnicos del sistema, lo que incluye procedimientos de urgencia eficaces para hacer frente a posibles perturbaciones de los sistemas;
- establecer normas y procedimientos transparentes y no discrecionales que aseguren una negociación justa y ordenada; fijar criterios objetivos para una ejecución eficaz de las órdenes;
- facilitar la conclusión eficiente y puntual de las operaciones ejecutadas con arreglo a sus sistemas; y
- disponer de recursos financieros suficientes para facilitar su funcionamiento ordenado, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance de las operaciones que se realizan en el mercado y el tipo y el grado de riesgo a que se exponen.

²⁵ Ver artículos 54 a 58 del Reglamento.

²⁶ “Mercado regulado” se define, por remisión del artículo 3.39 del Reglamento al artículo 4.1.14 de la Directiva 2004/39, como un sistema multilateral, operado o gestionado por un gestor del mercado, que reúne o brinda la posibilidad de reunir – dentro del sistema y según sus normas no discrecionales – los diversos intereses de compra y venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros para dar lugar a contratos con respecto a los instrumentos financieros admitidos a negociación conforme a sus normas o sistemas, y que está autorizado y funciona de forma regular de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III de la propia Directiva 2004/39.

Igualmente, el legislador comunitario ha querido aprovechar otras ventajas que presentan los mercados regulados, en concreto:

- basarse en la infraestructura organizativa, la experiencia, las capacidades y las normas operativas obligatorias y transparentes existentes en el mercado, a los efectos, por ejemplo, del control del cumplimiento de las normas del propio mercado y de otras obligaciones legales como el establecimiento de mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios;
- eficiencia en costes;
- protección de la integridad operativa de las subastas;
- aplicación de normas sobre conflicto de intereses que exigen que el subastador actúe con independencia respecto de la plataforma de subastas, sus propietarios o su gestor del mercado, de manera que no se socave el correcto funcionamiento del mercado regulado;
- muchos participantes potenciales en las subastas serán ya miembros o participantes de varios mercados regulados que operan en el mercado secundario.

Además de lo anterior, la plataforma de subastas (incluidos cualquier sistema o sistemas de compensación o de liquidación en relación con ella) debe aplicar los procedimientos adecuados de gestión de garantías y de otros riesgos que resulten necesarios para garantizar que los subastadores reciben el pago íntegro, al precio de adjudicación, de los derechos de emisión subastados, con independencia de cualquier situación de impago de un adjudicatario o su causahabiente. Debe también vigilar el comportamiento de los ofertantes e informar a las autoridades nacionales competentes en caso de abuso de mercado, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, en consonancia con las obligaciones de información establecidas en la Directiva 2003/6 y en aplicación de las obligaciones de información establecidas en la Directiva 2005/60, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

El Reglamento presta también especial atención a la competencia entre las distintas plataformas de subastas potenciales, que, dice, debe garantizarse mediante la celebración de un procedimiento de contratación pública competitivo para la designación de la plataforma de subastas cuando así lo exija la legislación sobre contratos públicos de la Unión o nacional, en un procedimiento de selección abierto, transparente y competitivo, y teniendo en cuenta los objetivos del Reglamento. Los procedimientos específicos que deban seguirse para la selección de la plataforma de subastas común deben plasmarse en un acuerdo suscrito entre la Comisión y los Estados miembros, en el que se fijen las modalidades prácticas para la evaluación de las solicitudes de participación o las ofertas, la adjudicación del contrato, la ley aplicable al mismo y la jurisdicción contenciosa competente, conforme a lo establecido en el

artículo 125 quater del Reglamento 2342/2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento 1605/2002 (cf. apartados 1 a 3 del artículo 26)²⁷.

En todo caso, cuando designen a una plataforma de subastas, los Estados miembros tendrán en cuenta en qué medida los candidatos acreditan el cumplimiento de todos los criterios siguientes (artículo 35.3):

- garantizar el respeto del principio de no discriminación, tanto de hecho como de derecho;
- ofrecer un acceso pleno, justo y equitativo a las subastas a las pequeñas o medianas empresas sujetas al régimen de la Unión y un acceso a las subastas a los pequeños emisores;
- garantizar la economía de costes y evitar una carga administrativa excesiva;
- garantizar una sólida supervisión de las subastas, la notificación de sospechas de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, actividades delictivas o abuso de mercado, y la administración de las medidas correctivas o sanciones requeridas, incluido el establecimiento de un mecanismo extrajudicial de resolución de litigios;
- evitar distorsiones de la competencia en el mercado interior, incluido el mercado del carbono;
- garantizar el funcionamiento correcto del mercado del carbono, incluida la ejecución de las subastas;
- realizar la conexión a uno o más sistemas de compensación o de liquidación;
- establecer medidas adecuadas para exigir a las plataformas de subastas que transfieran todos los activos materiales e inmateriales necesarios para la celebración de las subastas por sus plataformas sucesoras.

La plataforma de subastas tendrá que estar conectada, como mínimo, a un sistema de compensación o de liquidación, pero puede estar conectada a más de uno. Al término de cada período de designación deberá celebrarse un nuevo procedimiento de contratación pública competitivo cuando así lo exija la legislación sobre contratos públicos de la Unión o nacional.

Todo esto lo anterior se impone con la intención de dar claridad y el mejor funcionamiento al mercado, pero no quita que la tendencia a una única plataforma en sí misma puede suponer falta de competencia, en cuanto que los participantes en el mercado tienen menos opciones de mercados regulados a elegir.

²⁷ Además, el Reglamento 1031/2010 especifica los servicios relativos a las subastas que adjudicarán los Estados miembros, así como los servicios de apoyo técnico que adjudicará la Comisión, particularmente en relación con las decisiones que se adopten para completar anexos incompletos del propio Reglamento, la frecuencia apropiada de las subastas, la coordinación de los calendarios de las subastas de las distintas plataformas, la imposición de un tamaño máximo de las ofertas y cualquier modificación del Reglamento, en particular en relación con su vinculación a otros sistemas y servicios para fomentar una adecuada comprensión, fuera de la Unión, de las normas sobre subastas.

III.4. Entidad supervisora

El cuarto sujeto a destacar es la entidad supervisora de las subastas. Debe ser imparcial, y velar por la conformidad del proceso de subasta con los objetivos del artículo 10.4 de la Directiva 2003/87 y con las disposiciones del propio Reglamento 1031/2010, así como de detectar cualquier prueba de comportamiento anticompetitivo o de abuso de mercado, e informar al respecto, en particular sobre el acceso equitativo y abierto, la transparencia, la formación de los precios y los aspectos técnicos y operativos (artículos 25.1 y 54). Cuenta con la cooperación de los subastadores, las plataformas de subastas y las autoridades nacionales (artículo 53).

La entidad supervisora presentará anualmente un informe consolidado a los Estados miembros y a la Comisión sobre aspectos relativos a las subastas tal como se recoge en el artículo 25.2, incluyendo cuestiones relativas a las antes indicadas (acceso equitativo y abierto, transparencia, formación de los precios, aspectos técnicos y operativos), incumplimientos del contrato de designación de la plataforma de subastas, o cualquier indicio de comportamiento anticompetitivo o de abuso de mercado. Igualmente, debe informar con carácter inmediato a los Estados miembros, a la Comisión y a la plataforma de subastas de que se trate en caso de que el proceso de subasta celebrado por una plataforma de subastas incumpla el Reglamento o no se ajuste a los objetivos del artículo 10.4 de la Directiva 2003/87, o a petición de la Comisión si ésta alberga sospechas de tal incumplimiento (artículo 25.5).

La supervisión de las subastas requiere una acción conjunta por parte de los Estados miembros y la Comisión, igual que en el caso de su celebración, por lo que debe llevarse a cabo un procedimiento de contratación pública común (artículo 24.2). Para garantizar la imparcialidad de la entidad supervisora de las subastas, los requisitos de designación (que se hace por un plazo no superior a cinco años – artículo 24.3) deben tomar en consideración, al igual que ocurriera con el subastador (ver apartado III.2 anterior) a los candidatos que presenten el menor riesgo de conflicto de intereses o abuso de mercado, habida cuenta, entre otras cosas, de sus actividades en el mercado secundario, en su caso, y de sus procesos y procedimientos internos para atenuar el riesgo de conflicto de intereses o abuso de mercado sin menoscabar su capacidad para ejercer sus funciones, de manera oportuna, conforme a los criterios más exigentes de profesionalidad y calidad (artículo 34.1).

Hay que tener en cuenta que el Reglamento prefiere una única plataforma de subastas, lo que implica que tendencialmente habrá también una única entidad supervisora (cf. artículo 24.1). Con arreglo a la Directiva 2004/39, los mercados regulados y sus gestores son autorizados y supervisados por las autoridades nacionales competentes del Estado miembro en el que está registrado o situado el mercado regulado o su gestor, llamado Estado miembro de origen. Sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/6 y, en particular, de las sanciones penales

establecidas en la legislación nacional sobre abuso de mercado, la ley aplicable a los mercados regulados será el Derecho público del Estado miembro de origen. Estos mercados estarán sujetos, además, a la jurisdicción contencioso-administrativa del Estado miembro de origen que determine la legislación nacional.

Esto es de especial importancia en el caso de las subastas, en el que existirá un único mercado para distintos Estados miembros – *rectius*, para los sujetos al régimen del comercio de derechos de emisión -, lo que sin duda tendrá sus consecuencias prácticas relevantes. Las autoridades deberán estar al tanto de que no existen ventajas de ningún tipo para los nacionales del Estado miembro en el que se localice el mercado. El Reglamento aclara que este régimen regulador es aplicable al comercio y no a las subastas, y solamente a los instrumentos financieros, no a los contratos de contado. También establece que el Estado miembro de origen del mercado regulado que sea designado plataforma de subastas, debe garantizar que su Derecho nacional haga extensivo el régimen regulador citado, en sus partes pertinentes, a las subastas celebradas por la plataforma de subastas bajo su jurisdicción, que (como se ha indicado en los apartados II.6 y III.3) la plataforma de subastas establezca un mecanismo extrajudicial de resolución de litigios, y que se otorgue el derecho a recurrir las decisiones del mecanismo extrajudicial de resolución de litigios, con independencia de que el producto subastado sea un instrumento financiero o un contrato de contado. Todo lo anterior es correcto, pero mínimo. Debo repetir que, en la práctica, deberá estarse atento a que no se dan ventajas injustificadas en beneficio de los nacionales del Estado miembro de origen.

El contrato de designación de la entidad supervisora de las subastas deberá distinguir entre los costes de dicha entidad supervisora y todos los demás costes. La delimitación exacta de ambos tipos de costes debe determinarse en el procedimiento de contratación pública común.

IV. Elementos objetivos

El objeto de las subastas son los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, mediante contratos de contado a dos días (derechos de emisión subastados con entrega en una fecha acordada no posterior al segundo día de negociación a partir de la fecha de la subasta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38.2.a del Reglamento 1287/2006, que aplica la Directiva 2004/39²⁸) o futuros a cinco días (derechos de emisión subastados como instrumentos financieros en virtud del artí-

²⁸ De acuerdo con este artículo, se entenderá por contrato de contado un contrato de venta de una materia prima, activo o derecho, que implica una entrega dentro del más largo de los siguientes plazos:

- a) dos días de negociación;
- b) el período generalmente aceptado en el mercado para esa materia prima activo o derecho como período de entrega estándar.

Como se ha indicado, a efectos del Reglamento sólo se tiene en cuenta el plazo previsto en el apartado a).

culo 38.3 del Reglamento 1287/2006²⁹ con entrega en una fecha acordada no posterior al quinto día de negociación a partir de la fecha de la subasta) (cf. artículos 4.3, 3.3 y 3.4)³⁰.

La forma en que se venden los derechos de emisión es la de un contrato electrónico normalizado (artículo 4.1).

Los artículos 44 a 48 regulan el pago y transferencia de los ingresos de las subastas, y la entrega de los derechos de emisión subastados. A continuación, destaco algunas reglas sobre estas cuestiones.

Los adjudicatarios deben pagar la suma adeudada por los derechos de emisión obtenidos³¹, transfiriendo o disponiendo la transferencia de la suma adeudada, a través del sistema de compensación o de liquidación, a la cuenta bancaria designada del subastador en fondos compensados, ya sea antes o, a más tardar, en el momento de la entrega de los derechos de emisión a la cuenta de haberes designada del oferente (artículo 44.1). La plataforma de subastas, incluido el sistema de compensación o de liquidación conectado a ella, transferirá los pagos a los subastadores que hayan subastado los derechos de emisión en cuestión (artículo 44.2).

Los adjudicatarios solo recibirán los derechos de emisión que les correspondan si pagan la suma total adeudada según lo anteriormente indicado (artículo 45.1). De no ser así, incurrirán en impago, en cuyo caso pueden quedar sujetos a la obligación de pagar una o las dos cantidades siguientes: intereses por cada día transcurrido a partir de la fecha de vencimiento del pago conforme al artículo 61.3.d, y hasta la fecha en que se realice el pago, a un tipo de interés establecido en el contrato de designación de la plataforma de subastas de que se trate, calculado diariamente; y/o multa, cuyo importe será transferido al subastador, restando cualquier coste deducido por el sistema de compensación o de liquidación (apartados 2 y 3 del artículo 45).

Además, cuando un adjudicatario esté en situación de impago se producirá cualquiera de estas situaciones (artículo 45.4):

- la contraparte central se interpondrá para recibir los derechos de emisión y efectuar el pago de la suma adeudada al subastador;
- el agente de liquidación ejecutará la garantía del ofertante para satisfacer el pago de la suma adeudada al subastador.

²⁹ Este artículo determina las condiciones en que se puede considerar que un contrato derivado relativo a un subyacente mencionado en la sección C, punto 10, del anexo I de la Directiva 2004/39, o en el artículo 39 del propio Reglamento 1287/2006, tiene las características de otros instrumentos financieros derivados.

³⁰ No obstante, hasta que se hayan establecido las medidas legales y los medios técnicos necesarios para la entrega de los derechos de emisión, cada Estado miembro subastará los derechos de emisión como instrumentos financieros en virtud del artículo 38.3 del Reglamento 1287/2006, con entrega en una fecha futura acordada y al precio de adjudicación resultante de la subasta, sea en forma de futuro (en los que los ajustes de los márgenes de variación para reflejar las oscilaciones de los precios deben abonarse en efectivo) o de contratos a plazo (en los que los ajustes de los márgenes de variación para reflejar las oscilaciones de los precios pueden asegurarse mediante garantías no dinerarias o mediante una garantía estatal, a elección de la contraparte central) (artículos 4.2, 3.1 y 3.2).

³¹ Según se les notifique en aplicación del artículo 61.3, apartados a) y c).

Si no se realiza la compensación, los derechos de emisión serán subastados en las dos subastas siguientes programadas en la plataforma de subastas de que se trate (artículo 45.5).

Los derechos de emisión subastados serán transferidos por el registro de la Unión, antes de la apertura de un período de subasta, a una cuenta de haberes designada, donde serán mantenidos en depósito por el sistema de compensación o de liquidación, actuando como depositario, hasta su entrega a los adjudicatarios o sus causahabientes, conforme a los resultados de la subasta, de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de la Comisión aplicable, adoptado en virtud del artículo 19.3 de la Directiva 2003/87 (artículo 46.2). El sistema de compensación o de liquidación asignará a su adjudicatario los derechos de emisión subastados por un Estado miembro hasta que el volumen total asignado coincida con el volumen de derechos de emisión que le haya sido notificado al adjudicatario conforme al artículo 61.3.a; si es necesario para completar el volumen de derechos de emisión notificado a un adjudicatario, se le pueden asignar derechos de emisión procedentes de varios Estados miembros que hayan participado en la misma subasta (artículo 47.1).

Tras el pago de la suma adeudada, según se ha indicado antes, cada adjudicatario deberá recibir los derechos de emisión que le correspondan tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, antes de la fecha límite de entrega, mediante su transferencia a partir de una cuenta de haberes designada mantenida en depósito por el sistema de compensación o de liquidación, actuando como depositario, en parte o en su totalidad a una o más cuentas de haberes designadas a nombre del adjudicatario, o a una cuenta de haberes designada mantenida en depósito por un sistema de compensación o de liquidación, actuando como depositario del adjudicatario (artículo 47.2).

Por fin, el artículo 48 recoge una norma que, en mi opinión, puede resultar especialmente controvertida. De acuerdo con este artículo, cuando el sistema de compensación o de liquidación no entregue la totalidad o parte de los derechos subastados, debido a circunstancias que escapen a su control, entregará los derechos tan pronto como sea posible, y los adjudicatarios o sus causahabientes aceptarán la entrega en esa fecha posterior. Esta solución será la única a la que tendrá derecho un adjudicatario o sus causahabientes en caso de que no se entreguen los derechos de emisión subastados, por circunstancias que escapen al control de los sistemas de compensación o de liquidación correspondientes.

Esta norma me parece poco justificable: es cierto que se trata de un supuesto de entrega tardía por causas no imputables al sistema, pero no lo es menos que la entrega tardía puede no ser útil al adjudicatario. Piénsese, por ejemplo, en el titular de una instalación que necesita derechos para cumplir sus obligaciones de presentarlos a 30 de abril de un determinado año (cf. artículo 27.2 de la Ley 1/2005); si se los dan pasada esa fecha, pueden no servirles de nada si, por ejemplo, tiene ya comprometida la adquisición de derechos para ejercicios siguientes.

Más aún: todavía podría aceptarse esta regla si se impusiera al sistema la obligación de indemnizar daños y perjuicios causados al adjudicatario que está obligado a adquirir los derechos. Siguiendo con el ejemplo anterior: el adjudicatario, que no tiene los derechos que esperaba para cumplir sus obligaciones a 30 de abril, puede verse obligado a comprar derechos en el mercado, quizás al precio que sea para no incumplir su obligación. Habrá incurrido en un doble gasto (doble compra de la misma cantidad de derechos). La pregunta es por qué tiene que soportar esa situación el adjudicatario, y no el sistema.

La justificación parece contenerse en el considerando 38 del Reglamento, de acuerdo con el cual dado que “la subasta de derechos de emisión consiste en su expedición inicial al mercado secundario en vez de su asignación directa gratuita a los titulares de instalaciones y a los operadores de aeronaves, no procede que el sistema o los sistemas de compensación o de liquidación estén sujetos a obligaciones de desempeño específico en la entrega de derechos de emisión a los adjudicatarios o sus causahabientes en caso de fallo de la entrega por motivos ajenos a su control. Así pues, el presente Reglamento debe establecer que la única solución disponible para los adjudicatarios o sus causahabientes en caso de entrega fallida de derechos de emisión subastados consista en la aceptación de una entrega diferida.”

No puedo entender esta justificación: no veo conexión entre lo que se dice y la consecuencia que se recoge en el artículo 48. En mi opinión, hubiera sido más lógico ofrecer al adjudicatario la posibilidad de optar por adquirir o no los derechos, y en caso negativo, sería el sistema el que tuviera que correr con la posible pérdida.

V. Conclusiones

El Reglamento 1031/2010 complementa la Directiva 2003/87 en el aspecto concreto de la subasta de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. A tal efecto, utiliza en gran medida los esquemas de los mercados regulados, lo cual parece acertado, en cuanto a que aprovecha experiencias pasadas para asegurar que la señal de precio de los derechos sea la más correcta posible, y tratar de evitar la utilización de este mercado para finalidades que no le son propias o que, directamente, son ilícitas. Restan sin embargo por aclarar cuestiones que sólo la práctica dirá si se han regulado correctamente, como la designación de la plataforma común de subastas o las situaciones de no entrega de derechos por causas no imputables al sistema – aspecto éste último que, en mi opinión, debiera haberse regulado de una forma muy distinta.

Sobre todo lo anterior está, sin embargo, una cuestión de mucho mayor calado y que, aunque excede del propósito de este trabajo, no puedo dejar de apuntar.

Como ha podido comprobar el lector, la regulación de la subasta de derechos de emisión no es sencilla. Y, como he señalado, éste no es más que uno de los varios aspectos, complejos, que conforman todo el entramado del comercio de derechos de

emisión. Ante un edificio tan complicado de normas (y, probablemente, más complicado aún de aplicar), no es ociosa la pregunta de si hubiera sido más sencilla otra forma de enfrentarse al problema del cambio climático y de las excesivas emisiones de gases de efecto invernadero como, por ejemplo, a través de un adecuado sistema tributario.

Sea como fuere, a día de hoy tenemos que trabajar con el comercio de derechos de emisión tal como viene regulado por la Unión Europea, y no cabe duda de que saber cómo funcionan las subastas es un aspecto esencial para los operadores afectados.

