



Universidad
Carlos III de Madrid

Instituto de Estudios Internacionales y Europeos
Francisco de Vitoria

CAMBIO CLIMÁTICO, POLÍTICA, ECONOMÍA Y DERECHO DESAFÍOS PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

JOSÉ ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS
(Coordinador)

COLECCION ELECTRÓNICA

INSTITUTO
DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS

FRANCISCO DE VITORIA

Nº 3

Año 2013

Dirección de la colección:
Carlos R. Fernández Liesa
Montserrat Huguet Santos

ISBN: 978-84-695-8011-0
Depósito legal: M-18422-2013

Instituto Universitario de Estudios Internacionales
y Europeos “Francisco de Vitoria”
c. Madrid, 126. Edificio Luis Vives
28903 Getafe. Madrid. España
Despachos 11.1.19/11.1.18/11.1.23
Tel.: +34 91 624 98 43
Fax: +34 91 624 97 99
fvitoria@der-pu.uc3m

Índice

PRÓLOGO, por Prof. Dr. Pablo Antonio Fernández Sánchez (Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y Titular de la Cátedra Jean Monnet de la Unión Europea, Universidad de Sevilla).....	7
PRESENTACIÓN, por Prof. Dr. José Escribano Úbeda-Portugués (Coordinador. Profesor Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Carlos III de Madrid).....	11
I. EL MARCO PARA LOS DIVERSOS ENFOQUES: UNA NUEVA APROXIMACIÓN PARA LA EFECTIVIDAD DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO, por Profa. Dra. Rosa Giles Carnero (Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Huelva).....	13
1. INTRODUCCIÓN.....	13
2. LA NOCIÓN DE MARCO PARA LOS DIVERSOS ENFOQUES.....	15
3. EL CONTENIDO NECESARIO DE UN MARCO PARA LOS DIVERSOS ENFOQUES.....	18
4. EL MARCO PARA LOS DIVERSOS ENFOQUES EN EL CONTEXTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN MARCO.....	21
5. CONCLUSIONES.....	22
II. EL PROTAGONISMO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO: ¿UN LIDERAZGO EN DECLIVE?, por Profa. Dra. Delia Contreras (Profesora de Relaciones Internacionales de la Universidad CEU San Pablo de Madrid).....	25
1. INTRODUCCIÓN.....	25
2. RETOS MEDIOAMBIENTALES Y NORMATIVA.....	26
3. LA ESTRATEGIA EUROPEA DE INTERNALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS MEDIOAMBIENTALES.....	27
4. LAS MEDIDAS DE ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO.....	30
5. EL RETO DE MEJORAR LA EFICACIA ENERGÉTICA MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES.....	33
6. DIFICULTADES ENDÓGENAS Y EXÓGENAS PARA LA CONSECUCIÓN DE OBJETIVOS.....	35
7. CONCLUSIONES.....	37
III. EL CAMBIO CLIMÁTICO. UN ENEMIGO AUSENTE EN LAS AGENDAS GUBERNAMENTALES, por Prof. Dr. José Miguel Calvillo Cisneros (Profesor de Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid).....	39
1. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS	
2. LOS RECURSOS NATURALES COMO FUENTE DE RIQUEZA.....	39
2.1. El petróleo como estrategia de crecimiento.....	41
2.2. La explotación de la tierra.....	44
2.3. El agua. fuente de riqueza y de conflictos.....	48
3. CONFLICTOS DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS..	52
4. CONCLUSIONES.....	55
5. BIBLIOGRAFÍA.....	55

IV. CAMBIO CLIMÁTICO Y DESARROLLO SOSTENIBLE: EL PAPEL DE NACIONES UNIDAS Y LA UNIÓN EUROPEA, por Prof. Dr. José Escribano Úbeda-Portugués (Profesor Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Carlos III de Madrid).....	57
1. INTRODUCCIÓN.....	57
2. NACIONES UNIDAS Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO: LA CONFERENCIA DE RÍO+20.....	58
3. LA UNIÓN EUROPEA FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO: LA APUESTA POR EL DESARROLLO SOSTENIBLE A NIVEL MUNDIAL.....	63
4. CONCLUSIONES.....	66
5. BIBLIOGRAFÍA.....	67
V. HACIA UNA REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LOS MERCADOS EUROPEOS DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GEI. EL AUTOCONTROL, BUEN GOBIERNO Y LAS BUENAS PRÁCTICAS COMO MECANISMOS COMPLEMENTARIOS DE CONTROL, por Isabel Rodríguez Martínez y Javier Guillem Carrau (Profesores Doctores de Derecho Mercantil de la Universidad CEU-Cardenal Herrera de Valencia).....	70
1. LOS MERCADOS DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GEI: FUNCIÓN Y TIPOS.....	70
1.1. Función.....	70
1.2. Tipos.....	71
a) La negociación bilateral.....	71
b) La negociación multilateral.....	73
2. AUSENCIA DE REGULACIÓN DE ESTOS MERCADOS. ESTADO DE LA SITUACIÓN Y PROBLEMÁTICA.....	74
3. HACIA UNA REVISIÓN DE LOS MERCADOS DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GEI EN LA REFORMA DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LOS MERCADOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS (MIFID).....	76
3.1. La necesidad de reforzar la protección de los inversores en los mercados de derechos de emisión de gases GEI.....	78
3.2. La consideración de los derechos de emisión como instrumentos Financieros.....	79
a) Los derechos de emisión en cuanto instrumentos económicos al servicio de una política medioambiental. Función.....	79
b) Los derechos de emisión en el Derecho español. Concepto, naturaleza jurídica y caracteres.....	81
c) Los derechos de emisión de GEI en cuanto instrumentos financieros....	84
3.3.- La inclusión de los derechos de emisión de GEI en el catálogo de instrumentos financieros de la Directiva MiFID. Consecuencias.....	89
a) Inclusión en el ámbito de aplicación de la LMV y su normativa de desarrollo.....	90
b) Derecho de información.....	94
c) El acuerdo básico de inversión.....	95
d) Distinción entre clientes minoristas y profesionales: test de conveniencia y test de idoneidad.....	95
3.4. Incremento de facultades de las autoridades respecto a los derivados.....	96
3.5. Sometimiento del mercado de los derechos de emisión a la normativa de los mercados de instrumentos financieros.....	97

4. LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LOS MERCADOS DE DERECHOS DE EMISIÓN COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO DE REGULACIÓN.....	100
4.1. La autorregulación y la corregulación.....	100
4.2. Las buenas prácticas en los mercados secundarios de derechos de emisión.....	101
4.3. El interrogante de la eficacia de las buenas prácticas: los efectos jurídicos de los usos del tráfico y la competencia desleal.....	102
5. CONCLUSIONES.....	103

VI. EL SISTEMA COMUNITARIO DE COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN EN EL ORIGEN DE LOS MERCADOS DE NEGOCIACIÓN SECUNDARIA DE EMISIONES, por Profa. Sara González (Profesora Doctora de Derecho Mercantil de la Universidad Cardenal-Herrera de Valencia).....	105
1. INTRODUCCIÓN.....	105
2. EL SISTEMA DE COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN.....	105
2.1. Función económica del sistema de comercio de derechos de emisión como mecanismo de flexibilidad.....	105
2.2. Peculiaridades del sistema comunitario de comercio de derechos de emisión.....	109
3. LOS MERCADOS DE NEGOCIACIÓN SECUNDARIA DE EMISIONES.....	110
3.1. Concepto amplio de mercados de emisiones.....	110
3.2. Problemática de los mercados de emisiones	111
4. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LOS MERCADOS DE NEGOCIACIÓN SECUNDARIA DE EMISIONES.....	112
4.1. Las plataformas españolas de negociación de derechos de emisión como mercados de negociación secundaria de emisiones.....	112
4.2. Propuesta de regulación de las plataformas de negociación de derechos de emisión.....	116
5. CONCLUSIONES.....	119

PRÓLOGO

El Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, de la Universidad Carlos III de Madrid, ha iniciado una Colección Electrónica dirigida por los Profs. Carlos R. Fernández Liesa y Montserrat Huguet Santos. La monografía nº 3, a la que corresponde este Prólogo, coordinada por el Prof. José Escribano Úbeda-Portugués, lleva por título “Cambio Climático, Política, Economía y Derecho. Desafíos para la Comunidad Internacional”.

Aparentemente podría parecer una obra multidisciplinar, con enfoques metodológicos diferentes y con visiones científicas variadas e inconexas. Sin embargo, el coordinador de esta obra ha tenido la precaución de contar con juristas y politólogos, con perfiles muy adecuados al objeto de la obra: especialistas en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y Derecho de la Unión Europea. Esto le da homogeneidad al conjunto de las reflexiones tan diversas que se ofrecen.

El tema del cambio climático es uno de esos temas ambiciosos donde cualquier investigador, independientemente de la disciplina que cultive, puede adentrarse, aun sigilosamente, con la seguridad de que aprenderá de otras disciplinas. Casi nada es ajeno a este problema, no sólo por ser complejo, sino, sobre todo, por ser global.

No hay que llevarse a engaño. El título acota la visión. Que nadie espere un análisis desde la perspectiva de las ciencias ambientales o desde la química o la física. Hay palabras claves que hacen el enfoque inicial (política, economía y derecho). No hay nexos científicos apresurados de los autores. Hay interdisciplinariedad: Humanidades, Ciencias Sociales, Derecho Internacional, Derecho del Unión Europea, pero no hay multidisciplinariedad. Eso permite una metodología más coherente con el objeto del trabajo. No habrá contradicciones químicamente explosivas pero sí se observarán todos los condicionantes. Por ello, la política, la economía y el derecho se entrelazan, sin perder perspectiva.

De hecho, podríamos encontrar en cada título de cada uno de los capítulos, palabras claves que inciden en esta metodología sincrética. La Prof. Giles hace su particular análisis desde la palabra clave “efectividad”, que es lo que le interesa. No pretende dar falsas esperanzas, analizando tan sólo los logros alcanzados en las negociaciones internacionales. Es más, se muestra incisiva, inflexible y hasta me atrevería a decir que incrédula.

Claro que asienta los principios, señala los logros y aplaude, incluso, el enfoque plural desde el que debe analizarse este problema del cambio climático. Pero, sobre todo, es consciente de que mitigar el cambio climático, no puede suponer poner en riesgo ni las personas, ni la economía, ni el desarrollo.

Desde esta perspectiva, como puede observarse, el análisis no es exclusiva o estrictamente jurídico. Los condicionantes políticos, económicos, sociales, etc. están presentes en la perspectiva del análisis.

Es más, siendo internacionalista, como es la Prof. Giles, comprende los límites del propio Derecho Internacional, por lo que se congratula de las medidas nacionales individuales de los Estados, como lecciones positivas en

esta lucha contra el cambio climático.

La palabra clave de la Prof^a. Contreras sería “liderazgo”. Parte de la idea de que la Unión Europea ha ejercido un cierto protagonismo en la lucha contra el cambio climático. En el mismo título se cuestiona si ese liderazgo está en declive. El problema no es sólo exterior, que también lo es, sino interior. La UE no puede ya asumir ese protagonismo inicial que tuvo porque su dimensión política se acorta a ritmos acelerados. En Copenhague, el desprecio que sufrió la propia UE, quedando reducida a la irrelevancia cuando los Presidentes de Estados Unidos y China decidieron ser los protagonistas absolutos del debate internacional, fue espectacular. Y la Prof^a Contreras es muy consciente de ello.

Ahora bien, a nivel interno, hay problemas en el marco de la UE que provoca un viraje de la propia estrategia de la UE contra el cambio climático. Los actuales intereses individuales de los Estados Miembros de la UE hace que se dificulte la toma de decisiones en este ámbito. Además, el procedimiento legislativo y los instrumentos jurídicos son duramente criticados por esta investigadora (por cierto, desde una visión no estrictamente jurídica o política), teniendo en cuenta sus consecuencias.

Por tanto, estos defectos y debilidades, como dice la autora, minimizan el liderazgo de la UE.

El Prof. Calvillo Cisneros se centra en descubrir al “enemigo ausente”. Efectivamente, todo el mundo está de acuerdo en que uno de los desafíos más importantes de la sociedad global actual es el cambio climático, sin embargo, como este autor reconoce insistentemente, el cambio climático está fuera de la agenda internacional. Ni siquiera las grandes Conferencias Diplomáticas específicas están suficientemente representadas, a nivel estatal. El desinterés es obvio.

Ahora bien, el enfoque del Prof. Calvillo es la relación entre cambio climático y conflicto. El panorama desolador que presenta resulta inquietante si no fuera porque él considera que hay solución y que la hay, aunque parezca paradójico, dentro del mismo sistema. En sus conclusiones señala que “el mapa de los recursos naturales coincide con el de los conflictos, ya estén éstos en activo o en vías de iniciación. Todo ello provoca un cambio de paradigma en la resolución de conflictos donde el cambio climático debería estar en el centro de las agendas gubernamentales”.

Al Prof. Escribano Úbeda-Portugués, lo que le ha preocupado y ocupado ha sido la relación entre el cambio climático y el “desarrollo sostenible” sus palabras talismán. Ahora bien, no ha querido hacer un estudio teórico donde encontrar la fundamentación o la naturaleza jurídica de lo que él llama insistentemente Derecho Humano Fundamental, sino que ha sido más práctico. Se ha limitado a estudiar cómo dos grandísimas organizaciones internacionales se han ocupado de este tema, en términos generales, la ONU y la UE. Pero su subconsciente le traiciona una y otra vez, como luego aclararé.

El Prof. Escribano Úbeda-Portugués es consciente de que los esfuerzos, medidas, acciones y estrategias de adaptación al fenómeno del cambio climático, desde dos organizaciones internacionales que responden a objetivos tan distintos, tienen que ser, necesariamente diferentes. Sin embargo, es el

equilibrio entre la sostenibilidad económica, social y medioambiental la que centra todos los esfuerzos, en ambas organizaciones. Por tanto, el desarrollo sostenible es la médula espinal de esta preocupación.

Antes dije que el subconsciente del Prof. Escribano Úbeda-Portugués le ha traicionado algunas veces porque, en su convicción de centrar esta problemática de cambio climático en su dimensión de desarrollo sostenible, a veces, no sé si deliberadamente, va mucho más allá de lo que puede fundamentar en el espacio acotado del que dispone. Desde su enfoque humanista insiste hasta en tres derechos relacionados con el cambio climático y el desarrollo sostenible, manteniendo su naturaleza de Derecho Humano Fundamental. Esto, quizás, le debería animar a analizar esta naturaleza jurídica en un nuevo estudio.

De entre los instrumentos jurídicos establecidos a nivel internacional y europeo para la lucha contra el cambio climático, el que ha despertado mayores controversias, pero, a su vez, mayor regulación, ha sido el comercio de emisiones de gases de efecto invernadero. Por eso, no podía faltar un análisis de este sistema, en un libro como el que prologo. Incluso, atendiendo a la dimensión que este comercio de emisiones ha generado, sobre todo en el marco de la Unión Europea, se ha optado por presentar dos enfoques y dos estudios diferentes pero muy útiles los dos.

El primero de ellos, de los Profs. Isabel Rodríguez Martínez y Javier Guillem Carrau, pone el acento en los mecanismos complementarios. El “autocontrol” sería la palabra clave.

La premisa de la que hay que partir es que este comercio de emisiones, aun constituyendo un instrumento económico, incluso un instrumento financiero, tiene como ineludible objetivo el cumplimiento de las obligaciones jurídicas de los operadores industriales, transporte, etc. impuestas por los Estados para mitigar los efectos del cambio climático.

Con ello se puede conseguir la reducción de las emisiones de carbono a la atmósfera, con los beneficios que ello acarrearía desde la perspectiva ambiental, al mismo tiempo que no perjudicar gravemente la economía.

Este sistema tiene un planteamiento diferente si se analiza desde la perspectiva de la experiencia nacional (por ejemplo, Estados Unidos, Canadá), la experiencia internacional (obligaciones estatales derivadas del Protocolo de Kioto) o la experiencia europea (donde los operadores son básicamente entidades privadas, empresas e industrias).

Pero con todo el análisis útil y necesario que hacen los Profs. Isabel Rodríguez Martínez y Javier Guillem Carrau sobre el sistema del comercio de emisiones, centrándolo incluso en España, la preocupación sistémica es mucho más rica e importante. Se preguntan “si el fomento de las buenas prácticas en estos mercados puede contribuir a nivel comunitario al incremento de la protección de los inversores y al fortalecimiento de la confianza en estos mercados, en definitiva, a actuar como instrumento útil complementario en la actividad de regulación y supervisión proyectada”. Se llega a la conclusión de su eficacia y su utilidad, en el marco financiero en el que se está desarrollando el comercio de emisiones.

La Prof^a Sara González pone el acento en la “negociación secundaria”. Explica las particularidades del sistema europeo de comercio de emisiones que, aunque está inspirado en el sistema de mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto, su regulación es diferente, sobre todo por la oportunidad que da a los mercados de negociación secundaria, es decir, mercados donde se compran y venden derechos de emisión.

La plataforma española que mejor se ocupa de esta compra-venta es la conocido como SENDECO (Sistema Electrónico de Negociación de Derechos de Emisión de Dióxido de Carbono), que es la que, finalmente, establece el precio de las unidades de emisiones de carbono, sobre los que se produce la compra y venta.

La Prof^a Sara González no ve incompatible este mercado con el objetivo de protección medioambiental en el que se basa. Incluso comprende que pudiera generarse un mercado financiero sobre el mismo que sirviera al mismo tiempo que para proteger el medio ambiente, para inversión de los ahorradores.

No tengo una opinión fundamentada y, por tanto, tampoco la tengo formada sobre estos nuevos problemas de expectativas de mercados que genera la lucha contra el cambio climático pero sí creo que nadie puede deslegitimar los análisis que se hacen en este libro, por cuanto son frutos del análisis científico y sólo y exclusivamente tienen como objetivo colaborar en la búsqueda de soluciones equilibradas. Esa es la grandeza de este libro, que, necesariamente tendrá que ser un inicial “work in progress” de este tema tan apasionante e ineludible.

Algeciras, 10 de junio de 2013
Prof. Dr. D. Pablo Antonio Fernández Sánchez

PRESENTACIÓN

El cambio climático y los desafíos que plantea a la Comunidad Internacional es objeto del presente libro. La monografía culmina un proceso de investigación iniciado en 2012 con la celebración de un Congreso con título “ *la lucha internacional contra el cambio climático: Nuevos desafíos para la Comunidad Internacional en el siglo XXI* “, celebrado en el Aula Magna de la Universidad Carlos III de Madrid, los días 9 a 11 de octubre de 2012.

El constante aumento de la temperatura global del planeta debido a causas antropogénicas a través de la emisión de gases de efecto invernadero está causando verdaderos efectos desastrosos a nivel global. En efecto, el cambio climático está originando la degradación de la calidad del Medio Ambiente global debido a los procesos negativos que conlleva, como el aumento de fenómenos extremos de sequías y desertificación; inundaciones con efectos catastróficos; reducción de los recursos hídricos potables; deshielo de los glaciares y del ártico; o el aumento del nivel del mar. Son algunos de los efectos negativos que inciden en las realidades que nos tocará vivir en los próximos años como la creciente inseguridad alimentaria debido a los procesos de extrema sequía en aquellos países que más sufren las consecuencias del cambio climático; el aumento de los conflictos armados por el acceso a los recursos de agua potable; la creciente contaminación por emisión de gases de efecto invernadero o la degradación del Medio Ambiente global, con los consiguientes efectos negativos en la salud pública mundial.

Estamos ante un fenómeno de dimensiones globales que afecta a los ámbitos de la Política, la Economía y el Derecho. Desde esta triple óptica de análisis los investigadores que participaron en el Congreso mencionado nos aportan unas enriquecedoras reflexiones. Por tanto, estamos eminentemente ante una obra con un carácter internacionalista.

El libro tiene especialmente en cuenta la contribución de las Organizaciones Internacionales para luchar contra el cambio climático. Especialmente, se abordan las contribuciones de Naciones Unidas y la Unión Europea y los desafíos que tienen ante sí para adaptarse y mitigar los efectos del calentamiento global.

En definitiva, la Comunidad Internacional se encuentra ante un gran desafío en este siglo XXI como es la lucha contra el cambio climático para preservar la calidad del Medio Ambiente global. De ello depende el futuro que queremos.

Prof. Dr. Dr. José Escribano Úbeda-Portugués
Coordinador
Colmenarejo, 5 de junio de 2013
Día Mundial del Medio Ambiente

I. EL MARCO PARA LOS DIVERSOS ENFOQUES: UNA NUEVA APROXIMACIÓN PARA LA EFECTIVIDAD DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO

Profa. Dra. Rosa Giles Carnero
Universidad de Huelva

1. INTRODUCCIÓN

El momento actual de la acción internacional contra el cambio climático resulta crítico desde el punto de vista medioambiental, al tiempo que se configura como un escenario en el que ensayar nuevas estrategias que permitan superar los limitados resultados ambientales obtenidos por el régimen internacional sobre cambio climático. Los datos ofrecidos por la comunidad científica muestran con alarma que el tan repetido objetivo de no superar los dos grados centígrados en la temperatura global del planeta no sólo resulta difícil de alcanzar, sino que puede resultar insuficiente. Los diferentes documentos que compondrán el 5º Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático estarán disponibles durante el segundo semestre de 2013 y el año 2014, y ya se avisa que incluirán nuevas alarmas y llamadas para la acción eficaz y contundente frente al cambio climático. El Grupo Intergubernamental ha anunciado que este nuevo informe desarrollará un mayor estudio de los componentes socioeconómicos del fenómeno del cambio climático y sus implicaciones en el desarrollo sostenible, así como de las cuestiones relacionadas con las respuestas a las catástrofes naturales, y al diseño de una respuesta eficaz que abarque tanto aspectos de adaptación como de mitigación¹. Los nuevos datos de carácter científico y tecnológico, unidos a este nuevo enfoque, harán que el 5º Informe se constituya como un referente clave en el debate sobre el contenido y la intensidad de las medidas de mitigación que los Estados deben diseñar e implementar, tanto en el ámbito nacional como en la esfera de la negociación internacional.

Si puede afirmarse que el consenso científico, representado por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, muestra la necesidad ambiental de una acción contundente de mitigación global del cambio climático, también puede señalarse de forma general que la acción jurídica internacional está lejos de alcanzar los resultados satisfactorios que se requieren ante el reto planteado. El régimen jurídico internacional en esta materia se inauguró con la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), que entró en vigor el 21 de marzo de 1994, y cuyo artículo 2 expresa el objetivo general de alcanzar “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”. Hasta la fecha, la CMNUCC ha sido complementada por el Protocolo de Kioto (PK), adoptado el 11 de diciembre de 1997, y cuya entrada en vigor se produjo el 16 de febrero de 2005. Este segundo

¹ Puede consultarse la evolución y el contenido de los trabajos de preparación del 5º Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático en el sitio web <http://www.ipcc.ch/>.

tratado supone en la actualidad el único instrumento internacional que contempla la obligación de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero como acción de mitigación del cambio climático. El PK ha servido de modelo para el desarrollo de diversas acciones de mitigación de este fenómeno ambiental, pero su eficacia ha quedado muy limitada debido tanto a factores relacionados con su diseño, como a la negativa de algunos Estados desarrollados a prestar su consentimiento a este texto.

El diseño del PK se basa en una interpretación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados que conlleva que sólo los Estados desarrollados asuman obligaciones de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Esta previsión ha hecho que fuera imposible articular en el sistema del PK obligaciones de reducción de Estados en vías de desarrollo que actualmente tienen un alto potencial como emisores de gases de efecto invernadero, de lo que es buen ejemplo el caso de China. Esta situación supone un importante límite a la capacidad de este texto para promover un sistema de mitigación del cambio climático con una importante relevancia ambiental, a lo que se sumaría el hecho de que Estados Unidos, uno de los principales emisores de gases de efecto invernadero que sí podría haber asumido obligaciones de reducción en el sistema, nunca llegó a aceptar el Protocolo, anunciando su intención de no ser Parte de ningún instrumento que no incluyese obligaciones de mitigación del cambio climático de los Estados considerados economías emergentes. La situación descrita ha supuesto que el impacto ambiental de las obligaciones de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero del PK fuera limitada, y muy lejos de los llamamientos que se realizaban desde los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre cambio Climático.

No obstante y pese a los límites señalados, el PK se ha constituido como el único modelo de cooperación internacional que ha permitido la aplicación de medidas de mitigación del cambio climático. Es por esto, que la discusión sobre su posible término ha protagonizado los debates en los últimos años en el seno del régimen internacional sobre cambio climático. El primer periodo de cumplimiento del PK terminó el 31 de diciembre de 2012, por lo que se hacía necesario diseñar una enmienda al tratado que permitiese el desarrollo de una segunda fase de cumplimiento. Las discusiones entre aquellos Estados que defendían la oportunidad de la pervivencia de una nueva fase del PK, y quienes consideraban que la mejor alternativa era la negociación de un nuevo instrumento, han dado como resultado la opción finalmente adoptada en la 18 Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y la 8 sesión de la Conferencia de las Partes que son Partes en el Protocolo de Kioto (COP18-CMP8), celebrada del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2012, en Doha, Qatar. En este encuentro se concluyó el diseño de una fase transitoria que transcurrirá del 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2020, y en la que, por un lado, pervive un PK enmendado que prevé nuevas obligaciones de reducción de gases de efecto invernadero para los Estados desarrollados que lo acepten; y, por otro, la negociación de un nuevo instrumento internacional que incluya obligaciones de mitigación del cambio climático de todos los Estados Partes, y que pueda estar preparado para su adopción en 2015 y su entrada en vigor en 2020².

² De esta forma, se continuaba con el trabajo que había dado lugar a la Plataforma de Durban en la COP17-CMP7. Para una aproximación a los resultados de la COP18-CMP8 celebrada en Doha, puede verse GILES CÁRNERO, R., "El desafío de la acción internacional en materia de cambio climático después de la reunión de Doha-2012", *Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento Opinión 26/2013, 19 marzo 2013*, disponible en

En la situación actual se abren, por tanto, importantes incertidumbres sobre el futuro del régimen internacional sobre cambio climático, pero también nuevas posibilidades en el diseño de técnicas con las que abordar el desafío planteado. La negociación del nuevo instrumento plantea un nuevo escenario en el que se pretende el desarrollo de aproximaciones al problema que puedan tener una mayor incidencia medioambiental, y generen cambios efectivos hacia sistemas de desarrollo coherentes con el objetivo de no superar los dos grados centígrados en el incremento de la temperatura global del planeta. En este contexto, el Marco para los Diversos Enfoques (MDE) aparece como una de estas aproximaciones que pretenden abrir nuevas vías para una acción eficaz de mitigación del cambio climático. En la COP18 se ha debatido sobre esta cuestión, y se ha aceptado la pertinencia de este enfoque en el ámbito del diseño de un nuevo estadio en una acción internacional que permita alcanzar el objetivo del artículo 2 de la CMNUCC.

La negociación sobre la regulación del MDE está abierta, y el consenso es aún incipiente, pero resulta interesante el análisis del trabajo realizado en este ámbito debido a que este mecanismo puede convertirse en una de las principales herramientas con la que incrementar los incentivos para el desarrollo de medidas nacionales de mitigación del cambio climático, al tiempo que el diseño de metodologías y modelos comunes. El MDE muestra además el avance de las posiciones negociadoras que han defendido la pertinencia de un mayor protagonismo del desarrollo autónomo de medidas de mitigación nacionales, frente a la evolución de modelos generales que se aplicarían de forma automática a la diversidad de situaciones implicadas en la lucha global contra el cambio climático. Durante los últimos años aparecieron voces que abogaron por la acción fuera del marco del régimen internacional sobre cambio climático, y en este contexto, el MDE supone un mecanismo en el que se pretende hacer compatible algunos de los argumentos esgrimidos a favor de la mayor efectividad de las medidas autónomas, con la pervivencia de un marco global de regulación de la acción internacional sobre cambio climático.

En el presente trabajo se analiza el tratamiento que el MDE ha recibido en las Decisiones adoptadas en el seno de las reuniones de la COP, particularmente aquellas emitidas tras la celebración de la COP-18 en Doha, señalando los límites de los resultados obtenidos y las posibilidades de un futuro desarrollo. Asimismo, se reflexiona sobre la interconexión de este mecanismo con las tendencias que llevan a buscar diferentes planteamientos en el diseño del régimen internacional sobre cambio climático; así como su relación con la aplicación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados, cuya concreción en el PK se convirtió en una de las señas de identidad de este instrumento, pero también en uno sus aspectos más controvertidos. Se finaliza este estudio con unas breves conclusiones en las que se señalan algunas de las cuestiones que quedan abiertas sobre la delimitación del MDE, y su capacidad para articularse como un mecanismo eficaz de mitigación del cambio climático.

2. LA NOCIÓN DE MARCO PARA LOS DIVERSOS ENFOQUES

El régimen internacional en materia de cambio climático se ha mostrado en los últimos años como un foro en el que no ha resultado posible desarrollar una respuesta ambientalmente eficaz con la que afrontar la fase posterior al primer periodo de cumplimiento del PK. Las sucesivas reuniones de las COP-

CMP, particularmente las posteriores a la COP16-CMP6 celebrada en Copenhague en 2009, mostraron la idea de seguir una doble vía en la que se negociaría la estructura de un nuevo tratado internacional, al mismo tiempo que una segunda fase del PK. Los retrasos en obtener resultados concretos en este proceso, han llevado a que desde diversos ámbitos se planteara como solución buscar otras vías en las que desarrollar medidas de mitigación del cambio climático, fuera del marco diseñado por el régimen internacional en la materia.

En estos planteamientos subyace la idea de promocionar todas aquellas soluciones que puedan llevar a cumplir un objetivo medioambiental anunciado como perentorio por el consenso de la comunidad científica internacional, de una forma complementaria o totalmente autónoma, de los escenarios globales de negociación que no se han mostrado eficaces³. El objetivo último es conseguir que se desarrollen e implementen medidas de mitigación del cambio climático, y desde este punto de vista la supervivencia del régimen internacional sobre cambio climático no debería ser obstáculo para que los Estados desarrollasen otras vías de actuación, individual o conjuntamente, que puedan proporcionar ventajas ambientales concretas.

En el contexto esbozado, el diseño del MDE en el seno de un nuevo instrumento internacional sobre cambio climático pretende servir de puente entre las acciones desarrolladas fuera del régimen internacional en materia de cambio climático, y las estructuras que están diseñadas en este ámbito. Para ello, se proyecta diseñar un mecanismo que permita que las acciones de mitigación del cambio climático desarrolladas al margen del sistema internacional, puedan contabilizarse también como unidades que sirvan para el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta esfera. Se produciría así una especie de convalidación de los esfuerzos de mitigación, que serían reconocidos en el sistema internacional pese a haberse desarrollado en un ámbito normativo diferente. En este contexto y para que el MDE pueda ser eficaz, debe desarrollarse una normativa y una estructura específicas que permitan clarificar cómo se va a producir el proceso de convalidación y cuáles serán los mecanismos de control en este ámbito.

El enfoque que supone asumir el MDE incluye aceptar la conveniencia de adoptar una aproximación que tenga en cuenta la disparidad de situaciones de los diferentes Estados, desarrollados o en vías de desarrollo, además de las diferentes técnicas o soluciones que han adoptado o pudieran adoptar para combatir el cambio climático. Se promociona así un enfoque múltiple al problema del cambio climático, ya que aceptar que actividades de mitigación desarrolladas fuera del marco de las metodologías del régimen internacional sobre cambio climático puedan ser reconocidas por el sistema, supone aceptar la existencia de diversos parámetros normativos que pueden resultar eficaces, y actuaciones paralelas de los Estados con diversos niveles de responsabilidad. Desde este punto de vista, supone abandonar el modelo del PK, que en su primer periodo de cumplimiento se caracterizó por el objetivo de desarrollar mecanismos que pretendían ser comunes y unificar criterios en la puesta en marcha de acciones de mitigación. La admisión del MDE supone aceptar que diferentes modelos normativos y de actuación pueden llevar a resultados equivalentes, por lo que resulta interesante incentivar los diferentes enfoques

³ Para un mayor análisis de este planteamiento puede verse ECKERSLEY, R., "Moving Forward in the Climate Negotiations: Multilateralism or Minilateralism?", *Global Environmental Politics*, vol. 12, no. 2, 2012, pp. 24-42; NAÏM, M., "Minilateralism: The Magic Number to Get Real International Action," *Foreign Policy*, no. 173, 2009, pp.135-136; WEISCHER, L., J. MORGAN, M. PATEL, "Climate Clubs: Can Small Groups of Countries Make a Big Difference in Addressing Climate Change", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 21, Issue 3, 2012, pp. 177-192.

mediante mecanismos que permitan las convalidaciones de la contabilización de los esfuerzos de mitigación en los diversos sistemas.

La cuestión del desarrollo del MDE ha sido uno de los temas de trabajo en las últimas reuniones de las COP, de forma que puede afirmarse que es uno de los elementos sobre los que existe el consenso de su inclusión en el nuevo instrumento internacional sobre cambio climático que debe estar preparado para su adopción en 2015, y su entrada en vigor en 2020. La idea de trabajar de forma general sobre diversos enfoques apareció ya en el Plan de Acción de Bali adoptado en 2007 en el seno de la COP13, celebrada en Bali, al señalar los temas que deberían estudiarse para incrementar la acción nacional e internacional de mitigación del cambio climático como fórmula para asegurar la aplicación “plena, eficaz, y sostenida” de la Convención Marco a largo plazo⁴. En los Acuerdos de Cancún, producto de la COP16, celebrada en Cancún, se reiteró la voluntad de trabajar sobre diversos enfoques, aunque poniéndose el énfasis en la posibilidad de desarrollar en el seno de un nuevo instrumento internacional diversos mecanismos de mercado en el que los Estados pudieran participar con una base voluntaria⁵.

La COP17, celebrada en Durban, Sudáfrica, del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2011, reconoció la oportunidad de incluir un MDE en un nuevo instrumento sobre cambio climático, y pidió al Grupo de Trabajo Especial sobre la Cooperación a Largo Plazo en el Marco de la Convención que llevara a cabo un programa de trabajo para su estudio, de forma que pudiera recomendar la adopción de una decisión concreta sobre este ámbito en la siguiente reunión de la COP a celebrar en 2012⁶. Si se lee con detenimiento la sección en la que se incluye este mandato, aparece con claridad que el objetivo prioritario que se pretende lograr es el de la eficacia medioambiental, y es teniendo presente este objetivo que se incluye una aproximación que tiene en cuenta la diversidad de la posición y las medidas adoptadas por los Estados desarrollados y en vías de desarrollo⁷.

En Durban se decidió además utilizar una metodología de estudio de las posibles propuestas de desarrollo del MDE que tuviera en cuenta la experiencia de los diversos sistemas nacionales, de forma que se invitó a las Partes y a las organizaciones observadoras a presentar sus opiniones y las experiencias que hubieran realizado, y se programó la celebración de talleres para el debate de estas informaciones que tendría que organizar el Grupo de Trabajo Especial sobre la Cooperación a Largo Plazo en el Marco de la Convención⁸. Esta

⁴ Ver Decisión 1/CP.13, Plan de Acción de Bali, par. 1

⁵ Ver Decisión 1/CP.16, Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, pars. 80 y siguientes.

⁶ Ver Decisión 2/CP.17, Resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, par. 80. Para un análisis general que permita valorar los resultados de la reunión de Durban, y el desarrollo del MDE en este encuentro, véase STRECK, Ch., Th. CHAGAS, M. VON UNGER, R. O'SULLIVAN, “The Durban Climate Conference between Success and Frustration”, *Journal for European & Planning Law*, vol. 9, no. 2, 2012, pp. 201-221.

⁷ Ver Sección E. *Diversos enfoques, incluidas las oportunidades de utilizar los mercados, para mejorar la eficacia en función de los costos de las medidas de mitigación y promoverlas, teniendo presentes las diferentes circunstancias de los países desarrollados y en desarrollo.* Decisión 2/CP.17, Resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, pars. 79 y ss.

⁸ *Ibidem*, pars 85 y 86.

Siguiendo este mandato, se desarrolló el Workshop on a Framework for Various Approaches, el 19 de Mayo de 2012, en Bonn. Puede consultarse el material presentado para el análisis en este encuentro en http://unfccc.int/meetings/bonn_may_2012/workshop/6661.php. Asimismo, resulta interesante consultar el estudio MARCU, A., “A Framework for Various Approaches under the

metodología mostraba un interés específico en el reconocimiento de que el diseño de la acción internacional debía hacerse conforme a la experiencia desarrollada en el seno de las medidas nacionales, de forma que el criterio de la eficacia vuelve a estar presente en un sistema de creación de normas internacionales que sea permeable a las prácticas y metodologías diseñadas e implementadas por los Estados Partes.

Las Decisiones adoptadas en la COP18, celebrada en Doha en 2012, han supuesto la consolidación final de la idea de crear un MDE que forme parte del nuevo instrumento sobre cambio climático que está en proceso de negociación⁹. La Decisión de la COP afirma que las Partes pueden, de forma individual o conjunta, desarrollar e implementar diversas técnicas de mitigación del cambio climático, teniendo en cuenta las diversas circunstancias en su desarrollo¹⁰.

Las escuetas previsiones incluidas en las Decisiones de la COP18 dejan muchas cuestiones abiertas, las cuales tendrán que ser definidas para evitar los riesgos inherentes a esta figura. Con este fin, se hace un llamamiento al Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico para que desarrolle un programa de trabajo que permita presentar un borrador de Decisión sobre el MDE a la próxima COP19, a celebrar a finales de 2013¹¹. A esto se añade el llamamiento a las Partes y a las organizaciones observadoras para que transmitan aquellas informaciones, experiencias y buenas prácticas que puedan ser relevantes para el diseño del MDE, y el requerimiento a la Secretaría para que compile y haga pública esta información¹². Se reitera, de esta forma, la opción por un sistema de negociación en el que se incluye un dialogo en el que se presta especial atención a la práctica desarrollada por los Estados Partes, construyéndose la norma general a través de la experiencia desarrollada en las situaciones nacionales particulares.

Puede señalarse además y de forma general, que las previsiones actuales apuntan a que el MDE tendrá que ocuparse prioritariamente de las equivalencias entre los diversos mercados de emisiones de gases de efecto invernadero, aunque no se circunscribe únicamente a las soluciones basadas en el uso de medidas de mercado. La práctica actual muestra que, pese a la diversidad de medidas nacionales que podrían incluirse en este apartado, las técnicas del mercado son las que han recibido una mayor atención por parte de los Estados, tanto en los niveles nacionales como en los desarrollados por instituciones regionales o locales. Esta situación provoca que uno de los objetivos prioritarios del MDE tenga que ser el desarrollo de las metodologías que permitan la conversión de las unidades de emisión reconocidas en los diferentes mercados. De esta forma, el MDE puede convertirse en un instrumento que impulse una cierta coordinación entre los mercados existentes, promocionando la utilización de metodologías comunes, y creando una red en la que podrían desarrollarse diversas competencias en función de la evolución que se opere en este ámbito.

3. EL CONTENIDO NECESARIO DE UN MARCO PARA LOS DIVERSOS ENFOQUES

UNFCCC: Necessity or Luxury?”, *CEPS Special Report*, no. 70, November 2012, disponible en <http://www.ceps.eu/book/framework-various-approaches-under-unfccc-necessity-or-luxury>.

⁹ Ver Decisión 1/CP.18, Agreed Outcome Pursuant to the Bali Action Plan, pars. 41 y siguientes.

¹⁰ *Ibidem*, par. 41.

¹¹ *Ibidem*, par. 44.

¹² *Ibidem*, pars. 48 y 49.

Las Decisiones adoptadas en el seno de la COP muestran la apuesta por el desarrollo de un MDE, pero más allá de esta afirmación general no se han resuelto los diferentes problemas que se conectan con la puesta en marcha de este mecanismo. Como ya se ha apuntado, los resultados de las negociaciones en la COP son aún muy incipientes, de forma que no se han especificado las condiciones concretas en las que se desarrollaría el MDE, lo que debería incluir la concreción de las actividades sobre las que se aplicará, así como el estudio de la estructura institucional y las reglas para fijar la equivalencia de resultados ambientales. La actividad de concreción de estos parámetros debe asegurar la integridad ambiental, y evitar la doble contabilidad, lo que conlleva desarrollar una metodología para la valoración de las actividades que va a resultar necesariamente compleja, debido al amplio número y disparidad de los sistemas normativos que pueden estar implicados¹³.

Como se ha señalado en el apartado anterior, en la COP18 se decidió encargar al Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico el desarrollo de un programa de trabajo en el que se concretase la estructura y el contenido del MDE, de forma que pudiera presentarse un borrador de Decisión a la próxima COP a celebrar a finales de 2012. Las indicaciones que se incluyen respecto a esta labor son escasas. Por un lado, se señala de forma general que el MDE debe incluir estándares que ofrezcan datos de mitigación “reales, permanentes, adicionales y verificables”, impidiendo la doble contabilidad de los esfuerzos de mitigación y promoviendo un descenso neto de las emisiones de gases de efecto invernadero¹⁴. De una forma más concreta, se añade que el programa de trabajo debe tratar necesariamente las cuestiones relacionadas con los objetivos del MDE; el ámbito de los enfoques que estarán incluidos; los criterios y procedimientos que asegurarán la integridad medioambiental; las especificaciones técnicas que impidan la doble contabilidad a través de sistemas seguros de registro y seguimiento de las unidades; así como los desarrollos institucionales que se requieran para el funcionamiento del MDE¹⁵.

Se fija, de esta forma, unos parámetros generales que dejan abierta la posibilidad de diseñar diversas alternativas de funcionamiento. Las opciones se sitúan en un amplio espectro que abarca desde soluciones en las que el objetivo sea una mera contabilización de las acciones nacionales, hasta aquellas en las que se pretenda el desarrollo de metodologías de validación y control de los procedimientos nacionales. La cuestión es cómo se concretará el necesario equilibrio entre el respeto a una autonomía de las Partes para implementar, individual o conjuntamente, acciones de mitigación, y el desarrollo de una metodología que garantice que cuando se produzca una contabilidad internacional se asegure que se ha producido realmente una ventaja ambiental. Si la acción nacional se promueve por considerarse que puede facilitar medidas eficaces de mitigación contra el cambio climático, el desarrollo de un cierto grado de control por parte del régimen internacional resulta totalmente necesario para asegurar la integridad ambiental.

Conforme a este planteamiento, las aportaciones presentadas al Workshop on a Framework for Various Approaches, celebrado en Bonn el 19 de Mayo de 2012, mostraron algunos puntos de consenso sobre el contenido que debía

¹³ La diversidad de sistemas de regulación sobre cambio climático, produce una complejidad que conlleva con frecuencia solapamientos, lagunas y contradicciones. Sobre esta cuestión ver QUIRICO, O., “Disentangling Climate Change Governance: A Legal Perspective”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 21, Issue 2, 2012, pp. 92-101.

¹⁴ Ver Decision 1/CP.18, Agreed Outcome Pursuant to the Bali Action Plan, par. 42.

¹⁵ Ibidem, par. 46.

delimitarse para el funcionamiento del MDE¹⁶. La eficacia de este mecanismo dependería, en buena medida, de su capacidad para imponer principios básicos que fueran de aplicación general a todas las acciones, cualquiera que fuera el Estado o el sector al que viniera referido; así como para aportar buenas prácticas y sistemas de información con formatos y metodologías comunes que asegurasen la transparencia en la información. De esta forma, mientras que la apuesta por el MDE se realiza al valorar positivamente la diversidad de las acciones nacionales de mitigación del cambio climático, la actividad del régimen internacional estaría dirigida al desarrollo y la puesta a disposición de herramientas comunes que ayuden en la eficacia y, sobre todo, en la transparencia de las acciones decididas.

En el desarrollo del programa de trabajo, la actividad del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico y la posterior negociación en la COP, tendrán que tener en cuenta también la experiencia desarrollada en el seno del régimen internacional sobre cambio climático. En particular, puede resultar de especial interés la valoración de las acciones implementadas en el marco del Mecanismo de Desarrollo Limpio y de la Aplicación Conjunta, instrumentos que ya presentan un importante número de proyectos concluidos y que aseguran la continuidad de su funcionamiento en la enmienda del PK adoptada en la CMP8. El análisis de la práctica en el seno de estos mecanismos permite que la negociación para el desarrollo de un MDE disponga de una experiencia previa con la que valorar las dificultades y la oportunidad de diseñar metodologías y procedimientos comunes.

A la experiencia aportada por el Mecanismo de Desarrollo Limpio y de la Aplicación Conjunta hay que sumar las diversas experiencias desarrolladas en el sistema en relación al cumplimiento de las diversas obligaciones de información. El régimen internacional de cambio climático acumula una amplia experiencia de desarrollo de metodologías que permitan una actividad de información eficaz y transparente. De reciente adopción y especialmente relevante para el desarrollo de un MDE, resulta el diseño del prototipo de Registro incluido entre las Decisiones de la COP18, y que tiene como objetivo la inscripción de las acciones de mitigación nacionales adecuadas¹⁷. Aunque está previsto que la inscripción en el Registro sea voluntaria, se prevé que será utilizado como cauce para facilitar y simplificar el cumplimiento de las complejas y diversas obligaciones de información de los Estados, lo que resultará especialmente útil para la valoración de la práctica nacional y su posible contabilización en el sistema internacional. El mandato de la COP señala que el Registro debe estar operativo dos meses antes del comienzo de la COP19, por lo que puede constituirse en un instrumento a tener en cuenta en el diseño del funcionamiento del MDE.

Puede concluirse este apartado afirmando que los interrogantes sobre la estructura y contenido final del MDE quedan abiertos, por lo que también persistirán las incógnitas sobre la viabilidad y eficacia de esta aproximación. No obstante y teniendo siempre presente las incógnitas planteadas, en el apartado siguiente se analizan las posibilidades que presenta el MDE para convertirse en un mecanismo con el que articular de un modo más eficaz el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados; así como desarrollar el principio de cooperación, de forma que se experimente un nuevo planeamiento en el que se tiene en cuenta la diversidad de acciones nacionales y se valora su carácter autónomo.

¹⁶ Ver supra nota 8.

¹⁷ Ver Decision 16/CP.18, Prototype of the Registry

4. EL MARCO PARA LOS DIVERSOS ENFOQUES EN EL CONTEXTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCION MARCO

La adopción de una aproximación como la del MDE se basa prioritariamente en la relevancia que se le asigna a la eficacia ambiental en un contexto como el del cambio climático. Aunque en la CMNUCC no se recogió expresamente un principio general en estos términos, el cumplimiento del objetivo previsto en el artículo 2 de impedir interferencias antropógenas peligrosas para el sistema climático, lleva a que el criterio de la eficacia ambiental tenga que estar presente en todas las medidas de desarrollo del régimen internacional. En este contexto, se ha afirmado con rotundidad por parte de las COP que el MDE facilita un incremento de la ambición de los objetivos de mitigación, particularmente de los Estados desarrollados, por lo que es el criterio de la eficacia el que respalda la conveniencia de su introducción en la nueva fase de la acción internacional sobre cambio climático¹⁸.

Si la búsqueda de la eficacia ambiental es el parámetro general que lleva a la oportunidad de adoptar un MDE, las previsiones aceptadas para su desarrollo conectan a este mecanismo con el cumplimiento del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados¹⁹. Como ya se ha apuntado en la introducción de este trabajo, uno de los rasgos que caracterizaron al PK fue la interpretación que incluía de este principio, la cual conllevaba que sólo los Estados desarrollados asumieran obligaciones de reducción de gases de efecto invernadero. Ya se ha apuntado que este enfoque ha sido objeto de múltiples críticas, y que ha llevado a una situación en la que se ha visto mermada la eficacia ambiental del PK. Frente a esta situación, la aproximación que incluye un MDE supone una relectura del principio que, siempre con el objetivo de alcanzar una mayor eficacia ambiental, promueve un análisis caso a caso de la situación de cada Estado, aceptando que aunque las medidas a adoptar serán diversas, en todos los casos pueden ser desarrolladas medidas de mitigación acordes con cada situación particular. Se subraya así la responsabilidad común, aunque se acepta la capacidad de cada Estado de adoptar las medidas más apropiadas conforme a su situación de desarrollo y sus capacidades concretas.

De esta forma, se pretende que el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados no conduzca a situaciones en las que no se incentiven acciones particulares de mitigación del cambio climático. El principio debe siempre interpretarse teniendo en cuenta el objetivo del artículo 2 de la CMNUCC y, por lo tanto, incluyendo la búsqueda de soluciones eficaces ante este reto ambiental. La incógnita que subyace es en qué medida el MDE podrá incentivar la adopción de medidas de mitigación por parte de los Estados en vías de desarrollo que se han mostrado más reacios a asumir responsabilidades en esta materia. El régimen internacional sobre cambio climático tendrá que

¹⁸ Ver Decision 1/CP.18, Agreed Outcome Pursuant to the Bali Action Plan, par. 43.

¹⁹ Como ejemplo, pueden verse las referencias al “párrafo 1 del artículo 1, el párrafo 1 del artículo 3 y los párrafos 1, 2 a), 3, 7, 8 y 10 del artículo 4 de la Convención” que se señalan en la Decisión 2/CP.17, Resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, previo a par. 79.

desarrollar mecanismos de asistencia y financiación que incentiven estas actuaciones, y queda pendiente clarificar la interconexión que podrá establecerse entre estas medidas y el MDE.

Puede añadirse además que el MDE incide sobre el principio de cooperación que subyace en todo el desarrollo del régimen internacional sobre cambio climático. La CMNUCC y el PK han estructurado un foro global en el que analizar la acción internacional en materia de cambio climático, sosteniendo de esta forma la cooperación general en la materia. El MDE también puede verse como un nuevo mecanismo con el que se pretende introducir un diálogo reforzado entre las medidas nacionales y el sistema internacional, a través de metodologías de convalidación de los esfuerzos de mitigación desarrollados en cada ámbito. De esta forma, aparece un nuevo instrumento que promueve la cooperación, siempre con el objetivo último de la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera como se recoge en el artículo 2 de la Convención Marco, pero en el que se subraya la oportunidad de promover y analizar la experiencia nacional.

Desde la doctrina internacionalista ha sido subrayado que con este enfoque se produce un cambio en el sistema de desarrollo de la norma internacional climática, de forma que se abandona el modelo del PK basado en el diseño de mecanismos comunes, para fijarse en un sistema en el que son las autoridades nacionales las que desarrollan las actuaciones mientras que el sistema internacional reconoce el resultado ambiental²⁰. El protagonismo se traslada, de esta forma, al ámbito de decisión nacional, aunque el régimen internacional mantiene su capacidad de desarrollar principios de actuación básicos y medidas que favorezcan la transparencia, eviten la doble contabilidad, y aseguren la integridad ambiental. La nueva fase en la acción contra el cambio climático ensaya así nuevos enfoques de carácter complejo que pretenden lograr el difícil consenso necesario para una actuación ambiental relevante. Queda por ver la eficacia de este nuevo enfoque, que primero tendrá que convertirse en una realidad plenamente operativa para su adopción en el seno de la COP, y después implementarse como elemento de una nueva estrategia con la que enfrentar la fase que comenzará en el año 2021.

5. CONCLUSIONES

La negociación internacional en materia de cambio climático no ha conseguido diseñar un instrumento internacional con una relevancia ambiental acorde con el objetivo de no superar los dos grados centígrados de incremento de la temperatura global del planeta. El segundo periodo de compromiso del PK, si finalmente queda aceptado por los Estados que lo han anunciado, incluye a un escaso número de Partes con obligaciones de reducción, las cuales suponen un porcentaje muy bajo del total de emisiones de gases de efecto invernadero. Paralelamente, los plazos para el desarrollo de un nuevo instrumento internacional en materia de cambio climático se concretan en la adopción en 2015, y la entrada en vigor en 2020, unas fechas que no sólo pueden resultar tardías, sino que sobre todo resultan inciertas al depender de que se logre un

²⁰ Sobre esta cuestión puede consultarse BODANSKY, D., "A Tale of Two Architectures: The Once and Future U.N. Climate Change Regime", Arizona State University Sandra Day O'Connor College of Law, 1 Marzo, 2011, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1773865; y SÉPIBUS, J., W. STERK, A. TUERK, "Top-down, Bottom-up or In-between: How Can a UNFCCC Framework for Market-Based Approaches Ensure Environmental Integrity and Market Coherence", NCCR Trade Regulation, Working Paper No 2012, 31 July 2012, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2135487.

consenso que hasta el momento actual no ha sido posible articular. En este contexto, resulta necesario el ensayo de nuevas aproximaciones que puedan suponer incentivos para la adopción de medidas eficaces de mitigación del cambio climático, y es con este objetivo con el que se pretende diseñar un MDE.

Han sido muchas las críticas al régimen internacional en materia de cambio climático que abogaban por el abandono de la esfera internacional, y proponían la actuación nacional y la negociación regional como alternativas más eficaces. Estos planteamientos han servido de base para la adopción de esta nueva aproximación, en la que se pretende un nuevo dialogo entre las diferentes esferas de actuación en las que deben desarrollarse las medidas de mitigación. En primer término, la experiencia nacional se tiene en cuenta en el diseño del mecanismo internacional; a lo que se suma que el sistema internacional reconocerá actuaciones desarrolladas fuera de su marco metodológico y operacional. Con esta aproximación se pretende alcanzar una mayor eficacia en la mitigación del cambio climático, superando la situación actual en la que no ha sido posible alcanzar objetivos ambientales ambiciosos.

El debate queda, no obstante, abierto sobre el contenido concreto y la estructura que deberá presentar un MDE. El consenso alcanzado abarca sólo a la delimitación de algunos puntos esenciales que deben ser desarrollados en este ámbito, pero su concreción ha quedado pendiente, una vez más, para su estudio en el seno de la próxima COP a celebrar a finales de 2013. Hay que esperar a obtener más datos en este sentido para poder hacer una valoración más exhaustiva del MDE. No obstante, puede apuntarse ya que también queda pendiente la duda sobre cómo podrá este mecanismo suponer una ventaja en un ámbito en el que la reticencia de los Estados a asumir compromisos relevantes de mitigación resulta el elemento principal del fracaso de la aproximación basada en el desarrollo de un régimen internacional ambiental. Con esta cuestión de fondo, queda abierto el debate tanto en la negociación ante los órganos subsidiarios del régimen internacional sobre cambio climático, como en el seno de la doctrina internacionalista, que se cuestiona la eficacia de esta nueva aproximación de creación de la norma jurídica internacional.

II. EL PROTAGONISMO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO: ¿UN LIDERAZGO EN DECLIVE?

Profa. Dra. Delia Contreras
Universidad CEU San Pablo

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años fenómenos naturales como inundaciones, tsunamis, terremotos o sequías y, otros menos coyunturales que se producen de forma paulatina, como el incremento de las temperaturas o el deshielo de los glaciares, han encendido la luz de alarma sobre la urgente necesidad de luchar contra el cambio climático pues es el futuro de nuestro planeta lo que está en juego. La Unión Europea ha tratado de liderar esta batalla, desde una doble vertiente: por una parte, adoptando una serie de iniciativas y propuestas en el ámbito de su política medioambiental con el fin de lograr un desarrollo sostenible basado en el equilibrio entre crecimiento económico, desarrollo y protección del medio ambiente y, por otra, participando activamente en las negociaciones internacionales que se llevan a cabo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre cambio climático y las relativas al Protocolo de Kyoto.

Sin embargo, aunque la Unión Europea se ha esforzado en asumir el liderazgo internacional en la lucha contra el cambio climático, en numerosas ocasiones han primado los intereses nacionales de los Estados miembros sobre la puesta en práctica de las políticas comunes y las industrias afectadas y, otros actores locales, no siempre han aplicado correctamente las directrices de Bruselas. Es, por ello, por lo que el protagonismo europeo se ha visto debilitado, teniendo en cuenta, además, la crisis financiera internacional que está azotando con especial intensidad al Viejo Continente.

En este contexto, nuestro estudio tiene por finalidad valorar los principales parámetros en los que se basa la lucha de la Unión Europea contra el cambio climático, desde una doble vertiente analítica:

Por una parte, analizaremos los retos a los que se enfrenta la Unión Europea en este ámbito de actuación, así como la normativa adoptada al respecto. Entre los desafíos más importantes destacaremos: la colaboración internacional en la lucha contra el cambio climático, la adaptación de los países a los efectos que dicho cambio conlleva y, la innovación necesaria para modificar tanto los métodos de producción como de uso de energía.

Por otra, explicaremos las dificultades tanto endógenas como exógenas que han impedido, hasta el momento, la consecución de los principales objetivos de la Unión Europea para hacer frente al cambio climático, con el consiguiente debilitamiento de su liderazgo internacional.

2. RETOS MEDIAMBIENTALES Y NORMATIVA

La normativa comunitaria al respecto es de amplio recorrido, ya que inicia su andadura en los Tratados fundacionales, en los que ya existe un compromiso por parte de los países miembros de impulsar la protección y mejora de la calidad del medio ambiente, objetivos que se ratificarán posteriormente en los tratados de Maastricht y Ámsterdam. En 1986, cuando aún no se había producido ninguna iniciativa internacional al respecto, ya estaba prevista en la agenda comunitaria la necesidad de hacer frente a la amenaza del calentamiento global.

En el Quinto Programa de Acción Comunitaria en materia de Medio Ambiente de 1992, se incluía el cambio climático como una de las siete prioridades a las que los países comunitarios debían consagrar un mayor esfuerzo, a la vez que se fijaban una serie de acciones en distintos campos para paliar los efectos adversos del calentamiento global. Posteriormente, el Sexto Programa de Acción de la Unión Europea sobre Medio Ambiente de 2002, establecía entre las cuatro prioridades de la actuación comunitaria para el período 2002-2012, la lucha contra el cambio climático²¹ y, en este contexto, el programa recogía como reto principal, la necesidad de cumplir con el compromiso vinculante adoptado por la Unión Europea durante las negociaciones del protocolo de Kyoto que consistía en reducir en un 8 por ciento la emisión de gases de efecto invernadero (GEI) entre 2008 y 2012, con respecto a los niveles de 1990²². A más largo plazo, para 2020, se proponía como meta deseable reducir estas emisiones entre un 20 y un 40 por ciento, aunque, posteriormente, en la Cumbre sobre el clima de Copenhague, se fijó la orquilla en un 20 por ciento.

En el Tratado de Lisboa, en vigor desde el año 2009, también se enfatizaba en la necesidad de luchar contra el cambio climático y los países de la Unión Europea se comprometían, además, a fomentar las medidas necesarias a escala internacional, para hacer frente a los problemas regionales y mundiales del medio ambiente. Está claro que el cambio climático constituye un problema transnacional tanto por sus causas como por sus efectos y que requiere, por lo tanto, una respuesta multilateral.

Pero el cambio climático no sólo aparece directa o implícitamente mencionado en los distintos tratados constitutivos o en los Programas Comunitarios de Acción sobre el Medio Ambiente, también ha sido objeto de múltiples comunicaciones de la Comisión Europea. Así, por ejemplo, en el año 2005, la Comisión esbozó una estrategia comunitaria sobre el cambio climático en la comunicación titulada “Ganar la batalla contra el cambio climático mundial”²³ y la concretó posteriormente en otra, bajo el título “Limitar el calentamiento mundial a 2º C: medidas necesarias hasta 2020 y después”, en la que se especificaban una serie de medidas para evitar los efectos irreversibles que el calentamiento global puede provocar en el planeta²⁴. En la estrategia de la Comisión, se establecían tres objetivos prioritarios para 2020:

²¹ Además de la protección de la naturaleza y la biodiversidad; correcta explotación de recursos naturales y tratamiento de residuos; salud y calidad de vida.

²² Véase Anexo B del Protocolo de Kioto, que establece el compromiso de reducción de emisiones de GEI en un 8 por ciento, durante el primer período. Los Estados miembros que se adhieren a la UE después de la ratificación de Kioto en 2002, no están incluidos en este objetivo común.

²³ COM (2005), 35, DOUE C125, 21 DE MAYO DE 2005

²⁴ COM (2007) 2 final.

- Reducir en un 20 por ciento las emisiones de gases de efecto invernadero.
- Reducir en un 20 por ciento el consumo de energía, mejorando el rendimiento energético.
- Satisfacer el 20 por ciento de nuestras necesidades energéticas, con energías procedentes de fuentes renovables. En este sentido y como dato positivo hay que mencionar, que en el año 2010 las energías renovables representaban ya el 61 por ciento de la capacidad de producción de electricidad de la Unión Europea.

Para la consecución de estos objetivos, la Comisión estimaba también necesario reforzar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (RCCDE), mediante la ampliación del régimen a otros gases y sectores; la armonización en los procedimientos de distribución de cuotas entre Estados miembros; el aumento de las atribuciones de dichas cuotas a más de cinco años y, la coordinación entre el RCCDE y los sistemas obligatorios en países no pertenecientes a la UE.

Posteriormente, tras las discrepancias surgidas en la Cumbre sobre el Clima celebrada en Copenhague en el año 2009 entre los principales países industrializados, la Comisión Europea adoptó una comunicación titulada “La política climática internacional posterior a Copenhague: una intervención inmediata para reactivar la lucha global contra el cambio climático”²⁵, con el fin de fijar una estrategia que permitiera mantener los esfuerzos internacionales en la lucha contra el cambio climático. En esta línea, uno de los principales propósitos de la Comisión en su nueva estrategia sería esbozar un plan para la consecución de una economía europea baja en carbono en el horizonte 2050 y pactar un acuerdo internacional, ambicioso y jurídicamente vinculante, en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

3. LA ESTRATEGIA EUROPEA DE INTERNALIZACION DE LAS POLITICAS MEDIOAMBIENTALES

Hasta el momento se han suscrito dos acuerdos internacionales en el ámbito de la lucha contra el cambio climático: la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático (CMNUCC) de 1992 y el Protocolo de Kioto de 1997. Ambos acuerdos se negociaron sobre el principio de que, puesto que los países industrializados son los que emiten mayores cantidades de gases contaminantes a la atmósfera, deben ser ellos también los que asuman el liderazgo en la lucha internacional contra el cambio climático, aceptando, además, mayores responsabilidades²⁶.

El protocolo de Kioto, que entró en vigor en 2005 y nunca fue ratificado por los Estados Unidos²⁷, estableció como objetivo jurídicamente vinculante para los 15 Estados miembros de la Unión Europea, una reducción de sus emisiones de seis gases de efecto invernadero en una media del 8 por ciento para el 2012, mientras

²⁵ COM/2010/0086 final.

²⁶ La primera respuesta concertada en materia de cambio climático se dio en 1992 en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro. Esta reunión dio lugar a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, un tratado no vinculante que insta a los países desarrollados a estabilizar sus emisiones de gases de efecto invernadero. Un total de 189 países han suscrito la Convención marco de la ONU y la mayoría, con la excepción de los Estados Unidos, también han suscrito el Protocolo de Kioto.

²⁷ Tras la decisión de los Estados Unidos de no suscribir Kioto, la Unión Europea lideró las negociaciones internacionales para conseguir la entrada en vigor del protocolo.

otros países industrializados tan sólo aceptaron el compromiso de reducir un 5 por ciento de sus emisiones²⁸.

Por ésta y por otras razones los países comunitarios consideraron lo estipulado en Kioto totalmente insuficiente, ya que el protocolo cubría tan sólo un 30 por ciento de las emisiones mundiales. Por otra parte, para gran número de expertos hacia el año 2020 dos terceras partes de las emisiones totales de gases contaminantes a la atmósfera procederán de países en vías de desarrollo, por lo que éstos deberían aceptar la obligación de involucrarse en mayor medida en el intento de que las temperaturas del planeta no aumenten más de 2°C.

A pesar de los reiterados intentos de la Unión Europea de liderar la lucha contra el cambio climático, la estrategia europea de internacionalización de las políticas medioambientales no ha obtenido el resultado esperado. En la cumbre del G-7 de junio de 2007, la canciller alemana Angela Merkel, como presidenta de turno de la UE, inició los contactos para lograr un acuerdo internacional jurídicamente vinculante que sustituyera al protocolo de Kioto, que expiraba en el año 2012. La propuesta de Merkel recogía los principales aspectos de la estrategia comunitaria, basada en la aspiración de reducir la emisión de gases contaminantes en un 50 por ciento en 2050. Aunque dicha propuesta recibió el respaldo de Japón y Canadá, y de los países emergentes invitados a la cumbre, Brasil, China, India y Sudáfrica, fue rechazada por los Estados Unidos, cuyo gobierno es partidario de que cada país fije sus propios límites.

Para un buen número de científicos y economistas, este enfoque pone en riesgo el desarrollo económico y social de los países pobres. Según el Informe de Desarrollo Humano de 2007, titulado “Combatiendo el cambio climático: solidaridad humana en un mundo dividido”, divulgado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), si la temperatura del planeta aumentara 4 grados se podría condenar a padecer hambre a unos 600 millones de personas en el África subsahariana. Para 2017, 200 millones de personas en esa región no tendrían hogar y otros 400 millones carecerían de protección contra enfermedades como la malaria y el dengue. En el informe se insta a Estados Unidos, país responsable del 25 por ciento de las emisiones totales de dióxido de carbono a la atmósfera, a reducir el 30 por ciento de sus emisiones para el 2030 y el 80 por ciento para el año 2050, ya que este gas invernadero tiene un papel clave en el calentamiento global²⁹. Pero la Administración Bush se negó a aceptar reducciones obligatorias de emisiones contaminantes fijadas a nivel internacional, y mantuvo la postura de que es preferible que cada país adopte medidas de carácter voluntario.

Dos años más tarde de hacerse público el informe, la Unión Europea acudió a la cumbre de Copenhague sobre cambio climático -cuyo objetivo era lograr un acuerdo que sustituyera al protocolo de Kioto-, con la estrategia de negociar un acuerdo único y vinculante, a lo que se opuso nuevamente la administración estadounidense. Como resultado de las negociaciones de Copenhague la Unión Europea se comprometió a reducir en un 20 por ciento sus emisiones de gases contaminantes, con respecto a los niveles de 1990; Tokio, un 25 por ciento y la administración Obama un 17, pero tomando como referencia el año 2005, lo que equivaldría simplemente a un 3 por ciento respecto a los niveles de 1990. Podemos afirmar, por lo tanto, que aunque durante la presidencia de Barak Obama, Estados Unidos ha dado un paso adelante en cuanto al intento de evitar los efectos irreversibles del calentamiento global, la actitud de las distintas administraciones

²⁸ La mayoría de los países que ingresaron en la UE a partir del año 2004, también ha aceptado el compromiso de reducir sus emisiones de GEI entre un 6 y un 8 por ciento.

²⁹ Informe de Desarrollo Humano “Combatiendo el cambio climático: solidaridad humana en un mundo dividido”. PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo), 2007.

estadounidenses, tanto demócratas como republicanas, sigue obstaculizando la lucha internacional contra el cambio climático.

Como ya hemos mencionado, tras el fracaso de Copenhague, en el año 2010 la Comisión Europea adoptó la comunicación titulada “La política climática internacional posterior a Copenhague: una intervención inmediata para reactivar la lucha global contra el cambio climático”³⁰, con el fin de establecer una estrategia que permitiera impulsar las negociaciones internacionales sobre cambio climático en el ámbito de la Convención Marco de las Naciones Unidas.

En la Conferencia de la ONU sobre cambio climático celebrada en Durban en diciembre de 2011, se adoptó un acuerdo en virtud del cual el Protocolo de Kioto seguiría vigente durante un segundo período y se estableció, además, el compromiso de iniciar negociaciones para instaurar un nuevo marco jurídico aplicable a todos los países, que debería adoptarse en 2015 y entraría en vigor a partir de 2020. Por otra parte, los gobiernos de los países reunidos en Durban reconocieron que los actuales compromisos de reducción de gases contaminantes a la atmósfera serán insuficientes para contener el aumento de las temperaturas de la tierra en más de 2°C y que, para evitar los efectos devastadores e irreversibles del calentamiento global, sería necesario reducir las emisiones de GEI en un 50 por ciento para 2050, respecto a los niveles de 1990.

En la última cumbre sobre el Clima de Naciones Unidas celebrada en la ciudad qatarí de Doha en diciembre de 2012, se puso de manifiesto que los países industrializados siguen manteniendo posturas irreconciliables en sus políticas climáticas. Poco antes de iniciarse la cumbre, científicos de todo el mundo y agencias regionales e internacionales sobre medio ambiente, hicieron un llamamiento sobre la urgente necesidad de adoptar las medidas necesarias para evitar una catástrofe climática a escala mundial. Un grupo de destacados científicos envió un informe a los negociadores de la cumbre basado en datos de la Agencia Internacional de la Energía, según el cual para evitar un aumento de la temperatura de la tierra por encima de los 2°C, sería preciso que dos terceras partes de las actuales reservas de carbón y petróleo permanezcan en el suelo o, en caso contrario, podría generarse una reacción en cadena de desastres naturales a gran escala. Por otra parte, la Organización Meteorológica Mundial alertó también sobre los efectos que el cambio climático está teniendo ya en algunas zonas del planeta, fundamentalmente en el Océano Atlántico, donde por tercer año consecutivo se han producido fenómenos meteorológicos extremos.

Pero estos pronósticos catastrofistas no impidieron que el acuerdo de Doha sea simplemente un acuerdo de mínimos. De momento se prorroga el Protocolo de Kioto hasta el 2020 y, se reafirma el compromiso de que en 2015, durante una cumbre que se celebrará en París en el mes de diciembre, se adopte el nuevo tratado internacional que sustituya al Protocolo de Kioto y que debería entrar en vigor en 2020. Lo cual parece complicado, teniendo en cuenta que un número importante de países no han aceptado las obligaciones derivadas de la segunda fase de Kioto: Japón, Rusia, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, China e India.

Cada uno de estos países alegó sus propias razones para rechazar la prórroga del protocolo. El gobierno nipón utilizó como argumentos para justificar su no vinculación a Kyoto II, los efectos del tsunami y del posterior accidente de Fukushima. Tras los sucesos mencionados, las autoridades niponas se vieron obligadas a apagar los reactores nucleares que generaban un 30 por ciento de la electricidad del país y a sustituir la energía nuclear por gas natural y carbón. Japón, por lo tanto, no podrá cumplir el compromiso adoptado en Copenhague de reducir en un 25 por ciento sus emisiones de gases contaminantes para el 2020, aunque en

³⁰ COM/2010/0086 final.

la cumbre de Doha mantuvo el compromiso de reducirlas en un 80 por ciento para 2050, mediante el fomento del uso de energías renovables.³¹

Por su parte, los negociadores rusos rechazaron la prórroga de Kyoto porque consideran que un acuerdo sin China y Estados Unidos es inviable, ya que sin éstos dos países será imposible lograr las reducciones necesarias para lograr los objetivos climáticos establecidos en cumbres anteriores. Argumentos muy similares a los utilizados por los gobiernos de Canadá y Nueva Zelanda, aunque en el caso ruso hay que añadir además la negativa a aceptar la pérdida de sus derechos de emisión.

En cuanto a Estados Unidos, aunque gran parte de los asistentes a la cumbre habían confiado en que tras la llegada de Barak Obama a la Casa Blanca el gobierno estadounidense adoptaría un papel más activo en la lucha contra el cambio climático, en Doha se puso de manifiesto que la actual administración seguirá dando prioridad a la Resolución Byrd-Hagel de 1997, que prohíbe al Senado estadounidense ratificar cualquier tratado relacionado con el cambio climático que divida las responsabilidades entre países desarrollados y en vía de desarrollo.

Por último, es preciso mencionar la posición de la Unión Europea, que acudió a la cumbre dividida por la negativa de Polonia de aceptar el acuerdo, si no se respetaban sus derechos de emisión. La fractura entre los Veintisiete se solventó con una solución de compromiso, que estipula que la cancelación de los derechos de emisión se realizará de forma gradual. En cualquier caso, la Unión Europea se encuentra ya muy cerca de su objetivo jurídicamente vinculante de reducir las emisiones de GEI en un 20 por ciento para el 2020 y, a pesar de la división entre Estados miembros que se puso de manifiesto en la cumbre, todos estuvieron de acuerdo en considerar poco ambicioso el pacto alcanzado, ya que el compromiso de los países vinculados al nuevo Kyoto sólo afecta el 15 por ciento de las emisiones totales de gases contaminantes.

4. LAS MEDIDAS DE ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO.

La lucha contra el cambio climático exige como medidas prioritarias, aquellas destinadas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera y las que tienen por finalidad la mitigación y adaptación a las consecuencias inevitables del calentamiento global.

En el año 2007, la Comisión Europea adoptó su primer documento de política de adaptación al cambio climático: el denominado “Libro Verde de adaptación al cambio climático en Europa: opciones de actuación para la UE”³² y, dos años después, hacía público su Libro Blanco sobre el mismo tema³³.

El principal propósito del Libro Verde consiste en fijar como desafíos más importantes de la Unión Europea en la lucha contra el cambio climático, disponer de los medios necesarios para que el aumento de la temperatura media de la Tierra no sobrepase 2º C respecto a los niveles registrados en la era preindustrial y acordar las medidas indispensables para la adaptación a las consecuencias actuales y futuras del cambio climático³⁴. Durante el siglo pasado, la temperatura media de Europa sufrió un incremento de casi 1º C, lo que tuvo consecuencias nefastas en

³¹ Para lograr este objetivo, el gobierno japonés quiere llevar a cabo una “revolución energética” para que cada ciudadano se convierta en un agente en el ahorro al producir y vender su propia energía.

³² Libro Verde de la Comisión “Adaptación al cambio climático en Europa: opciones de actuación de la Unión Europea”. COM (2007) 354 final.

³³ COM (2009) 147/4

³⁴ La diferencia entre los libros Verdes y los Blancos radica en que mientras los primeros contienen ideas presentadas en un marco de discusión pública y debate, los blancos contienen una propuesta oficial de una política específica.

algunas áreas del continente, como la disminución del acceso al agua potable; la pérdida de biodiversidad y la degradación de los ecosistemas; el desplazamiento de poblaciones, por la elevación del nivel del mar en los deltas; la modificación en el ritmo de las precipitaciones, ya que se producen inundaciones en algunas regiones y sequías en otras y la aparición de algunas enfermedades derivadas de las condiciones climáticas. Por sectores, según las disposiciones del Libro Verde los que podrían sufrir los efectos más nocivos derivados del cambio climático si no se adoptan las medidas adecuadas para evitarlo serían la agricultura, la pesca, la silvicultura y el turismo de playa y de montaña. Pero también el sector sanitario, los servicios financieros y de seguros y, el sector energético, por el aumento de la demanda de electricidad destinada a la climatización y por los daños que puedan causar a las infraestructuras energéticas, los temporales y las inundaciones.

Según lo estipulado en el documento, desde el punto de vista financiero la adaptación al cambio climático podría integrarse en programas de financiación comunitario pertenecientes a distintas políticas como el Fondo de Cohesión, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Agrícola de Desarrollo Rural, el Fondo Social Europeo, el Fondo Europeo de Pesca y el programa LIFE+³⁵. Como posibles instrumentos para la consecución de los objetivos acordados, se establecen la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la cooperación y el diálogo con los países vecinos, a través de la política de vecindad.

La utilización de la PESC como instrumento comunitario en la lucha contra el cambio climático con la justificación de que el calentamiento global afecta a la seguridad de la Unión Europea, tiene numerosos detractores que argumentan que la aplicación de esta política no supondría ningún avance significativo. Hay que tener en cuenta que la cooperación intergubernamental exige unanimidad en el proceso de toma de decisiones y que la búsqueda del consenso necesario, provoca con demasiada frecuencia inmovilismo institucional y falta de acuerdos. Así por ejemplo, en el caso concreto de las energías renovables, Francia ha bloqueado el consenso en diversas ocasiones al ser un país que posee una importante industria nuclear. Por otra parte, en el actual contexto de crisis internacional, han sido varios los países que han alegado problemas económicos para desvincularse de los objetivos establecidos en la lucha contra el cambio climático, lo que obviamente ha contribuido a debilitar el protagonismo comunitario y ha puesto en entredicho el deseo de liderazgo de la Unión Europea en este ámbito de actuación.

Coincidiendo con la publicación del Libro Verde, la Comisión Europea adoptó una política energética para Europa (PEE) en la que están involucradas dos de sus direcciones generales, la Dirección General de Medio Ambiente y la Dirección General de Energía y Transporte, que en adelante tendrán que formular una respuesta común en la consecución de los objetivos de la política climática comunitaria. El Consejo Europeo de mayo de 2007 aplaudió esta política integrada y confirmó el reto de reducir las emisiones de GEI en un 20 por ciento con respecto a los niveles de 1990³⁶.

En cuanto al Libro Blanco de adaptación al cambio climático, su intención principal es reducir la vulnerabilidad de la Unión Europea frente al impacto que dicho cambio conlleva³⁷. Para ello, el libro va acompañado de tres documentos sectoriales sobre agricultura, salud y cuestiones relativas al agua, las costas y el medio marino³⁸. Entre los principales impactos que el cambio climático puede generar, se destacan en primer lugar los impactos físicos y meteorológicos.

³⁵LIFE+ es el instrumento financiero de la Unión Europea para temas medioambientales durante el período 2007-2013.

³⁶ Consejo de la Unión Europea. Conclusiones de la Presidencia, 7224/1/07.

³⁷ COM (2009) 147 final.

³⁸ SEC (2009) 417, SEC (2009) 416 y SEC (2009) 386.

Teniendo en cuenta que, en función de los escenarios se puede producir un incremento de la temperatura media global de entre uno y cinco grados centígrados, si no se adoptan las políticas adecuadas las zonas bajas de la tierra entre las que se encuentran los territorios de varios países europeos podrían desaparecer bajo el nivel del mar. Este es uno de los principales motivos por los que se están adoptando medidas para evitar que el mundo alcance lo que se considera un punto sin retorno, un aumento de 2°C. Si en torno al 2020 no se han logrado estabilizar las emisiones mundiales y antes del 2050 no se han reducido aproximadamente a la mitad en cuanto a los niveles de 1990, lo más probable es que no se logre el objetivo de frenar el calentamiento global. Esto tendría importantes efectos sobre la biodiversidad y los ecosistemas terrestres y marinos, debido sobre todo a la movilidad y la nueva distribución de especies, y al deterioro en la calidad del agua y del suelo. Por otra parte, desde el punto de vista socioeconómico, los cambios en los ecosistemas afectarían a la productividad en sectores como la agricultura, la pesca y el turismo y podría alterar la salud de las personas.

Pero el Libro Blanco de la Comisión no sólo identifica los principales impactos del cambio climático, sino que también insta a los Estados miembros de la UE a centrar sus esfuerzos en adoptar las medidas necesarias a corto plazo para la mitigación y adaptación a tales efectos. En el año 2009, los países comunitarios comenzaron a trabajar con otros países signatarios de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, para alcanzar un acuerdo post 2012 en lo relativo a adaptación. La consecución de tal acuerdo es compleja, ya que el impacto del cambio climático varía notablemente en cada área geográfica. En países como Bélgica, Holanda, Luxemburgo, algunas zonas de Francia y de Alemania, además del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, donde las precipitaciones son cada vez más intensas y las tormentas e inundaciones más frecuentes, las temperaturas podrían aumentar entre 2 y 3,5°C hacia 2080. Por el contrario, en los países del sur de Europa y de la cuenca mediterránea, España, Portugal, Italia, sur de Francia y de Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Grecia, Malta y Chipre, las previsiones de los expertos señalan que, en este mismo período, las precipitaciones anuales se habrán reducido en un 40 por ciento respecto a los niveles de 1990 y que el incremento de la temperatura media en esta región podría ser de entre 4 y 5°C respecto a los niveles actuales³⁹. Por ello es imprescindible adoptar medidas no sólo a nivel europeo e internacional, sino también a nivel nacional, regional y local, para que mediante la adopción de medidas concretas todas las administraciones puedan contribuir a frenar el calentamiento de la Tierra⁴⁰.

A finales del mes de abril de 2013 se publicará la nueva estrategia europea de adaptación al cambio climático que tratará, por una parte, de sensibilizar a la opinión pública y a los gobiernos sobre el cambio climático y sus repercusiones y, por otra, procurará destinar parte de los recursos financieros comunitarios a la adaptación al cambio climático, fomentando además la coordinación en este campo en toda Europa. En este contexto, el principal objetivo de la estrategia de la Comisión será el desarrollo de una política de adaptación coherente, a todos los niveles y para todos los sectores. Como complemento a las acciones de los Estados miembros, la Comisión propondrá el desarrollo de acciones más eficaces incentivando una mayor coordinación y un mejor flujo de información entre países comunitarios y un diálogo con el sector privado a nivel europeo.

³⁹ Comisión Europea. “La acción de la Unión Europea contra el cambio climático. Adaptación al cambio climático”. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas 2008, ISBN 978-92-79-09102-5, pp. 13 y ss.

⁴⁰ Los ciudadanos también pueden contribuir con medidas tan sencillas como reemplazar las bombillas tradicionales por otras de bajo consumo o ajustar el termostato, ya que la oscilación de 2 grados centígrados permite ahorrar anualmente más de 600 kilos de dióxido de carbono por hogar.

5. EL RETO DE MEJORAR LA EFICACIA ENERGÉTICA MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES

Hasta el siglo XIX, las necesidades energéticas del ser humano se cubrían a través de fuentes renovables, incluso en la actualidad, más de dos millones de personas siguen utilizando la leña como principal medio de obtención de energía⁴¹. Fue a partir del siglo XX cuando el carbón, el petróleo, el gas y, en menor medida la energía nuclear, consiguieron superar a las fuentes de energía tradicionales.

En los próximos años se van a producir nuevos cambios en el panorama energético mundial, ya que la demanda de energía seguirá creciendo a un ritmo sorprendente. Las previsiones realizadas por la Agencia Internacional de la Energía establecen que en el año 2035 la demanda mundial habrá aumentado un tercio respecto a los niveles actuales y, en este mismo período, el uso de combustibles fósiles habrá bajado de manera significativa, ya que en términos porcentuales, en 2035 la utilización de esta fuente de energía equivaldría al 75 por ciento de la producción mundial. Resulta, por lo tanto, evidente, el papel que pueden desempeñar las energías renovables en un futuro inmediato.

Pero el consumo de energía procedente de fuentes no renovables está desigualmente repartido, ya que los países pertenecientes a la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) consumen el 60 por ciento de este tipo de energía aunque representan tan sólo al 15 por ciento de la población mundial. Deben ser ellos, por lo tanto, los que asuman una mayor responsabilidad en la mejora de la eficacia energética.

Los países de la Unión Europea comenzaron a fomentar el uso de las energías renovables en la década de los noventa del pasado siglo, con el fin de ir sustituyendo paulatinamente el uso de combustibles fósiles, para incrementar de esta forma la seguridad del suministro energético mediante la diversificación de las fuentes de energía. Inicialmente acordaron la utilización de un 12 por ciento de energía procedente de fuentes renovables para 2010 y, para ello, fue necesaria la adaptación de una nueva normativa que implicaba objetivos nacionales en los ámbitos de biocombustible para el transporte y la electricidad. Por otra parte, se intentó animar al sector privado para la realización de inversiones en estos ámbitos, pero no se adoptaron las medidas de estímulo adecuadas que hubieran contribuido a fomentar dichas inversiones.

En 2007, los gobiernos comunitarios, en un intento de ser más ambiciosos en sus objetivos, aceptaron el compromiso de obtener el 20 por ciento de la energía que consumen y el 10 por ciento del combustible para el transporte, a partir de fuentes renovables en el horizonte 2020.

En el año 2009, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron una directiva relativa a la promoción del consumo de la energía producida a partir de fuentes renovables. Esta directiva define los objetivos para el horizonte 2020 y establece que, en 2018, los países comunitarios deben elaborar una nueva hoja de ruta para el período posterior⁴². De aquí al 2020, la Unión Europea tratará de obtener el 20 por ciento de la energía que consume a partir de fuentes renovables, lo que implicará

⁴¹ La leña y fundamentalmente la biomasa suministran el 14 por ciento del consumo mundial de energía. En algunos países como Tanzania el porcentaje aumenta al 90 por ciento, en la India al 50, en Estados Unidos al 4 y la media en la Unión Europea es del 3,7 por ciento.

⁴² Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009. Esta directiva modifica y posteriormente deroga las directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, sobre energías renovables.

una reducción significativa de las emisiones de gases contaminantes a la atmósfera y una menor dependencia de las importaciones energéticas⁴³.

Aunque los países miembros de la Unión Europea han utilizado hasta el momento sus propias fuentes de energía renovable, la directiva sobre energías renovables crea un mecanismo de cooperación que permite compatibilizar el consumo de este tipo de energía producida en un estado miembro, con la realización de los objetivos de otro. Sin embargo, este mecanismo todavía no se ha desarrollado a gran escala, a pesar de los beneficios económicos potenciales que podría generar para ambas partes. Tan sólo dos países han indicado que utilizarán los mecanismos de cooperación previstos en la directiva para alcanzar los objetivos 2020: Luxemburgo e Italia; por otra parte, diez Estados miembros, entre los que se encuentra España, esperan disponer de excedentes que puedan ser utilizados por otros estados.

La directiva también propone la cooperación internacional para el desarrollo de este tipo de energía, permitiendo la aplicación de los mecanismos de cooperación, susceptibles de profundizar el diálogo entre la UE y el sur del Mediterráneo, potenciando la denominada política de vecindad⁴⁴.

Se espera que en un futuro inmediato aumente el uso de la energía solar y la extracción del calor procedente de la tierra (fuentes geotérmicas). La energía solar absorbida por la tierra en un año, equivale a veinte veces la energía almacenada en todas las reservas de combustibles fósiles en el mundo. Sin embargo, según las previsiones de los expertos, la energía que sufrirá un mayor incremento será la eólica.

Por otra parte, en el ámbito de las energías renovables, la Unión Europea ha identificado como una de las áreas con mayores potenciales de crecimiento, la energía procedente de mares y océanos. Sin embargo, en el actual contexto de crisis internacional es difícil obtener la financiación que requieren las nuevas tecnologías productoras de la denominada “energía azul”. Teniendo en cuenta que el 70 por ciento de la superficie de la tierra está cubierta de agua, es preciso generar los recursos necesarios para aprovechar las múltiples posibilidades de este tipo de energía⁴⁵. De esta forma, los países comunitarios podrían incrementar su eficacia en la explotación de recursos energéticos y disminuir las emisiones de gases contaminantes a la atmósfera.

En el caso concreto de España, en el Plan de Energías Renovables 2011-2020 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, el ejecutivo español se comprometió a potenciar las energías renovables en nuestro país, con el convencimiento de que es un objetivo estratégico para nuestra sociedad que va a aportar grandes beneficios a nuestro desarrollo económico. Coincidiendo con la visión de las instituciones comunitarias, en el documento se señala como uno de los sectores con mayor potencial de desarrollo en el ámbito de las energías renovables, las energías procedentes del mar. En este sentido, algunas comunidades autónomas españolas pueden aportar su valiosa contribución a un ámbito de vital importancia para España y Europa, que es considerado, además, un factor esencial de crecimiento y desarrollo⁴⁶.

⁴³ Las competencias de la Unión Europea en el ámbito de las energías renovables están recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 192 (Medio Ambiente); artículo 114 (Mercado Interior) y 194 (energía).

⁴⁴ Sobre la producción de la energía renovable en el ámbito de la Unión Europea véase también la Comunicación de la Comisión Europea “Energías renovables: principales protagonistas del Mercado Europeo de la energía”. COM/2012/271 final.

⁴⁵ Además de la energía extraída de mareas y olas, los mares y océanos, al cubrir el 71 por ciento de la superficie de la tierra, son también los principales receptores solares del mundo.

⁴⁶ Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. “Plan de energías renovables 2012-2020”, 11 de noviembre de 2011, pp 19 y ss. Disponible en: www.mityc.es

Está claro que España posee un importante potencial energético marino y, en opinión de los expertos, por las características de nuestra costa, la energía de mayor aplicación es la energía de las olas o undimotriz. Durante la Conferencia de Limasol, celebrada en octubre de 2012, el secretario general de Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad de España, Román Arjona, presentó el primer prototipo español en fase precomercial de aprovechamiento de la energía de las olas. Actualmente se están impulsando varios centros de prueba y se están desarrollando distintos proyectos para el aprovechamiento de este tipo de energía en distintas comunidades costeras como Galicia, Asturias, Cantabria y en el archipiélago Canario.

En el caso concreto de las islas Canarias, se ha desarrollado una infraestructura científico tecnológica con el objetivo de facilitar el acceso al océano profundo, que también permitirá el aprovechamiento de las energías provenientes del mar, como la extraída de las olas (undimotriz), de las mareas (mareomotriz) y de la temperatura de las aguas (mareotérmica). En la localidad de Granadillos (Tenerife), existe también un proyecto para la construcción de una planta undimotriz.

En el año 2008 el Instituto Canario de Ciencias Marinas puso en marcha el Proyecto Estructurante en Ciencias Marinas (EXMAR)⁴⁷, que contó con la financiación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), con el objetivo de crear un espacio exhaustivo para la excelencia investigadora en ciencias marinas. Por otra parte, la Plataforma Oceánica de Canarias, también coordina en la actualidad el proyecto TROPOS⁴⁸ en el que están implicados expertos en arquitectura naval, energía renovable e impacto ambiental y social. El principal desafío del proyecto es que la Unión Europea consiga una posición de liderazgo internacional, en el ámbito del desarrollo tecnológico para el uso sostenible de recursos marinos. La iniciativa esta cofinanciada por la Comisión Europea bajo la convocatoria “Ocean of Tomorrow”⁴⁹.

6. DIFICULTADES ENDÓGENAS Y EXÓGENAS PARA LA CONSECUCCIÓN DE OBJETIVOS

A pesar de los esfuerzos realizados por la Unión Europea para liderar la lucha internacional contra el cambio climático son muchos los obstáculos que han surgido en el camino, unos derivados de la propia dinámica del proceso de integración europea y otros de la coyuntura internacional.

En primer lugar es preciso señalar que la política de Medio Ambiente, no es una política común, sino una política de competencias compartidas entre la Unión Europea y sus estados miembros. Esto, sin embargo, no supone ningún problema adicional como inicialmente podría esperarse en un ámbito tan sensible, ya que en la aplicación del principio de subsidiaridad establece unos niveles mínimos de

⁴⁷ Su objetivo es crear un Espacio Integral de Investigación de Excelencia en Ciencias Marinas, potenciando la innovación y el desarrollo tecnológico.

⁴⁸ El proyecto TROPOS esta cofinanciado por la Comisión Europea y tiene por objetivo desarrollar las tecnologías necesarias para el aprovechamiento sostenible de los recursos marinos. Cuenta con un presupuesto global de 7 millones de euros y están implicados en el proyecto 9 países de la Unión Europea.

⁴⁹ Esta iniciativa se desarrolla en el ámbito del Programa Marco para la Investigación Marina y Marítima y para la Innovación (COM/2008/534) y tiene por objetivo mejorar la comprensión del medio marino y fomentar el uso sostenible de sus recursos.

respeto y protección del medio ambiente, que los Estados miembros, en el ejercicio de sus competencias, podrían superar pero en ningún caso reducir.

Lo que produce mayor dificultad es el funcionamiento institucional comunitario y el proceso de toma de decisiones. Gran parte de las acciones de la Unión Europea adoptadas en el marco de su política de medio ambiente y algunas de las relacionadas directamente con la lucha contra el cambio climático, se llevan a cabo mediante un complicado procedimiento de codecisión, en el que intervienen varias instituciones: Consejo, Comisión, Parlamento, Comité Económico y Social y Comité de Regiones. Además, en la mayoría de los casos, en el proceso de toma de decisiones se exige la unanimidad y tan sólo en algunos la mayoría cualificada, lo que ralentiza aún más el procedimiento.

El Tratado de Lisboa establece que puesto que la percepción de los problemas medioambientales es distinta según los Estados miembros, es preciso salvaguardar “ciertas áreas de intervención consideradas estratégicas, mediante un procedimiento de decisión que requiere la unanimidad”. En estas áreas estratégicas se incluyen las medidas que afectan a la elección entre distintas fuentes de energía y a la estructura general del abastecimiento energético de los Estados, las disposiciones de carácter fiscal, las medidas que afecten a la ordenación territorial, a la gestión, a los recursos hídricos y a la utilización del suelo, con excepción de la gestión de residuos. En estas áreas deciden el Consejo y el Parlamento a propuesta de la Comisión, previa consulta al resto de instituciones.

La Comisión Europea, que representa el interés general de la Unión juega un papel importante en la lucha contra el calentamiento global, ya que al tener el poder de iniciativa está capacitada para proponer leyes en el ámbito de la política medioambiental, además, ejecuta las decisiones adoptadas por el Consejo de Ministros y el Parlamento y vela por el correcto funcionamiento del resto de instituciones. El Consejo de Ministros, por su parte, reúne a los representantes gubernamentales, que en el caso de deliberaciones relativas al cambio climático suelen ser los ministros de Medio Ambiente. Este órgano es un actor clave en la adopción de normativa relativa a las políticas medioambientales, ya que su aplicación en los Estados miembros deben ser aceptadas previamente en el Consejo y en el Parlamento. Como ya hemos indicado, la exigencia de la unanimidad en muchas de las decisiones relativas al medio ambiente, dificulta la adopción de normativa en el ámbito de la política climática.

Además de los problemas mencionados, es preciso subrayar también que el principal instrumento jurídico que se utiliza en el ámbito comunitario para la adopción de medidas relativas al medio ambiente es la directiva, que obliga a los Estados miembros en cuanto a los objetivos, pero deja absoluta libertad en cuanto a la forma de alcanzarlos, lo que facilita el retraso en la aplicación de algunas medidas cuando prevalece la defensa de intereses nacionales concretos.

A las dificultades derivadas del funcionamiento institucional comunitario y del proceso de toma de decisiones en el seno de la Unión Europea, hay que añadir una serie de factores exógenos que también dificultan la correcta aplicación de la estrategia comunitaria sobre cambio climático.

En la última cumbre sobre el clima de Naciones Unidas celebrada en la ciudad qatarí de Doha en diciembre de 2012, se puso de manifiesto que los países industrializados siguen manteniendo posturas irreconciliables en sus políticas climáticas. De momento se ha prorrogado el Protocolo de Kioto y se ha reafirmado el compromiso de que en 2015 comiencen las negociaciones para la adopción de un nuevo tratado. Lo cual parece complicado, teniendo en cuenta que Japón, Rusia, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, China e India, no han aceptado las obligaciones derivadas de la segunda fase de Kioto.

7. CONCLUSIONES

Los países de la Unión Europea son responsables de aproximadamente el 15 por ciento de las emisiones de gases contaminantes a la atmósfera, lo que ha generado una gran preocupación en las instituciones comunitarias y en los gobiernos de los Estados miembros, que han firmado y ratificado tanto la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático como el Protocolo de Kioto y su prórroga posterior. Durante las negociaciones del protocolo adquirieron además el compromiso jurídicamente vinculante de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 8 por ciento para 2012, muy por encima del compromiso de otros países que aceptaron tan sólo la reducción del 5 por ciento. En los años posteriores, la Unión Europea adoptó una extensa normativa para la consecución de los objetivos marcados y desarrolló una política climática ambiciosa, lo que le permitió posicionarse como el único actor internacional con capacidad suficiente para impulsar las negociaciones internacionales sobre el calentamiento global.

En los últimos años, el cambio climático se ha convertido en uno de los principales desafíos de la Comunidad Internacional y la Unión Europea, consciente de ello, lo ha considerado como una de las prioridades de su acción exterior. Sin embargo, el liderazgo de la Unión Europea se ha visto debilitado, tanto por el lugar que ocupan actualmente los países comunitarios en la escena internacional, como por el hecho de que cada vez son más los gobiernos de otras áreas geográficas que consideran que su contribución no es lo suficientemente importante, como para merecer la categoría de líder mundial en este ámbito de actuación.

Ciertamente, la trayectoria de la Unión Europea en la lucha contra el cambio climático ha estado marcada por una historia cíclica en la que se han alternado momentos de protagonismo junto a otros de pérdida de influencia. Aunque sus estados miembros han suscrito importantes acuerdos internacionales, han adoptado una extensa normativa al respecto y han tratado de aplicarla mediante mecanismos ambiciosos, una serie de factores tanto endógenos como exógenos han dejado al descubierto los defectos y debilidades que minimizan el liderazgo europeo.

En primer lugar es preciso mencionar que debido al mecanismo institucional comunitario y a su proceso de tomas de decisiones, en gran parte de las acciones de la Unión Europea emprendidas en el marco de su política de medioambiental y en las relacionadas directamente con la lucha contra el cambio climático, se exige la unanimidad, lo que ralentiza el procedimiento y disminuye la capacidad de la Unión de negociar con otros actores internacionales. Por otra parte, en el actual contexto de crisis internacional, han sido varios los países que han alegado problemas económicos para desvincularse de los objetivos comunes establecidos en el ámbito de la lucha contra el cambio climático. Podemos concluir, por lo tanto, que la Unión Europea se enfrenta a problemas de distinta índole que dificultan su liderazgo en el ámbito climático, aunque previsiblemente los gobiernos comunitarios harán todo lo posible por dirigir las negociaciones que se iniciarán en 2015 para adoptar un nuevo tratado, que sustituya al protocolo de Kioto.

Teniendo en cuenta las dificultades de la Unión para presentarse ante el mundo como una organización supranacional con verdadera influencia en los asuntos internacionales, las cuestiones medioambientales constituyen una gran oportunidad para reforzar el protagonismo europeo en el contexto mundial. Sin embargo, una condición indispensable para ello será que los gobiernos de los Estados miembros cumplan los objetivos jurídicamente vinculantes que aceptaron

para el año 2020 en cuanto a la reducción de emisiones de gases contaminantes a la atmósfera, pues si no lo logran su protagonismo en la lucha internacional contra el cambio climático será nuevamente cuestionado.

III. EL CAMBIO CLIMÁTICO. UN ENEMIGO AUSENTE EN LAS AGENDAS GUBERNAMENTALES

Prof. Dr. José Miguel Calvillo Cisneros
Universidad Carlos III de Madrid

1. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Las amenazas contemporáneas, a menudo, están interrelacionadas. Podemos hablar entonces de la globalización de los conflictos. Liderada en gran parte por las Naciones Unidas (NNUU), existe una creciente conciencia internacional que asegura que a problemas como el terrorismo internacional y los conflictos armados no cabe enfrentarse sin encarar simultáneamente problemas como la pobreza extrema o la degradación medioambiental⁵⁰.

Todo ello son retos globales, a los que hay que dar soluciones globales, y que amenazan tanto la seguridad humana como la seguridad de los estados y, lo más importante, es que ninguno de estos problemas conoce fronteras. El 11-S, el 11-M y demás actos terroristas, demostraron que los países occidentales no pueden permanecer aislados a los acontecimientos que se producen en el resto del mundo. También explicaron hasta qué punto las diferentes sociedades que forman la humanidad están interconectadas y dependen unas de otras como nunca antes en la historia.

Por todo ello, es necesario que logremos comprender la naturaleza y la envergadura de las diversas amenazas a las que se enfrenta tanto la seguridad de cada país, como la seguridad internacional. A pesar de lo que podemos llegar a creer, el terrorismo internacional no forma parte de las mayores amenazas a esta seguridad. Según las investigaciones del Grupo de Estudios sobre la Paz de la Universidad de Bradford y Oxford, las principales amenazas a la seguridad internacional son⁵¹:

- El cambio climático;
- la competencia por los recursos;
- la marginalización del Tercer Mundo; y
- la militarización global.

Hace tiempo que el cambio climático ha sido aceptado como una realidad por parte de todo el mundo. Sin embargo, en años recientes se ha comprobado que el cambio climático no es sólo un problema medioambiental sino también un motivo de preocupación de cara a la seguridad mundial, puesto que constituye una amenaza contra la estabilidad social y política de la que depende todo lo demás.

⁵⁰ Panel sobre Amenazas, Desafíos y Cambios del Secretario General, *A more Secure World: Our share Responsibility*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

⁵¹ ABBOTT, Ch., *Más allá del terror. Las verdaderas amenazas que acechan al mundo*, Los libros del lince, Londres, 2008, p.16.

A modo de ejemplo, la Oficina de Evaluación de Riesgos (ONA en sus siglas en inglés) del Pentágono identifica actualmente el cambio climático como una amenaza que eclipsa amplísimamente la del terrorismo. Un informe de 2003, encargado por el Director de la ONA, Andrew MARSHALL, llegaba a la conclusión de que el cambio climático que se producirá en los próximos veinte años podría provocar una catástrofe global que costaría millones de vidas humanas a raíz de las guerras y desastres naturales que acarrearía si no se frena a tiempo. El informe concluía que el riesgo de que se produzca un brusco cambio climático debería “*elevarse más allá del debate científico para situarlo al nivel de preocupación nacional de seguridad para los Estados Unidos*”⁵²

En esta misma línea, el principal asesor científico del gobierno británico en 2004, sir David KING argumentó en la revista *Science* que “*el cambio climático es el problema más grave al que nos enfrentamos, incluso mayor que la amenaza del terrorismo*” y continúa diciendo que “*muchos millones de personas en el mundo que ahora no padecen esas amenazas podrían verse expuestos a las hambrunas, sequías, inundaciones y enfermedades como por ejemplo la malaria*”⁵³. Asimismo, Jhon ASTON, delegado especial del Secretario Británico de Asuntos Exteriores para el cambio climático manifiesta que “*necesitamos tratar el cambio climático no como una amenaza a largo plazo para nuestro medio ambiente, sino como una amenaza inmediata para nuestra seguridad y nuestra prosperidad*”⁵⁴. Incluso desde posturas neoliberales, como la que mantiene NYE, se observa el cambio climático como una seria amenaza para la seguridad de los Estados Unidos (EEUU) en particular y el mundo en general⁵⁵. Como es evidente, estas cuatro amenazas a la seguridad internacional también están interconectadas como trataremos de demostrar a continuación.

Sin embargo, todos estos análisis se encuentran enmarcados en un paradigma realista, o clásico, en el que el estado es el centro de estudio, causa y solución al problema. Se requiere de un análisis más profundo y detallado que englobe a todo tipo de actores, no solamente estados, con el fin de buscar límites a la acción de multinacionales, grupos ilícitos, individuos, etc. Para ello, se consideran tres elementos (existen más) relacionados con el cambio climático y que están siendo causa directa de conflictos en el mundo: petróleo y gas, tierra y agua.

Además de su función para el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente, el régimen multilateral sobre el cambio climático, dado a conocer a través de la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambios Climáticos* (CMNUCC) y el Protocolo de Kioto, constituye un proceso constructivo en materia de gobernabilidad, justicia y cooperación en el seno del sistema internacional⁵⁶. El régimen sobre el cambio climático es uno de los legados del proceso de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), conocida también como “Río 92” y cuyos tres aspectos fundamentales eran: la necesidad de cambiar el modelo de desarrollo; la necesidad de que estos cambios y las medidas resultantes se concreten mediante una creciente y más justa cooperación; y finalmente la

⁵² *Ibidem*, p.24.

⁵³ HING, D., “Climate Change Science: Adapt, mitigate or ignore?” *Science*, Vol. 303 (5655), pp. 176-177, 2004.

⁵⁴ ASTON, J., “World’s most wanted: climate change”, *BBC News*, 8 de September de 2006.

⁵⁵ Véase NYE, J., *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, Madrid, 2003.

⁵⁶ BORN, R., “Regímenes internacionales y políticas de cambios climáticos” en VV.AA., *El clima. Cambio, peligros y perspectivas*, Editorial Popular, Madrid, 2007, pp. 25-35.

participación de diferentes grupos sociales en la formulación de políticas y planes de acción.

2. LOS RECURSOS NATURALES COMO FUENTE DE RIQUEZA

El crecimiento económico mundial depende, directa o indirectamente, de los recursos naturales. Inmersos en las políticas económicas neoliberales, la lucha por el control de éstos recursos es clave para poder sostener en el tiempo una evolución económica ascendente. Sin embargo, esta tipología de políticas macroeconómicas está generando graves crisis humanitarias derivadas del exceso del uso de recursos naturales como el petróleo, agua, tierra, etc.

2.1. EL PETRÓLEO COMO ESTRATEGIA DE CRECIMIENTO

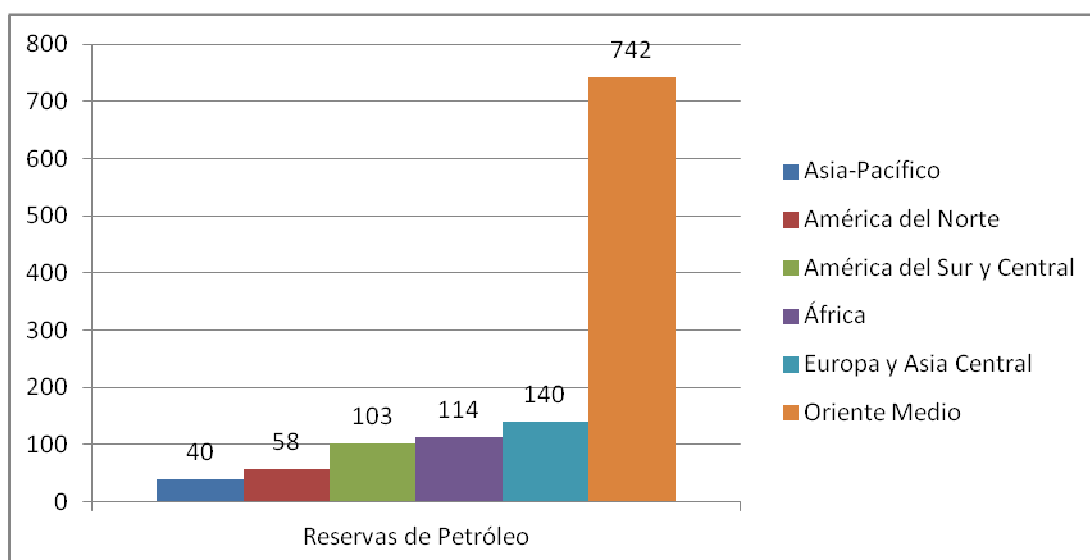
La Asamblea General de las NNUU en diciembre de 1962 aprueba la Resolución 1803 sobre la Soberanía Permanente de los recursos naturales y en la que declara *“El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo estado”* y continúa *“la violación de los derechos soberanos de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales es contraria al espíritu y los principios de la carta de las Naciones Unidas y entorpece el desarrollo de la cooperación internacional y la preservación de la paz”*.

En la Conferencia Medioambiental de Estocolmo (1971) auspiciada por las NNUU se afirmó que *“El ecosistema global tenía una capacidad limitada para resistir los efectos de la actividad humana en la Tierra”* y apuntaba hacia *“(…) los problemas de contaminación, el agotamiento de los recursos y la escasez de alimentos”*. Un aspecto relevante de la industrialización occidental durante su periodo inicial fue el hecho de que el crecimiento de la industria pudo basarse en los recursos locales. Reino Unido poseía recursos propios de carbón, reservas importantes de hierro, cobre, plomo y estaño suficientes para cubrir sus necesidades a lo largo de toda la centuria. A mediados del siglo XX esta situación ya había cambiado de manera radical y la mayor parte de los países occidentales tenían una notable dependencia de las materias primas importadas, hasta el punto de que los países del sur global quedaron atrapados en la economía mundial como proveedores de productos primarios de bajo coste. Esta tendencia internacional es un auténtico cambio de paradigma de los recursos y se ha convertido en un factor clave para la Economía Política Internacional (EPI).

El crecimiento económico de los países industrializados se basa fundamentalmente en el uso del petróleo. Por ejemplo, hasta los años setenta del siglo pasado EEUU pudo utilizar sus grandes yacimientos de petróleo de Texas, California, Luisiana y el golfo de México para abastecer prácticamente todas sus necesidades. A partir de esa década, los yacimientos propios dejaron de ser suficientes para satisfacer la demanda interna. A lo largo de los siguientes treinta años, EEUU vio como al tiempo que iba creciendo su demanda interna iba disminuyendo su producción, lo que tuvo como consecuencia una enorme dependencia del petróleo importado a partir de finales del siglo XX. Otro importante ejemplo es el papel que empieza a jugar China. Éste país no puede satisfacer la demanda de petróleo con sus recursos y necesita de importarlo para poder mantener ciertos indicadores de crecimiento económico.

Reservas de petróleo (2005) en miles de millones de barriles⁵⁷

Gráfico 1



En este sentido, las reservas mundiales de petróleo se calculaban en un trillón de barriles en el año 2005, de los cuales en torno a doscientos sesenta mil millones están en Arabia Saudí, país con mayores reservas, pero se da el caso de que, el cuarto, el quinto, el sexto y el séptimo en volumen de reservas se encuentran en el Golfo Pérsico: Irak, Irán, Kuwait y los Emiratos Árabes Unidos (Gráfico 1). Todos estos países, considerados conjuntamente, poseen cerca de dos terceras partes de las reservas de petróleo mundiales conocidas. Debido al cambio de ciclo internacional en cuanto a los recursos, el Golfo Pérsico es el más importante núcleo mundial de abastecimiento de crudo y lo va a seguir siendo durante las próximas décadas, y las grandes potencias industrializadas tendrán una dependencia cada vez mayor del petróleo procedente de esta zona.

En cuanto a las estimaciones de reservas de gas natural de Asia central, en 2008 estas ascendían a más de doscientos treinta y seis mil billones de metros cúbicos y, las de petróleo, se contabilizaban en torno a los doscientos millones

⁵⁷ Fuente: British Petroleum (BP).

de barriles, con la posibilidad de alcanzar la cifra de mil millones de barriles⁵⁸. Por el contrario, Afganistán cuenta con mínimas reservas de gas, aunque si posee sustanciales minas de carbón y de cobre. Esto, de por sí, no es significativo, pero, no obstante la situación geoestratégica de Afganistán representa una vía de salida a las exportaciones procedentes, especialmente, de Turkmenistán, Uzbekistán y Kazajistán⁵⁹ si lo que se pretende es canalizar por otras vías estos recursos energéticos.

Asimismo, potencias económicas como los EEUU y la Unión Europea (UE), llevan planificando un sistema de alianzas para extraer el mayor beneficio posible de tan suculentas reservas que garantizaran el suministro de gas y crudo. Hace muy pocos años, habría parecido irreal pensar en importar gas y petróleo a la UE desde el entorno del Caspio⁶⁰. En este sentido y, a nivel doctrinal, se han enfrentado dos tesis: por un lado, Azerbaiyán, defendiendo la posición del Caspio entendido como “mar interior” con bloques económicos exclusivos y, por otro, la tesis del “lago” defendida por Rusia e Irán, abogando por la explotación concertada de condominio, con diez millas exclusivas⁶¹.

Lo que es evidente es que el control de la explotación de estos recursos está en el centro de la disputa regional⁶² existiendo tres grandes proyectos de oleoductos financiados por Irán, Turquía y Rusia⁶³, así como el proyecto del oleoducto de 2.000 km entre los Gobiernos de Turquía, Georgia y Azerbaiyán⁶⁴, apoyado en noviembre de 1999 por EEUU. La geopolítica del petróleo llevó a Irán a firmar un acuerdo con Turkmenistán, nación que suministrará gas natural al noroeste iraní a través de un oleoducto de 287 km., cuyo costo estimado sería de ciento sesenta millones de dólares. El proyecto fue instantáneamente vetado por Washington. En esta batalla por el control de los recursos petroleros, Michael KLARE, afirma que “*en el nuevo paisaje de conflictos mundiales el Mar Caspio y el control de sus recursos hidrológicos serán clave*”⁶⁵ en las décadas futuras.

⁵⁸ AMIRIAN, N. y ZEIN, M., *Irak, Afganistán e Irán. 40 respuestas al conflicto en Oriente Próximo*, Lengua de Trapo, Madrid, 2007, p.105.

⁵⁹ ISBELL, P., “El ‘gran creciente’ y el nuevo escenario energético en Eurasia”, *Política Exterior*, nº 110, marzo/abril de 2006, pp. 103-120.

⁶⁰ La relación de la UE con la región tiene más de una década de antigüedad. El “Acuerdo de Asociación y Cooperación” firmado por la UE y Kazajistán, en enero de 1995, entró en vigor en julio de 1999. Véase SOTO, A., “Asia Central en el fluido horizonte geoestratégico de la UE”, *Real Instituto Elcano*, DT N° 29/2007 - 21/06/2007.

⁶¹ Véase JANUSZ, B., *The Caspian Sea: Legal Status and Regime Problems*, Chatham House, Londres, 2005.

⁶² Véase TABLADA, C., *Petróleo, poder y civilización*, Instituto Cubano del Libro, Editorial Nomos, La Habana 2003. En la Unión Europea se consume el 16% de toda la energía mundial y se produce sólo la mitad. Los países de la Unión Europea importan el 7% de la producción mundial de carbón, el 10% de la producción mundial de gas natural y no más que el 5% de la producción mundial de petróleo. En el mundo se producen y consumen en la actualidad diariamente unos 70 millones de barriles de petróleo. Del consumo mundial de petróleo, los Estados Unidos demandan casi el 30% y solo es capaz de producir el 40% de su propia demanda. El 60% restante lo importa, lo que equivale al 18% de la producción mundial. En otras palabras, importa tres veces y media de lo que importa la Unión Europea. La mitad de las importaciones estadounidenses proviene históricamente del Golfo Pérsico, donde se encuentran el 65% de las reservas mundiales. Las reservas mundiales de petróleo y su producción y demandas actuales.

⁶³ Véase TALBOT, K., *Afganistán: la lucha por el petróleo*, Centre for Research on Globalisation (CRG), 2001, en, http://www.nodo50.org/csca/agenda2001/ny_11-09-01/afg-lucha-petrol.html [Consultado el 04 de enero de 2013]

⁶⁴ ALBARRACÍN CORREDOR, J., “Un nuevo Oriente Medio: connotaciones energéticas de su vinculación a la Unión Europea”, *Observatorio de Política Exterior Europea*, Working Paper nº. 25, 2002.

⁶⁵ KLARE, M., *Las Guerras por los Recursos*, Tendencias, Caracas, 2003.

Con el crecimiento de la población y el consiguiente aumento de la demanda de agua y alimentos, cada uno de los estados ribereños intentaría utilizar al máximo los recursos disponibles y, cuando las acciones de uno de esos estados provoque una disminución en el suministro de alguno de los otros, las condiciones estarán dadas para un conflicto por la distribución del agua. A modo de ejemplo, Tayikistán, a pesar de la entrada en la Comunidad de Estados Independientes (CEI), continúa teniendo fuertes tensiones, principalmente con Uzbekistán. Esta situación viene determinada principalmente, por la lucha de los ricos recursos naturales tayikos – agua – y de la dependencia energética que tiene de su vecino Uzbekistán – gas y electricidad – En este sentido, la construcción de una gran presa de agua en la frontera con su vecino uzbeko y la implantación de una empresa de aluminio – empresa TALCO – está siendo motivo de fuertes tensiones entre ambos países, lo que está provocando una militarización de la frontera.

Desde la perspectiva de la seguridad, y la UE han extendido la OTAN hacia el este europeo incluyendo antiguas “democracias populares” y repúblicas soviéticas. La expansión hacia el Oriente no ha parado ahí y, a partir de 2002, la OTAN ha creado los Planes de Acción de Asociación Individual (*Individual Partnership Action Plans*) con otras ex-repúblicas soviéticas como Georgia, Azerbaiyán, Armenia, Kazajstán y Moldavia. Por último, en el marco de la invasión de Afganistán, EEUU consiguió establecer bases militares en Kirguizistán y Uzbekistán. Un movimiento estratégico dirigido no solamente a imponer una política de seguridad internacional basada en la permanente amenaza del terrorismo, sino también a intentar controlar el mapa de los recursos energéticos.

Con todo esto, no pretendemos explicar la guerra de Afganistán e Irak únicamente en términos geoenergéticos pero, si es importante subrayar que la dependencia de los recursos naturales es clave para el sostenimiento de las economías occidentales. Entrar en profundidad en las causas de ambas contiendas es objetivo de otro tipo de análisis aunque, no obstante, la partida por los recursos se encuentra en la primera línea de juego.

2.2. LA EXPLOTACIÓN DE LA TIERRA

Las exigencias que acarrea el rápido crecimiento de la población, el desarrollo económico y los mercados globales se han visto correspondidas por un cambio sin precedentes en el uso de la tierra. Unos datos que arrojan luz sobre los riesgos actuales sobre el uso de la tierra en el ecosistema global, según el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), son los siguientes⁶⁶:

- Durante los últimos veinte años se ha visto reducida la expansión exponencial del uso de tierra cultivable, pero en cambio la tierra se usa en la actualidad de una manera mucho más intensa.

- El uso insostenible de la tierra está dando lugar a una degradación de la misma.

- Actualmente, más de la mitad de la población vive en ciudades, especialmente en países en vías de desarrollo. Las ciudades recurren a extensas zonas rurales sin explotar en busca de agua y espacio para eliminar basuras, mientras que su demanda de alimentos, combustible y materias primas tienen un alcance global y va en aumento.

⁶⁶ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), <http://www.pnuma.org>

- Los servicios del ecosistema forestal están amenazados por la creciente demanda del ser humano.

- El agotamiento de nutrientes a causa de un cultivo continuo con reposiciones escasas o inexistentes limita la productividad a largo plazo de vastas extensiones de tierras, especialmente en las zonas tropicales.

- La desertificación se produce cuando los procesos de degradación, actuando de manera local, se combinan para afectar a áreas enormes de tierras secas.

- Es probable que se intensifiquen las demandas que recaen sobre los recursos de la tierra, y con ello, los riesgos de la sostenibilidad.

La estabilidad de las condiciones políticas, económicas y sociales son los determinantes de la inseguridad alimentaria. Factores de riesgo inmediato como guerras o sequías, se asocian estrechamente a esos factores fundamentales; las poblaciones más vulnerables son menos capaces de enfrentar un contratiempo y son más susceptibles a la hambruna. La inestabilidad política por sí misma, a menudo resulta en conflictos armados o contiendas civiles, que pueden causar hambruna directamente. En estos contextos, la inseguridad alimentaria se gradúa en función de su intensidad y se clasifica en cinco niveles⁶⁷:

- Seguridad alimentaria general.
- Inseguridad alimentaria crónica.
- Crisis aguda de alimentos y medios de subsistencia.
- Emergencia humana.
- Hambruna catástrofe.

La inseguridad alimentaria puede producirse por distintos motivos en cualquiera de sus intensidades. Las causas más habituales son:

- Guerra, conflicto armado o levantamiento social.

- Pérdida de cosechas por cuestiones climáticas o medioambientales tales como sequía, inundación, viento, plaga de insectos (fundamentalmente langosta).

- La interrupción o destrucción de la cadena de distribución de alimentos y/o el sistema de mercado que afecta a una parte importante de la población. La causa puede estar en crisis políticas, medioambientales o económicas.

De las causas citadas, las más frecuentes son la sequía y el conflicto. En el caso del conflicto, y siguiendo la doctrina iniciada por YUSTE, *“la inseguridad interrumpe el delicado ciclo productivo de la agricultura, desestabiliza los mercados y redes de transporte encargados de hacer llegar el alimento a su destinatario final y aumenta los costes de producción del alimento. El conflicto impide la producción normal de alimento al desplazar poblaciones y frena la llegada de insumos, además de desestructurar los mercados. El conflicto afecta a todos los elementos de la seguridad alimentaria al afectar a la disponibilidad de los alimentos, el acceso a los mismos y su aprovechamiento”*⁶⁸.

⁶⁷ Resumen del marco integrado de clasificación de las fases desde la seguridad alimentaria hasta la emergencia humanitaria FAO Junio 2006.

⁶⁸ Véase YUSTE ECHARREN, P., “El hambre como causa de conflictos. Nuevos retos en la agenda internacional”, *Cuadernos Estratégicos de la Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013 (En prensa. Prevista publicación en marzo de 2013).

En ocasiones el hambre no es solo resultado indirecto del conflicto, si no es en sí mismo un arma de guerra. Como continua YUSTE “*En ocasiones el hambre se impone a la población bajo control del bando opositor buscando el debilitamiento del enemigo y la pérdida del apoyo popular*”⁶⁹. La historia nos enseña cómo, pese a ser esta una estrategia habitual, no por ello es más efectiva. Los combatientes, normalmente hombres jóvenes y con armas, son los últimos que dejan de comer. Siendo la población más afectada la población más vulnerable: mujeres y niños/as.

En este sentido, el crecimiento desmesurado de las poblaciones (Gráfico 2) en determinadas regiones ha llevado a gobiernos y multinacionales a la compra de grandes extensiones de tierra fuera del ámbito de sus fronteras. China, con una enorme y creciente población, tiene también una gran superficie de su territorio ocupada por desiertos. Por ello, ha comenzado a comprar grandes extensiones de tierra en África, una forma de colonialismo agrario, con un potencial desestabilizador importante. Lo más significativo es que la compra de estas tierras están siendo utilizadas, bien para cultivo de alimentos que tienen como destino la propia población de China, o bien para biocombustibles. Otro ejemplo es India, que desarrolla esta práctica principalmente en Etiopía y Sudán. La compra de grandes extensiones de tierra está provocando que varios millones de personas se vean afectadas por no tener espacios para cultivar y por consiguiente entrar en un ciclo de hambruna que desencadena en el hambre crónica. Si a todo esto, le sumamos el aumento de las sequías y las inundaciones, las consecuencias son catastróficas.

Por otro lado, la regulación europea que obliga a utilizar un 10% de biocombustibles para el transporte a partir del año 2015⁷⁰ recorta la cantidad de tierra que se destina para el cultivo de alimentos. Esto influye directamente en la reducción de los alimentos, la subida de los precios que, unido a otros factores como el proteccionismo occidental a sus productos agrícolas, está teniendo unas durísimas consecuencias para la gente más vulnerable.

Siguiendo el ejemplo de Etiopía, el gobierno central de éste país ha ofrecido en los últimos años, tres millones de hectáreas de su tierra más fértil a países desarrollados y a algunos de los individuos más adinerados del mundo para que exporten alimentos a sus propias poblaciones. El dato paradójico es que en este país trece millones de personas viven en crisis alimentaria permanente⁷¹. Por lo tanto, no es un problema de cantidad. Otro ejemplo es el de Madagascar en el que el Gobierno regaló, a cambio de contratos laborales, el 50% de las tierras cultivables a la multinacional Daewoo, tierra destinada a biocombustibles. Esto provocó un levantamiento popular que culminó con la dimisión del Gobierno.

Sobre los efectos que el cambio climático está teniendo, se calcula que debido a la desertificación, los proyectos de ingeniería a gran escala y los desastres naturales del continente africano, entre diez y veinticinco millones de personas han tenido que desplazarse por causas medioambientales⁷². En esta misma línea, el *Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático* (IPCC), organismo de reconocido prestigio a nivel mundial, ha demostrado que si se

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ Fuente: Comisión Europea, 2012.

⁷¹ Sin embargo, Etiopía no es único país que ofrece sus campos más fértiles y abundantes a estos nuevos tipos de colonizadores, desplazando a millones de familias campesinas que de un momento a otro ven sus propiedades invadidas por tractores y maquinaria agrícola. Actualmente, son veinte las naciones africanas que ya han vendido 50 millones de hectáreas de territorio africano.

⁷² Fuente: Fondo de las Naciones Unidas para las Poblaciones (FNUAP).

produjera una elevación de treinta centímetros en el nivel del mar en 2050, el resultado serían otros ciento cincuenta millones de refugiados⁷³. Los países más pobres, y por ende más vulnerables, tienen menor capacidad para enfrentarse a esta clase de fenómenos, pues carecen tanto de recursos como de infraestructuras necesarias para adaptarse a estos y otros cambios de grave impacto social consecuencia del cambio climático.

En relación con los movimientos migratorios a causa del cambio climático, en 1990 el IPCC observó que la migración humana podría ser la consecuencia más grave del cambio climático. Millones de personas se tendrían que desplazar a causa de la erosión de la línea costera, de las inundaciones del litoral y de los estragos en la agricultura. Desde entonces, varios analistas han intentado estimar el volumen de los futuros flujos de migrantes climáticos (a veces llamados “refugiados ambientales”) y la mayoría de las predicciones para el año 2050 giran en torno a doscientos millones de personas.

Los efectos meteorológicos del cambio climático sobre la migración se pueden dividir en dos factores condicionantes: por un lado los “procesos climáticos” como la elevación del nivel del mar, la salinización del suelo de uso agrícola, la desertificación y la creciente escasez de agua; y por otro lado los “fenómenos meteorológicos” como las inundaciones, las tormentas y las crecidas repentinas de los lagos glaciares. Pero también desempeñan un importante papel factores que no tienen relación con el clima como las políticas gubernamentales, el crecimiento demográfico y la capacidad de recuperación de las comunidades después de un desastre natural. Todo ello determina el nivel de vulnerabilidad de la población. Como apunta ESPÓSITO y TORRES *“El cambio climático se manifiesta a través de un elenco de disrupciones medioambientales que traen aparejadas, entre otras consecuencias, desplazamientos humanos inducidos por la fragmentación del hábitat”*⁷⁴. En varias zonas del planeta, como por ejemplo la región del Sahel o África occidental, se detecta ya una migración temporal debido al clima.

La migración forzosa tiene al menos cuatro formas de entorpecer el desarrollo: incrementa la presión sobre las infraestructuras y servicios urbanos, socava el crecimiento económico, aumenta la posibilidad de conflictos y, entre los mismos migrantes, empeora los indicadores sanitarios, educativos y sociales. En esta misma línea, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calculó en 2004, que la tasa de mortalidad atribuible a los cambios climáticos causados por la acción humana es de ciento cincuenta mil personas al año, y que la proporción más elevada de estas muertes está produciéndose en el tercio sur del continente africano⁷⁵. La emigración de las poblaciones afectadas por cambios climáticos sucesivos o repentinos puede, como es evidente, aumentar los riesgos de inestabilidad política y de conflictos.

⁷³ Para ampliar información véase Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, *Cambio climático 2001. Impactos, adaptación y vulnerabilidad, Tercer Informe de Evaluación*, 2001, en <http://www.ipcc.ch/pdf/climate-changes-2001/impact-adaptation-vulnerability/impact-spm-ts-sp.pdf> [Consultado el 04 de enero de 2013]

⁷⁴ ESPÓSITO, C. y TORRES, A., “Cambio Climático y Derechos Humanos: el desafío de los nuevos refugiados”, *Revista Relaciones Internacionales*, GERI-UAM, num. 17, junio de 2011, pp. 67-86.

⁷⁵ AAVV, “Impact of regional climate change on human health”, *Nature*, 2005, en <http://www.nature.com/nature/journal/v438/n7066/abs/nature04188.html> [Consultado el 15 de diciembre de 2012]

2.3. EL AGUA. FUENTE DE RIQUEZA Y DE CONFLICTOS

Las necesidades basadas en lo imprescindible están conformadas por los fines fundamentales para la vida humana y, por tanto, son innegociables⁷⁶. Estas necesidades, como puede deducirse, en términos de derechos son aquellas que garantizan hechos objetivos a través de derechos sociales como el derecho al alimento, el derecho a la salud y ahora también el derecho al agua, ya que son imprescindibles para acceder a un umbral mínimo de vida digna. Por tanto, el acceso al agua es un derecho fundamental asumido por la comunidad internacional, y lo es por diferentes razones:

- Es un elemento esencial en el entorno ecológico y en la preservación de la biodiversidad: sostenibilidad;
- elemento esencial para una vida saludable: derechos y necesidades básicas;
- elemento esencial para la fijación de la población al territorio: ordenación del territorio;
- elemento esencial para la actividad productiva: posibilidades de desarrollo; y
- elemento compartido: cooperación internacional.

Y desde el punto de vista de la salud:

- La carencia de agua potable supone un impacto desastroso en la salud de las personas;
- más de 2,2 millones de personas, fundamentalmente niños, mueren anualmente debido a enfermedades relacionadas con la falta de agua;
- enfermedades como la diarrea y el cólera causan cerca de dos millones de muertes al año; y
- cerca de un millón de personas mueren al año debido a la malaria.

La escasez de agua exacerbará las tensiones actuales y, de hecho, el agua es utilizada como herramienta en conflictos. De la misma forma que sucede con la tierra en África, el agua se está convirtiendo en una herramienta al servicio, no de la población local, sino de los grandes grupos transnacionales que se está haciendo con la propiedad de las tierras. Más allá de la escasez, la seguridad de agua se refiere también al riesgo y a la vulnerabilidad.

La Tierra es el planeta del agua, pero el 97% del agua de nuestro planeta se encuentra en los océanos. La mayoría del agua restante está atrapada en los casquetes de hielo de la Antártida o bajo tierra, lo cual deja menos del 1% disponible para uso humano en lagos y ríos de agua dulce de fácil acceso. Los hidrólogos suelen evaluar la escasez mediante la observación de la ecuación población-agua. Lo convencional es considerar que el umbral nacional para satisfacer los requerimientos de agua para la agricultura, la industria, la energía y el medio ambiente es 1.700 m³ por persona. Se entiende que la disponibilidad por debajo de los 1.000 m³ representa un estado de “estrés por falta de agua”, y por debajo de los 500 m³, “escasez absoluta”⁷⁷.

Dado que muchos de los países que sufren más estrés de agua presentan una tasa muy alta de crecimiento demográfico, la disponibilidad hídrica *per*

⁷⁶ MITRE GUERRA, E.J, *El derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2012, p.49.

⁷⁷ Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre el Desarrollo Humano 2006*, en http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2006_ES_Complete.pdf [Consultado el 05 de enero de 2013]

capita está disminuyendo rápidamente. En el año 2025 más de tres mil millones de personas podrían estar viviendo en países que sufren estrés de agua, y catorce países pasarán a padecer escasez absoluta de agua. Los hechos que se sucederán hasta el año 2025 comprenderán⁷⁸:

- **Intensificación del estrés** en todo el África subsahariana, con un aumento en la proporción de la población de la región asentada en países que sufren estrés de agua que pasará de poco más del 30% de la población al 85% en el año 2025.

- **Profundización de los problemas del Oriente Medio y África del norte**, con una disminución de más del 25% de la disponibilidad promedia de agua. Se prevé que en el año 2025, la disponibilidad promedia de agua estará justo por encima de los 500 m³ por persona, y más del 90% de los habitantes de la región vivirá en países con escasez de agua.

- **Ingreso de los países con una población elevada como China y la India** en la liga mundial de países que sufren estrés de agua.

El desarrollo intensivo y el consumo insostenible de recursos hídricos crean ganadores y perdedores. El medio ambiente siempre es perdedor, mientras que el balance entre los usuarios humanos varía. En algunos casos, se generan aumentos de los ingresos a corto plazo con medios que comprometen los medios de sustento a largo plazo. En otras partes, el agotamiento de los recursos hídricos genera beneficios para algunos a la vez que agrava la pobreza y la marginalización para otros.

La explotación del agua subterránea ha hecho mucho por el desarrollo humano. Ha dado la posibilidad a los pequeños productores agrícolas —dieciséis millones de los cuales se encuentran sólo en la India— de acceder a un flujo confiable de agua para su producción. Un estudio sugiere que contribuye entre veinticinco mil y treinta mil millones de dólares por año a las economías agrícolas de Asia⁷⁹. Pero ¿qué sucede cuando la explotación del agua subterránea llega demasiado lejos? Los niveles freáticos se deprimen, los costos de bombeo aumentan y los problemas medioambientales, tales como la salinización del suelo, se hacen más generalizados.

En Pakistán, el agotamiento del agua subterránea ha ido acompañado por la salinidad del suelo, lo cual compromete los medios de sustento rurales al reducir la productividad. Los costos y beneficios de la extracción insostenible del agua subterránea no se distribuyen de forma uniforme. En algunos países, el agotamiento del agua subterránea se asocia a procesos que marginan la agricultura. Dentro del sector agrícola, la explotación en exceso del agua subterránea puede reforzar desigualdades más pronunciadas. El África subsahariana demuestra tanto la complejidad como la magnitud de la amenaza sobre la seguridad de agua generada por el cambio climático a escala mundial.

Cualquier evaluación de la amenaza que el cambio climático supone para el África subsahariana, debe empezar con el alto nivel de pobreza y vulnerabilidad preexistentes. Casi la mitad de la población de la región, aproximadamente trescientos millones de personas, vive con menos de un dólar por día⁸⁰. La mayoría vive en áreas rurales, donde el ingreso y el empleo dependen casi en su totalidad de la agricultura de secano. El África subsahariana ya

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Op. Cit.*, ABBOTT, Ch., p.56.

⁸⁰ *Op. Cit.*, PNUD.

tiene un clima altamente variable e impredecible y es muy vulnerable a las sequías e inundaciones.

Con el cambio climático, grandes sectores de la región se tornarán más secos, lo cual generará un incremento de decenas de millones de personas que estarán en riesgo de sufrir hambre y pobreza. El cambio climático ya está afectando a la región. Los síntomas actuales incluyen una disminución de las precipitaciones en el Sahel, un aumento del índice de sequías y una mayor volatilidad. Pero el futuro indica cambios mucho más extremos. Lo mismo que sucede con la venta de tierras a las grandes potencias emergentes, China e India principalmente, se está produciendo con los acuíferos en África.

Como afirma ABBOTT *“La politización del agua forma parte actualmente de los conflictos que padecen algunas zonas del mundo, en especial Oriente Próximo”*⁸¹. Solamente para tener conciencia de lo que significa esta politización citaremos algunos datos:

- Hay más de tres mil ochocientas declaraciones unilaterales, bilaterales o multilaterales, o convenciones, en relación con el agua: doscientos ochenta y seis son tratados, de los cuales sesenta y uno se refieren a más de doscientas cuencas fluviales internacionales.

- Durante los últimos cincuenta años hubo más de quinientos conflictos respecto del agua, siete de los cuales, violentos.

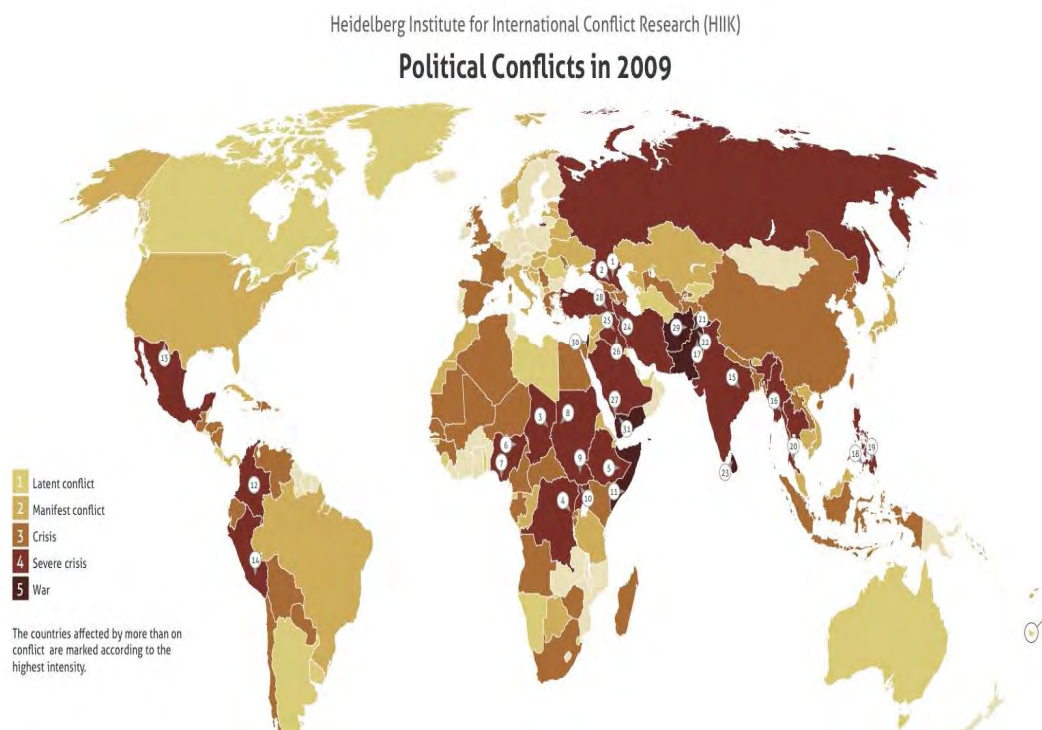
- Según la UNESCO, ciento cuarenta y cinco países tienen parte de su territorio dentro de cuencas transfronterizas y veintiuno están completamente englobados por una de esas cuencas. Hay doce países que tienen más del 95% de su territorio dentro de una o más cuencas transfronterizas. Aproximadamente la tercera parte de las doscientas sesenta y dos cuencas transfronterizas es compartida por más de dos países.

Como ya hemos dicho, la demanda de agua es bastante superior a las reservas actuales y esto no hará más que empeorar en el futuro. El crecimiento de las poblaciones hará que las necesidades de agua sean cada vez mayores.

Otro ejemplo es el del río Nilo que atraviesa diez países en los cuales la mitad de la población vive por debajo del umbral de la pobreza. Se espera que el número de habitantes de toda la cuenca del Nilo aumente en los próximos veinticinco años en un 100%, lo que será causa de mayores tensiones. Egipto y Sudán tienen muy amplios derechos de control de las aguas y no se han mostrado dispuestos a renegociar con los demás países ribereños los tratados que regulan ese control. Seguramente termine en conflicto. Israel ya ha emprendido acciones contra Siria y Líbano con el fin de asegurarse el control de las aguas del río Jordán; otro clásico ejemplo de semejantes tensiones se da entre Israel y los Territorios Ocupados de Palestina, puesto que las poblaciones de una u otra comunidad tratan de garantizarse el acceso a las fuentes de agua potable, en especial las que proceden de las lluvias invernales de la orilla occidental del río Jordán.

⁸¹ *Op. Cit.*, ABBOTT, Chris, p. 54.

Mapa 1



El agua es seguridad y prosperidad, y dado que es muy probable que la escasez actual tienda a aumentar, y como esta situación pondría en peligro las cosechas, algunas de esas tensiones podría desembocar en conflictos armados a gran escala. Sin duda, las zonas más calientes en este sentido serán África subsahariana, Oriente Medio y Asia Central (Mapa 1). En definitiva, y como nos apunta ARROJO *“El vigente modelo neoliberal de globalización, ajeno a los más elementales principios éticos, lejos de frenar la degradación ecológica, reducir los gradientes de riqueza y garantizar a los más pobres derechos fundamentales, como el acceso al agua potable, ha abierto al mercado la*

*gestión de aguas como espacio de negocio, acelerando la depredación de los recursos hídricos y aumentando la vulnerabilidad de los más débiles*⁸².

3. CONFLICTOS DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS

La relación entre ambos conceptos, conflicto e inseguridad alimentaria, la argumenta SEN afirmando que *“El conflicto causa inseguridad alimentaria al reducir la producción de alimentos, el acceso a la comida, el bienestar y las capacidades humanas mediante la destrucción del medioambiente, la salud y los servicios sanitarios, la educación y la infraestructura social”*⁸³. El primer resultado que tiene el conflicto sobre la seguridad alimentaria de las poblaciones es la disminución en la producción. Según el Informe 2010 de las NNUU sobre *el cumplimiento de los Objetivos del Milenio* entre 1970 y 1997, las pérdidas en la agricultura producidas por el conflicto en los países en vías de desarrollo fueron de ciento veinte uno mil millones de dólares⁸⁴. En África subsahariana las pérdidas en los años ochenta y noventa del siglo XX supusieron más del 50% de la ayuda recibida y excedieron con mucho los flujos de inversión extranjera. Según datos del Banco Mundial del 2.003 las guerras intraestatales suponen una disminución del 2,2% del Producto Interior Bruto (PIB) por año⁸⁵.

El hambre como provocadora de conflictos ha sido un elemento mucho menos estudiado. Como veremos, durante años el hambre no ha sido considerada un elemento clave para la violencia armada. Era más bien un elemento más que requería de otros muchos elementos desestabilizadores. Ha sido recientemente cuando esta relación ha comenzado a vislumbrar o bien cuando los efectos de la crisis global de alimentos ha comenzado a modificar el paradigma.

El alimento, un factor desencadenante del conflicto de segundo nivel en los indicadores tempranos de conflicto, está pasando al primer nivel. Veremos, si como dicen algunos estudios, se convierte en un factor primordial en el largo plazo a medida que la inseguridad alimentaria aumente en el mundo. Siguiendo la línea argumental de MESSER y COHEN *“La mayoría de las guerras del siglo XX y principios del XXI son “guerras de la comida”, significando esto que la comida es utilizada como arma, los sistemas de comida destruidos a causa del conflicto, y la inseguridad alimentaria persiste como herencia del conflicto”*⁸⁶.

La diversa literatura en torno a los *Estudios para la Paz* suelen considerar multitud de fuentes de conflicto, entre los que destacan la lucha por los recursos y por el territorio. Profundizando en esta temática encontramos determinados catalizadores que influyen en la evolución violenta de las guerras: **a. Políticos**, los relacionados con la lucha por los recursos actúan cuando el país en cuestión carece de los elementos de diálogo social suficientes como para solucionar los problemas sin recurrir al conflicto armado ante la falta de un Estado de Derecho y de medidas políticas injustas –estado fallido–; **b. Naturales**, los derivados de

⁸² ARROJO, P., “El reto ético de la crisis global del agua”, *Revista Relaciones Internacionales*, GERI-UAM, num. 12, octubre de 2009, pp. 33-53.

⁸³ SEN, Amartya, “Conflict, Food Insecurity and Globalization” en MESSER E.y COHEN M.J., *Conflicto, Inseguridad Alimentaria y Globalización, Informe Food Policy Research Institute* (IFPRI), mayo, 2006.

⁸⁴ Naciones Unidas, *Informe 2010 sobre cumplimiento de los Objetivos del Milenio*, http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2010_SP.pdf [Consultado el 28 de diciembre de 2012]

⁸⁵ Fuente: Banco Mundial.

⁸⁶ *Op. Cit.*, MESSER y COHEN.

causas naturales como puedan ser las sequías, inundaciones, etc., como la sequía de Etiopía de 1973 a 1974, la reciente sequía en África del oeste o la actual en África del este con once millones de afectados. Si bien, no se ha establecido relación directa, el conflicto Tuareg en el norte de Mali tuvo su origen en la modificación de las rutas de trashumancia tradicionales a partir del cambio climático; y c. Económicos, con el aumento de los precios de los alimentos o bien bajadas en los precios internacionales de los monocultivos (café, cacao, arroz...) que derivan en la imposibilidad de las poblaciones de subsistir. Según la FAO, uno de los mayores aceleradores del conflicto son los cambios en los precios de las materias primas que provienen de monocultivo. El monocultivo hace a un país enormemente dependiente de la variación de los precios y de la importación de alimentos básicos. Un cambio en los precios internacionales genera condiciones en las poblaciones vulnerables por debajo de los niveles de subsistencia.

Este impacto, fruto de los efectos de la globalización ha venido agravado por diversos factores propios de nuestra época que son así mismo consecuencias negativas de este fenómeno:

a. Subida de los costes de la energía.

Múltiples estudios vinculan el precio de la energía, y sobre todo de los precios del gas y del petróleo, con la subida del precio de los alimentos. El petróleo, tras el agua, es el insumo principal de la agricultura extensiva. Los fertilizantes de la agricultura provienen del gas natural y los pesticidas provienen del petróleo⁸⁷.

b. Exceso en el uso de biofueles.

A medida que los precios del petróleo han ido subiendo, la alternativa del biodiesel se ha ido haciendo más atractiva para la economía neoliberal. Actualmente, el 25% de la producción de maíz de los EEUU, el mayor productor del mundo de este alimento, se destina a biodiesel. El cambio de destino del maíz, de alimento a materia prima para biocombustibles, ha sido una de los motivos a los que se han atribuido la fuerte subida del precio de los alimentos en el 2008⁸⁸. Según un artículo de *The Guardian*, que citaba un informe secreto del Banco Mundial⁸⁹, los biodiesel produjeron un alza en los precios de los alimentos del 75%. En el año 2009 la producción de etanol de los EEUU requirió suficiente grano como para alimentar a trescientos cincuenta millones de personas durante un año⁹⁰.

c. Restricciones a la exportación.

El incremento de demanda ha llevado a muchos países a establecer restricciones a la exportación con el fin de mantener abastecidos sus propios mercados. Nigeria ha impuesto restricciones a la exportación al arroz. No es una

⁸⁷

http://www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/GN_Land_Consultation.pdf
[Consultado el 07 de enero de 2013]

⁸⁸ Para ampliar información sobre este tema véase www.lagarbancitaecologica.org

⁸⁹ CHAKRABORTTHY, A., "Biofuel caused food crisis. Internal Secret report: World Bank study delivers blow to plant energy drive", *guardian.co.uk*, Thursday 3 July 2008.

⁹⁰ BROWN, L., "The Great Food Crisis of 2011. It's real, and it's not going away anytime soon", en *Foreign Policy*, Enero 2010.

medida nueva para este país, que disfruta de una producción relativamente barata por ser un gran productor de petróleo. Sin embargo, estas restricciones son especialmente dañinas para los países limítrofes que están sumidos en una crisis alimentaria de gran calado.

d. Especulación sobre el precio de los alimentos.

El mercado de los alimentos comenzó a desregularse a mediados de la década de los noventa del siglo pasado. Sin embargo, el interés por los futuros de materias primas comenzó tener auge a medida que la crisis económica comenzaba a manifestarse hacia finales del 2008. En el 2011, una resolución del Parlamento Europeo consideraba la especulación financiera como la responsable de un 50% del incremento de los precios de los alimentos⁹¹ y requería la intervención para evitar los efectos negativos en la seguridad alimentaria global.

e. Compra-venta de tierras por multinacionales y estados.

En la actual coyuntura global, y con un análisis estratégico, son múltiples los actores internacionales, estados y empresas, que han comenzado a tomar posiciones en lo que se prevé como una batalla por un recurso futuro que puede llegar a ser escaso: el alimento. Países como China, India y Arabia Saudí ya han comenzado a tomar posiciones mediante el *leasing* de grandes superficies de tierra en África.

f. Crecimiento demográfico.

La población sigue creciendo y esto afecta no sólo al lado de la demanda. También el lado de la oferta se ve afectado por el uso de tierras agrícolas para otros fines, el desvío del agua disponible a las ciudades y la urbanización de la población.

g. Pérdida de conocimientos agrícolas por grandes desplazamientos de población.

Según cifras del ACNUR, el número de desplazados en el planeta ha alcanzado cifras record desde los años noventa con más de cincuenta millones de personas en esta situación. A menudo, las poblaciones desplazadas atesoran un conocimiento agrícola milenario que les permite subsistir en sus regiones de origen. Este conocimiento milenario puede desaparecer en tan sólo una generación de desplazamiento. Los desplazados, sin tierra y sin los conocimientos necesarios para sobrevivir en caso de tenerla, pasan a alimentar a menudo las filas del conflicto. Esta situación se produce en numerosos contextos, el más paradigmático de ellos posiblemente sea el caso afgano en el que los retornados tras años de refugio en Irán y Pakistán pasan a menudo a engrosar las filas de los talibanes.

⁹¹ Propuesta de resolución RC-B7-0114/2011.

4. CONCLUSIONES

La relación entre el cambio climático y los conflictos actuales no es solamente asunto de los estados. Es cierto que todo lo que implique una regulación internacional pertenece al campo estatal, pero la acción de otro tipo de actores internacionales es clave para poder entender ésta vinculación. Lo cierto es que los conflictos actuales y futuros adquieren otro sentido cuando analizamos en su conjunto los efectos en la explotación de los recursos naturales.

El mapa de los recursos naturales coincide con el de los conflictos, ya estén éstos en activo o en vías de iniciación. Todo ello provoca un cambio de paradigma en la resolución de conflictos donde el cambio climático debería estar en el centro de las agendas gubernamentales. La explotación de la tierra, el agotamiento del agua y el excesivo uso de los carburantes están provocando la desestabilización de las regiones ya de por sí más vulnerables del planeta. Esto se produce bajo la línea doctrinal, liderada por las corrientes neoliberales, del uso de estos recursos para el mantenimiento de unos niveles de crecimiento económico acotados en al entorno occidental.

Un nuevo enemigo llama a las puertas de nuestros hogares. Lo paradójico es que es un contrincante que ha nacido y desarrollado en el seno de las sociedades occidentales como consecuencia de la avaricia de nuestro sistema. Lo positivo es que la solución se encuentra en el propio sistema. Para ello, se requieren modificar factores estructurales intrínsecos al modelo de desarrollo económico. Ahora bien, fracasaremos si de lo que se carece es de la voluntad para adoptar medidas que impliquen un cambio en el modelo de vida.

En síntesis, afrontamos una crisis global del medio ambiente que puede agravarse en los próximos años si no se adoptan adecuadas políticas encaminadas a reducir la vulnerabilidad de la población, particularmente de las comunidades más pobres, ante los riesgos de sequía y de fuertes precipitaciones, que aumentarán en intensidad y frecuencia. Se requiere, por tanto, de un nuevo enfoque político y ético, basado en principios de sostenibilidad, desarrollo humano, equidad y no-violencia. Nos encontramos ante la necesidad de promover un nuevo modelo de crecimiento basado en el desarrollo global y donde se rompan las viejas estructuras coloniales de “centro-periferia”. A largo plazo, nos jugamos el sostenimiento de las futuras sociedades; a corto plazo la seguridad mundial.

5. BIBLIOGRAFÍA

ABBOTT, Ch., *Más allá del terror. Las verdaderas amenazas que acechan al mundo*, Los libros del lince, Londres, 2008.

ALBARRACÍN, J., “Un nuevo Oriente Medio: connotaciones energéticas de su vinculación a la Unión Europea”, *Observatorio de Política Exterior Europea*, Working Paper nº. 25, 2002.

AMIRIAN, N. y ZEIN, M., *Irak, Afganistán e Irán. 40 respuestas al conflicto en Oriente Próximo*, Lengua de Trapo, Madrid, 2007.

ARROJO, P., “El reto ético de la crisis global del agua”, *Revista Relaciones Internacionales*, GERI-UAM, num. 12, octubre de 2009, pp. 33-53.

ASTON, J., “World’s most wanted: climate change”, *BBC News*, 8 de September de 2006.

AA.VV., *El clima. Cambio, peligros y perspectivas*, Editorial Popular, Madrid, 2007.

AAVV, "Impact of regional climate change on human health", *Nature*, 2005, en <http://www.nature.com/nature/journal/v438/n7066/abs/nature04188.html>

BORN, R., "Regímenes internacionales y políticas de cambios climáticos" en http://www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/GN_Land_Consultation.pdf

BROWN, L., "The Great Food Crisis of 2011. It's real, and it's not going away anytime soon", en *Foreign Policy*, Enero 2010.

CHAKRABORTHY, A., "Biofuel caused food crisis. Internal Secret report: World Bank study delivers blow to plant energy drive", *guardian.co.uk*, Thursday 3 July 2008.

ESPÓSITO, C. y TORRES, A., "Cambio Climático y Derechos Humanos: el desafío de los nuevos refugiados", *Revista Relaciones Internacionales*, GERIUAM, num. 17, junio de 2011, pp. 67-86.

HING, D., "Climate Change Science: Adapt, mitigate or ignore?" *Science*, Vol. 303 (5655), pp. 176-177, 2004.

ISBELL, P., "El 'gran creciente' y el nuevo escenario energético en Eurasia", *Política Exterior*, nº 110, marzo/abril de 2006, pp. 103-120.

JANUSZ, B., *The Caspian Sea: Legal Status and Regime Problems*, Chatham House, Londres, 2005.

KLARE, M., *Las Guerras por los Recursos*, Tendencias, Caracas, 2003.

MITRE, E.J., *El derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2012.

NACIONES UNIDAS, *Informe 2010 sobre cumplimiento de los Objetivos del Milenio*, http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2010_SP.pdf

NYE, J., *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, Madrid, 2003.

PANEL SOBRE AMENAZAS, DESAFÍOS y CAMBIOS DEL SECRETARIO GENERAL, *A more Secure World: Our share Responsibility*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

PANEL INTERGUBERNAMENTAL SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, *Cambio climático 2001. Impactos, adaptación y vulnerabilidad, Tercer Informe de Evaluación*, 2001, en <http://www.ipcc.ch/pdf/climate-changes-2001/impact-adaptation-vulnerability/impact-spm-ts-sp.pdf>

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe sobre el Desarrollo Humano 2006*, en http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2006_ES_Complete.pdf

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA), en <http://www.pnuma.org>

SEN, A., "Conflict, Food Insecurity and Globalization" en MESSER E. y COHEN, M.J., *Conflicto, Inseguridad Alimentaria y Globalización, Informe Food Policy Research Institute (IFPRI)*, mayo, 2006.

SOTO, A., "Asia Central en el fluido horizonte geoestratégico de la UE". *Real Instituto Elcano*. DT Nº 29/2007 - 21/06/2007.

TALBOT, K. *Afganistán: la lucha por el petróleo*, Centre for Research on Globalisation (CRG), 2001, en http://www.nodo50.org/csca/agenda2001/ny_11-09-01/afg-lucha-petrol.html

TABLADA, C. *Petróleo, poder y civilización*, Instituto Cubano del Libro, Editorial Nomos, La Habana 2003.

YUSTE ECHARREN, P. "El hambre como causa de conflictos. Nuevos retos en la agenda internacional", *Cuadernos Estratégicos de la Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013 (En prensa. Prevista publicación en marzo de 2013).

IV. CAMBIO CLIMÁTICO Y DESARROLLO SOSTENIBLE: EL PAPEL DE NACIONES UNIDAS Y LA UNIÓN EUROPEA

Prof. Dr. José Escribano Úbeda-Portugués
Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Muchos son los estudios e investigaciones que se han desarrollado en las últimas décadas sobre el fenómeno del cambio climático. Incluso hay aún un debate sobre si el ser humano es un agente principal en causar las alteraciones del clima, especialmente a través de las emisiones a la atmósfera de los gases contaminantes que generan el efecto invernadero, con los consiguientes efectos nocivos sobre el Medio Ambiente global.

Bien es cierto que los estudios especializados apuntan a que ha habido oscilaciones en el clima a lo largo de cientos de miles de años, especialmente cuando ha habido cambios bruscos en el clima de la Tierra, que generó amplios períodos glaciares.

A pesar del debate, hay una mayoría científica que considera que, efectivamente, el ser humano y sus actividades industriales y de producción es un agente clave en la emisión de los gases de efecto invernadero y en la consiguiente alteración del clima a nivel mundial. Todo ello como sabemos ha supuesto el incremento de desastres naturales a nivel mundial a través de extremas e intensas precipitaciones pluviométricas y similares circunstancias, y en casos opuestos, de extremos períodos de sequía y períodos de extremo calor, con las consiguientes consecuencias nefastas para millones de personas, condenados a la hambruna y situaciones de desesperación en sus ínfimas condiciones de calidad de vida.

A lo largo del siglo XX, a tenor de los Informes de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, ha habido un incremento de 0,6 grados. Se ha estudiado que ha habido en tal período un aumento del nivel de los mares de unos 10 a 12 centímetros, y en efecto, es una constatación que a nivel global están desapareciendo los glaciares, debido al incremento de la temperatura mundial, y también se están produciendo fenómenos como el deshielo del Ártico, con las nefastas consecuencias a medio y largo plazo que conllevaría para la elevación del nivel del mar con los efectos perniciosos a nivel mundial.

A nivel económico, los períodos extremos de inundaciones y también de sequías originarán situaciones de extrema necesidad económica y de inseguridad alimentaria en buen número de Estados que son más sensibles a los efectos del cambio climático, especialmente en los países menos desarrollados, como, por ejemplo, en el África Subsahariana. Y a nivel político, los cada vez más escasos recursos de agua potable, conllevarán el surgimiento de conflictos

internacionales derivados del acceso a este recurso básico que es un derecho humano fundamental para la supervivencia del ser humano.

Es por ello que la Comunidad Internacional tiene ante sí una serie de desafíos que han de velar por una serie de medidas que implementen el principio de precaución señalado en el artículo 3 de la Convención Marco sobre Cambio Climático.

En cuanto a las acciones de cooperación internacional en el seno de las Organizaciones Internacionales en la lucha contra el cambio climático ⁹², caben destacar tanto Naciones Unidas como la Unión Europea.

2.NACIONES UNIDAS Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO: LA CONFERENCIA DE RÍO+20

Respecto a Naciones Unidas, en 1998 fue creado el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, órgano creado por el PNUMA (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente) y por la Organizaciones Meteorológica Mundial (OMM). A nivel de producción técnico-científica, caben mencionarse sus Informes de Evaluación sobre el Impacto del Cambio Climático, siendo instrumentos de referencia científica en la materia.

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático data de 1992, entrando en vigor en 1994, siendo adoptado posteriormente el Protocolo de Kioto en 1997. La Convención ha tenido un seguimiento cuasi universal, habiendo sido ratificada por casi todos los Estados integrados en Naciones Unidas. El objetivo de la Convención es el de no incrementar las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en la atmósfera para evitar alteraciones en el clima debido a causas antropogénicas.

Uno de los instrumentos jurídicamente vinculantes claves en la lucha contra el cambio climático es el Protocolo de Kioto, de 1997. Entró en vigor en el año 2005, teniendo como objetivo la reducción de emisiones de GEI para los países desarrollados y los países emergentes. Ya se establecía que las emisiones GEI

De los países más desarrollados debían reducirse como mínimo un 5% por debajo de los niveles del año de referencia, esto es, 1990, para el período 2008-2012.

Si bien el art. 18 del Protocolo de Kioto, establece la necesidad de aprobar las acciones y mecanismos sobre el cumplimiento de los Estados de sus obligaciones en dicho instrumento jurídico, bien es cierto que los países que más contaminan a nivel mundial, siguen emitiendo altos niveles de GEI a la atmósfera con el deterioro progresivo de la calidad del Medio Ambiente global.

En Montreal, en 2005 se aprobaron algunos mecanismo de cumplimiento del instrumento como por ejemplo la creación del Comité de Cumplimiento, formado por veinte miembros, y con otros dos grupos: el Grupo de Facilitación o el Grupo de Control del Cumplimiento.

Como sabemos, actualmente, en 2013 se halla prorrogado el efecto jurídico vinculante del Protocolo de Kioto, dado que no se ha conseguido alcanzar aún,

⁹² Sobre el cambio climático y el derecho internacional, *vid.*: FREESTONE, D., STRECK, CH. (eds.), *Legal aspects of carbon trading: Kyoto, Copenhagen and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2009; BEYERLIN, U.; MARAUHN, TH., *International Environmental Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011; y GILES CARNERO, R. (coord.), *Cambio climático, energía y derecho internacional: Perspectivas de futuro*, editorial Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

un instrumento jurídico internacional obligatorio post-Kioto en el marco de Naciones Unidas.

En efecto, las últimas Cumbres Mundiales de Naciones Unidas sobre cambio climático, especialmente Durban (COP 17, 2011) y Doha (COP 18, 26 de noviembre a 7 de diciembre de 2012) no han conseguido alcanzar tal acuerdo internacional jurídicamente vinculante. Recordemos, que uno de los objetivos básicos a lograr a nivel global es el conseguir que el incremento de la temperatura global del clima no supere los 2º C. La prórroga del Protocolo de Kioto se prolongará hasta el año 2020. En 2013 se celebra la Cumbre Mundial de Naciones Unidas sobre cambio climático en Varsovia (COP 19), y hay un objetivo de lograr un acuerdo mundial en materia de lucha contra el cambio climático en 2015. No obstante, aún hay posiciones divergentes entre los grandes emisores GEI a nivel mundial, especialmente en lo relativo a las grandes potencias económicas emergentes y las potencias económicas desarrolladas.

Por lo que respecta a Naciones Unidas y el desarrollo sostenible en la lucha contra el cambio climático, *cabe señalar la importancia de la Conferencia de Río +20 celebrada en Brasil en el año 2012.*

En efecto, uno de los documentos más importantes emanados de Naciones Unidas en relación con los desafíos que la Comunidad Internacional tiene ante sí en relación con el cambio climático y el desarrollo sostenible para los próximos años y décadas es el *documento final de la Conferencia Río+20 de Naciones Unidas “El futuro que queremos”*⁹³.

La Conferencia de Río se celebró los días 20 al 22 de junio de 2012 en Río de Janeiro (Brasil), conmemorando los veinte años de la Conferencia de Río de 1992 sobre desarrollo sostenible, organizada por Naciones Unidas.

La idea principal de la Declaración de Río+20 es la apuesta e impulso de Naciones Unidas para que la Comunidad Internacional afronte los principales desafíos que tiene ante sí en el marco general de *realización de un futuro sostenible, desde una triple aproximación, económica, social y medioambiental.*

Uno de los fenómenos más preocupantes para la Comunidad Internacional que tiene relación directa en muchos casos con los efectos nocivos del cambio climático es el de la extrema pobreza con la pérdida de millones de vidas por hambrunas, debido a períodos de extrema sequía. Es por ello que Naciones Unidas se compromete a afrontar tal desafío para la Comunidad Internacional, apostando por la erradicación de la pobreza, entendiéndolo como el mayor problema que afronta el mundo en la actualidad y una condición indispensable del desarrollo sostenible⁹⁴.

Es por ello que es necesario realizar la triple aproximación económica, social y ambiental para tener una aproximación global al fenómeno y a la promoción del desarrollo sostenible a nivel mundial. Por supuesto, que se parte de la idea básica primordial relativa a que el derecho al desarrollo es un derecho humano fundamental, y que todas las personas tienen el derecho a un nivel de vida adecuado, incluido el derecho a la alimentación, el estado de derecho, la igualdad entre los géneros, los derechos de las mujeres y el compromiso general de lograr sociedades justas y democráticas para el desarrollo.

⁹³ Resolución A/RES/66/288. Sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 11 de septiembre de 2012.

⁹⁴ Apartado nº 2 y siguientes de la Declaración Final de la Conferencia Río+20.

La Conferencia Río+20 ante todo reafirmaba los Principios de Río y los eventos internacionales de acción realizados para promover el desarrollo sostenible global ⁹⁵

Un elemento clave a la hora de identificar las prioridades en la agenda internacional es la promoción y apoyo para realizar la llamada “ *Economía verde* “ ⁹⁶. La Conferencia llegó al consenso de considerar que una economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza es uno de los instrumentos claves disponibles para lograr el desarrollo sostenible. Dicha economía verde tiene que tener el objetivo de propiciar el crecimiento económico sostenible, incrementando la inclusión social, mejorando el bienestar humano y creando oportunidades de empleo y trabajo de calidad para todas las personas, manteniendo al mismo tiempo un buen funcionamiento de los ecosistemas a nivel global.

Las directrices principales de las “ políticas de economía verde “ en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza deben guiarse por los Principios de Río, el Programa 21 y el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo, manteniendo los objetivos de desarrollo establecidos por Naciones Unidas en los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

La Conferencia Río+20 concede importancia a que las políticas de economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza han de tener varios objetivos como los siguientes ⁹⁷: Ser compatibles con el Derecho Internacional; respetar la soberanía nacional de cada país sobre sus recursos naturales; contar con instituciones que funcionen adecuadamente a todos los niveles, la función de liderazgo de los gobiernos y la participación de todos los interesados pertinentes, incluida la sociedad civil; promover el crecimiento económico sostenido e inclusivo, fomentar la innovación, ofrecer oportunidades, beneficios para todos y respetar todos los derechos humanos; tener en cuenta las necesidades de los países en desarrollo, en particular de los que se encuentran en situaciones especiales; fortalecer la cooperación internacional, incluido el suministro de recursos financieros y la transferencia de tecnología a los países en desarrollo y el fortalecimiento de su capacidad; evitar efectivamente la imposición de condiciones injustificadas a la asistencia oficial para el desarrollo y la financiación; no constituir un medio de discriminar de forma arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta del comercio internacional, evitar la adopción de medidas unilaterales para afrontar los

⁹⁵ En este sentido, los principales actos de Naciones Unidas, en su promoción del desarrollo sostenible son las siguientes: La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (A/CONF.48/14/Rev.1; Estocolmo, de 16 de junio de 1972); el *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*; la propia Declaración de Río de 1992; el Programa 21 y su Plan posterior de ejecución; La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, Sudáfrica, celebrada del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002); la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (Bridgetown, Barbados, celebrada del 25 de abril a 6 de mayo de 1994); la Reunión Internacional para examinar la ejecución del Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo (Port Louis, Mauricio, celebrada del 10 al 14 de enero de 2005); la Cuarta Conferencia de Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados (Estambul, Turquía, celebrada del 9 al 13 de mayo de 2011); la Conferencia Ministerial Internacional de Países en Desarrollo sin Litoral y de Países Donantes y de las Instituciones Financieras y de Desarrollo Internacionales sobre la Cooperación en materia de Transporte de Tránsito (Almaty, Kazajstán, celebrada del 28 al 29 de agosto de 2003); la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Monterrey, México, celebrada del 18 al 22 de marzo de 2002); la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, Egipto, celebrada del 5 al 13 de septiembre de 1994); o el Programa de Acción en favor de los países menos adelantados para el decenio 2011-2020 (Programa de Acción de Estambul).

⁹⁶ Título III de la Declaración de Río+20, apartado 56 y ss.

⁹⁷ Apartado 58.

desafíos ambientales fuera de la jurisdicción del país importador y asegurar que las medidas ambientales destinadas a solventar los problemas ambientales transnacionales o mundiales se basen en el consenso internacional, en la medida de lo posible; contribuir a cerrar la brecha tecnológica entre los países desarrollados y en desarrollo y reducir la dependencia tecnológica de los países en desarrollo, adoptando todas las medidas oportunas; mejorar el bienestar de los pueblos indígenas y sus comunidades, las demás comunidades locales y tradicionales y las minorías étnicas, reconociendo y apoyando su identidad, cultura e intereses, y evitar poner en peligro su patrimonio

cultural, sus prácticas y sus conocimientos tradicionales, preservando y respetando los enfoques no orientados al mercado que contribuyan a la erradicación de la pobreza; mejorar el bienestar de las mujeres, los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad, los pequeños agricultores y los agricultores de subsistencia, los pescadores y quienes trabajan en empresas pequeñas y medianas, y mejorar los medios de vida de los pobres y los grupos vulnerables, en particular en los países en desarrollo; aprovechar todo el potencial de las mujeres y los hombres y asegurar una contribución igual; promover actividades productivas en los países en desarrollo que contribuyan a la erradicación de la pobreza; atender las preocupaciones que suscitan las desigualdades y promover la inclusión social, en particular los niveles mínimos de protección social; promover las modalidades de consumo y producción sostenibles; y perseverar en el empeño de superar la pobreza y la desigualdad mediante enfoques inclusivos y equitativos del desarrollo.

Como vemos, la agenda que tiene la Comunidad Internacional en la promoción del desarrollo sostenible es amplia. Cabe subrayar la importancia que la Declaración de Río+20 dio al enfoque tridimensional en cuanto a las políticas de apoyo al desarrollo sostenible, no solamente la dimensión económica en cuanto “políticas de economía verde”, sino también la dimensión social, y por supuesto, la dimensión medioambiental de tales políticas de desarrollo sostenible.

En cuanto a dicha dimensión o pilar medioambiental en las políticas de desarrollo sostenible ⁹⁸, la Conferencia de Río+20 apuesta por fortalecer la función del PNUMA (Programa para el Medio Ambiente) de Naciones Unidas ⁹⁹. La Conferencia establece la necesidad de reforzar el papel del PNUMA dotándolo de más recursos financieros, además de dotarlo de mayor importancia en el sistema de Naciones Unidas en concreto para que alcance un papel de formulación de estrategias internacionales en el marco de Naciones Unidas en materia de medio ambiente.

Dentro del pilar medioambiental en el contexto de apoyo a las políticas de desarrollo sostenible, la Conferencia Río+20 considera el elemento del “ agua “ como aspecto fundamental del desarrollo sostenible, manteniendo como objetivo el compromiso de la Declaración del Milenio de reducir a la mitad para el año 2015, el porcentaje de personas sin acceso al agua potable y servicios de saneamiento básicos. De hecho, uno de los desafíos más importantes que tiene la Comunidad Internacional ante sí, como consecuencia de los efectos negativos del cambio climático en relación con las extremas y continuadas sequías especialmente en zonas del África Subsahariana, es precisamente garantizar ese

⁹⁸ Apartado 87 y ss. de la Declaración de Río+20.

⁹⁹ Dicho Programa del PNUMA se estableció por la resolución 2997 (XXVII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1972, en que se estableció el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Asimismo, la Conferencia Río+20 recalca la importancia de otros actos como *la Declaración de Nairobi* sobre el papel y el mandato del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, de 7 de febrero de 1997, y *la Declaración Ministerial de Malmö*, de 31 de mayo de 2000.

acceso universal y derecho al agua en cuanto que es un Derecho Humano Fundamental. A nivel universal de Naciones Unidas, se estableció su compromiso con el derecho al agua de toda persona a través del *Decenio Internacional para la Acción “ El agua, fuente de vida, 2005-2015 ”*. La Declaración de Río+20 señala el desafío para la Comunidad Internacional, en el contexto del desarrollo sostenible frente a los efectos negativos del cambio climático, de luchar contra la desertificación, la degradación de la tierra y la sequía ¹⁰⁰. En este sentido, se apoya la implementación y cumplimiento de los Estados de los compromisos establecidos por la Convención de Naciones Unidas de lucha contra la desertificación ¹⁰¹. Sin duda, estamos ante un importante desafío para la Comunidad Internacional como consecuencia del cambio climático, y es no sólo la reducción de los recursos de agua potable a nivel mundial, sino también esa dimensión del proceso de extensión de las zonas de desertificación. Es por ello que la Declaración de Río+20 se compromete a apoyar la aplicación de la Convención de París y su plan estratégico de aplicación para el período 2008/2018. En este sentido, se apoyan las medidas internacionales que coadyuvan a paliar los efectos devastadores de las tierras degradadas, apostando por la mejora de la calidad del suelo y de la ordenación de los recursos hídricos, a fin de contribuir al desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza.

Otro de los ámbitos claves en la lucha contra el cambio climático, son las políticas de apoyo a las energías renovables. En este sentido, la Declaración de Río+20 resalta el papel fundamental de la energía en el proceso de desarrollo ¹⁰². Ante todo, se parte de la apuesta de la Comunidad Internacional por energías sostenibles y renovables, especialmente en aquellos países donde existen hasta 1.400 millones de personas que no disponen de servicios energéticos. Tal acceso a dichos servicios son imprescindibles en las políticas de desarrollo sostenible. Se trata, por tanto de apostar por un mayor uso de fuentes de energías renovables y otras tecnologías de emisiones bajas de GEI ¹⁰³. Por lo tanto, estamos ante otro desafío importante para la Comunidad Internacional en el contexto del desarrollo sostenible frente al cambio climático, como es la mejora a nivel mundial de la eficiencia energética ¹⁰⁴, el aumento de las energías renovables y el uso de tecnologías menos contaminantes en términos de emisiones y de alto rendimiento energético ¹⁰⁵.

El fenómeno del cambio climático es calificado por la Declaración de Río+20 como “ *uno de los mayores problemas de nuestro tiempo y expresamos profunda alarma porque las emisiones de gases de efecto invernadero siguen aumentando en todo el mundo* ” ¹⁰⁶. Es por ello que el cambio climático se ha convertido en un verdadero desafío que ha de afrontar la Comunidad Internacional en las próximas décadas del siglo XXI.

La Declaración de Río+20 resalta la situación del fenómeno para todos los países, pero especialmente para los países en desarrollo, especialmente debido a las sequías extremas y continuadas en el tiempo y fenómenos meteorológicos

¹⁰⁰ Apartados 205-209 de la Declaración de Río+20.

¹⁰¹ La Convención de Naciones Unidas o Convención de París de lucha contra la desertificación se adoptó el 17/06/ 1994 (París) abierta a la firma el 14/10/1994, entrando en vigor el 26/12/1996.

¹⁰² Apartados 125 y ss. de la Declaración de Río+20.

¹⁰³ Apartado 127 de la Declaración de Río+20.

¹⁰⁴ Sobre el tema del cambio climático y la energía, *vid*: GILES CARNERO, R. (coord.), *Cambio climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de Futuro*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012; y SÁNCHEZ BRAVO, A.; GORCZEWSKI, Cl., *Medio ambiente, energía y cambio climático*, Arcibel Editores, Sevilla, 2011.

¹⁰⁵ Apartado 128 de la Declaración de Río+20.

¹⁰⁶ Apartado 190 de la Declaración de Río+20.

extremos como también inundaciones, el aumento del nivel del mar, la erosión costera y la acidificación de los océanos, en cuanto realidades que amenazan aún más la seguridad alimentaria y las medidas para erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible. Es por ello que en la Conferencia Río+20 los Estados constatan una realidad y que la adaptación al cambio climático es una prioridad mundial inmediata y urgente, constituyendo uno de los principales desafíos para la Comunidad Internacional.

La Declaración Río+20 constata con preocupación un hecho importante: En el contexto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y especialmente, las distintas Conferencias Mundiales de las Partes celebradas, existe un desfase considerable entre el efecto agregado de las promesas de mitigación para el año 2020 hechas por los Estados Partes en lo que respecta a las emisiones anuales mundiales de gases de efecto invernadero y la trayectoria que deben seguir las emisiones agregadas para que haya una buena probabilidad de mantener el aumento de la temperatura mundial media por debajo de 2°C, o 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales.

Por ello la Conferencia de Río+20 consensúa la posición sobre la importancia de movilizar financiación de fuentes diversas, públicas y privadas, bilaterales y multilaterales, incluidas las fuentes de financiación innovadoras, para apoyar medidas de mitigación nacionales apropiadas, medidas de adaptación, desarrollo y transferencia de tecnología y creación de capacidad en los países en desarrollo. De ahí que se apueste por la creación de un *Fondo Verde para el Clima*¹⁰⁷, el cual con carácter prioritario ha de ponerse en funcionamiento con la máxima urgencia.

3. LA UNIÓN EUROPEA FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO: LA APUESTA POR EL DESARROLLO SOSTENIBLE A NIVEL MUNDIAL

La Unión Europea sigue estando a la vanguardia para desarrollar impulsos en la línea de luchar contra el cambio climático como estrategia para afianzar el concepto de desarrollo sostenible, no sólo para Europa sino a nivel mundial ¹⁰⁸. Ya en el año 2000, antes de la entrada en vigor del Protocolo de Kioto, se estableció el Primer Programa Europeo sobre cambio climático, habiendo sido desarrollado tal Programa a través de multitud de instrumentos de derecho derivado como directivas. Y en 2005 se puso en marcha una segunda fase de dicho Programa Europeo de lucha contra el cambio climático y consiguiente reducción de emisiones GEI.

Las medidas de implementación para apostar por el desarrollo sostenible en la UE señalan la importancia de reducir las emisiones en los transportes y en el apoyo a la eficiencia energética e incremento de las energías renovables.

En el ánimo de reducción de las emisiones GEI por parte de la UE, cabe subrayar la importancia del régimen comunitario de comercio de derechos de emisión. Ha habido dos fases en la aplicación del mismo en consonancia con los compromisos adquiridos por la Unión para aplicar el régimen del Protocolo de Kioto. El primer período de aplicación del régimen comunitario de derechos de emisión transcurrió en 2005/2007; y el segundo período ha transcurrido en los años 2008/2012.

¹⁰⁷ Apartado 191 de la Declaración de Río+20.

¹⁰⁸ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *La lucha contra el cambio climático: La UE lidera el camino*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2008.

Asimismo, a nivel orgánico-institucional, la Unión cuenta con la Agencia Europea de Medio Ambiente y el Cambio Climático. Su sede está en Copenhague (Dinamarca). Su creación jurídica es el Reglamento (CEE) 1210/90, de 7 de mayo de 1990.

Por lo que respecta a la estrategia europea contra el cambio climático se centra en la aplicación de instrumentos jurídicos internacionales como el Protocolo de Kioto y el Convenio Marco de Naciones Unidas contra el Cambio Climático.

En este sentido, la Comisión Europea ha establecido las llamadas “cuatro prioridades estratégicas”, a la hora de diseñar su Cooperación al Desarrollo con países en vías de desarrollo:

Otorgar una creciente importancia política a los temas relativos a la lucha contra el cambio climático

i. “ *Adaptación* “: Este concepto utilizado por la Comisión Europea aborda el proceso de concienciación de los actuales efectos negativos que está teniendo el cambio climático sobre las economías de los países en vías de desarrollo en torno a temas como la agricultura y otros ámbitos socioeconómicos.

ii. “ *Atenuación* “ : El concepto implica la adopción de medidas por los Estados con el fin de disminuir los efectos negativos del cambio climático sobre el medioambiente y las economías de los países en vías de desarrollo. En tal sentido, se apoyará el uso paulatino de energías renovables.

iii. “ *Incremento de capacidades* “: En este sentido se apuesta desde la Comisión Europea por el incremento, adiestramiento y perfeccionamiento de los recursos humanos de los países en vías de desarrollo , amén de la utilización de todas las tecnologías disponibles en la lucha contra el cambio climático.

La estrategia europea contra el cambio climático en su política de cooperación al desarrollo, y de implementación del desarrollo sostenible a nivel mundial, apuesta por reducir la vulnerabilidad de los países en vías de desarrollo frente a los efectos negativos del cambio climático, apostando por un desarrollo sostenible en tales países, así como por apoyar las sinergias en temas de protección medioambiental y lucha contra el cambio climático en torno a ámbitos como la conservación de los bosques, la gestión sostenible de los recursos naturales, los transportes, el uso creciente de energías renovables o el desarrollo rural.

La vocación de la UE de estar a la vanguardia de la lucha contra el cambio climático queda plasmada en documentos de la propia Comisión Europea como la iniciativa europea de crear una alianza mundial para hacer frente al cambio climático entre la UE y los países en desarrollo pobres más vulnerables a tales efectos negativos de la variabilidad climática ¹⁰⁹.

Dentro de la Alianza Mundial contra el Cambio Climático promovida por la UE se destacan cinco ámbitos prioritarios:

a) *La adaptación al cambio climático con el objetivo fundamental de ayudar a los países en desarrollo a mejorar su base de conocimientos sobre los efectos del cambio climático y a desarrollar y poner en marcha estrategias de adaptación.* En este sentido, se apoyan iniciativas y proyectos que promuevan una mayor eficiencia en el uso del agua; en el ámbito de la agricultura, se persigue la investigación sobre variedades resistentes a las sequías; en el ámbito de la salud, se promueve la prevención de enfermedades como la malaria y

¹⁰⁹ Vid: *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “ Creación de una alianza mundial para hacer frente al cambio climático entre la Unión Europea y los países en desarrollo pobres más vulnerables al cambio climático “ [COM (2007) 540 final de 18/9/2007]*.

otras; también se promueve el incremento de la producción y utilización de las energías renovables y sostenibles; así como el uso sostenible de los recursos naturales. En definitiva, ámbitos afectados por el cambio climático que inciden directamente en la seguridad alimentaria de los ciudadanos de los países más vulnerables a los efectos negativos del cambio climático.

b) *Reducción de las emisiones contaminantes de CO₂ debidas a la deforestación.* El objetivo principal de este ámbito prioritario para la UE es el disminuir las emisiones de CO₂ que tengan su fuente en la deforestación en los países en vías de desarrollo. Se apuesta por la creación de incentivos económicos para la protección de los bosques. La Comisión estima que alrededor del 20% de las emisiones mundiales de CO₂ tienen su origen en la deforestación. En este sentido, la Comisión resalta que en los Países Menos Adelantados, el 62% de las emisiones contaminantes se deben a los cambios en el uso del suelo. En este sentido, las regiones del mundo con mayor tasa de deforestación son África, América Latina y el Sudeste Asiático/Pacífico. En tales regiones, predomina la explotación forestal, y otros factores como la expansión agrícola, el desarrollo de infraestructuras y el uso de la biomasa como recurso energético prioritario. La Comisión subraya la importancia de incrementar la ayuda en lucha contra la deforestación en un marco más amplio que uso sostenible de los recursos sostenibles, reduciendo al mismo tiempo las emisiones, y protegiendo tanto los ecosistemas como los medios de subsistencia.

c) *Incremento de la participación en el Mecanismo de Desarrollo Limpio.* Tal mecanismo posibilita que las empresas o los Estados que han de reducir emisiones contaminantes a tenor del Protocolo de Kioto, puedan invertir en proyectos de reducción de emisiones en los países en vías de desarrollo. Tal mecanismo abarca ámbitos como el uso sostenible de la energía, el tratamiento de residuos, la repoblación forestal y los biocombustibles. América Latina está siendo objetivo creciente de aplicación de tal Mecanismo de Desarrollo Limpio, especialmente en Sudamérica y América Central.

d) *Promoción de la reducción de riesgos de catástrofes.* Tal ámbito prioritario se centra en la mejora del estado de preparación de los países en vías de desarrollo ante las catástrofes naturales relacionadas con el clima, y la atenuación de los riesgos y limitación de su impacto. Los ámbitos de intervención propuestos se aplicarán sobre la mejora de la supervisión y el pronóstico meteorológico, sistemas de información, sistemas de alerta rápida.

e) *Integración del cambio climático en la acción para reducir la pobreza.* Se trata de ayudar a los países en desarrollo a incorporar el cambio climático a las estrategias e inversiones de desarrollo, y a integrar el cambio climático en la cooperación al desarrollo. Se abordará por la Comisión Europea la inclusión de los conceptos de la Atenuación y Adaptación en el contexto de la revisión intermedia de los Documentos Estratégicos tanto regionales como a nivel bilateral, y tales conceptos de aplicación de la Estrategia Europea contra el cambio climático han de tenerse totalmente en cuenta en tales Documentos Estratégicos desde el año 2012.

En cuanto a los objetivos de la UE frente al cambio climático para los próximos años y décadas, la mencionada Resolución de 16 de noviembre de 2011 del Parlamento Europeo ¹¹⁰ establecía los siguientes ¹¹¹:

¹¹⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la Conferencia sobre el Cambio Climático de Durban (COP 17).

¹¹¹ Objetivo clave nº 5 de Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la Conferencia sobre el Cambio Climático de Durban (COP 17).

Objetivo 2020 sobre reducción de emisiones: Para que los países industrializados reduzcan sus emisiones de efecto invernadero entre un 25 y un 40% por debajo de los niveles de 1990 antes de 2020. En relación con los países en vías de desarrollo en su conjunto, se establece el objetivo de que consigan quedar por debajo de la tasa de crecimiento de las emisiones de efecto invernadero pronosticadas actualmente, esto es, entre el 15 y el 30% antes de 2010.

Objetivo global 2050 de economía hipocarbónica competitiva: La UE subraya la importancia de fijar un objetivo global de reducción de las emisiones de efecto invernadero para el año 2050. Se apuesta por la importancia de obligar a que las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero lleguen a su nivel máximo antes de 2015 a más tardar y se reduzcan como mínimo en un 50% en comparación con 1990 antes de 2050, y a que continúen disminuyendo después del objetivo global 2050. En relación con el tema de la economía hipocarbónica competitiva, la UE apoya la Hoja de Ruta hacia tal objetivo a conseguir en 2050, estableciéndose como objetivo a largo plazo de la UE para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero entre un 80% y un 90% hasta el año 2050, con el objetivo de contener el cambio climático por debajo de los 2º centígrados. En este sentido, la UE considera que la reducción del 80% antes del año 2050 debe alcanzarse en la UE a nivel interno, apostando por la mencionada economía hipocarbónica competitiva, animando en sus relaciones exteriores a sus socios para apostar por las medidas, iniciativas y programas frente al cambio climático, en particular por la propuesta europea para el logro de la descarbonización antes del año 2050.

4. CONCLUSIONES

Tras décadas de observar el paulatino cambio del clima a nivel mundial, siendo uno de los principales factores causantes del mismo las emisiones de gases de efecto invernadero debido a la acción antropogénica a nivel de producción industrial mundial, no cabe sino tener gran preocupación ante este desafío que la Comunidad Internacional tendrá ante sí para las próximas décadas del siglo XXI.

Las principales Organizaciones Internacionales conceden en estos momentos una prioridad clave al fenómeno del cambio climático en cuanto que es uno de los principales problemas que va a incidir de forma negativa en los próximos años en relación con el desarrollo sostenible. Y es por ello que tanto Naciones Unidas como otras Organizaciones Internacionales claves como la Unión Europea han desarrollado esfuerzos y medidas, acciones y estrategias de adaptación a tal fenómeno del cambio climático, el cual tiene efectos negativos a nivel mundial.

En efecto, debido al cambio climático se están produciendo fenómenos meteorológicos extremos como prolongadas sequías, inundaciones, fenómenos crecientes de desertificación. Incluso fenómenos como la erosión costera, el deshielo de los glaciares, donde cabe resaltarse el progresivo deshielo del ártico.

Naciones Unidas en los objetivos del desarrollo sostenible en la Declaración del Milenio apuesta por políticas y estrategias internacionales que tiendan a la protección de un elevado nivel de calidad del Medio Ambiente global. No debemos olvidar que el Derecho a la calidad del Medio Ambiente es un Derecho Humano Fundamental, y es por ello que se ha de tender a garantizar tal Derecho en el contexto de la realización del desarrollo sostenible mundial.

La estrategia de Naciones Unidas y de sus instrumentos jurídicos internacionales se centra en reducir las emisiones de gases de efecto invernadero para mitigar las consecuencias del aumento de la temperatura del clima global.

Cabe destacar la importancia de la realización de la Conferencia de Río+20 en el marco de Naciones Unidas, donde emanó el documento sobre “ *El futuro que queremos* “. En tal Declaración, la Comunidad Internacional apuesta por un futuro en el que se consolide el desarrollo sostenible a nivel mundial entendiendo el derecho al desarrollo como un Derecho Humano Fundamental. Tal apuesta por el desarrollo sostenible ha de estar basado en un enfoque tridimensional, es decir, las dimensiones económicas, sociales y medioambientales de las políticas de desarrollo sostenible. Se apuesta decididamente por el apoyo a una Economía Verde que en el contexto de la lucha contra el cambio climático, tienda a establecer políticas de uso eficiente de la energía, apostando por un mayor uso de energías renovables.

Por otra parte, se ha de garantizar la seguridad alimentaria a nivel mundial para paliar los efectos negativos del cambio climático en cuanto a sus efectos negativos en los recursos hídricos potables. El derecho al agua como Derecho Humano Fundamental ha de estar garantizado y protegido a nivel internacional. Las consecuencias negativas del cambio climático global inciden en la reducción progresiva de los recursos hídricos potables, y también en la progresiva desertificación y aumento de las sequías a nivel mundial, motivando situaciones de especial gravedad para la supervivencia de millones de personas, en aquellas regiones del mundo que están siendo objeto de tales efectos nocivos del cambio climático. Las políticas de desarrollo sostenible a nivel internacional han de preservar y garantizar el derecho al agua, así como la seguridad alimentaria de todas las personas.

En cuanto a la Unión Europea, sigue siendo uno de los actores internacionales claves que está a la vanguardia en la lucha contra el cambio climático. La apuesta por una Economía donde prime el uso eficiente de la energía, y la apuesta por las medidas e instrumentos que garanticen un alto nivel de calidad medioambiental, son signos de la prioridad que la Unión Europea concede a la lucha contra el cambio climático. En los próximos años, la Unión Europea ha de seguir estando a la vanguardia para aplicar el progresivo y paulatino establecimiento de la política de ir hacia una economía hipocarbónica competitiva. El horizonte está marcado para el año 2050 en aras de una apuesta por el desarrollo sostenible no sólo en Europa, sino también en el diseño global de un futuro de mayor calidad medioambiental.

5. BIBLIOGRAFÍA

BEYERLIN, U.; MARAUHN, TH., *International Environmental Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

BORRÁS PENTINAT, S., *Los regímenes internacionales de protección del medio ambiente*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CARDESA SALZMANN, A., *El control internacional de la aplicación de los acuerdos ambientales universales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2011.

CASTELLÓ NICÁS, N. (Dir.), *El cambio climático en España: Análisis técnico-jurídico y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2011.

COMISIÓN EUROPEA, *La lucha contra el cambio climático: La UE lidera el camino*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2008.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “ Creación de una alianza mundial para hacer frente al cambio climático entre la Unión Europea y los países en desarrollo pobres más vulnerables al cambio climático “* [COM (2007) 540 final de 18/9/2007].

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., “ Nuevos retos en la Unión Europea y en sus relaciones exteriores con América Latina frente al cambio climático”, en GILES, R., (coord.), *Cambio climático, energía y derecho internacional: Perspectivas de futuro*, editorial Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 259-266.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., “ La lucha contra el cambio climático en los espacios eurolatinoamericano e iberoamericano “, En SOBRINO HEREDIA, J.M. (dir), *Innovación y conocimiento. IV Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Lisboa, 23-25 de noviembre de 2009. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 101-112.

FREESTONE, D., STRECK, CH. (eds.), *Legal aspects of carbon trading: Kyoto, Copenhagen and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

GILES CARNERO, R. (coord.), *Cambio climático, energía y derecho internacional: Perspectivas de futuro*, editorial Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

IBARRA SARLAT, R., *El mecanismo de desarrollo limpio: estudio crítico de s régimen jurídico a la luz del imperativo de sostenibilidad*, 1ª ed., Aranzadi, Serie Revista Aranzadi de derecho ambiental, Monografía nº 20, Cizur Menor, Navarra, 2012.

PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la Conferencia sobre el Cambio Climático de Durban (COP 17)*.

PÉREZ GABALDÓN, M., *La gestión intergubernamental de la política de cambio climático en España*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, H., *Código de Derecho Internacional ambiental*, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario (Argentina), 2008.

SÁNCHEZ BRAVO, A.; GORCZEWSKI, Cl., *Medio ambiente, energía y cambio climático*, Arcibel Editores, Sevilla, 2011.

SARASÍBAR IRIARTE, M., *Régimen jurídico del cambio climático*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2006.

V. HACIA UNA REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LOS MERCADOS EUROPEOS DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GEI. EL AUTOCONTROL, BUEN GOBIERNO Y LAS BUENAS PRÁCTICAS COMO MECANISMOS COMPLEMENTARIOS DE CONTROL.¹¹².

Profa. Dra. Isabel Rodríguez Martínez
Prof. Dr. Javier Guillem Carrau
Universidad CEU Cardenal Herrera, Valencia

1.- LOS MERCADOS DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GEI: FUNCIÓN Y TIPOS.

1.1.- *Función*

En el sistema europeo de comercio de derechos de emisión de gases GEI creado tras la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de Kioto, el mercado de derechos de emisión constituyen el pilar sobre el que se articula el mecanismo basado en el comercio de derechos, que contribuye a flexibilizar la aplicación del Protocolo de Kioto. Este mecanismo incentiva la reducción de emisiones, y, en consecuencia, la consecución del cumplimiento de los objetivos de reducción asumidos por los países firmantes, al permitir a quienes consiguen emitir gases por debajo del límite que tienen establecido, la transmisión de los derechos excedentarios y obtener las correspondientes plusvalías. Los sistemas y plataformas de negociación secundaria cumplen así un papel fundamental al servir de marco de confluencia de los distintos intereses de compra y venta de derechos de emisión excedentarios, que no han sido destinados al cumplimiento de la obligación de entrega.

Debido principalmente a la función que están llamados a desempeñar¹¹³, que no es otra que la de servir de marco canalizador de los intereses concurrentes de compra y venta sobre derechos de emisión y, en consecuencia, como mecanismo de reasignación eficiente de recursos escasos, no es de extrañar, su proliferación, como tampoco lo es el hecho de que frente a la negociación bilateral de derechos de emisión de gases GEI entre privados fuera

¹¹² Este trabajo se enmarca en los siguientes proyectos de investigación:

- Proyecto de investigación "La protección del inversor en los nuevos mercados no regulados de derechos de emisión de gases de efecto invernadero" (DER2011-26623), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

- Proyecto de investigación "Marco legal de protección del inversor en los nuevos mercados no regulados de derechos de emisión de CO₂" (Código GV/2011/080) financiado por la Generalitat Valencia.

- Proyecto de investigación "La protección del inversor en los nuevos mercados no regulados de derechos de emisión de gases GEI" (Códigos PRCEU-UCH 20/11 y PRCEU-UCH 30/12) financiados por la Universidad CEU Cardenal Herrera.

¹¹³GUTIÉRREZ FRANCO, Y., «El sistema europeo de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Análisis de la propuesta de Directiva europea de 23 de octubre de 2001», en *Noticias de la Unión Europea*, 2003, núm. 223, pág. 58.

de mercados organizados, esto es, la denominada negociación *over the counter* o mercados *OTC*¹¹⁴, los sistemas de negociación multilateral de derechos de emisión de gases GEI estén adquiriendo cada vez mayor magnitud como marco de confluencia de las operaciones de transmisión de este tipo de instrumentos, al concentrar un mayor volumen de operaciones¹¹⁵.

Básicamente este mecanismo consiste en distribuir entre los agentes contaminantes derechos a emitir determinadas cantidades de gases cuya suma total coincide con la cantidad máxima fijada como objetivo, permitiéndoles transmitir a título oneroso tales derechos, que de esta manera podrán ser vendidos y comprados en el mercado. Así, si una empresa pretende emitir más gases de los que inicialmente podía, deberá adquirir los correspondientes, procedentes de otras empresas que los hayan enajenado¹¹⁶.

1.2.- Tipos

a) La negociación bilateral.

El comercio de derechos de emisión de gases GEI excedentarios ha originado una modalidad de negociación, la bilateral, cuyo volumen dista mucho de ser despreciable. Al respecto, se estima que en torno a un 40% de transacciones se canalizan a través de la negociación bilateral o a través de intermediarios o brokers.

La negociación bilateral directa es bastante habitual entre sujetos sometidos al ámbito de aplicación del régimen español, esto es, entre, por un lado, aquellos que se encuentran en situación de poder disponer de un número de derechos de emisión excedentario, por ser superior al requerido para el cumplimiento de sus obligaciones de entrega, y, por otro lado, aquellos cuyo volumen de emisiones supera claramente el tope de las emisiones a las que le

¹¹⁴ La negociación en mercados no organizados se caracteriza principalmente por atender aquel sector del mercado que concentra los acuerdos bilaterales, bien directamente entre comprador y vendedor, bien indirectamente a través de intermediarios (*brokers*) (v. LÓPEZ TELLO, J., «Fiscalidad de los derivados cotizados en mercado OTC», en AA.VV., *Productos financieros derivados y mercados organizados*, Madrid, 1997, pág. 89).

¹¹⁵ En concreto, se viene apreciando en los dos últimos años un incremento en el volumen total de negociación de derechos de emisión. En torno al 70 por cien, frente a la negociación en mercados *OTC*, que parece haber descendido al 30 por cien, cambiando así la tendencia anterior (V. ROMEU GARCÍA, I., Comparecencia en la Sesión núm. 19 de la Comisión Mixta para el Estudio del Cambio Climático de las Cortes Generales, celebrada el martes 9 de junio de 2009 en el Palacio del Senado, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, núm. 65, IX Legislatura, 2009, (págs. 1-22), pág. 5).

¹¹⁶ La principal ventaja atribuida a este «instrumento económico» de protección del medio ambiente es que presumiblemente asegura el cumplimiento del objetivo fijado de manera eficiente, con el menor coste posible. En efecto, cada emisor —que, hemos de suponer, es quien mejor conoce sus costes de producción— puede analizar la opción más conveniente: reducir sus propias emisiones y vender los derechos excedentarios; seguir produciendo la misma cantidad con la misma tecnología y comprar a otras empresas los derechos adicionales que necesita, o reducir su producción. Supuesto que cada agente trata de maximizar su propia utilidad, el mercado acabará asignando los recursos —los derechos de emisión y, por lo tanto, las emisiones— de manera óptima: el precio de éstos coincidirá con el coste marginal de reducir las emisiones, que será el mismo para todos los emisores. Y las emisiones se reducirán allí donde menor coste económico conlleve la reducción. Lo mismo ocurre con los otros instrumentos reconocidos por el Protocolo de Kioto: los MDLs y los ACs, que generan los CERs y UREs respectivamente, caracterizados por constituir títulos que otorgan a su titular el derecho a exigir un número equivalente de derechos de emisión de gases GEI y, por tanto, también negociables.

Cuando una empresa que requiere de derechos de emisión por encima de la cantidad inicialmente asignada por el Estado, o cualquier tercero interesado en este tipo de inversiones, pretende adquirir este tipo de instrumentos, puede hacerlo mediante una negociación bilateral o acudir a sistemas multilaterales de negociación que de alguna forma garanticen la casación de las operaciones en régimen de mercado.

son permitidas por el número de derechos de emisiones cuya titularidad ostentan.

Este tipo de negociaciones se caracterizan por llevarse a cabo sin intermediarios, entre vendedor y comprador, quienes mediante pactos *inter privados* acuerdan de forma directa las condiciones de la transmisión, el número de derechos objeto de negociación y su precio.

Frente a este tipo de negociaciones bilaterales, en los últimos años es apreciable, sin embargo, un creciente número de operaciones de negociación sobre derechos de emisión y otras unidades de Kioto participadas por intermediarios, brokers o comisionistas. Se trata de transacciones en las que el intermediario, actuando por cuenta propia, se encarga de ejecutar las órdenes de su cliente (compra o venta), en definitiva, de cerrar transacciones actuando como contrapartida interpuesta entre el comprador y vendedor.

En este tipo de negociaciones el precio es fijado, no bilateralmente, por el vendedor y comprador, como en las anteriores, sino principalmente en otros sistemas y ámbitos de negociación a los que accede el broker comprando y/o vendiendo por cuenta propia pero en nombre de comprador y vendedor, interponiéndose entre uno y otro y actuando a contraparte no exenta de riesgo, esto es, como contrapartida¹¹⁷. Esta intermediación favorece la eficiencia y la transparencia en la formación del precio, en la medida en que los brokers proporcionan acceso a transacciones a plataformas *over the counter* (OTC) y a sistemas y plataformas de negociación multilateral, como, entre otros, Powernext, EEX de la Bolsa Alemana, Powernext, de la Bolsa Francesa, New Values en Holanda, Alemania y Reino Unido, ECX del Chicago Climate Exchange y IPE, EXAA en Austria, NordPool en los países Escandinavos - que operan con mayores volúmenes y en las que la fijación del precio es el resultado de la concurrencia generalizada de oferta y demanda sobre el objeto de negociación.

En efecto este tipo de negociación con intermediación conlleva casi siempre la participación y acceso de brokers en sistemas de negociación multilateral de derechos de emisión, como resultado de su actividad profesional, que suele consistir en la prestación a sus clientes de determinados servicios de inversión, como son la recepción y transmisión de órdenes de sus clientes y la negociación por cuenta propia de los contratos en los mercados (art. 63 LMV). Y no es poco usual que este tipo de intermediarios asuman el encargo de la puesta en contacto de dos o más inversores con el fin de que ejecute operaciones entre sí sobre los derechos de emisión.

En definitiva, tanto la intermediación en transacciones sobre derechos de emisión de gases GEI, ofreciendo contrapartida y asumiendo los riesgos de la operación, como la prestación de otros servicios de inversión por intermediarios profesionales, desde luego obliga a plantearse la necesidad de someter a regulación y supervisión la contratación intermediada, y ello principalmente por la función que están llamados a cumplir los intermediarios o brokers frente a los compradores y vendedores y por la protección de los intereses concurrentes, todo ello desde la perspectiva de que este tipo de instrumentos son una opción de inversión cada vez más recurrente por pequeños y medianos inversores, clientes demandantes de este tipo de negociación.

¹¹⁷ Este es el caso de uno de los mayores brokers internacionales que operan en España, CO2Spain (CO2Spain Innovaciones y Soluciones, SA), sociedad anónima española, o CO2e.com, uno de los mayores intermediarios mayoristas en los mercados globales de carbono. También de otros brokers locales como Capital Markets, CO2 Solutions, Factor CO2.

En Italia, operan como tales Ecoway y Relight y en Portugal Ecoprogresso y Evalues.

b) La negociación multilateral.

Frente a la negociación bilateral, es de destacar la tendencia generalizada de concurrir demandando u ofertando derechos de emisión en mercados generalizados e impersonales, habitualmente organizados por plataformas y sistemas de negociación electrónica, que es advertida tanto por aquellos sujetos sometidos al cumplimiento de su obligación de reducción y limitar sus emisiones y, por ende, al cumplimiento de la obligación de entrega, como, en general, por medianos y grandes inversores –habitualmente entidades de créditos, brokers, fondos de inversión, cajas de ahorro, etc.

En este tipo de plataformas cada transacción es el resultado de la canalización, cruce y case de órdenes generalizadas en sentido contrario. Y suele ser bastante frecuente que en ellas se ofrezca contrapartida central en cada transacción, garantizándose el cumplimiento de los contratos estándar (*spot* o futuros). Los sistemas de negociación multilateral funcionan de forma regular con base en normas de organización y funcionamiento internos, tales como el acceso a la condición de participantes o miembro, que requieren la observación de determinados requisitos de solvencia, cuotas, liquidación de posición fijados en las condiciones de adhesión de los contratos de acceso, etc.,¹¹⁸.

La negociación multilateral ofrece la ventaja evidente de reorientar el precio de forma eficiente, como resultado de una concurrencia generalizada de oferentes y demandantes de los derechos de emisión. Dicha concurrencia de posiciones compradoras y vendedoras permiten a su vez una amplia y libre formación de precios. Por otro lado, reducen los riesgos potenciales de liquidez y crédito, en la medida en que aseguran no sólo la desinversión, también el cumplimiento del contrato.

No es de extrañar, por tanto, que en la actualidad se estime que en torno a un 60% de las transacciones sobre derechos de emisión han sido cerradas en el ámbito de estas plataformas y sistemas de negociación.

La negociación multilateral de ámbito comunitario se ha distribuido inicialmente entre las distintas plataformas y sistemas europeos existentes. Entre ellas, destacan por su volumen, EEX (*EuropeanEnergy Exchange*) de la Bolsa alemana; *Powernext* en Francia; CLIMEX Alliance, que engloba las regionales o nacionales de CO₂ de Holanda (New Values y APX B.V.), Reino Unido (APX PowerLimited – UKPX), Francia (Vertis France) y España (SENDECO₂); EXAA (*AustrianEnergy Exchange*) en Austria; *TFS Green* en Reino Unido; *Nord Pool* en los países escandinavos; APX-ENDEX en Bélgica, Holanda y Reino Unido; *GME's Emissions Trading Market* en Italia y, finalmente, ECX-IPE, un mercado paneuropeo, con sede en Londres¹¹⁹.

En España, son dos los sistemas multilaterales de negociación que tienen o han tenido por objeto la negociación de derechos de emisión de dióxido de carbono, así como también otros instrumentos negociables tales como los CERS o URES. Por un lado, el Sistema de Negociación Electrónico de Derechos de Emisión de CO₂ (SENDECO₂). Por otro, el mercado CODE-BME, organizado

¹¹⁸ DOMÍNGUEZ CONDE/GARCÍA MACHADO, «Mercados derivados de los derechos de emisión del protocolo de Kioto ¿Un nuevo mercado de futuros?», *Información Comercial Española, Boletín Económico*, núm. 2888, 2006, pág. 31.

¹¹⁹ En la actualidad las plataformas y sistemas de negociación europeos no son más que el resultado de la integración y alianzas regionales. Es el caso de los mercados anteriores a la alianza, esto es, los regionales EEX de Alemania, EXAA de Austria, ECX del Reino Unido, Powernext de Francia, CLIMEX de Holanda, NORDPOOL de la zona escandinava y SENDECO₂ de España.

por BME (Bolsas de Mercados de España), que inició su actividad en período de pruebas y posteriormente la suspendió.

2.- AUSENCIA DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE ESTOS MERCADOS. ESTADO DE LA SITUACIÓN Y PROBLEMÁTICA.

Tras la implantación del régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (en adelante, gases GEI), por la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003¹²⁰, los derechos de emisión han recibido reconocimiento y carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico con la aprobación de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, reguladora del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero¹²¹ (en adelante, Ley 1/2005).

Tal reconocimiento no ha quedado reducido al de servir de mero instrumento jurídico para el cumplimiento de las obligaciones de entrega de los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley 1/2005, y por tanto, destinado a la reducción y control de emisiones de gases GEI. En efecto, en el marco del cada vez más amplio y variado catálogo de productos e instrumentos financieros, los derechos de emisión de gases GEI se perfilan cada vez con mayor protagonismo como una opción de inversión interesante, no sólo para los titulares de instalaciones que requieren la entrega de estos derechos para el cumplimiento de sus obligaciones de reducción de emisiones, sino en general para el público ahorrador y cualquier inversor. Así, resulta ciertamente significativo que en 2009 los mercados europeos de derechos de emisión de gases GEI fueran copados por bancos, inversores y especuladores, que generaron durante gran parte del año el 80% del volumen negociado en el mercado, lo que, por otro lado y como dato revelador, durante los primeros cinco años desde la implantación del nuevo sistema, ha supuesto en términos económicos la inversión de alrededor de 3.500 millones de euros.

En la última década se ha constatado una importante evolución de los mercados financieros, con la aparición de nuevos mercados alternativos que ofrecen al inversor una variada gama de productos e instrumentos financieros. En el marco de esta realidad, de ámbito comunitario e interno, destaca la creación de nuevas plataformas y sistemas de negociación de derechos de emisión de gases GEI, evidenciando la tendencia advertida en los últimos años.

A la luz de esta constatación, y principalmente, con el fin de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico esta importante transformación sufrida en los mercados financieros, y reconocida por el legislador comunitario a través de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros¹²², (en adelante,

¹²⁰ La Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, tiene por objeto la creación de un mercado europeo de derechos de emisión de gases GEI, para el cumplimiento del compromiso de reducir las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero, asumido por la Comunidad Europea y sus Estados Miembros tras la aprobación del Protocolo de Kioto, de conformidad con la Decisión 2002/358/CE, del Consejo, de 25 de abril de 2002.

¹²¹ La Ley 1/2005, de 9 de marzo ha sido recientemente modificada por la Ley 13/2010, de 5 de julio, para perfeccionar y ampliar el régimen general de comercio de derechos de emisión e incluir la aviación al mismo.

¹²² La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, modifica las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. Esta Directiva es aplicada, en lo relativo a los

Directiva *MiFID*), el legislador español ha operado, con la promulgación de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, la reforma correspondiente en la normativa del mercado de valores¹²³, que viene a ampliar el catálogo de servicios e instrumentos financieros negociables, además de reconocer y regular distintos sistemas de negociación y contratación de instrumentos financieros, frente a los tradicionales mercados secundarios oficiales¹²⁴.

En concreto, la reforma dirige su foco de atención y ámbito de regulación sobre los nuevos instrumentos financieros que han irrumpido en los mercados financieros, y especialmente, sobre los nuevos sistemas de negociación que han aparecido en los últimos años, adquiriendo cierto protagonismo en el marco de los mercados financieros europeos y españoles¹²⁵. En efecto, es palmaria la constante creación de plataformas y sistemas de negociación multilateral destinados a facilitar un ámbito específico de negociación y un régimen de información a valores que lo requerían, que además se han caracterizado por un desarrollo normativo más flexible, en gran parte debido a su propia autorregulación¹²⁶.

La creación de estos nuevos mercados no regulados alternativos obliga a un replanteamiento de la eficacia supervisora de la actual regulación del sistema financiero, más cuestionada si cabe con motivo de la crisis financiera sufrida en los últimos años y, consecuentemente, a realizar un esfuerzo por extender a aquellos mercados no regulados mecanismos de control y supervisión¹²⁷.

Por lo que a las nuevas plataformas y sistemas de negociación de derechos de emisión de gases GEI se refiere, dicho esfuerzo tendría mayores implicaciones si cabe, pues la relevancia de los intereses concurrentes en dichos mercados así como su papel en la consecución del éxito de los objetivos asumidos por España de reducción de emisiones de gases GEI, contrastan, empero, con una inexistente regulación específica del marco de su

requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, por la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006.

¹²³ Sobre la reforma operada por la Directiva *MiFID*, vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., «La reforma “MiFID” de la Ley del Mercado de Valores y el nuevo régimen de transparencia para los Mercados regulados, Sistemas Multilaterales de Negociación e Internalizadores Sistemáticos», en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 2, 2008, págs. 539-554.

¹²⁴ Y es que la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (en adelante, *MiFID*), además de suponer el reconocimiento de un libre sistema de competencia en la negociación de la renta variable, -perdiendo así las Bolsas el monopolio de la negociación-, pone de manifiesto y da cuenta de la extensa y amplia gama de servicios e instrumentos financieros en los mercados financieros actuales. En definitiva que el objeto de negociación puede ser tan amplio como variado en su tipología y características.

¹²⁵ Este es el caso de los mercados alternativos o no regulados. Como ejemplo en España de mercados alternativos bursátiles o no regulados sobre valores de renta variable, destaca el Mercado de Valores Latinoamericanos, autorizado por el Consejo de Ministros el 29 de octubre de 1999 como sistema organizado de contratación de valores y otros instrumentos financieros, al amparo del art. 31.4, en la redacción dada al mismo por el art. 4.1 de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

¹²⁶ En este sentido, v. OLIVARES BLANCO, I., «El mercado alternativo bursátil. Características y diferencias frente al mercado bursátil», en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 2, 2008, (págs. 237-271), pág. 239 y GIRALT SERRA, A., «MAB, Mercado Alternativo Bursátil: un mercado para valores que requieren un tratamiento singularizado», en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, núm. 18, 2006, págs. 3-8.

¹²⁷ Por lo que a los derechos de emisión de gases GEI y sus sistemas de negociación se refiere, el interés se circunscribe en torno a su posible y deseable sometimiento a la reformada normativa del mercado de valores. Y es que tales derechos, lejos de servir de meros instrumentos de cumplimiento de las obligaciones de reducción de emisiones impuestas por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, a quienes quedan sometidos por el ámbito de la norma, se configuran como verdaderos instrumentos negociables, libremente transmisibles, y susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en el tráfico, instrumentos cuya inversión puede resultar especialmente atractiva para el perfil del pequeño y mediano ahorrador, caracterizado habitualmente por su no profesionalidad.

negociación¹²⁸. En este sentido, parece indiscutible que la ausencia de regulación favorece la existencia de distorsiones en el funcionamiento y transparencia de los mercados financieros, de la misma forma que los mercados, y en especial, los financieros han de estar sometidos a un conjunto de normas de conducta que permitan garantizar la estabilidad y solvencia de las entidades financieras pero también la transparencia y seguridad de las transacciones.

En el caso de las plataformas y sistemas multilaterales de negociación de derechos de emisión de gases GEI, dicha ausencia además resta protagonismo y funcionalidad a los mecanismos del mercado como determinantes de la eficiencia en la reasignación de los derechos de emisión, toda vez que encaja difícilmente con la tendencia política y regulatoria, advertida en los últimos años tras la crisis financiera desencadenada en el segundo semestre del año 2008 posee algunos elementos y, definitivamente, constituye un lastre para el éxito en el cumplimiento por España de los objetivos asumidos por la Unión Europea con la ratificación del Protocolo de Kioto.

El análisis de los mercados y sistemas multilaterales de negociación de derechos de emisión, así como su tratamiento –carente de estudio doctrinal desde este enfoque- y la cuestión de su adecuada regulación cobran especial significado y trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto paradigma de las nuevas realidades a las que la reforma de la normativa del mercado de valores pretende hacer frente, en especial porque este tipo de mercados son un claro ejemplo de esta ausencia de supervisión oficial, imprescindible para alcanzar los objetivos que la nueva regulación persigue, que no son otros que la protección del inversor frente a una oferta de instrumentos financieros cada vez más compleja y sofisticada.

3.- HACIA UNA REVISIÓN DE LOS MERCADOS DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GEI EN LA REFORMA DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LOS MERCADOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS (MIFID).

El sistema de derechos de emisión de la UE está siendo sometido a una revisión desde la perspectiva del concepto de buen gobierno en sentido amplio. Es conocido que el eje normativo de los derechos de emisión es la Directiva 2003/87/CE, que estableció un régimen para el comercio de derechos de emisión en la UE (RCCDE)¹²⁹. Esta Directiva fue revisada por la Directiva 2009/29/CE, que era parte de un paquete legislativo que contiene medidas destinadas a combatir el cambio climático y a promover las energías renovables y de bajo consumo de carbono¹³⁰.

¹²⁸ Así, ni el régimen regulador del comercio de derechos de emisión (previsto principalmente por 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 y por la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003), ni la actual Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores, contienen referencia expresa alguna de las especialidades e incidencia de este tipo de mercados en el sistema financiero español, lo que implica, por un lado y principalmente, una evidente desprotección de los potenciales inversores de este tipo de instrumentos, por otro, la existencia de innumerables cuestiones y repercusiones legales derivadas de la negociación de los derechos de emisión de gases GEI en nuestros mercados, que en la actualidad carecen de tratamiento legal y doctrinal apropiado.

¹²⁹ 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, DO L 275 de 25.10.2003, p.32.

¹³⁰ 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

Actualmente, la mejora del sistema de derechos de emisión se centra en tres aspectos fundamentales para el legislador comunitario que son el mecanismo de subastas, las ayudas públicas y la consideración de los derechos de emisión como un instrumento financiero más. En su virtud hay tres frentes abiertos en la UE en esta materia: la revisión parte de la adopción del Reglamento CE nº 1031/2010, que regula la subasta como principio básico para la asignación de derechos de emisión¹³¹; la reforma de las Directrices de ayudas de estado relativas a los derechos de emisión; y, por último, la inclusión de los citados derechos como un instrumento financiero más en el ámbito de aplicación de la Directiva MiFID.

En este marco, el presente estudio incide intencionalmente en el debate abierto por la reforma de la Directiva MiFID, que desde el planteamiento de la propuesta comunitaria de sujeción a una regulación y supervisión, desde luego aporta coherencia a los planteamientos basados en el fomento de las buenas prácticas en el mercado de los derechos de emisión y la elaboración de códigos de conducta por los operadores sectoriales. En este debate se ponen de manifiesto, por un lado, el estudio y análisis de los efectos del sometimiento a control y supervisión, y por otro, la transposición de estructuras basadas en el autocontrol, mediante el análisis de las conexiones entre el concepto de buen gobierno de los derechos de emisión y el de autocontrol y las buenas prácticas sectoriales. Además, la aproximación desde esta perspectiva lleva a plantearse los interrogantes sobre los efectos jurídicos de las buenas prácticas y el lugar que ocuparán los derechos de emisión en la Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050¹³².

comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, DO L 140 de 5.6.2009, p.63. Sobre este sistema, véase: RODRIGUEZ MARTÍNEZ, I.: “El régimen español del comercio de derechos de emisión de dióxido de carbono y su instrumento de articulación”, Noticias de la UE, nº 311, diciembre 2010, p. 59-74; “El comercio de derechos de emisión de dióxido de carbono y su aplicación en el sector de los transportes” en REDETI, año XI, nº 32, Madrid, Mayo-Agosto (2008) p. 127-168; “La inscripción registral de los derechos de emisión de dióxido de carbono en el Derecho español” en La fiscalidad de los derechos de emisión [Recurso electrónico]: estado de situación y perspectivas de futuro / coord. por Iñaki Bilbao Estrada, Francisco Alfredo García Prats, Alberto Cornejo Pérez, 2010, p. 153-190; “Los sistemas españoles de negociación de derechos de emisión de gases GEI” en Estudios de derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo / coord. por Francisco González Castilla, Rafael Marimón Durá, 2010, p. 755-784.

¹³¹ Como es conocido, en la UE, se ha establecido que la subasta sea el principio básico para la asignación de derechos de emisión por ser el sistema más sencillo y eficiente. En función de ello, el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2003/87/CE exige que los Estados miembros subasten los derechos de emisión del capítulo III de dicha Directiva, que no sean de asignación gratuita, por eso, no pueden recurrir a ninguna otra forma de asignación ni conservar o cancelar derechos no asignados gratuitamente en vez de subastarlos. Por eso, se ha adoptado el Reglamento CE 1031/2010, para regular las calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero [Reglamento (UE) nº 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. DOUE L 302, 12.11.2010].

¹³² La Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050, aprobada por Informe Comisión Medio Ambiente (8.2.2012) del Parlamento Europeo, afirma que el RCDE es un instrumento pero no el único para alcanzar los objetivos marcados de reducción de emisiones. Además, hoy en día, los derechos de emisión disponibles superan la demanda y el tráfico jurídico económico de los mismos no puede depender de los mecanismos del mercado exclusivamente. Por eso, en la citada Hoja de ruta, se proponen un conjunto de medidas, entre las que se menciona el reajuste RDCE antes de la tercera fase (reservar derechos y eliminación de reservas); la inclusión del transporte en el comercio de emisiones; el establecimiento de precio de reserva para las subastas; el fomento de la demanda (emisiones de combustibles fósiles vendidos desde los sectores de energía térmica y transporte); y, por último, la mejora de la transparencia en los registros y del funcionamiento de los mecanismos de compensación.

Como es público, la modificación de la Directiva relativa a los mercados financieros de octubre de 2011 plantea, entre otros objetivos, incrementar las facultades de las autoridades respecto a las posiciones de los derivados y de los derechos de emisión y regular los mercados secundarios al contado de derechos de emisión¹³³.

Partiendo de la constatación de la necesidad de dicha inclusión, a continuación, se aborda el conjunto de derechos y obligaciones que generará para los operadores sectoriales dicha reforma legal que busca el incremento de la protección de los inversores.

3.1.- La necesidad de reforzar la protección de los inversores en los mercados de derechos de emisión de gases GEI

Con la propuesta de reforma de la Directiva MiFID y la inclusión de los derechos de emisión como “instrumentos financieros”, el legislador comunitario ha puesto de manifiesto una serie de problemas detectados en los mercados secundarios al contado de derechos de emisión. Entre estos problemas, se destaca que no “...*hay visión de conjunto de los mercados de derechos de emisión*” y que en los Mercados secundarios al contado de derechos de emisión, no regulados, hay evidencias de “...*prácticas fraudulentas que podrían minar la confianza en el RCDE*”. Por ello, desde Bruselas se plantea “...*fortalecer el sistema de registros y las condiciones de apertura de una cuenta para comerciar con derechos de emisión*.” E igualmente “...*reforzar la integridad y salvaguardar un funcionamiento eficaz de estos mercados, incluida la supervisión exhaustiva de la actividad negociadora*”. *Considerando 9 de la reforma*”

De este modo, en el contexto de la Directiva MiFID se ofrece a los derechos de emisión un marco de mayor coherencia y transparencia al quedar incorporados al conjunto de instrumentos financieros del Anexo I C de la Directiva MiFID. Esta incorporación lleva consigo varios efectos directos que son, por un lado, la sujeción al futuro supervisor único de Mercados de derivados y al contado, que plantea el legislador; y, por otro, un refuerzo del autocontrol por el que los Bancos y entidades de inversión (sujetos obligados por la Directiva) desarrollarán papel más activo con las potenciales negociadoras al contado. En cualquier caso, el deber de cooperación se constituye en principio a respetar por los organismos competentes en supervisión de mercados al contado; responsables de subastas; administradores de registros y otros organismos responsables de supervisión.

En nuestro ámbito académico, la profesora Rodríguez Martínez ya apuntó que “...*tanto la intermediación en transacciones sobre derechos de emisión de gases GEI, ofreciendo contrapartida y asumiendo riesgos de la operación, como la prestación de otros servicios de inversión por intermediarios profesionales, desde luego **obliga a plantearse la necesidad de someter a regulación y supervisión la contratación intermediada**, y ello principalmente por la función que están llamados a cumplir los intermediarios o brokers frente a los compradores y vendedores y la protección de los intereses concurrentes, todo ello desde la perspectiva de que este tipo de*

¹³³ COMISIÓN EUROPEA(2011): Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se deroga la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2011) 656 final. 2011/0298 (COD) Bruselas, 20.10.2011. La propuesta de modificación de la Directiva surge de un documento de la Comisión de diciembre de 2010 que fue comentado por el profesor Sánchez-Calero Guilarte, accesible el 8.8.2012 en http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2010/12/hacia-la-reforma-de-la-directiva-mifid_15.html

instrumentos son una opción de inversión cada vez más recurrente por pequeños y medianos inversores, clientes demandantes de este tipo de negociación.”¹³⁴.

3.2.- La consideración de los derechos de emisión como instrumentos financieros.

a) Los derechos de emisión en cuanto instrumentos económicos al servicio de una política medioambiental. Función.

El derecho de emisión de gases GEI constituye un instrumento económico que facilita el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los titulares de instalaciones fijas y operadores aéreos sometidos a la limitación y control de sus emisiones, mediante el otorgamiento de “permisos”¹³⁵ que aligeran económicamente la obligación de reducir las emisiones¹³⁶. Estos permisos o *allowances* confieren a su titular la capacidad para emitir gases GEI a la atmósfera sin pagar por esa emisión, y eximirse de la obligación derivada del principio inspirador del Protocolo de Kioto de que «quien contamina paga»¹³⁷.

El uso de este mecanismo permite a las empresas superar su cuota de emisiones a condición de que encuentren otra que, habiendo emitido una cantidad de gases inferior al límite máximo permitido, esté dispuesta a ceder su cuota sobrante. Por otro lado, ofrece a los países desarrollados con compromisos que limitan sus emisiones la posibilidad de comerciar con unidades de emisión, adquiriendo derechos de quien tiene un derecho o permiso de emisión excedentario y desea transferirlo. Por ello, quienes logren reducir sus emisiones por debajo de la capacidad que los derechos de emisión les permite emanar, podrán transmitir los excedentarios a los países que consideren difícil u oneroso satisfacer sus objetivos. En definitiva, el vendedor consigue un estímulo para reducir sus emisiones y el comprador puede más fácilmente cumplir con su compromiso¹³⁸.

¹³⁴ RODRIGUEZ MARTÍNEZ, I.: “La negociación secundaria de derechos de emisión de gases GEI: marco regulador” en Revista de derecho del mercado de valores, Nº. 10, 2012 , p. 39-76, p 51

¹³⁵ TIETENBERG, TH., *Emissions Trading: An Exercise in reforming Pollution Policy*, 1985.

¹³⁶ Los costes asociados al cumplimiento del Protocolo de Kioto para las empresas pueden llegar a ser excesivamente onerosos. Por eso, los derechos de emisión son un instrumento especialmente diseñado para facilitar el cumplimiento de las obligaciones (Sobre la relación coste-efecto de los derechos de emisión, v. GOLDSCHHEIN, P.S., «Going Mobile: Emissions Trading Gets a Boost From Mobile Source Emission Reduction Credits», en *UCLA J. Environmental Law and Policy*, 225, 1994-1995, págs. 231-232).

¹³⁷ Precisamente, unas de las mayores críticas vertidas sobre el régimen comunitario, principalmente durante los dos años de aplicación de dicho régimen, aunque en gran parte subsanada con la introducción de la subasta como método de asignación fundamental, era precisamente que la asignación gratuita de los derechos de emisión no respondía precisamente al principio «quien contamina paga», toda vez que constituía un elemento distorsionador en la técnica del mercado como mecanismo de reasignación eficiente de recursos escasos.

¹³⁸ Según las previsiones del Ministerio de Medio Ambiente, para el periodo de 2008 a 2012 España superará en un 52% las previsiones de Kioto, lo que obligaría a nuestro país a comprar unas 20 toneladas anuales en el mercado. Pero según las previsiones de Industria, que tienen en cuenta los nuevos planes energéticos, y que según las organizaciones ecologistas tienen más visos de cumplirse, las toneladas a comprar cada año ascenderían a 100.

Cada tonelada de más debe ser 'comprada', bien en los mercados de excedentes de CO₂, donde actualmente el precio está en torno a menos de un euro por tonelada, o bien invirtiendo en mecanismos de desarrollo limpio en países menos desarrollados, donde el coste está actualmente entre cinco y 10 euros por tonelada. En el caso de no comprar derechos de emisiones la multa que impone la Unión Europea, se encuentra establecida en 100 euros por tonelada. En el mejor de los escenarios, esta compra supondría para España unos 3.500 millones de euros en cinco años. Pero

En este sentido, el mercado de derechos de emisión comerciables introduce una técnica complementaria de regulación, que proporciona una medida que facilita el cumplimiento de las prescripciones impuestas por los poderes públicos. La regulación del comercio de los derechos de emisión y éstos, en cuanto instrumentos al servicio de un fin, no son sino medios complementarios de las técnicas de policía tradicionales y del principio «quien contamina paga»¹³⁹, pero con un novedoso sistema: alcanzar los mismos objetivos de reducción a través de la imposición de la obligación a la empresa consistente en la compra de derechos de emisión por cada tonelada de más en que aquélla se exceda de los límites marcados por la asignación individual de cuotas de emisión¹⁴⁰.

En definitiva, la principal lógica económica del comercio de derechos de emisión radica en el uso de mecanismos de mercado para lograr que las reducciones necesarias para alcanzar un resultado medioambiental predeterminado se efectúen allá donde sea más barato¹⁴¹.

b) Los derechos de emisión en el Derecho español. Concepto, naturaleza jurídica y caracteres.

Desde la aprobación del RD Ley 5/2004 y, posteriormente, de la Ley 1/2005, el derecho de emisión se configura en nuestro ordenamiento «como el derecho subjetivo a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley»^{142/143}

esa cifra sólo sería posible adquiriendo cada tonelada a cinco euros. El escenario más realista se sitúa en torno a los 6.000 millones, pero los más catastrofistas hablan incluso de 15.000 millones a pagar en cinco años.

¹³⁹Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea, presentado por la Comisión, Bruselas, 8 de marzo de 2000, COM (2000) 87 final, págs. 6-7.

¹⁴⁰ Y es aquí donde este sistema se reafirma como un instrumento al servicio del principio «quien contamina paga», y a su vez el carácter novedoso del régimen jurídico previsto en la Ley 1/2005, al permitir la negociación de la conducta nociva amparada por el derecho de emisión en el mercado cuando su titular y autorizado administrativamente no necesita ejercitarlo o cuando su titular no puede ejercitarlo¹⁴⁰. Aun cuando en la asignación individualizada, el Estado otorga a determinados agentes el conjunto de derechos de los que forma parte el Plan nacional de asignación, lo cierto es que aquellos que no hagan uso de los derechos podrán transmitirlos a quienes los demanden.

¹⁴¹ Y en esa racionalidad del mercado, el derecho de emisión de gases GEI, demuestra ser un instrumento idóneo para que las empresas de los estados comprometidos rebajen el coste que supone el cumplimiento del Protocolo destinado a la inversión en políticas de reducción y limitación de gases de efecto invernadero, en la medida en que el conjunto de derechos de emisión de gases de efecto invernadero excedentarios no utilizados en el período de compromiso por las empresas podrá ser transmitido y adquirido por quienes los demanden en el mercado. Con ello el sistema de comercio de derechos de emisión alcanza su objetivo de potenciar la eficiencia de las empresas en la limitación de sus emisiones, quienes obtendrán una ventaja económica derivada, bien del precio de la venta de sus derechos excedentarios, bien de su política de restricción de emisiones.

¹⁴²Sobre la naturaleza, caracteres y especialidades del derecho de emisión en nuestro ordenamiento, v. RODRIGUEZ MARTÍNEZ, I., «Los derechos especiales de emisión de dióxido de carbono en el Derecho español», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 106, 2007, págs. 83-132; *Ibidem.*, «[El comercio de derechos de emisión de dióxido de carbono y su aplicación en el sector de transportes](#), núm. 32, 2008», págs. 127-168», ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F., «La posible calificación de la unidad de carbono: qué son y qué pueden llegar a ser en Derecho español», *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, núm. 44-45, 2002, págs. 27-28; SANZ RUBIALES, I., «Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 125 (enero-marzo), 2005, págs. 55.

¹⁴³El titular de un derecho de emisión podrá liberar, siempre con la correspondiente autorización administrativa, una tonelada equivalente de dióxido de carbono a la atmósfera. Dicha conducta es amparada por la Ley siempre que conlleve la entrega del derecho. Por el

(art. 20.1) o, como señala la nueva redacción del citado precepto, introducida por la Ley 13/2010, de 5 de julio, «como el derecho subjetivo a liberar a la atmósfera una tonelada equivalente de dióxido de carbono desde una aeronave o desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley»¹⁴⁴.

Una de las cuestiones más debatidas en torno a los derechos de emisión lo constituye, sin duda, la relativa a la configuración de su naturaleza jurídica, para lo que únicamente se cuenta con la calificación que el legislador español realiza de este tipo de derechos en la normativa española reguladora del régimen de comercio sobre derechos de emisión de gases GEI.

El artículo 20.1 de la Ley 1/2005, como sucede también en el Derecho británico¹⁴⁵, se limita a definir el derecho de emisión y otorgarle la consideración de «derecho subjetivo», en contraposición con la tendencia legislativa del Derecho comparado, en concreto en el Derecho anglosajón¹⁴⁶, el Derecho francés¹⁴⁷, y el Derecho alemán¹⁴⁸.

Por cuanto a su naturaleza jurídica se refiere, no parece que el derecho de emisión, de acuerdo con el tenor literal del citado art. 20.1, pueda ser considerado un derecho de utilización del aire o de la atmósfera, que, por otra parte, y desde un punto de vista jurídico es inapropiable¹⁴⁹, tampoco un derecho de propiedad¹⁵⁰, porque no otorga las facultades propias del señorío. No hay

contario, la emisión de gases GEI sin la entrega de derechos de emisión constituye infracción administrativa, sancionada por el Estado con el pago de multa, de acuerdo con los arts. 29.1.5) y 29. bis) 2, 30 de la Ley 1/2005, en relación con el art. 17.4 de la Directiva sobre régimen de comercio de los derechos de gases de efecto invernadero).

¹⁴⁴ La reforma operada sobre el concepto de derecho de emisión por la citada Ley 13/2010, de 5 de julio, da respuesta a la reflexión realizada por la doctrina española en cuanto al concepto, contenido y facultades del derecho de emisión en el Derecho español y su naturaleza jurídica (v. RODRIGUEZ MARTÍNEZ, I., «Los derechos especiales de emisión de dióxido de carbono en el Derecho español», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 106, 2007, págs. 83-132).

¹⁴⁵ V. *Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme Regulations 2003, Statutory Instrument 2003, No. 3311*.

¹⁴⁶ En el Derecho norteamericano la *Clean Air Act 1990*, el legislador simplemente ha optado por una técnica negativa de calificación del derecho, al excluir su configuración como derecho de propiedad (*propertyright*): «Suchallowancedoesnotconstitute a propertyright. Nothing in this subchapter or in any other provision of law shall be construed to limit the authority of the United States to terminate or limit such authorisation...».

En el Derecho inglés el objeto del comercio lo constituye los permisos o concesiones para emitir una tonelada de CO₂ (*allowance*). Esporelloque la versióninglesa del artículo 3 a) de la Directiva 2003/87/CE establezca, al referirse al objeto del comercio de emisiones, que «*allowance means an allowance to emit one tonne of carbon dioxide equivalent during a specified period, which shall be valid only for the purposes of meeting the requirements of this Directive and shall be transferable in accordance with the provisions of this Directive*».

¹⁴⁷ En el Derecho francés, sin embargo, y pese a denominar «cuota» a la unidad objeto de comercio, existe una corriente doctrinal importante que considera los derechos de emisión como bienes mueble, incorporales, fungibles, consumibles y transferibles (V. LE BARS, B., «La naturejuridique des quotasd´emission de gaz à effet de serreaprès l´ordonnance du 15 avril 2004», *La SemaineJuridiqueÉdition Générale*, núm. 28, 2004, pág. 1269, AGBAYISSAH/SEGALEN, *Aspectsjuridiques et comprables des quotasd´emission de gaz à effet de serre*, Rapportrédigépour le Mission Climat de la CDC, PriceWaterhouseCoopers y Landwell, avril, 2003, pág. 30).

¹⁴⁸ Apoyándose en el artículo 453 BGB, existe una corriente doctrinal en el Derecho alemán que considera los derechos de emisión como títulos sometidos al régimen de los bienes (v. MICHAELIS, L/HOLTWISCH, C., «Die deutscheUmsetzung der europäischenEmissionshandelsrichtlinie», *NeueJuristischeWochenschrift*, vol. 30, 2004, págs. 2127-2132).

¹⁴⁹ En este sentido, sirva el pronunciamiento del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990, para el que «el aire es un bien común limitado y su utilización y disfrute deberá supeditarse a los superiores intereses de la Comunidad frente a los intereses individuales o de grupos movidos por la explotación económica de la energía o industria».

¹⁵⁰ MISTRAL, C., «Le régime juridique des droits d´émission de gaz à effet de serre en France», en *Les Petites Affiches*, 146, 2004, pág. 17; AGBAYISSAH/SEGAELN, «Aspects juridiques et comptables des quotas d´émission de gaz à effet de serre», Rapport rédigé pour le Mission Climat de la CDC, Price Waterhouse Coopers, abril, 2003, pág. 30.

apropiación del aire, ni de la atmósfera, sino simplemente la concesión de la facultad de liberar gases a la atmósfera¹⁵¹. La atmósfera y el aire que lo compone es un bien colectivo, una *res communis*¹⁵². En el mismo sentido, debe descartarse su consideración como derechos reales *administrativos*.

Desde esta perspectiva, debe ser considerado, en sus justos términos, habida cuenta de su régimen, como un derecho subjetivo¹⁵³ de naturaleza especial, que sin duda otorga a su titular la facultad de hacer o realizar una determinada conducta: la liberación de emisiones de gases GEI o, lo que es lo mismo, la realización de una actividad nociva para la atmósfera consistente en la expulsión de una cantidad determinada equivalente de dióxido de carbono.

Se trata, por tanto, de derechos con características específicas. Por un lado, y aunque, al menos durante los dos periodos de aplicación del régimen, el origen de los derechos de emisión de gases GEI puede ser diverso de acuerdo con el art. 20.6¹⁵⁴ de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, todos los derechos de emisión, independientemente de su origen y del acto de emisión¹⁵⁵ tienen naturaleza fungible, en el sentido apuntado por el artículo 20.1 de la Ley 1/2005¹⁵⁶, además de encontrarse sometidos a término final^{157/158}. Por otro lado

¹⁵¹ En este sentido, SANZ RUBIALES, para quien el objeto del derecho de emisión «no es el consumo de oxígeno atmosférico, ni siquiera la producción de CO₂ como consecuencia de procesos de combustión, sino la efectiva emisión de CO₂ a la atmósfera. Por lo tanto, lo que se tiene cuenta no es, propiamente, el consumo de un bien —el oxígeno atmosférico— de titularidad colectiva, necesario para que se produzcan los procesos de combustión que dan lugar al CO₂, ni la producción de gases relativamente contaminantes (GEI) como consecuencia de dicho proceso; lo que se valora es la contaminación efectiva de la atmósfera como consecuencia de la liberación de estos GEI: la contaminación global admisible» (SANZ RUBIALES, I., «Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125 (enero-marzo 2005), págs. 47-48.

¹⁵² En el derecho americano, la *Clean Air Act 1990*, establece claramente, refiriéndose a los derechos de emisión, que «suchallowancedoesnotconstitute a propertyright. Nothing in this subchapter or in any other provision of law shall be construed to limit the authority of the United States to terminate or limit such authorisation...».

¹⁵³ Sobre el estudio del derecho subjetivo en la doctrina v. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, 14^a ed., Tomo I, Vol II, Barcelona, 1996, pág. 12; CASTÁN TOBENAS, J., «El concepto de Derecho subjetivo», en *Revista de Derecho Privado*, 1940, págs. 121 y ss; DIEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 11^a ed., vol I, Madrid, 2003, pág. 40.

¹⁵⁴ Dicho precepto, vigente hasta el 31 de diciembre de 2011, es derogado con efectos a partir del 1 de enero de 2012, por la nueva redacción que sobre el artículo 20 de la Ley 1/2005 realiza el apartado doce del único artículo de la Ley 13/2010, de 5 de julio.

¹⁵⁵ Los derechos de emisión pueden tener su origen en el correspondiente Plan nacional de asignación español (art. 20. 6 a) Ley 1/2005), a través del cual el Gobierno establece el número o cantidad total de derechos que se prevé asignar para cada uno de los concretos periodos (arts. 14.1 y 20.6 a) de Ley 1/2005), -y cuya específica asignación a cada uno de los titulares de instalaciones se realiza a través de la asignación individualizada regulada en el art. 19 de la Ley 1/2005-. Pero también en un Plan Nacional de asignación de otro Estado miembro de la Unión Europea; en un tercer país con compromiso de reducción o limitación de emisiones que sea parte del [Protocolo de Kioto a la Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio Climático](#), siempre que exista previo reconocimiento en un instrumento internacional y, finalmente, en una reducción certificada de emisión o una unidad de reducción de emisiones procedentes de los mecanismos de desarrollo limpio o de aplicación conjunta (vid. art. 20.6 Ley 1/2005).

¹⁵⁶ En efecto, todos los derechos de emisión de gases GEI conceden a su titular la facultad de emitir «una tonelada equivalente de dióxido de carbono», calculada utilizando los potenciales de calentamiento atmosférico definidos en la decisión 2 de la tercera Conferencia de las Partes.

¹⁵⁷ Como señala DIEZ PICAZO, «el término final es un determinado momento que marca la expiración de la relación obligatoria. El término final aparece ante todo como el momento que pone fin a la relación» (DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 352), pág. 328).

¹⁵⁸ Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2010, de 5 de julio, sobre la Ley 1/2005, de 9 de marzo, el mencionado carácter derivaba de lo establecido en el derogado artículo 15 Ley 1/2005, por virtud del cual cada Plan Nacional de asignación tenía un periodo de vigencia limitado, —el primero de tres años a contar desde el 1 de enero de 2005, esto es, hasta el 1 de enero de 2008, y los ulteriores de cinco años cada uno—, transcurrido el cual, y a tenor del modificado artículo 27.3 de la citada ley, los derechos de emisión caducaban automáticamente en el plazo de cuatro meses contados desde la finalización del periodo de vigencia de cada Plan

son derechos de contenido patrimonial, susceptibles de valoración económica, pues, su valor en el mercado es cuantificado y determinado por la facultad que concede, la de emisión exenta de sanción económica, de acuerdo con el principio de «quien contamina, paga», y ello, precisamente por la utilidad que están llamados a cumplir en cuanto instrumentos económicos e incentivo para aligerar la carga del cumplimiento de las obligaciones de reducción de emisiones^{159/160}.

En este sentido, su utilidad y función en el régimen del que derivan radica fundamentalmente en que, por tratarse de derechos transmisibles o negociables entre cualquier persona física o jurídica de la Unión Europea y entre éstas y las personas físicas o jurídicas nacionales de terceros Estados, en los términos del artículo 21 Ley 1/2005, son especialmente aptos para ser objeto de libre circulación y transmisión, alcanzando de esa forma la finalidad para la que fueron creados¹⁶¹, en especial, para ser objeto de negociación en sistemas y plataformas multilaterales de negociación de derechos de emisión.

c) Los derechos de emisión de GEI en cuanto instrumentos financieros.

Con la aprobación de la Ley 1/2005 se otorga carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a un nuevo instrumento que incentiva la reducción de emisiones de gases GEI, cuyas características y régimen de transmisión favorecen su negociación en mercados generalizados.

La configuración que el propio régimen otorga a los derechos de emisión, esto es, su carácter de derechos libremente transmisibles y su particular

Nacional de asignación, o lo que es lo mismo, transcurridos cuatro meses desde el inicio del siguiente período de cumplimiento. En consecuencia, la caducidad automática por transcurso del plazo previsto en el citado artículo 27.3, llevaba consigo la cancelación del derecho en el registro, sin que los titulares de derechos no consumidos antes de su cancelación puedan exigir la sustitución automática de éstos por otros para el nuevo período de vigencia (art. 19 Ley 1/2005), ni puedan tampoco utilizarlos para emisiones posteriores.

Tras la reforma operada por la Ley 13/2010, de 5 de julio, el nuevo régimen sigue predicando la caducidad automática de los derechos de emisión, pues se incorpora el denominado «período de comercio» que sustituye lo que en el régimen anterior se correspondía con el período de vigencia de un Plan Nacional de asignación. Como consecuencia de ello, los derechos de emisión sólo son válidos para un período de comercio dado, caducando automáticamente transcurrido el plazo legalmente establecido. En este sentido, el nuevo art. 19 bis Ley 1/2005 establece al respecto que «1. Los derechos de emisión serán válidos para las emisiones producidas durante un período de tiempo determinado, denominado período de comercio. Transcurrido el plazo de cuatro meses contados desde la finalización de cada período de comercio, los derechos de emisión válidos para ese período caducarán automáticamente y se suprimirán de oficio por la autoridad competente en materia de registro».

No obstante ello, una vez finalizado el período, los haberes de los titulares de cuenta podrán intercambiarse por derechos correspondientes al siguiente período. En este sentido, se dice que los derechos son arrastrables entre períodos (art. 19 bis) 1 Ley 1/2005).

¹⁵⁹TIETENBERG, TH., *Emissions Trading: An Exercise in reforming Pollution Policy*9, 1985.

¹⁶⁰ Los costes asociados al cumplimiento del Protocolo de Kioto para las empresas pueden llegar a ser excesivamente onerosos. Por eso, los derechos de emisión son un instrumento especialmente diseñado para facilitar el cumplimiento de las obligaciones (sobre la relación coste-efecto de los derechos de emisión, vid. GOLDSCHHEIN, P.S., «Going Mobile: Emissions Trading Gets a Boost From Mobile Source Emission Reduction Credits», en *UCLA J. Environmental Law and Policy*, 225, 1994-1995, págs. 231-232).

¹⁶¹ El uso de este mecanismo permite a las empresas superar su cuota de emisiones a condición de que encuentren otra que, habiendo emitido una cantidad de gases inferior al límite máximo permitido, esté dispuesta a ceder su cuota sobrante. Los derechos sobrantes provienen de cuotas excedentarias, esto es, de derechos no utilizados para cumplir con la obligación de entrega (art. 27.2 Ley 1/2005). Quienes consiguen reducir sus emisiones por debajo de la capacidad que los derechos de emisión les permite emanar, pueden transmitir los excedentarios a los países que les resulte difícil u oneroso satisfacer sus objetivos. En definitiva, el vendedor consigue un estímulo para reducir sus emisiones y el comprador puede más fácilmente cumplir con su compromiso.

régimen de transmisión generalizada e impersonal, lejos de reducirlos a meros instrumentos para el cumplimiento de las obligaciones de reducción impuestas por aquél, los ha convertido en una interesante opción de inversión para cualquier tipo de inversor.

En la actualidad la Comisión Europea ha reconocido que la falta de regulación y supervisión de los mercados donde se negocian este tipo de instrumentos ha generado una compleja problemática jurídica y distorsiones que han redundado negativamente en su función como mecanismos eficientes de reasignación.

Es por ello, que la Unión Europea, a través de sendas propuestas de reforma de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva MiFID), y del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento [EMIR] relativo a los derivados OTC, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones [Bruselas, 20.10.2011, COM(2011) 652 final], incluyan expresamente a los derechos de emisión de GEI dentro del catálogo de instrumentos financieros^{162/163}.

Aun cuando esta cuestión ya fue planteada con anterioridad a estas propuestas legislativas comunitarias por la doctrina española¹⁶⁴, desde luego, su propuesta comunitaria de inclusión en el catálogo de instrumentos financieros refuerza la posición que aboga en nuestro ordenamiento jurídico por considerar los derechos de emisión en cuanto tales, incluso en los términos establecidos por el art. 2 LMV, lo que constituiría un paso previo hacia el sometimiento y regulación de estos mercados a la LMV.

¹⁶² La fundamentación jurídica de tal carácter financiero es idéntica en ambas propuestas normativas y se establece en términos de oportunidad o funcionalidad. Al constatar que los mercados secundarios al contado de derechos de emisión de la Unión Europea se encuentran sin regular, y habiéndose producido en los mismos una serie de prácticas fraudulentas que podrían minar la confianza en el régimen de comercio de derechos de emisión, las Propuestas someten tales mercados de derechos de emisión a la normativa sobre mercados financieros. De esta forma el legislador comunitario pretende elevar de forma notable el grado de seguridad del mercado de contado de derechos de emisión, garantizando la coherencia con las normas que ya se aplican a los derivados de derechos de emisión de la Unión Europea. Como consecuencia de la regulación propuesta, tanto los mercados de contado como los de derivados de derechos de emisión responderían a un órgano de supervisión único.

La fundamentación jurídica expuesta en el Considerando noveno del texto de la Propuesta de Directiva, encuentra su reflejo en la inclusión del derecho de emisión en el listado de instrumentos financieros de la Sección C del Anexo I del referido texto. Concretamente, el derecho de emisión se introduce en un epígrafe propio del listado de instrumentos financieros, el undécimo, bajo la siguiente redacción «Derechos de emisión consistentes en unidades reconocidas a los efectos de la conformidad con los requisitos de la Directiva 2003/87/CE (Régimen de comercio de derechos de emisión)».

En consonancia con la inclusión del derecho de emisión en el listado de instrumentos financieros de la Propuesta de Directiva, la Propuesta del Reglamento anteriormente referido, en su Considerando trigésimo séptimo, establece la necesidad de reforzar la integridad y proteger el funcionamiento eficaz de los mercados de derechos de emisión, integrándolos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/6/CE. Consecuentemente, se aplican los requisitos de transparencia pre y post negociación a los mercados de contado de derechos de emisión – artículos 7, 9 y 10 referidos a la transparencia para los centros o sistemas de negociación y artículos 17 y 20 referidos a la transparencia para las empresas de inversión–.

¹⁶³ Las Propuestas de reforma de la Directiva MiFID (MiFID2) y Reglamento citadas se encuentran pendientes de negociación y aprobación por el Parlamento y el Consejo Europeos a la fecha de elaboración del presente trabajo. Su futura aprobación en los términos anteriormente expuestos supondría un hito legislativo que aportaría seguridad jurídica a la regulación de los derechos de emisión y del mercado en el que se negocian, redundando en una mayor eficacia del régimen de comercio de emisiones de la Unión Europea y avalando la tesis que hemos mantenido.

¹⁶⁴ V. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ I., «Los sistemas españoles de negociación de derechos de emisión de gases GEI», en AA.VV., *Libro Homenaje al Prof. Vicente Cuñat Edo*, Valencia, 2010, págs. 755 a 784, y «La negociación secundaria de derechos de emisión de gases GEI: regulador», en *Revista de derecho del mercado de valores*, 2012, Nº 10, pp. 63-76.

Asumiendo, como lo hace la doctrina, las dificultades que entraña intentar delimitar la supervisión de los mercados de valores y su regulación en función de un concepto legalmente restrictivo de instrumento financiero, que implica que queden al margen del régimen de transparencia y protección del inversor nuevos productos negociados¹⁶⁵, el intento por acotar dentro del ámbito objetivo de la LMV la negociación de derechos de emisión GEI, no parece desde luego desdeñable.

El análisis propuesto, además de acometer modestamente una primera aproximación a la consideración de los nuevos productos e instrumentos cuya irrupción en los mercados financieros es evidente, encuentra su justificación precisamente en las constantes reformas que sobre el citado art. 2 LMV ha realizado el legislador, en clara respuesta al fracaso obtenido en la tarea de acotar el ámbito de aplicación de la normativa del mercado de valores a través del concepto de *valor negociable* y, posteriormente, del más amplio concepto de *instrumento financiero*¹⁶⁶. Tales reformas, sin duda, arrojan la siempre ardua labor por parte del legislador de someter y regular a través de un único concepto, el ámbito de aplicación de la normativa del mercado de valores y deben llevar, cuanto menos, a reconsiderar nuevas fórmulas de sometimiento, control y supervisión sobre las nuevas formas de captación de la inversión.

Dadas las especiales características del derecho de emisión de gases GEI, en especial su carácter libremente transmisible¹⁶⁷, éste se ha convertido en objeto de negociación habitual en plataformas y sistemas de negociación en la que concurren, además de los sujetos sometidos al ámbito de la Ley 1/2005, otros inversores y ahorradores que optan por la adquisición en el mercado de este tipo de activos.

Por ello, resulta oportuno abordar la cuestión de si nos encontramos ante derechos considerados, en los términos previstos en el art. 2 LMV, como «instrumentos financieros», y, por tanto, ante derechos cuya negociación debe someterse a los imperativos de la citada normativa¹⁶⁸.

Desde esta perspectiva se plantea la cuestión acerca de si estamos ante auténticos sistemas de negociación de instrumentos financieros, de modo que la consideración del objeto de negociación de estas plataformas como «instrumentos financieros» en los términos establecidos por el art. 2 LMV, constituiría un paso más hacia el sometimiento y regulación de estos mercados a la LMV. El análisis propuesto, además de acometer modestamente una primera

¹⁶⁵ RECALDE CASTELLS, A., «Acotación del Derecho de los mercados de “valores” e “instrumentos financieros” en tiempos de cambio (supervisión, transparencia y nuevos productos financieros)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año nº 29, Nº 118, 2010, pág. 14.

¹⁶⁶ Constatando esta realidad, vid. RECALDE CASTELLS, A. “Los ‘valores negociables’ ¿concepto delimitador del derecho del mercado de valores?”, *RDBB* nº 74, 1999, págs. 95, y en Martínez Simancas-Alonso Ureba (dirs.), *Instituciones del mercado financiero*, V, Madrid 1999, 2573; FARRANDO, “El concepto de ‘valor negociable’”, en *Estudios hom. Menéndez*, I, Madrid, 1996, 1206 yss.; GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Representación de acciones por medio de anotaciones en cuenta*, Valencia 1999, 217 y ss., 227 y s.

¹⁶⁷ Así como también por su régimen de transmisión, que facilita su libre circulación, pero sobre todo por la finalidad de su régimen, que pretende la reasignación de los recursos escasos a través de los mecanismos del mercado y, consecuentemente, el llamamiento a la captación de la inversión y ahorro público.

¹⁶⁸ De acuerdo con los apartados 2 a 8 del art. 2 LMV, no parece que el posible sometimiento de los aspectos relativos a negociación de los derechos de emisión de gases GEI a la normativa del mercado de valores tenga en el concepto de instrumento financiero su piedra angular.

En relación con la inclusión del concepto «instrumento financiero» en el ámbito objetivo de la LMV, y su capacidad para incluir determinados instrumentos definidos en la Sección B del Anexo de la Directiva de Servicios de Inversión, vid. KIRCHNER, P./SALINAS, C., *La reforma de la Ley del Mercado de Valores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 65 y 66.

aproximación a la consideración de los nuevos productos e instrumentos cuya irrupción en los mercados financieros es evidente, encuentra su justificación precisamente en las constantes reformas que sobre el citado art. 2 LMV ha realizado el legislador, en clara respuesta al fracaso obtenido en la tarea de acotar el ámbito de aplicación de la normativa del mercado de valores a través del concepto de *valor negociable* y, posteriormente, del más amplio concepto de *instrumento financiero*¹⁶⁹. Tales reformas, sin duda, arrojan la siempre ardua labor por parte del legislador de someter y regular a través de un único concepto, el ámbito de aplicación de la normativa del mercado de valores y deben llevar, cuanto menos, a reconsiderar nuevas fórmulas de sometimiento, control y supervisión sobre las nuevas formas de captación de la inversión.

Dadas las especiales características del derecho de emisión de gases GEI, en especial su carácter libremente transmisible¹⁷⁰, éste se ha convertido en objeto de negociación habitual en plataformas y sistemas de negociación en la que concurren, además de los sujetos sometidos al ámbito de la Ley 1/2005, otros inversores y ahorradores que optan por la adquisición en el mercado de este tipo de activos.

Por ello, resulta oportuno abordar la cuestión de si nos encontramos ante derechos considerados, en los términos previstos en el art. 2 LMV, como «instrumentos financieros», y, por tanto, ante derechos cuya negociación debe someterse a los imperativos de la citada normativa¹⁷¹.

El planteamiento de esta cuestión cobra especial interés al hilo de la reforma operada en el citado art. 2 LMV por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que, tras delimitar su ámbito objetivo de aplicación, circunscribiéndolo a «1. Los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones», incorpora una cláusula general por virtud de la cual «tendrán la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero».

En particular, son varias las novedades introducidas en la nueva redacción del art. 2 LMV que hacen, si cabe, más oportuno el planteamiento de la cuestión.

En primer lugar, asume un concepto más amplio, el de *instrumento financiero*, dentro del que se encontraría el de «valor negociable».

En segundo lugar, y pese a recoger un listado de lo que ha de considerarse en todo caso «valor negociable» a los efectos de la LMV, los términos de la redacción del párrafo 2º del art. 2.1 LMV no excluyen de tal consideración a

¹⁶⁹Constatando esta realidad, vid. RECALDE CASTELLS, A. “Los ‘valores negociables’ ¿concepto delimitador del derecho del mercado de valores?”, *RDBB* nº 74, 1999, págs. 95, y en Martínez Simancas-Alonso Ureba (dirs.), *Instituciones del mercado financiero*, V, Madrid 1999, 2573; FARRANDO, “El concepto de ‘valor negociable’”, en *Estudios hom. Menéndez*, I, Madrid, 1996, 1206 yss.; GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Representación de acciones por medio de anotaciones en cuenta*, Valencia 1999, 217 y ss., 227 y s.

¹⁷⁰ Así como también por su régimen de transmisión, que facilita su libre circulación, pero sobre todo por la finalidad de su régimen, que pretende la reasignación de los recursos escasos a través de los mecanismos del mercado y, consecuentemente, el llamamiento a la captación de la inversión y ahorro público.

¹⁷¹ De acuerdo con los apartados 2 a 8 del art. 2 LMV, no parece que el posible sometimiento de los aspectos relativos a negociación de los derechos de emisión de gases GEI a la normativa del mercado de valores tenga en el concepto de instrumento financiero su piedra angular.

En relación con la inclusión del concepto «instrumento financiero» en el ámbito objetivo de la LMV, y su capacidad para incluir determinados instrumentos definidos en la Sección B del Anexo de la Directiva de Servicios de Inversión, vid. KIRCHNER, P./SALINAS, C. *La reforma de la Ley del Mercado de Valores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 65 y 66.

otros derechos «de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión» sean susceptibles de «tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero».

Finalmente, porque el citado precepto incorpora entre sus apartados el número 8, que incluye dentro del catálogo de instrumentos financieros los «contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro supuesto que lleve a la rescisión del contrato), así como cualquier otro contrato de instrumentos financieros derivados relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en los anteriores apartados del presente artículo, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía»

Por ello, no apareciendo expresamente reconocidos los derechos de emisión de gases GEI en el listado de derechos considerados «en todo caso» como instrumentos financieros, la sumisión de éstos al ámbito de la LMV ha de dirimirse en los términos expresados por la cláusula general del art. 2.1 LMV.

En efecto, y de acuerdo con dicho precepto, caracteres propios de los valores negociables son, *a priori*, los previstos en la cláusula general, esto es, que se trate de derechos de contenido patrimonial, o lo que es lo mismo, de derechos susceptibles de valoración económica y que, además, sean especialmente aptos de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero, esto es, que se trate de derechos que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, no estén sujetos a ningún tipo de restricción a su libre transmisibilidad. En definitiva, de acuerdo con el art. 2.1 LMV, valor negociable es aquel del que se puede predicar su negociabilidad, entendida ésta como susceptibilidad para ser transmitido de forma generalizada e impersonal en un mercado de índole financiera, tanto por concurrir en él condiciones intrínsecas que permitan su fácil transmisibilidad (instrumento de representación), como condiciones extrínsecas, tales como que se trate de derechos con una suficiente difusión entre el público y objeto de un volumen mínimo de transacciones en mercados de índole financiera, sea ésta o no oficial^{172/173}.

Siendo, por tanto, la negociabilidad elemento definitorio del concepto valor negociable, añade el art. 2.1 que se encuentran sometidos al ámbito de la LMV, los valores negociables «agrupados en emisiones»¹⁷⁴ que, en cuanto manifestación extrínseca de la negociabilidad, hace referencia al conjunto de características ya definidas en la redacción anterior del art. 2 LMV, y alude a

¹⁷²KIRCHNER, P./SALINAS, C., *últim. op. cit.*, pág.48.

¹⁷³ Sobre el concepto de valor negociable, v., entre otros, RECALDECASTELLS, A. «Los valores negociables», en AA. VV., *Derecho del Mercado Financiero. Entidades del Mercado Financiero (control público y crisis). Mercados y valores* (ALONSO UREBA, A. Y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y FUENTES, J.), Tomo I, Vol. II, Madrid, 1994, págs. 265 a 310; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario al artículo 2 del Real Decreto 291/1992», en AA.VV., *Régimen jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta de valores* (dir. SÁNCHEZ CALERO, Madrid, 1995, págs. 25 a 57. Más recientemente, con motivo de la reforma operada, vid. LÓPEZ SANTANA, N., «El ámbito objetivo del mercado de valores: delimitación del concepto “valor negociable” tras la introducción del concepto “instrumento financiero” y aproximación a éste último», en *RDBB*, núm. 88, 2002, págs.. 75 a 126.

¹⁷⁴ Vid. nota a pie de página 172.

aquellos derechos que, procediendo de un mismo emisor, sean homogéneos por concurrir en ellos las siguientes notas: formar parte de una misma operación financiera o responder a una unidad de propósito, tener la misma naturaleza y régimen de transmisión y, finalmente, atribuir a sus titulares un contenido sustancialmente similar de derechos y obligaciones. Que los valores negociables hayan de estar agrupados en emisiones implica su carácter de cosa fungible, esto es, que atribuyan a sus titulares un conjunto sustancialmente similar de derechos y obligaciones que les permita poder ser sustituibles entre sí.

Analizados los elementos definitorios del concepto de «valor negociable», puede advertirse cómo los derechos de emisión de gases GEI, en cuanto objeto de negociación en las actuales plataformas, presentan no pocas peculiaridades que los acercan considerablemente a aquél.

Así en nuestro Derecho están configurados como derechos de contenido patrimonial, que incorporan un conjunto de facultades susceptibles de valoración económica en el mercado¹⁷⁵, y que además se caracterizan por estar agrupados en emisiones. En concreto en un única emisión, bien a cargo del Estado, durante los dos primeros períodos de aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión, en los que a través de los distintos Planes Nacionales de asignación se han emitido derechos de emisión para cada período que, de acuerdo con los arts. 14.1.a) y 15. 2 de la Ley 1/2005, era de cinco años¹⁷⁶; bien a cargo de la Comisión Europea, a quien corresponde la aprobación y determinación del volumen de derechos de emisión que a nivel comunitario serán subastados a partir del período 2013-2020.

Por otra parte, por su propia configuración y naturaleza son derechos transmisibles que, precisamente por la función que están llamados a cumplir dentro del sistema, se caracterizan por su libre circulación. Así de su régimen de transmisión, no sometido a restricciones de carácter intrínseco, destaca su especial susceptibilidad para ser objeto de negociación en mercados generalizados (arts. 20.4 y 21 Ley 1/2005) y su instrumentación a través de anotaciones en cuenta, lo que los convierte en instrumentos especialmente aptos para el tráfico generalizado e impersonal. A ello cabe añadir que a los derechos de emisión de gases GEI, le son predicables condiciones extrínsecas de negociabilidad, relativas a su ámbito de negociación, como son, por un lado, una suficiente difusión entre el público, facilitada en gran parte por la emisión a través del PNA correspondiente mediante real decreto (derogado art. 14.2 Ley 1/2005) y la publicación por la Comisión Europea en los términos previstos en el art. 9 Directiva 2003/87/CE¹⁷⁷ y, por otro, un volumen mínimo de transacciones, asegurado éste último precisamente por la función que están llamados a cumplir en el régimen de comercio de derechos de emisión, que

¹⁷⁵ Es especialmente predicable este carácter de los derechos de emisión de gases GEI, en la medida en que, por un lado, y como establece el art. 20.1 de la Ley 1/2005, son derechos subjetivos «a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley», facultad que, por otro lado, permite a su titular cumplir con la obligación de entrega y, por ende, evitar la correspondiente sanción administrativa por infracción del art. 29.2.e) consistente en «multa de 100 euros por cada tonelada emitida en exceso (...)» (vid. art. 30.1.a).5 Ley 1/2005).

¹⁷⁶ Este es el caso de los derechos de emisión aprobados por los Planes nacionales de asignación correspondientes a los dos períodos de aplicación del régimen de comercio, los PNAs 2005-2008 y 2008-2012.

¹⁷⁷ El apartado 2º del art. 9 de la Directiva 2003/87/CE, modificado por la Directiva 2009/29/CE, establece al respecto que «(a) más tardar el 30 de junio de 2010, la Comisión publicará la cantidad de derechos de emisión para la Comunidad en su conjunto en términos absolutos correspondiente a 2013, basándose en las cantidades totales de derechos expedidos o por expedir por los Estados miembros de acuerdo con las decisiones de la Comisión sobre sus planes nacionales de asignación para el período 2008-2012».

garantiza su condición como objeto de negociación, cuanto menos, entre los sujetos sometidos al ámbito de la Ley 1/2005.

3.3.- La inclusión de los derechos de emisión de gases GEI entre los “instrumentos financieros” de la Directiva MiFID. Consecuencias.

En los últimos años ha aumentado el número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama cada vez más amplia y compleja de servicios e instrumentos financieros, ámbitos de negociación e instrumentos que hasta ahora habían quedado al margen del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria reguladora de los mercados de valores y, por tanto, habían debilitado el régimen de protección de los inversores de estos nuevos activos financieros.

Una de las novedades más relevantes acogidas por la revisión de la Directiva MiFID es precisamente la inclusión de nuevos activos financieros en el catálogo de instrumentos financieros. Más concretamente, la reforma considera conveniente incluir en esta lista determinados instrumentos derivados sobre materias primas y otros constituidos y negociados de un modo que plantea cuestiones de reglamentación comparables a las de los instrumentos financieros tradicionales.

Sin embargo, el legislador comunitario incluye en el catálogo expresamente a los derechos de emisión de GEI, tras reconocer que, contrariamente a la negociación de derivados, los mercados secundarios al contado de derechos de emisión de la UE carecen de regulación específica. Así, se refiere, concretamente a los «derechos de emisión consistentes en unidades reconocidas a los efectos de la conformidad con los requisitos de la Directiva 2003/87/CE (Régimen de comercio de derechos de emisión)». Y esta inclusión de los derechos de emisión la realiza desde su consideración como *valores no participativos*, junto a los bonos y obligaciones, productos de financiación estructurada y derivados.

En efecto, la actual situación en cuanto a la negociación de estos instrumentos ha originado que en los mercados al contado de este tipo de instrumentos se hayan producido una serie de prácticas fraudulentas que, desde luego, han minado la confianza en el régimen de comercio de derechos de emisión (RCDE), instituido por la Directiva 2003/87/CE (en adelante Directiva RCDE).

La propuesta, que refuerza el efecto garante de las medidas paralelas establecidas por la Directiva RCDE en materia de registro de derechos de emisión de la UE así como las condiciones de apertura de una cuenta para comerciar con estos derechos, somete a todo el mercado de derechos de emisión a la normativa sobre mercados financieros y al control de un supervisor único. Sin duda, el sometimiento de los mercados al contado y derivados sobre derechos de emisión de GEI aumenta notablemente el grado de seguridad de las transacciones que en ellos se ejecutan. En particular, supone un mayor nivel de seguridad en este tipo de mercados, en la medida en que además supone la asunción por bancos y empresas de inversión de un papel más activo en el examen de potenciales negociadores al contado, en la medida en que a ellos se les impone la obligación de supervisar la actividad en el mercado para detectar fraudes, abusos o blanqueo de capitales.

a) Inclusión en el ámbito de aplicación de la LMV y normativa de desarrollo.

La inclusión de los derechos de emisión de GEI en la lista de instrumentos financieros, parte de su consideración como activos con unas determinadas características intrínsecas y extrínsecas que los hacen especialmente aptos para su negociación generalizada e impersonal en mercados de índole financiero.

Así, en cuanto instrumentos económicos destinados al servicio de una política medioambiental de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, los derechos de emisión, y también las unidades de Kioto, facilitan el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los titulares de instalaciones fijas y operadores aéreos sometidos a la limitación y control de sus emisiones^{178/179}, mediante el otorgamiento de “permisos”¹⁸⁰ que aligeran económicamente la obligación de reducir las emisiones¹⁸¹. Estos permisos o *allowances* confieren a su titular la capacidad para emitir gases GEI a la atmósfera sin pagar por esa emisión, y eximirse de la obligación derivada del principio inspirador del Protocolo de Kioto de que «quien contamina paga»¹⁸².

Se trata, por tanto, de derechos con características específicas que presentan determinadas notas, como su negociabilidad, que permiten identificarlos como instrumentos financieros¹⁸³. Por un lado, todos los derechos de emisión, independientemente de su origen y del acto de emisión¹⁸⁴ del que procedan tienen naturaleza fungible, en el sentido apuntado por el artículo 20.1 de la Ley 1/2005¹⁸⁵, además de encontrarse sometidos a término final^{186/187}. Por

¹⁷⁸TIETENBERG, TH., *Emissions Trading: An Exercise in reforming Pollution Policy*, 1985.

¹⁷⁹ Los costes asociados al cumplimiento del Protocolo de Kioto para las empresas pueden llegar a ser excesivamente onerosos. Por eso, los derechos de emisión son un instrumento especialmente diseñado para facilitar el cumplimiento de las obligaciones (sobre la relación coste-efecto de los derechos de emisión, vid. GOLDSCHHEIN, P.S., «Going Mobile: Emissions Trading Gets a Boost From Mobile Source Emission Reduction Credits», en *UCLA J. Environmental Law and Policy*, 225, 1994-1995, págs. 231-232).

¹⁸⁰ TIETENBERG, TH., *Emissions Trading: An Exercise in reforming Pollution Policy*, 1985.

¹⁸¹ Los costes asociados al cumplimiento del Protocolo de Kioto para las empresas pueden llegar a ser excesivamente onerosos. Por eso, los derechos de emisión son un instrumento especialmente diseñado para facilitar el cumplimiento de las obligaciones (Sobre la relación coste-efecto de los derechos de emisión, v. GOLDSCHHEIN, P.S., «Going Mobile: Emissions Trading Gets a Boost From Mobile Source Emission Reduction Credits», en *UCLA J. Environmental Law and Policy*, 225, 1994-1995, págs. 231-232).

¹⁸² Precisamente, unas de las mayores críticas vertidas sobre el régimen comunitario, principalmente durante los dos años de aplicación de dicho régimen, aunque en gran parte subsanada con la introducción de la subasta como método de asignación fundamental, era precisamente que la asignación gratuita de los derechos de emisión no respondía precisamente al principio «quien contamina paga», toda vez que constituía un elemento distorsionador en la técnica del mercado como mecanismo de reasignación eficiente de recursos escasos.

¹⁸³ V. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., «Los sistemas españoles de negociación de derechos de emisión de gases GEI», en AA.VV., *Libro Homenaje al Prof. Vicente Cuñat Edo*, Valencia, 2010, págs. 755 a 784.

¹⁸⁴ Los derechos de emisión pueden tener su origen en el correspondiente Plan nacional de asignación español (art. 20. 6 a) Ley 1/2005), a través del cual el Gobierno establece el número o cantidad total de derechos que se prevé asignar para cada uno de los concretos períodos (arts. 14.1 y 20.6 a) de Ley 1/2005), -y cuya específica asignación a cada uno de los titulares de instalaciones se realiza a través de la asignación individualizada regulada en el art. 19 de la Ley 1/2005-. Pero también en un Plan Nacional de asignación de otro Estado miembro de la Unión Europea; en un tercer país con compromiso de reducción o limitación de emisiones que sea parte del [Protocolo de Kioto a la Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio Climático](#), siempre que exista previo reconocimiento en un instrumento internacional y, finalmente, en una reducción certificada de emisión o una unidad de reducción de emisiones procedentes de los mecanismos de desarrollo limpio o de aplicación conjunta (vid. art. 20.6 Ley 1/2005).

¹⁸⁵ En efecto, todos los derechos de emisión de gases GEI conceden a su titular la facultad de emitir «una tonelada equivalente de dióxido de carbono», calculada utilizando los potenciales de calentamiento atmosférico definidos en la decisión 2 de la tercera Conferencia de las Partes.

otro lado son derechos de contenido patrimonial, susceptibles de valoración económica, pero fundamentalmente, son derechos libremente transmisibles. En este sentido, su utilidad y función en el régimen del que derivan radica fundamentalmente en que, por tratarse de derechos transmisibles o negociables entre cualquier persona física o jurídica de la Unión Europea y entre éstas y las personas físicas o jurídicas nacionales de terceros Estados, en los términos del artículo 21 Ley 1/2005, son especialmente aptos para ser objeto de libre circulación y transmisión, alcanzando de esa forma la finalidad para la que fueron creados¹⁸⁸, en especial, para ser objeto de negociación en sistemas y plataformas multilaterales de negociación de derechos de emisión.

La revisión de la MiFID implica, desde luego, una mayor sujeción de los diferentes ámbitos de negociación de los, a su vez, cada vez más distintos instrumentos financieros sometidos a aquella normativa. Pero, sin duda, una de las novedades más relevantes es la ampliación de su ámbito objetivo de aplicación a nuevos instrumentos financieros, no considerados como tales hasta ésta.

Este es el caso más evidente de los denominados derechos de emisión de gases GEI, que quedaban fuera del ámbito de aplicación. La ausencia de regulación específica y sometimiento expreso a la normativa reguladora de los mercados de instrumentos financieros ha originado concretas irregularidades en el funcionamiento de los distintos sistemas y plataformas de negociación

¹⁸⁶ Como señala DIEZ PICAZO, «el término final es un determinado momento que marca la expiración de la relación obligatoria. El término final aparece ante todo como el momento que pone fin a la relación» (DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 352), pág. 328).

¹⁸⁷ Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2010, de 5 de julio, sobre la Ley 1/2005, de 9 de marzo, el mencionado carácter derivaba de lo establecido en el derogado artículo 15 Ley 1/2005, por virtud del cual cada Plan Nacional de asignación tenía un período de vigencia limitado, —el primero de tres años a contar desde el 1 de enero de 2005, esto es, hasta el 1 de enero de 2008, y los ulteriores de cinco años cada uno—, transcurrido el cual, y a tenor del modificado artículo 27.3 de la citada ley, los derechos de emisión caducaban automáticamente en el plazo de cuatro meses contados desde la finalización del período de vigencia de cada Plan Nacional de asignación, o lo que es lo mismo, transcurridos cuatro meses desde el inicio del siguiente período de cumplimiento. En consecuencia, la caducidad automática por transcurso del plazo previsto en el citado artículo 27.3, llevaba consigo la cancelación del derecho en el registro, sin que los titulares de derechos no consumidos antes de su cancelación puedan exigir la sustitución automática de éstos por otros para el nuevo período de vigencia (art. 19 Ley 1/2005), ni puedan tampoco utilizarlos para emisiones posteriores.

Tras la reforma operada por la Ley 13/2010, de 5 de julio, el nuevo régimen sigue predicando la caducidad automática de los derechos de emisión, pues se incorpora el denominado «período de comercio» que sustituye lo que en el régimen anterior se correspondía con el período de vigencia de un Plan Nacional de asignación. Como consecuencia de ello, los derechos de emisión sólo son válidos para un período de comercio dado, caducando automáticamente transcurrido el plazo legalmente establecido. En este sentido, el nuevo art. 19 bis Ley 1/2005 establece al respecto que «1. Los derechos de emisión serán válidos para las emisiones producidas durante un período de tiempo determinado, denominado período de comercio. Transcurrido el plazo de cuatro meses contados desde la finalización de cada período de comercio, los derechos de emisión válidos para ese período caducarán automáticamente y se suprimirán de oficio por la autoridad competente en materia de registro».

No obstante ello, una vez finalizado el período, los haberes de los titulares de cuenta podrán intercambiarse por derechos correspondientes al siguiente período. En este sentido, se dice que los derechos son arrastrables entre períodos (art. 19 bis) 1 Ley 1/2005).

¹⁸⁸ El uso de este mecanismo permite a las empresas superar su cuota de emisiones a condición de que encuentren otra que, habiendo emitido una cantidad de gases inferior al límite máximo permitido, esté dispuesta a ceder su cuota sobrante. Los derechos sobrantes provienen de cuotas excedentarias, esto es, de derechos no utilizados para cumplir con la obligación de entrega (art. 27.2 Ley 1/2005). Quienes consiguen reducir sus emisiones por debajo de la capacidad que los derechos de emisión les permite emanar, pueden transmitir los excedentarios a los países que les resulte difícil u oneroso satisfacer sus objetivos. En definitiva, el vendedor consigue un estímulo para reducir sus emisiones y el comprador puede más fácilmente cumplir con su compromiso.

donde estos han sido negociados, desde su creación por los distintos Planes Nacionales de Asignación de los diferentes Estados miembros.

No hace mención concreta, en este caso, a los instrumentos financieros derivados sobre derechos de emisión. Sin embargo, parece que habían sido recogidos en el número 10 de la sección C del Anexo I de la Directiva MiFID -y en transposición de aquella, en el art. 2.8 LMV-, cuando expresamente incluía en el catálogo de instrumentos financieros los «contratos de opciones, futuros, permutas («swaps»), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transportes, *autorizaciones de emisión...*». La propuesta de revisión extendería, por tanto, su ámbito de aplicación fundamentalmente a los mercados secundarios al contado de este tipo de instrumentos financieros.

De este modo, la reforma sobre la normativa de instrumentos financieros viene a dar cobertura legal, hasta ahora inexistente, a los mercados secundarios al contado de derechos de emisión. Sin embargo, actualmente también los derechos de emisión se negocian en un mercado primario, la subasta comunitaria, que tiene por objeto la adjudicación de los derechos de emisión en favor de los participantes adjudicatarios para el tercer y los posteriores períodos de aplicación del régimen comunitario de comercio de derechos de emisión. En este ámbito, también urge la formulación de un sistema regulador de la negociación de los derechos de emisión.

En definitiva, y con el fin de garantizar la transparencia y protección del inversor requeridas, la propuesta de revisión insta, por lo a que los mercados primario y secundario al contado de derechos de emisión se refiere, un nuevo régimen de control y supervisión no específicamente reconocido por la normativa comunitaria reguladora de los mercados de instrumentos financieros. En términos generales, la propuesta de revisión amplía los requisitos y principios de las normas de transparencia a los derechos de emisión, partiendo del hecho de que habitualmente son objeto de negociación en mercados OTC, y por tanto, objeto de transacción en ámbitos donde no siempre se considera suficiente el nivel existente de transparencia.

Las consecuencias de la inclusión de los derechos de emisión de gases GEI entre los instrumentos financieros de la Directiva MiFID en nuestro Ordenamiento son, en primer lugar, su inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores. En segundo lugar, cabe destacar el conjunto de obligaciones para los operadores y de derechos de los inversores que deben ser observadas y garantizados, respectivamente.

Hasta la fecha, los derechos de emisión de gases GEI no se han considerado incluidos en el ámbito de aplicación de la LMV y la propuesta de revisión de la Directiva MiFID supondrá su sujeción al marco de la LMV. Esta aproximación encuadra claramente en la tendencia a sustituir el concepto de valor negociable por el de instrumento financiero, de mayor amplitud, en el ámbito de la LMV¹⁸⁹.

Como han puesto de manifiesto RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y MATEOS ANSÓTEGUI, la consideración del objeto de negociación de las plataformas de negociación multilateral de derechos de emisión como “instrumentos financieros”, que es lo que propone el legislador comunitario, en nuestro esquema doméstico lleva a considerar el sometimiento y regulación de estos

¹⁸⁹ Esta tendencia ha sido descrita, entre otros, por: RECALDE CASTELLS, A.: “Los valores negociables ¿concepto delimitador del derecho de mercado de valores” RDBB, nº 74, 1999, p. 95; GONZALEZ CASTILLA, F.: Representación de acciones por medio de anotaciones en cuenta, Valencia 1999, p. 217 y ss.

mercados a la LMV, que tiene por objeto la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros¹⁹⁰.

Por eso, señala RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, el especial interés de esta cuestión a raíz de la modificación del artículo 2 de la LMV por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que afirma que tendrán la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualesquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero”. El concepto, la naturaleza y las características de los derechos de emisión invitan a su inclusión en la categoría jurídica de los “valores negociables” en los términos expuestos de la LMV.

Asimismo, afectarían a la validez de los contratos de compraventa de derechos de emisión de gases GEI los artículos 26 y siguientes de la Ley 23/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores relativos a la contratación de productos financieros, en este aspecto es fundamental tener en cuenta que dicha norma exige como requisito ineludible la entrega previa a la firma del contrato de un folleto informativo (lo que no ha tenido lugar); así como en general, todas las especificaciones de dicha Ley del Mercado de Valores acerca de los deberes en materia de información, transparencia y publicidad (*Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*).

De igual modo, las empresas de inversión deberán garantizar el cumplimiento de las disposiciones de los artículos 78 y 79 de la citada LMV. De conformidad con los citados preceptos, las entidades bancarias deben respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía. Estos preceptos contienen el deber de diligencia y transparencia en interés de sus clientes que rige para las entidades de crédito, que deben desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fueran los propios y asegurándose de que disponen de toda la información necesaria.

En todo caso, las actuaciones de las entidades bancarias deberán respetar los Principios de Imparcialidad, Diligencia, Transparencia y Buena Fe, contenidos tanto en el ya derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, como ya actualmente, por el vigente Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre¹⁹¹.

¹⁹⁰ Véase: MATEO ANSÓTEGUI, A.I.: Instrumentos financieros y Derechos de emisión de GEI, Documento de trabajo WP-CEU-UCH EE 2010,-03, p. 4; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: “La negociación secundaria de ...”, p. 55.

¹⁹¹ El anexo de la derogada norma contenía un Código de Conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de inversión, como frente al cliente proporcionándole la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión “haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva”, según el artículo 5.3. La Ley 47/2007 que modificó la LMV, continuó con el desarrollo normativo comunitario de la protección del cliente al introducir la distinción entre clientes profesionales y minoristas a los fines de distinguir el comportamiento debido respecto de unos y otros (artículo 78 bis LMV) y regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a lo fines de que el cliente puede tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos

b) Derecho de información

Antes de la inversión, el deber de transparencia y diligencia de la entidad crediticia ha de resultar probado mediante la constancia documental de la solicitud de información al cliente en función de producto o servicio que le vaya a prestar.

En el marco de las Directivas comunitarias sobre prestación de servicios financieros adoptadas en el marco de la realización del Mercado Único, los prestadores de servicios de inversión deben asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes pero también de mantenerlos siempre adecuadamente informados¹⁹².

Es el principio anglosajón de *truth in lending*, consistente en el deber de informar verazmente, de manera clara y uniforme de los costes condicionando la actividad publicitaria y determinando la conducta de las entidades en la preparación de la contratación bancaria.

En el Ordenamiento jurídico se parte de un concepto amplio de la información que puede ser precontractual (folleto de tarifas, tablón de anuncios) contractual (entrega de ejemplar de contrato, contenidos del documento contractual, modificación de las condiciones del crédito) o sobre la ejecución del contrato (Liquidación de operaciones, criterios de valoración de los adeudos y abonos).

Después de contratar, tiene derecho a recibir los extractos y los documentos de liquidación de intereses y comisiones bancarias, según la [Orden de 12.12.1989](#) y la [Circular del Banco de España 8/1990](#) y disponer de un procedimiento para resolver sus reclamaciones, quejas y consultas, en caso de no estar de acuerdo con la entidad en las operaciones que le afecten, o ante cualquier duda que le pueda surgir¹⁹³.

El respeto del Ordenamiento jurídico-administrativo bancario por la entidad que comercialice sus derechos se basará en la información correcta, amplia y veraz del producto y de sus riesgos¹⁹⁴.

asociados a los instrumentos y estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79 bis LMV). Seguidamente, el Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, desarrolló esta disposición de la LMV en sus artículos 60 y siguientes, estableciendo el test de conveniencia, las disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia.

¹⁹² Sobre la trasposición de la Directiva MiFid en nuestro Ordenamiento véase, entre otros: DE LA MATA MUÑOZ, A.: “La función de cumplimiento normativo en el ámbito de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión: de Basilea II a Mifid y su transposición en España. El reconocimiento legislativo de una realidad práctica” Revista de Derecho Bancario y Bursatil, 2009 ENE-MAR; XXVIII, (113) P. 145-169; MORENO ESPEJO, A. y BUENAVENTURA CANINO, E.: en *Economiaz*, nº 66, 3er cuatrimestre 2007, p. 144 a 163.

¹⁹³ Estas Órdenes y Circulares están accesibles en www.bde.es

¹⁹⁴ En el caso que nos ocupa, se trata de contratos tipo que, como tal, han de ajustarse al contenido de las normas del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El art. 14.2 de la citada norma dispone que los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda.

c) El acuerdo básico de inversión

A tenor del art. 15.1 LMV, resulta obligatoria la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, debidamente suscrito por las partes en las operaciones en las que exista contrato-tipo¹⁹⁵.

En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas¹⁹⁶.

Por haber trascurrido el plazo de trasposición de la modificación de la Directiva cuya modificación se ha propuesto, en el procedimiento de contratación, se deberá respetar los principios y normas del llamado espacio MIDIF, como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 CE, y el Reglamento CE 1287/2006.

La Directiva referida establece que las empresas de inversión que presten servicios de inversión, exceptuado el asesoramiento en materia de inversión, a nuevos clientes minoristas deben celebrar con el cliente un acuerdo básico y por escrito en el que se especifiquen los derechos y obligaciones esenciales de la empresa y del cliente. Sin embargo, no impone ninguna otra obligación en lo relativo a la forma, el contenido y la ejecución de los contratos de prestación de servicios de inversión o servicios auxiliares.

d) Distinción entre clientes minoristas y profesionales: test de conveniencia y test de idoneidad

Deben establecerse requisitos de información apropiados y proporcionados que tengan en cuenta si el cliente es minorista o profesional. Uno de los objetivos de la Directiva 2004/39/CE es asegurar un equilibrio proporcionado entre la protección de los inversores y las obligaciones de revelación aplicables a las empresas de inversión.

Las empresas de inversión deben proporcionar a sus clientes o posibles clientes información adecuada sobre la naturaleza de los instrumentos financieros y de los riesgos asociados con la inversión en los mismos, de modo que los clientes puedan adoptar cada decisión de inversión sobre la base de una información adecuada.

¹⁹⁵ Por ejemplo, en nuestro Ordenamiento, la tendencia del legislador a aumentar la protección de la cliente, en cuanto a la obligación de información de las entidades financieras, se manifiesta en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre. Esta norma dispone, en su artículo 64, que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional.

¹⁹⁶ En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información: a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión. b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse. c) La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero. d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.

El nivel de detalle de dicha información puede variar en función de la condición del cliente, esto es, según se trate de un cliente minorista o un cliente profesional, así como de la naturaleza y el perfil de riesgo de los instrumentos financieros que se estén ofreciendo, pero esa información no debe ser nunca tan general que se omitan elementos esenciales¹⁹⁷.

Así, en los casos de compra/venta, cuando se trata de un producto complejo (futuros, fondos de inversión libre, etc.) será necesario realizar el llamado Test de conveniencia que valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente. Cuando el servicio prestado no sea sólo de compraventa sino de asesoramiento, mediante la realización de una recomendación personalizada, se deberá realizar el test de idoneidad, que suma el test de conveniencia más un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente. Este último teste de idoneidad debe ser realizada por una entidad autorizada por CNMV.

3.4.- Incremento de facultades de las autoridades respecto a los derivados

En su propuesta de reforma, la Comisión europea plantea, en el apartado 13 de la propuesta, contempla el establecimiento de *mayores facultades de las autoridades competentes respecto a las posiciones de derivados (artículos 61, 72 y 83 de la Directiva)*. La Comisión considera que, como resultado del aumento del volumen de los mercados de derivados en los últimos años, es necesario resolver la fragmentación de las facultades de las autoridades competentes para controlar y supervisar las posiciones.

En esta línea, la Comisión plantea que, en aras de un correcto funcionamiento de los mercados y de la integridad de los mismos, las autoridades competentes deberían contar con competencias expresas para recabar de cualquier persona información sobre las posiciones mantenidas en los instrumentos derivados considerados y en los derechos de emisión. Las autoridades de supervisión podrían así intervenir en cualquier momento del periodo de vigencia de un contrato de derivados y tomar medidas para reducir una posición. Para la Institución de la UE, estas competencias reforzadas en la gestión de las posiciones se complementarían con la posibilidad de limitarlas a priori y de forma no discriminatoria. Como norma de cierre, la Comisión apunta

¹⁹⁷ Conforme a la norma comunitaria, es posible que para algunos instrumentos financieros solo la información que haga referencia al tipo de instrumento sea suficiente, mientras que para otros la información deba ser específica al producto. Las condiciones que debe cumplir la información facilitada por las empresas de inversión a sus clientes y posibles clientes a fin de que sea imparcial, clara y no engañosa deben aplicarse a las comunicaciones destinadas a los clientes minoristas de forma apropiada y proporcionada, teniendo en cuenta, por ejemplo, los medios de comunicación y la información que la comunicación pretende transmitir a los clientes o posibles clientes. Cuando una empresa de inversión que preste servicios de gestión de cartera deba proporcionar a los clientes minoristas reales o potenciales información sobre los tipos de instrumentos financieros que pueden figurar en las carteras de los clientes y los tipos de operaciones que pueden llevarse a cabo con dichos instrumentos, esta información debe especificar por separado si la empresa de inversión ha de recibir un mandato para invertir en instrumentos financieros no admitidos a negociación en un mercado regulado, en derivados, o en instrumentos que no sean líquidos o que sean muy volátiles; o realizar ventas en corto, compras con fondos prestados, operaciones de financiación de valores o cualquier operación que implique el pago de margen, el depósito de garantías reales o el riesgo de tipo de cambio. Finalmente, el acervo comunitario requiere que la información que una empresa de inversión está obligada a proporcionar a un cliente minorista en lo relativo a costes y gastos asociados incluye la información sobre los acuerdos de pago o ejecución del contrato de prestación de servicios de inversión y de cualquier otro contrato relacionado con un instrumento financiero que se ofrezca.

que toda intervención debe notificarse a la futura Agencia Europea del Mercado de Valores¹⁹⁸.

3.5.- Sometimiento del mercado de los derechos de emisión a la normativa de mercados financieros

Paralelamente, la propuesta de la Comisión sometería todo el mercado de derechos de emisión a la normativa sobre mercados financieros. La Comisión ha detectado que, contrariamente a la negociación de derivados, los mercados secundarios al contado de derechos de emisión de la UE siguen estando en gran medida sin regular y se han producido irregulares en los mismos que han sido conocidas públicamente.

La propia Comisión en la propuesta de reforma de la Directiva MiFID remarca el hecho de que “...*En los mercados al contado se han producido una serie de prácticas fraudulentas que podrían minar la confianza en el régimen de comercio de derechos de emisión (RCDE), instituido por la Directiva RCDE de la UE*”¹⁹⁹”.

Por ello, la propuesta de reforma de la Directiva MiFID contiene una modificación de la sección C del anexo I de la misma que incluye entre los instrumentos financieros a los derechos de emisión en el mismo epígrafe que los contratos de opciones, futuros, permutas²⁰⁰ y define los mismos como “(11) *Derechos de emisión consistentes en unidades reconocidas a los efectos de la conformidad con los requisitos de la Directiva 2003/87/CE (Régimen de comercio de derechos de emisión)*”.

De forma paralela a las medidas establecidas por la Directiva RCDE para reforzar el sistema de registro de derechos de emisión de la UE y las condiciones de apertura de una cuenta para comerciar con estos derechos, como ha sido descrito, la Comisión propone someter todo el mercado de derechos de emisión a la normativa sobre mercados financieros²⁰¹. De este modo, la Comisión

¹⁹⁸ El texto literal que propone la Comisión como nuevo considerando 9 de la Directiva MiFID es el siguiente: “*En los mercados secundarios al contado de derechos de emisión se ha producido una serie de prácticas fraudulentas que podrían minar la confianza en el régimen de comercio de derechos de emisión, instituido por la Directiva 2003/87/CE; se están tomando medidas para fortalecer el sistema de registros y las condiciones de apertura de una cuenta para comerciar con derechos de emisión. Con el fin de reforzar la integridad y salvaguardar un funcionamiento eficaz de estos mercados, incluida la supervisión exhaustiva de la actividad negociadora, es conveniente complementar las medidas adoptadas por la Directiva 2003/87/CE incorporando plenamente los derechos de emisión al ámbito de aplicación de la presente Directiva y del Reglamento ---/-- [Reglamento sobre abuso de mercado] y clasificándolos como instrumentos financieros*”.

¹⁹⁹ Op cit

²⁰⁰ La propuesta de reforma de la Directiva establece literalmente: “ SECCIÓN C. Instrumentos financieros (1) Valores negociables.; (2) Instrumentos del mercado monetario.; (3) Participaciones de organismos de inversión colectiva.; (4) Contratos de opciones, futuros, permutas («swaps»), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, derechos de emisión u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.;

²⁰¹ Así, la Comisión propone la modificación del artículo 2.1.d)iii) y h)i) de la Directiva MiFID sobre la base de lo razonado en el considerando 8, modificado y reenumerado 14, de la Directiva: “Las personas que administren sus propios activos y empresas, que no presten otros servicios de inversión ni realicen otras actividades de inversión que la negociación por cuenta propia no deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a menos que sean creadores de mercado, miembros o participantes de un mercado regulado o SMN, o ejecuten órdenes de clientes mediante negociación o que negocien por cuenta propia al margen de un mercado regulado o un SMN de forma organizada, frecuente y sistemática proporcionando un sistema accesible a terceros con objeto de entrar en negociación con ellos, no deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Como excepción, deben excluirse del ámbito de aplicación de la presente Directiva las personas que negocien por cuenta propia con

plantea que los mercados al contado y de derivados se atenderían a un supervisor único.

La aplicación de la MiFID y de la Directiva 2003/6/CE sobre abuso de mercado elevaría de forma notable el grado de seguridad del mercado sin afectar a su objetivo, que sigue siendo la reducción de las emisiones. Además, se garantizaría la coherencia con las normas que ya se aplican a los derivados de derechos de emisión de la UE, así como un mayor nivel de seguridad, ya que los bancos y empresas de inversión, entidades obligadas a supervisar la actividad en el mercado para detectar fraudes, abusos o blanqueo de capitales, asumirían un papel más activo en el examen de potenciales negociadores al contado²⁰²

Por eso se incluyen los mercados secundarios de derechos de emisión entre los mercados sujetos al artículo 60, relativo a las obligaciones de comunicación de posiciones²⁰³ y la obligación de cooperar con la Agencia Europea de

instrumentos financieros como miembros o participantes de un mercado regulado o SMN, incluidos los creadores de mercado respecto a derivados sobre materias primas, derechos de emisión, o derivados de estos, cuando sea una actividad auxiliar con respecto a la principal que, considerada a nivel de grupo, no consista ni en una prestación de servicios de inversión, en el sentido de la presente Directiva, ni en servicios bancarios, en el sentido de la Directiva 2006/48/CE. Los criterios técnicos para dilucidar cuándo una actividad es auxiliar respecto a otra principal deben recogerse en actos delegados. En el apartado de la negociación por cuenta propia mediante ejecución de órdenes de clientes deben incluirse las empresas que ejecutan órdenes de distintos clientes sobre la base de operaciones de adquisición y venta consecutivas («back to back»); debe considerarse que tales empresas actúan como ordenantes, y deben estar sujetas a las disposiciones de la presente Directiva que regulan tanto la ejecución de las órdenes de sus clientes como la negociación por cuenta propia. La ejecución de órdenes sobre instrumentos financieros como actividad secundaria entre dos personas cuya actividad principal, considerada a nivel de grupo, no consista ni en una prestación de servicios de inversión, en el sentido de la presente Directiva, ni en servicios bancarios, en el sentido de la Directiva 2006/48/CE, no debería considerarse negociación por cuenta propia mediante la ejecución de órdenes de clientes”

²⁰²

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0656:FIN:es:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0656:FIN:es:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0656:FIN:es:PDF)

²⁰³ La propuesta de la Comisión contiene el siguiente texto: “Artículo 60. Comunicación de las posiciones por categoría de negociadores

1. Los Estados miembros se asegurarán de que los mercados regulados, SMN y SON que admitan a negociación o negocien derivados sobre materias primas, derechos de emisión o derivados sobre derechos de emisión: (a) publican un informe semanal con las posiciones agregadas mantenidas por las distintas categorías de negociadores respecto a los distintos instrumentos financieros negociados en sus plataformas de conformidad con el apartado 3; (b) facilitan a la autoridad competente, previa solicitud, un desglose completo de las posiciones de los miembros o participantes del mercado, incluidas las posiciones mantenidas por cuenta de sus clientes. La obligación establecida en la letra a) solo será aplicable cuando tanto el número de negociadores como sus posiciones abiertas respecto a un instrumento financiero dado excedan de los umbrales mínimos.

2. Para posibilitar la publicación mencionada en el apartado 1, letra a), los Estados miembros exigirán a los miembros y participantes de mercados regulados, SMN y SON que comuniquen al centro de negociación respectivo los datos pormenorizados de sus posiciones en tiempo real, incluidas las mantenidas por cuenta de sus clientes.

3. Los miembros y participantes y sus clientes serán clasificados como negociadores por el mercado regulado, SMN o SON, en función de la naturaleza de su actividad principal y tomando en consideración toda autorización aplicable, en una de las categorías siguientes: (a) empresas de inversión, tal como se definen en la Directiva 2004/39/CE, o entidades de crédito, tal como se definen en la Directiva 2006/48/CE; (b) fondos de inversión; bien organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), tal como se definen en la Directiva 2009/65/CE, bien gestores de fondos de inversión alternativos, tal como se definen en la Directiva 2011/61/UE; (c) otras entidades financieras, en concreto empresas de seguros y empresas de reaseguros, tal como se definen en la Directiva 2009/138/CE, y fondos de pensiones de empleo, tal como se definen en la Directiva 2003/41/CE; (d) empresas comerciales; (e) en el caso de los derechos de emisión o de los derivados sobre derechos de emisión, operadores con obligaciones de conformidad con arreglo a la Directiva 2003/87/CE.

Los informes mencionados en el apartado 1, letra a), deben especificar el número de posiciones largas y cortas por categoría de negociador, los cambios al respecto desde el informe anterior, el porcentaje de interés abierto total que representa cada categoría y el número de negociadores de cada categoría.

Mercados de Valores en el futuro artículo 83, actual 56 de la Directiva MiFID²⁰⁴ y con terceros países, en virtud de la modificación propuesta al actual artículo 63 de la Directiva²⁰⁵.

4.- LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LOS MERCADOS DE DERECHOS DE EMISIÓN COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO A LA REGULACIÓN.

Sin perjuicio de la futura inclusión de los mercados de derechos de emisión de gases GEI en el ámbito de la Directiva MiFID, cabe plantearse si el fomento de las buenas prácticas en estos mercados puede contribuir a nivel comunitario al incremento de la protección de los inversores y al fortalecimiento de la confianza en estos mercados, en definitiva, a actuar como instrumento útil complementario en la actividad de regulación y supervisión proyectada.

Es sabido que la actual crisis económica y los escándalos financieros han puesto en tela de juicio el recetario de ideas sobre buen gobierno, recomendaciones y autorregulación que, desde el ámbito del Derecho societario, había sido exportado a otros ámbitos del Ordenamiento²⁰⁶.

4.1.- La autoregulación y la corregulación

En diversos ámbitos del Derecho se ha reproducido también este debate en torno a las estructuras de buen gobierno y la autorregulación y la corregulación. En el ámbito del Derecho mercantil, como señala el profesor Embid Irujo, durante los últimos años, la autorregulación, como instrumento alternativo a la ley para la ordenación de los mercados de valores y de las sociedades cotizadas, ha disfrutado de un considerable protagonismo, trayendo consigo la elaboración de los códigos de buen gobierno, de seguimiento voluntario, así como la reducción de las normas imperativas al respecto. En realidad, esta primacía no

4. La AEVM elaborará proyectos de normas técnicas de ejecución para determinar el formato de los informes mencionados en el apartado 1, letra a), y el contenido de la información que deberá facilitarse de conformidad con el apartado 2. La AEVM presentará a la Comisión estos proyectos de normas técnicas de ejecución a más tardar el [XXX]. Se confieren a la Comisión competencias para adoptar las normas técnicas de ejecución a que se refiere el párrafo primero de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 15 del Reglamento (UE) n° 1095/2010. En el caso de los derechos de emisión o de los derivados sobre derechos de emisión, el informe se entenderá sin perjuicio de las obligaciones de conformidad con arreglo a la Directiva 2003/87/CE (Régimen de comercio de derechos de emisión).

5. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 94 con respecto a medidas para especificar los umbrales mencionados en el apartado 1, último párrafo, y para precisar las categorías de miembros, participantes o clientes contemplados en el apartado 3.

La Comisión estará facultada para adoptar actos de ejecución de conformidad con el artículo 95 con respecto a medidas para exigir que todos los informes contemplados en el apartado 1, letra a), sean enviados a la AEVM cada semana, en la fecha que se especifique, para su publicación centralizada por esta última.”

²⁰⁴ La propuesta contiene un apartado 6 para el actual artículo 56 y futuro 83 del siguiente tenor: “6. En relación con los derechos de emisión, las autoridades competentes deben cooperar con los organismos públicos competentes en materia de supervisión de los mercados de contado y de subastas y con las autoridades competentes, administradores de los registros y otros organismos públicos responsables de la supervisión de la conformidad con la Directiva 2003/87/CE, con el fin de garantizar la obtención de una visión de conjunto de los mercados de los derechos de emisión”.

²⁰⁵ Artículo 92.1.f) “...la supervisión de las personas que operan en los mercados de los derechos de emisión, a fin de garantizar una visión de conjunto de los mercados financieros y de contado”.

²⁰⁶ GUILLEM CARRAU, J.: La necesaria reformulación de “buen gobierno” en Revista Aranzadi Doctrinal, n° 8, 2009.

ha sido tan intensa como a primera vista pudiera pensarse, lo que se deduce de la promulgación de algunas normas, como la Ley de Transparencia, de particular incidencia en dichos temas²⁰⁷.

Revisando el primero de los instrumentos, la autorregulación ha sido de gran utilidad en ámbitos como la publicidad, por ejemplo, donde la existencia de un Código de Autocontrol ha permitido un eficaz y rápido sistema que equilibra el interés de los operadores que insertan la publicidad y de los consumidores y usuarios a quienes va dirigida.

La practicidad de la autorregulación radica en que las empresas tienden a poner en práctica con más facilidad las normas que ellas mismas han propuesto. Los límites de la autorregulación deben fijarse en que la misma no puede ponerse en práctica en relación con los derechos fundamentales, las decisiones políticas o sobre cuestiones relativas al Mercado Interior. En todo caso, deben ser compatibles con el acervo comunitario y siempre queda la posibilidad de regular al modelo “clásico” si el resultado no es el esperado.

En el caso de las prácticas de mercado en los mercados financieros, consideradas como instrumento de autorregulación, deben ser objeto de examen singularizado porque son susceptibles de producir situaciones de abuso de mercado. La tendencia en el seno de la UE y de la OCDE consiste en profundizar en los conceptos de autorregulación y de correulación como vías alternativas a la regulación en consonancia con el Informe del Consejo de Estocolmo²⁰⁸.

Respecto al segundo de los instrumentos alternativos mencionados, la correulación, ésta aparece definida en el Libro Blanco de la Gobernanza como “la inserción de un marco de objetivos generales, derechos fundamentales, mecanismo de aplicación y recurso, y condiciones de control de cumplimiento”²⁰⁹.

Un elemento fundamental de la correulación es que cualquier iniciativa de este tipo debe estar enmarcada en un foro en el que se represente a la mayoría sectorial afectada por dos razones. La primera consiste en que, de esta manera, se garantiza la participación en la elaboración de la norma de gran parte del tejido sectorial o social que va a ser afectado por la misma. La segunda de las razones que motivan la garantía de la representatividad es que, consecuentemente, la futura norma gozará de mayor conocimiento y, por lo tanto, de mayor vinculatoriedad para los interesados. Los textos sobre la materia ponen como ejemplo más llamativo de estas alternativas en el conjunto de Directivas de nuevo enfoque²¹⁰.

4.2.- Las buenas prácticas en los mercados secundarios de derechos de emisión

²⁰⁷ Embid Irujo, J.M.: “Leyes versus códigos (autorregulación) en los...”, p.28.

²⁰⁸ COM(2001) 130 final

²⁰⁹ COMISIÓN EUROPEA (2001): Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La gobernanza europea - Un Libro Blanco» [COM (2001) 428. final - Diario Oficial C 287 de 12.10.2001] Como señala Ordoñez Solís (ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: La Gobernabilidad en..., p. 4) “...En todo caso, debe tenerse en cuenta que en la Comisión Europea de Santer se había constituido en 1996 una Célula de Prospectiva que había trabajado en esta cuestión [Lebo, p. 7]. Los ámbitos de los que se había ocupado esta Célula de Prospectiva son muy variados y sus recomendaciones se refieren básicamente a la reforma administrativa de la Comisión europea, a la mejora de la gestión administrativa y financiera de las políticas y programas comunitarios y a las nuevas formas de representación, participación y consulta en la acción pública europea [Leb99, pp. 4-5]”

²¹⁰ New Approach http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/index_en.htm

Como ha señalado la profesora Rodríguez Martínez, detectada la inexistencia de regulación específica del marco de la negociación en las nuevas plataformas y sistemas de negociación secundaria de derechos de emisión en el ámbito de la LMV o en el de la Ley 1/2005, se constata la desprotección existente para los potenciales inversores de este tipo de instrumentos y la ausencia de soluciones legales a las vicisitudes de la negociación de los derechos citados²¹¹.

En el caso concreto del sistema que se ha diseñado para los derechos de emisión da lugar a que determinadas empresas tengan que acudir a bolsas de derechos para comprar derechos a otras empresas que los ofertan por tener excedentes. Estos mercados secundarios están abiertos también a los fondos de inversión, los bancos e incluso a los particulares.

La necesidad de que los principios del buen gobierno y del desarrollo de buenas prácticas presidan el autocontrol de estos mercados secundarios radica en su propia importancia por constituirse en puntos de seguimiento de la evolución de derechos de emisión, en los que se puede contactar con los participantes, y por permitir el acceso a precios del mercado de forma transparente y a la cotización de precios durante las sesiones de negociación²¹².

El interrogante que se abre en torno a esta autorregulación de buenas prácticas es si, en el caso del mercado de derechos de emisión, esta autorregulación debe ser inducida – se propone al sector que la adopte- o regulada- cuando son asumidas por los poderes públicos. En el caso de la autorregulación regulada las buenas prácticas pueden ser asumidas por el poder público e incorporadas a una norma jurídica, pueden ser simplemente publicadas o pueden ser aceptadas por el regulador de un mercado regulado. En el caso del mercado de derechos de emisión también se plantea cuál de las opciones sería la más adecuada y eficaz²¹³.

Como ocurre en los mercados de valores, lo relevante de las buenas prácticas no es su aceptación o no sino los elementos accesorios que ponen de manifiesto – frecuencia y volumen de operaciones, información disponible o cuantía a alcanzar- y que mantienen el dinamismo y la operatividad del mercado.

Las buenas prácticas en los mercados secundarios de los derechos de emisión, podrían concretarse en el establecimiento de puntos de seguimiento de la evolución de derechos de emisión (frecuencia, cantidad y valor de las ventas). Es evidente que favorecerían el contacto entre participantes en los citados mercados y el acceso a precios del mercado de forma transparente y a la cotización de precios durante las sesiones de negociación.

En definitiva, los Códigos de buenas prácticas que podría servir de referencia para el mercado de los derechos de emisión, deberían estar presididos por el principio de la libre adhesión y de voluntariedad. Entre sus contenidos, debería articularse los mecanismos más idóneos para la resolución de conflictos e incumplimientos, no aceptándose la inserción de cláusulas anticompetitivas. Estos Códigos también tienen un prisma de análisis desde las normas de competencia desleal ya que su incumplimiento puede ser definido como un acto de competencia desleal del operador en cuestión que haya suscrito el código. Por último, un elemento de gran utilidad para el sistema de derechos

²¹¹ RODRIGUEZ MARTÍNEZ, I.: “La negociación secundaria de ...”, p. 61

²¹² Esteve Pardo, J.: “Las prácticas del mercado como instrumento de regulación” en Derecho de la Regulación económica, dir. MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J., Iustel, 2009, p.669-683.

²¹³ Op. cit. idem supra, p. 672.

de emisión es que el establecimiento de estos códigos de buenas prácticas permitirá disponer de una certificación de origen de los derechos de emisión.

4.3.- El interrogante de la eficacia de las buenas prácticas: los efectos jurídicos de los usos del tráfico y la competencia desleal

En relación con los efectos de las buenas prácticas, por un lado, otro de los aspectos a tener en cuenta es el enfoque desde el punto de vista de las normas que garantizan la competencia leal en los mercados. En el apartado anterior se ha mencionado que, en el caso de los códigos de conducta, las normas de competencia desleal ofrecen también elementos para valorar los incumplimientos de los mismos como comportamientos abusivos.

Por otro, respecto a sus efectos jurídicos, es evidente que no son normas jurídicas con efectos objetivos y vinculantes. El legislador puede reconocer algún efecto público a su observancia como su reconocimiento a título de “puertos seguros” en los que se elimina el riesgo de ser sancionado. No obstante, los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de los códigos de buenas prácticas tendrán que ver con la naturaleza que se le reconozca al código como tal. Desde un punto de vista civilista, los operadores y clientes asumen las buenas prácticas en las relaciones contractuales porque son los usos del tráfico mencionados en el artículo 1258 CC para las obligaciones. En función de ello, la eficacia de los mismos se centra en su carácter de “interpretativos del contrato” y “reguladores con carácter supletorio”.

5.- CONCLUSIONES

El Protocolo de Kioto incorpora un nuevo instrumento que incentiva la reducción de la emisión de los gases de efecto invernadero: los derechos de emisión. El comercio de estos derechos se lleva a cabo en mercados especializados, que sirven de marco canalizador de los intereses de los distintos inversores, compradores y vendedores, y que actualmente tan solo merecen la consideración de mercados no regulados, generando así una evidente desprotección y ausencia de tutela de aquellos. Este trabajo pretende identificar y analizar los distintos instrumentos legales que no sólo permiten el sometimiento, regulación y supervisión de estos nuevos mercados, sino también la protección de quienes concurren en ellos. Dicho enfoque se realiza desde la consideración de los derechos de emisión como auténticos instrumentos financieros y de los sistemas y plataformas de negociación primaria y secundaria de derechos de emisión de gases GEI como auténticos mercados de instrumentos financieros.

En la actualidad estos mercados carecen de regulación específica que

El contexto actual motiva la reforma del entorno normativo de los derechos de emisión en la UE. La modificación de las Directrices de ayudas de estado al medio ambiente y el establecimiento de la subasta como mercado secundario de los derechos de emisión, se complementan con la modificación de la Directiva MiFID para la inclusión de los mencionados derechos entre el conjunto de instrumentos financieros regulados por la norma.

En consecuencia, no es erróneo afirmar que los beneficios de los mercados financieros y las bolsas deben extenderse a la negociación de Derechos de

Emisión de Dióxido de Carbono y Créditos de Carbono. Esta orientación hacia la esfera de los instrumentos financieros, pone de manifiesto la relevancia que tendrá para los operadores en estos mercados cualquier tipo de iniciativa de autorregulación, como los códigos de conducta o los códigos de buenas prácticas que se desarrollen en el ámbito de los derechos de emisión.

Considerando que las buenas prácticas, incluso en los mercados regulados, sirven para reforzar la confianza, el dinamismo y la operatividad del mismo, no parece lógico renunciar a la posibilidad de ofrecer una referencia segura para el operador y el participante.

VI. EL SISTEMA COMUNITARIO DE COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN EN EL ORIGEN DE LOS MERCADOS DE NEGOCIACIÓN SECUNDARIA DE EMISIONES

Profa. Sara González
Universidad Cardenal Herrera, Valencia

1. INTRODUCCIÓN

El sistema comunitario de comercio de emisiones está inspirado en el mecanismo de flexibilidad previsto en el Protocolo de Kioto. Tras la ratificación del Protocolo de Kioto el 30 de mayo de 2002, la Unión Europea y sus Estados miembros se encuentran en un proceso tendente a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI). La disminución de dichos gases perjudiciales para la atmósfera se debe obtener, entre otros medios, a través del mecanismo de flexibilidad denominado comercio de emisiones, como modelo eficaz y económicamente eficiente de reducción.

Este mecanismo ha sido regulado, a nivel comunitario, por la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y modifica la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre (en adelante, Directiva 2003/87/CE), y, a nivel nacional, por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, de Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero (en adelante, Ley 1/2005), que es la norma de transposición en España de la Directiva referida.

Del sistema general de comercio de derechos de emisión implementado por la Directiva 2003/87/CE y la Ley 1/2005 han surgido plataformas creadas *ad hoc* para la negociación impersonal y generalizada de derechos de emisión, de derivados de derechos de emisión e, incluso, de otras unidades de Kioto. Son lo que denominamos en este trabajo mercados de negociación secundaria de derechos de emisión.

2. EL SISTEMA DE COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN

2.1. Función económica del sistema de comercio de derechos de emisión como mecanismo de flexibilidad

El sistema de comercio de derechos de emisión o *emissions trading system*, tal y como se encuentra configurado a nivel internacional, permite a los Estados incluidos en el Anexo B del Protocolo de Kioto comerciar con los derechos de emisión de GEI de los que sean titulares. Para que un Estado incluido en dicho Anexo B pueda ser sujeto interviniente del sistema internacional de comercio de derechos de emisión debe cumplir con los requisitos que se establecen tanto en el Protocolo de Kioto como en la Decisión

19 de la séptima Conferencia de las Partes, sobre modalidades de contabilidad en relación con las cantidades de emisiones atribuidas²¹⁴.

El régimen jurídico del sistema internacional de comercio de derechos de emisión está previsto en el artículo 17 del Protocolo de Kioto. Además, en cuanto que se trata de un mecanismo de flexibilidad, a dicho comercio entre Estados le resulta de aplicación lo dispuesto en los denominados Acuerdos de Marrakech de la séptima COP de 2001²¹⁵, y concretamente lo establecido en la Decisión 15, sobre los principios, carácter y objeto de los mecanismos previstos en los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo de Kioto, con carácter general, y la Decisión 18, sobre modalidades, normas y directrices aplicables al comercio de los derechos de emisión previstas en el artículo 17 del Protocolo de Kioto, en particular.

En el sistema de comercio de emisiones, se parte del otorgamiento a cada uno de los Estados miembros de un número total de derechos de emisión que supone el límite máximo de las emisiones de GEI que pueden realizar a la atmósfera, según el compromiso cuantificado de limitación o reducción de las emisiones que han asumido y que se encuentra especificado en el referido Anexo B del Protocolo de Kioto. De acuerdo con ese límite máximo, los Estados partes que cuenten con un excedente de derechos de emisión por cualquier causa –*v. gr.* por haber reducido sus emisiones de GEI a la atmósfera mediante la inversión en tecnologías limpias– podrán transmitir dichos derechos a otros Estados partes que cuenten con un déficit de dichos derechos de emisión por cualesquiera razones –*v. gr.* por no haber llevado a cabo políticas de reducción de emisiones de GEI a la atmósfera o, habiendo realizado dichas políticas, por

²¹⁴ Los requisitos para que un Estado pueda ser sujeto interviniente en el sistema internacional de comercio de derechos de emisión son los siguientes: (i) ser parte en el Protocolo de Kioto incluida en su Anexo B; (ii) tener calculada la cantidad de emisiones atribuida de acuerdo a la citada Decisión 19; (iii) contar con un sistema nacional de estimación de emisiones de GEI por las fuentes y de absorciones por los sumideros; (iv) tener un registro nacional de tales emisiones y absorciones; (v) haber presentado el inventario más reciente que corresponda; y (vi) haber proporcionado, de acuerdo con las metodologías acordadas, la información suplementaria sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de la obligación de limitación o reducción de emisiones. *Cfr.* COUSO SAIZ, D., «El comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en España», *Noticias Jurídicas*, núm. noviembre, 2006, pp. 7-8; y SAURA ESTAPA, J., *El cumplimiento del Protocolo de Kioto sobre el cambio climático*, Barcelona, 2003, pp. 45-47.

²¹⁵ Los Acuerdos de Marrakech se suscribieron en la séptima Conferencia de las Partes de Marrakech de 2001, donde se adoptaron importantes decisiones que afectaron a la configuración del régimen jurídico de los mecanismos de flexibilidad. Entre estas decisiones podemos distinguir dos ámbitos: (i) el ámbito normativo general relativo a los principios básicos y rasgos fundamentales de los tres mecanismos flexibles –mecanismos de desarrollo limpio, aplicación conjunta y comercio de emisiones–, y (ii) el ámbito normativo específico relativo al régimen jurídico concreto de cada uno de dichos mecanismos de flexibilidad. En la primera categoría se incluye la Decisión 15 de la séptima COP, sobre los principios, carácter y objeto de los mecanismos previstos en los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo de Kioto; mientras que en la segunda categoría se engloban la Decisión 16 de la séptima COP, sobre Directrices para la aplicación del artículo 6 del Protocolo de Kioto –sobre la aplicación conjunta–; la Decisión 17 de la séptima COP, sobre modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio –sobre los mecanismos de desarrollo limpio–, según se define en el artículo 12 del Protocolo de Kioto; y la Decisión 18 de la séptima COP, sobre modalidades, normas y directrices aplicables al comercio de los derechos de emisión previstas en el artículo 17 del Protocolo de Kioto –sobre el comercio de emisiones–. Destaca asimismo, en cuanto al régimen de registro y contabilidad de las unidades de Kioto, lo establecido en la Decisión 19 de la séptima COP. En virtud de esta Decisión, se prevé la creación de registros nacionales para llevar la contabilidad exacta de la expedición, posesión, transferencia, adquisición, cancelación y retirada de las unidades de Kioto. Dichas unidades son las cuotas y créditos definidos en el ámbito del Protocolo de Kioto, que se desglosan en las unidades de la cantidad atribuida (UCA), las unidades de absorción (UDA), las unidades de reducción de emisiones (URE) y las reducciones certificadas de las emisiones (RCE). En cuanto a los registros, se prevé la creación de (i) registros nacionales en forma de base de datos informatizada y (ii) un Diario Independiente de Transacciones o DIT (*Independent Transaction Log* o ITL) para el control del correcto funcionamiento de los registros nacionales.

ser éstas insuficientes—. Se establece por tanto un sistema de límite y comercio o *cap and trade*²¹⁶, en el que se fija un tope o máximo global de emisiones de GEI a la atmósfera que no se puede sobrepasar y que se representa en unidades o derechos de emisión. Los Estados actores del sistema pueden comerciar con los derechos que reflejan las emisiones de GEI que pueden realizar, si bien ello no altera el nivel máximo admitido de contaminación del aire.

Además de los derechos de emisión, los Estados partes del Anexo B del Protocolo de Kioto pueden comprar y vender entre ellos otras unidades equivalentes obtenidas mediante los sumideros u otros mecanismos de flexibilidad –Unidades de Absorción, Unidades de Reducción de Emisiones y Reducciones Certificadas de Emisiones– pues se trata de unidades homogéneas en su valor²¹⁷. Para el correcto funcionamiento del sistema de comercio cada Estado o entidad supranacional con compromisos de reducción (del Anexo B del Protocolo de Kioto) lleva un Registro –en el caso de España, el Registro Nacional de Derechos de Emisión (en adelante, RENADE) para el Plan Nacional de Asignación (en adelante, PNA) 2008-2012 y el Registro de la Unión para futuros períodos de comercio–, en forma de base de datos automatizada que contiene los datos correspondientes a la titularidad y las transacciones de las unidades de Kioto. Estos Registros son supervisados por el Diario Internacional de Transacciones de la Convención Marco de las Naciones Unidas contra el Cambio Climático (en adelante, DITCMNUCC) que lleva a cabo chequeos continuos y automáticos del sistema. Se establece así un esquema registral dual formado por Registros en forma de base de datos informatizada, y un Diario Internacional de Transacciones, de ámbito supranacional, para el control del correcto funcionamiento de dichos Registros.

El sistema de comercio de derechos de emisión se caracteriza por la complementariedad²¹⁸, toda vez que no se configura como el único medio para

²¹⁶ El sistema de límite y comercio o *cap and trade* es opuesto al de punto de referencia y crédito o *baseline and credit*. Mientras que en el primero se fija un tope o máximo global de emisiones de GEI a la atmósfera que se representa en unidades asignadas y transmisibles con carácter previo a la comprobación de las emisiones; en el segundo se comprueba antes el nivel de emisiones y, sólo en el supuesto de que dicho nivel sea inferior al permitido, la instalación puede comerciar con el crédito de reducción de emisiones. En el primer caso los derechos de emisión son asignados *ex ante*, es decir, con carácter previo a la verificación del cumplimiento de los niveles de emisiones, y el tope o máximo global de emisiones es inalterable. En el segundo supuesto los créditos de reducción de emisiones se reconocen *ex post*, es decir, una vez verificado el nivel de emisiones, y el nivel global de contaminación aumentará en tanto en cuanto existan nuevos entrantes. Cfr. LEFEVERE, J., «Greenhouse Gas Emissions Trading: A Background», en AA.VV. (ed. BOTHE, M. y REHBINDER, E.), *Climate Change Policy*, Utrecht, 2005, pp. 116-117.

²¹⁷ Cfr. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Madrid, 2010, p. 812. Las denominadas unidades de Kioto se encuentran definidas en el ámbito del Protocolo de Kioto y COP posteriores y se desglosan en unidades de cantidad atribuida, unidades de absorción, unidades de reducción de emisiones y reducciones certificadas de emisiones. Las unidades de cantidad atribuida o *assigned amount units* (UCA o AAU) son las unidades de emisión de GEI medida en toneladas de dióxido de carbono, que equivalen a los derechos de emisión del sistema comunitario de comercio de derechos de emisión establecido por la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre. Las unidades de absorción o *removal units* (UA o RMU), emitidas conforme al artículo 3 del Protocolo de Kioto, son las cuotas disponibles para conseguir la eliminación de los GEI utilizando un sumidero de carbono o *carbon sink*. Las unidades de reducción de emisiones o *emission reduction units* (URE o ERU) son créditos asociados con los proyectos de aplicación conjunta (AC), definidos en el Protocolo de Kioto, y realizados entre dos países con compromiso de limitación de emisiones. Las reducciones certificadas de emisiones o *certified emission unit* (RCE o CER) son las unidades expedidas de conformidad con el artículo 12 del Protocolo de Kioto, como créditos entregados en virtud de un proyecto del mecanismo para un desarrollo limpio (MDL) en un país no incluido en el Anexo B del Protocolo de Kioto.

²¹⁸ Nótese que hablamos del sustantivo complementariedad –calidad o condición de complementario, entendido como lo que completa o perfecciona una cosa–, y no de «suplementariedad» –término que no se reconoce por la Real Academia Española, y que haría

alcanzar los compromisos de reducción de emisiones de GEI a la atmósfera del Protocolo de Kioto, sino como una acción adicional a las políticas y medidas nacionales para la reducción de las emisiones, establecidas en el artículo 2 del Protocolo de Kioto. Es decir, el comercio de emisiones debe ayudar a lograr el cumplimiento de los objetivos de reducción del Protocolo de Kioto, pero no debe convertirse en la única acción a realizar por los Estados para cumplir tales objetivos²¹⁹. De hecho, las medidas nacionales del artículo 2 deberían anteponerse a los mecanismos de flexibilidad o al menos suponer el medio para alcanzar como mínimo el 50% de los compromisos de reducción. La Unión Europea ha defendido la aplicación de medidas internas en cada Estado en relación a conseguir el objetivo de reducción de emisiones, para que dichos mecanismos no sean la figura esencial para el logro de esos compromisos²²⁰.

De otro lado, el régimen de comercio no determina el total de emisiones, que es fijado por acuerdo internacional, sino que únicamente establece su distribución entre focos emisores²²¹. En todo momento queda garantizada la no superación de dicho límite global de emisiones, ya que la cuota total de derechos de emisión es fija e infranqueable. De esta forma la protección ambiental en ningún caso se ve menoscabada, ya que desde el punto de vista del cambio climático es irrelevante dónde se reduzcan las emisiones, porque los efectos del mismo se producen y las causas han de combatirse a nivel mundial²²².

Es por ello que el comercio permite que las emisiones se reduzcan allí donde menor coste económico conlleve dicha reducción, ya que el Estado

referencia al adjetivo «suplementario», entendido como lo que suple o complementa una cosa–, por entender el primero más adecuado en lengua castellana que el segundo, pese a que es el término «suplementariedad» el que se utiliza en la propia redacción del Protocolo de Kioto, así como en Decisiones posteriores de la Conferencia de las Partes. *Vid.* los artículos 6.1 y 17 del Protocolo de Kioto, de 11 de diciembre de 1997, y la Decisión 15 de la Conferencia de las Partes 7 –Acuerdos de Marrakech de 2001–, sobre los principios, carácter y objeto de los mecanismos previstos en los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo de Kioto.

²¹⁹ Cfr. ARIÑO ORTIZ, G., ROVIRA DAUDÍ, J. y ARIÑO GUTIÉRREZ, A., *Protocolo de Kioto y sector eléctrico: el comercio de derechos de emisión*, Granada, 2004, p. 4; CANALS I AMETLLER, D., «Las administraciones locales ante el cumplimiento del Protocolo de Kioto. El mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y otros instrumentos», en AA.VV. (coord. ESTEVE PARDO, J.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Barcelona, 2006, p. 567; HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., «Voz: cambio climático», en AA.VV. (coord. ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO CUTANDA, B.), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Madrid, 2006, p. 191; LOZANO CUTANDA, B., *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 806-807; SANZ RUBIALES, I., «Los mecanismos de desarrollo limpio, ¿instrumentos de cooperación al desarrollo sostenible?», en AA.VV. (coord. PERNAS GARCÍA, J. J.), *Medio ambiente, desarrollo y cooperación internacional: estudios jurídicos sobre desarrollo sostenible*, Cizur Menor, 2010, pp. 113-114; y UTRERA CARO, S. F., «El Protocolo de Kyoto: los mecanismos previstos para el control del cambio climático y su funcionamiento», en AA.VV. (coord. BILBAO ESTRADA, I., GARCÍA PRATS, F. A. y CORNEJO PÉREZ, A.), *La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro*, Madrid, 2009, p. 107.

²²⁰ Cfr. SARASÍBAR IRIARTE, M., *Régimen jurídico del cambio climático*, Valladolid, 2006, p. 122; y SAURA ESTAPÀ, J., *op. cit.*, pp. 40-43.

²²¹ Cfr. ROCA JUSMET, J., «Cambio climático: el Protocolo de Kioto, la Directiva europea de comercio de derechos de emisión y la situación española», en AA.VV. (coord. SEMPÈRE CARRERAS, J. y TELLO ARAGAY, E.), *El final de la era del petróleo barato*, Barcelona, 2007, p. 78.

²²² Cfr. CAMPINS ERITJA, M., «La acción internacional para reducir los efectos del cambio climático: el convenio Marco y el Protocolo de Kyoto», *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 15, 1999, p. 93; FORTÉS MARTÍN, A., «Voz: comercio de derechos de emisión de GEI, régimen europeo y transposición a España», en AA.VV. (coord. ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO CUTANDA, B.), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Madrid, 2006, p. 208; y *Derecho del medio ambiente*, Madrid, 2008, pp. 225-226; LOZANO CUTANDA, B., «El Protocolo de Kioto y sus mecanismos de flexibilidad. El régimen de comercio de emisión de GEI implantado en la Comunidad Europea», en LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J. C., *Administración y legislación ambiental*, Madrid, 2005, p. 264; SAURA ESTAPÀ, J., *op. cit.*, p. 38; y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., «Los derechos especiales de emisión de dióxido de carbono en el derecho español», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 106, 2007, pp. 94-95.

deficitario en derechos de emisión –en el sistema de comercio comunitario, la instalación deficitaria– optará entre reducir emisiones o acudir al mercado en atención al precio por unidad de reducción, por lo que se disminuye la onerosidad de la reducción de emisiones²²³. Como los costes para obtener la reducción de emisiones son distintos entre empresas y regiones dependiendo de factores como la eficiencia energética de cada instalación, el grado de dependencia nacional de fuentes de energía más o menos contaminantes y las facilidades de variar tales grados de dependencia y eficiencia energéticas, el inversor acude al mercado para maximizar la reducción de emisiones por unidad monetaria invertida²²⁴. La filosofía que subyace en el régimen de comercio de emisiones consiste en que las reducciones de emisiones de GEI se concentren en el lugar en que sea menos costoso, lo que resulta acorde con el principio de continuidad de la actividad empresarial en el sistema comunitario de comercio de derechos de emisión²²⁵.

Por tanto, el motivo que fundamenta el establecimiento del sistema de comercio de emisiones de GEI es la reducción del coste de la mitigación del cambio climático. El sistema de comercio de derechos de emisión y, por tanto, el nacimiento de estos derechos de nueva creación tiene una función económica: el derecho de emisión nace por y para su transmisión, es esencialmente objeto de comercio²²⁶.

2.2. Peculiaridades del sistema comunitario de comercio de derechos de emisión

El sistema comunitario de comercio de derechos de emisión tiene su base en el sistema internacional de comercio como mecanismo de flexibilidad si bien, no son sistemas idénticos.

Prueba de ello es que en la Unión Europea se acordó la implementación de un tercer período de comercio de derechos de emisión de gases de efecto a partir

²²³ Cfr. YÁBAR STERLING, A., «Diseño del Post-Kioto: opciones, principios, objetivos y políticas sobre el cambio climático en la UE, frente al segundo período de compromiso», *Observatorio medioambiental*, núm. 8, 2005, p. 283.

²²⁴ Cfr. YÁBAR STERLING, A., «Los mecanismos de flexibilidad de Kioto, otros instrumentos de lucha contra el cambio climático y su aplicación a la Unión Europea», *Observatorio medioambiental*, núm. 4, 2001, p. 328.

²²⁵ El Libro Verde de la Comisión sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea, de 8 de marzo de 2000, establece en su apartado 3:

«El resultado medioambiental global es el mismo que si ambas empresas consumiesen exactamente sus cuotas, pero con la importante diferencia de que tanto la empresa compradora como la vendedora se benefician de la flexibilidad que aporta el sistema de intercambio sin ningún perjuicio para el medio ambiente. Gracias al mecanismo de intercambio, ambas empresas reducen sus costes de adecuación a la normativa (la empresa vendedora recibe un pago por las cuotas transferidas, y la compradora se ahorra los costes imprevistos para respetar las cuotas asignadas inicialmente)».

²²⁶ La función de los derechos de emisión consiste en reducir las emisiones de GEI a la atmósfera con el menor coste posible. El legislador supranacional no ha optado por un mecanismo de reglamentación o *command and control* como medio para reducir la contaminación atmosférica de forma económicamente eficiente, sino que ha optado por un mecanismo de mercado. Cfr. LEFEVERE, J., «The EU Greenhouse Gas Emission Allowance Trading Scheme», en AA.VV. (ed. YAMIN, F.), *Climate Change and Carbon Markets. A Handbook of Emissions Reduction Mechanisms*, Londres, 2005, pp. 81-83. Si la voluntad del legislador recayera en reducir las emisiones a través del ejercicio exclusivo de la potestad de supervisión y control, el sistema de comercio de derechos de emisión no habría sido implementado. El mero establecimiento de un límite máximo de emisiones referido a un período temporal concreto (mensual, anual, bianual, etc.), de un sistema de verificación de las emisiones efectivamente realizadas y de un régimen sancionador habría sido suficiente. Otra manifestación del ejercicio exclusivo de potestades públicas habría sido el establecimiento de impuestos ambientales sobre emisiones o *carbon tax*. De esta opción se aleja el legislador con el mecanismo de mercado y la creación de los derechos de emisión por y para el comercio.

de 2013 con independencia de los posibles acuerdos internacionales sobre el denominado post Kioto a adoptar en la decimoctava Conferencia de las Partes (en adelante, COP) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y octava reunión de las Partes (en adelante, MOP) del Protocolo de Kioto de Doha de 2012²²⁷.

Además, pese a que comparten la importante función económica comentada en el epígrafe inmediatamente anterior, el sistema comunitario presenta rasgos particulares que nos permiten diferenciarlo del sistema de comercio establecido por el Protocolo de Kioto. En primer lugar, sistema comunitario de comercio de derechos de emisión ha supuesto la puesta en funcionamiento del primer mercado multinacional de derechos de emisión de gases de efecto invernadero –el mercado comunitario se inició en 2005 mientras que el mercado internacional lo hizo tres años más tarde–. Además, el sistema comunitario de comercio ha tenido un ámbito de actuación más reducido, al aplicarse en el primer período de comercio sólo a los grandes sectores industriales, al CO₂ y a los derechos de emisión y CER –conforme al Anexo I de la Directiva 2003/87/CE–. En tercer lugar, y lo que resulta más importante a los efectos de este trabajo, el sistema comunitario ha delegado el esfuerzo de reducción de emisiones contaminantes a la atmósfera en sujetos privados –a diferencia del sistema internacional de comercio de emisiones entre Estados–.

Estos sujetos privados, que son concretamente las instalaciones y los operadores aéreos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 1/2005, deben llevar a cabo actividades de innovación tecnológica, mejora en los procesos productivos y eficiencia energética para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera en sus actividades industriales y de prestación de servicios. La reducción de dichas emisiones les permite contar con un excedente de derechos de emisión que pueden comercializar en el mercado, obteniendo un lucro. Por el contrario, la ausencia de innovaciones y mejoras tendentes a la reducción de emisiones provoca que las instalaciones deficitarias deban adquirir derechos de emisión para cumplir con sus obligaciones de entrega de derechos según emisiones verificadas.

Por tanto, a diferencia del sistema internacional del comercio de emisiones, en el sistema comunitario se llevan a cabo transmisiones *inter privados* de derechos de emisión.

3. LOS MERCADOS DE NEGOCIACIÓN SECUNDARIA DE EMISIONES

3.1. Concepto amplio de mercados de emisiones

Los rasgos de función económica y delegación de esfuerzos de reducción en sujetos privados que adornan al sistema comunitario de comercio de derechos de emisión se encuentran en el origen de la aparición de los que denominamos mercados secundarios de emisiones.

La doctrina define los mercados secundarios –concretamente se refiere a los mercados secundarios de valores– como aquéllos en que se transmiten activos ya constituidos y en circulación. Los secundarios son por tanto mercados

²²⁷ También en el contenido de los Acuerdos del Consejo Europeo de 8 y 9 de marzo de 2007, así como en la posición comunitaria para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión en el período denominado post-Kioto, adoptada en la COP/MOP de Cancún, celebrada del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010, y en la muy reciente COP/MOP de Durban, celebrada del 28 de noviembre al 11 de diciembre de 2011.

de negociación y no de emisión, por oposición a los mercados primarios. Su función esencial es facilitar la liquidez de las emisiones e inversiones ya realizadas, concentrando la oferta y la demanda y articulando mecanismos de negociación y liquidación que hagan jurídicamente segura y económicamente eficiente la transmisión de los valores de que se trate²²⁸. Actualmente también se utiliza la expresión sistemas de negociación como superadora del concepto mercado secundario²²⁹.

Muy recientemente la normativa comunitaria ha regulado el concepto «mercado secundario» de emisiones, definiéndolo en el apartado 11 del artículo 3 del Reglamento de la Comisión núm. 1031/2010, de 12 de noviembre, 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 (en adelante, Reglamento 1031/2010) 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». Parte de la doctrina entiende el mercado secundario de emisiones de GEI, en sentido amplio, como el que engloba las transmisiones derivativas de derechos de emisión, otras unidades de Kioto y derivados sobre los mismos²³⁰. Tales definiciones, legal y doctrinal, resultan coherentes con el concepto tradicional de mercados secundarios del Ordenamiento español.

3.2. Problemas de los mercados de emisiones y su necesaria regulación

Los mercados de emisiones de GEI han sufrido diversos problemas y ataques en los últimos años.

²²⁸ Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., «El Mercado de valores (II): Operaciones y contratos», en AA.VV. (coord. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.), *Lecciones de Derecho mercantil*, Cizur Menor, 2009, p. 813; y *Lecciones de contratos y mercados financieros*, Madrid, 2004, p. 241; y LÓPEZ PASCUAL, J. y ROJO SUÁREZ, J., *Los mercados de valores. Organización y funcionamiento*, Madrid, 2004, p. 145. LOZANO CUTANDA hace referencia al mercado de derechos de emisión como mercado secundario, si bien no aporta un concepto del mismo. Cfr. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 811 y 823.

²²⁹ Señalan SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE que la redacción del artículo 1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ha modificado su texto tras la Ley 47/2007, advirtiendo que en el nuevo artículo 1 ha desaparecido la referencia a «los mercados primarios y secundarios de valores» y que ahora se habla de «sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros». Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, Cizur Menor, 2010, pp. 300-301. En el mismo sentido, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A., «Los mercados de valores: primarios y secundarios. Las Bolsas de Valores», en AA.VV. (dir. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.), *Derecho de la regulación económica. Mercado de Valores*, II, Madrid, 2009, pp. 144-145, para quien:

«Tradicionalmente, cuando se hablaba de “mercados” secundarios, se empleaba la expresión en sentido orgánico y no funcional, a diferencia de lo que ocurría (y ocurre) con el uso de la palabra en los mercados primarios. Con la mira puesta sobre todo en el modelo de las Bolsas, los mercados secundarios eran organizaciones o formas de organización que concentraban el encuentro de la oferta y la demanda de valores ya emitidos. Esta caracterización debe ser ahora cuestionada tras la última y sustancial reforma de la LMV (...).

En nuestro ordenamiento jurídico tienen hoy cabida sistemas de negociación concentrados, es decir, canalizados a través de organizaciones centralizadas y sistemas desconcentrados, de corte anglosajón. Todo ello por exigencias comunitarias. Cabe preguntarse si sigue teniendo sentido hablar de “mercados de valores” en lugar de “sistemas de negociación de instrumentos financieros”».

²³⁰ Cfr. BARBÉRIS, J. J. y TIGNOL, A., *La régulation des marchés du CO₂. Rapport de la mission confié à Michel PRADA, Inspecteur général des Finances honoraire*, 2010, p. 19.

En el 2006 se produjo una vertiginosa caída del precio del derecho de emisión, provocada por un exceso de oferta o sobreasignación de derechos de emisión, unida a la no admisión del arrastre de derechos o *banking*. Además, en 2009, el mercado ha sido vehículo de un fraude masivo del Impuesto sobre el Valor Añadido, que ha provocado la adaptación de urgencia de distintas soluciones o regímenes fiscales aplicables a las transmisiones de derechos de emisión en los diferentes Estados miembros. La respuesta a nivel supranacional ha sido la adopción de la Directiva 2010/23/UE del Consejo, de 16 de marzo, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (en adelante, Directiva 2006/112/CE), en lo que respecta a la aplicación optativa y temporal del mecanismo de inversión del sujeto pasivo a determinadas prestaciones de servicios susceptibles de fraude (en adelante, Directiva 2010/23/UE).

En febrero de 2010, varios Registros nacionales de derechos de emisión de Estados miembros fueron objeto de un intento de pirateo informático que les obligó a cerrar temporalmente²³¹, y en marzo del mismo año la confianza en el mercado se vio quebrantada por la aparición en el mismo de créditos internacionales que habían sido ya utilizados por las empresas húngaras, debido a la decisión del Gobierno de Hungría de poner en venta CER ya entregados para cumplir con sus obligaciones de emisión por empresas de ese país²³². Todos estos problemas han provocado sospechas sobre la fiabilidad del mercado de emisiones²³³.

Las situaciones que hemos señalado evidencian la inseguridad del mercado de emisiones y hacen que coincidamos con LOZANO CUTANDA cuando señala «la importancia del buen funcionamiento de estos registros y del control operado sobre las transacciones, pues el mercado de derechos de emisión requiere lo mismo que el resto de los mercados de tipo bursátil: certeza y confianza absoluta de los mecanismos de registro, transmisión y funcionamiento, pues sólo así se podrá generar la seguridad jurídica y transparencia necesarias para llevar a los participantes a plantearse seriamente el acceso al sistema de mercado»²³⁴.

La evidente necesidad de seguridad jurídica en el mercado secundario ha hecho que la Comisión Europea haya incluido la cuestión de la regulación del mercado de emisiones en su programa de trabajo, con el objetivo de tener una respuesta normativa en el período de comercio que se inicia en 2013²³⁵.

4. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LOS MERCADOS DE NEGOCIACIÓN SECUNDARIA DE EMISIONES

4.1. Las plataformas españolas de negociación de derechos de emisión como mercados de negociación secundaria de emisiones

Entre las distintas formas de transmisión de derechos de emisión²³⁶, destacan las plataformas multilaterales como espacio principal de transmisión

²³¹ *Vid.* «Cierres temporales en varios registros europeos», noticia publicada en el diario El País el 3 de febrero de 2010.

²³² *Vid.* «Chaos on carbon market over “recycled” permits», noticia aparecida en el diario *The Times* el 18 de marzo de 2010.

²³³ *Cfr.* BARBÉRIS, J. J. y TIGNOL, A., *op. cit.*, p. 13.

²³⁴ *Vid.* LOZANO CUTANDA, B., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 286.

²³⁵ *Cfr.* BARBÉRIS, J. J. y TIGNOL, A., *op. cit.*, p. 18.

²³⁶ Ejemplo de tales tipos de transmisión es el llevado a cabo «cara a cara» entre las partes –obviamente, la expresión no es literal–, que denominamos en el presente trabajo comercio bilateral. Además de esa transmisión bilateral, se han creado las referidas plataformas

o, más concretamente, de negociación de derechos de emisión. En la actualidad, en el mercado de derechos de emisión europeo existe una tendencia al alza en el número de operaciones realizadas en plataformas multilaterales en detrimento de otros ámbitos de transmisión²³⁷.

En España se han previsto dos plataformas de negociación de derechos de emisión, el llamado Sistema Electrónico de Negociación de Derechos de Emisión de Dióxido de Carbono (abreviado como SENDECO₂) y el denominado Comercio Organizado de Derechos de Emisión de Bolsas y Mercados Españoles (abreviado como CODE-BME). No obstante, en la actualidad, sólo se encuentra en funcionamiento la plataforma SENDECO₂. Bolsas y Mercados Españoles, Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, S.A. (en adelante, BME)²³⁸ emitió el 19 de junio de 2008 una nota oficial de prensa anunciando el lanzamiento de la plataforma CODE-BME en la segunda quincena del mes de septiembre de 2008²³⁹. Sin embargo, dicho evento no se ha producido a la fecha de elaboración del presente estudio.

La función que desarrollan las plataformas españolas de negociación de derechos de emisión referidas, al igual que la de sus homónimas europeas, es la de ofrecer un sistema para realizar las transmisiones de derechos de emisión, permitiendo obtener liquidez a quienes venden²⁴⁰. Sirven por tanto de marco

electrónicas de negociación impersonal y masiva de derechos de emisión. Adicionalmente a las transmisiones derivativas de derechos de emisión, son objeto de compraventa en mercados secundarios otras unidades derivadas de los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto, como son las CER y URE. Con carácter incluso previo a la negociación de derechos de emisión, ha sido praxis mercantil la transmisión de derivados sobre el subyacente derecho de emisión, como son los futuros y opciones. *Cfr.* GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., «La transmisión de derechos de emisión y sus derivados», *CEF Legal - Revista Práctica de Derecho*, núm. 117, 2010, pp. 22-45.

²³⁷ *Vid.* TVINNEREIM, E. y RØINE, K., *Carbon 2010 - Return of the sovereign*, 2010; y TVINNEREIM, E., RØINE, K. y HEIMDAL, C., *Carbon 2009 - Emission trading coming home*, 2009.

²³⁸ Bolsas y Mercados Españoles es el operador de todos los mercados de valores y sistemas financieros en España, cotiza en Bolsa desde el 14 de julio de 2006 y forma parte del índice IBEX 35 desde julio de 2007. Además cuenta con más de 20 sociedades filiales, entre las que destacan Bolsa de Madrid, Bolsa de Barcelona, Bolsa de Bilbao, Bolsa de Valencia, AIAF Mercado de Renta Fija, MEFF, IBERCLEAR, MAB, *Visual Trader BME Consulting*, BME Innova, BME *Market Data* e Infobolsa.

²³⁹ El texto de la nota oficial de prensa del 19 de junio de 2008 se puede consultar en la web <http://www.bolsasymercados.es>.

²⁴⁰ El correcto funcionamiento del mercado de derechos de emisión como mecanismo de flexibilidad del Protocolo de Kioto depende de su liquidez, facilitada por el mayor número de inversores intervinientes. *Vid.* BASCONES ILUNDÁIN, P. y LLUCH MORENO, E., «El mecanismo de desarrollo limpio del Protocolo de Kyoto: su capacidad de transferencia tecnológica y desarrollo», *Ecosostenible*, núm. 46, 2008, p. 33, para quienes:

«En definitiva, el mercado de emisiones para funcionar correctamente y evitar una elevada volatilidad requiere de mayor liquidez derivada de una mayor participación de empresas. La participación de las empresas hasta la fecha se ha visto condicionada por desconocerse la asignación de derechos de emisión que finalmente recibirán y por miedo a intervenir en un mercado desconocido».

Entendemos por liquidez la posibilidad de deshacer la posición con respecto al derecho de emisión, es decir, la posibilidad de encontrar contraparte para transmitir el derecho subjetivo y obtener su precio en dinero. La función de ofrecer liquidez a los intervinientes en el sistema de comercio de derechos de emisión se predica del mercado exclusivamente secundario, ya que el mercado primario tiene una función de inversión o financiación. Además actualmente no podemos considerar que exista un mercado primario de emisiones toda vez que la asignación de derechos de emisión a los sujetos-instalación tiene carácter gratuito, sin perjuicio de las modificaciones que ha llevado a cabo la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, 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.

Sobre la diferente funcionalidad de los mercados primario y secundario de instrumentos financieros, indicando que los primeros tienen una función de inversión o financiación, mientras que los segundos tienen una función precisamente de liquidez, *cfr.* LÓPEZ PASCUAL,

canalizador de los intereses concurrentes de compra y venta de derechos de emisión, siendo mecanismo de reasignación eficiente de recursos escasos²⁴¹. Como consecuencia de la organización de una oferta y demanda generalizadas, se establece un precio de mercado del derecho de emisión que se corresponde con el coste de reducción de emisiones de GEI a la atmósfera, lo que permite al sujeto adoptar decisiones de inversión adecuadas. Los sujetos-instalación tienen en las plataformas de negociación un instrumento que les facilita el cumplimiento de sus obligaciones de entrega a la Administración de tantos derechos de emisión como toneladas equivalentes de emisiones de GEI hayan realizado a la atmósfera, por lo que *in fine* estos ámbitos de negociación permiten disminuir las emisiones de GEI a la atmósfera de la forma económicamente más eficiente.

Si bien, en general, el sistema de comercio de emisiones ha surgido del interés primigenio de la mitigación del fenómeno del cambio climático²⁴², concretamente las plataformas de negociación presentan en su configuración rasgos financieros o de inversión, al facilitar operaciones masivas e impersonales de derechos de emisión que proporcionan liquidez a dicho objeto negociado. Ahora bien, el tratamiento doctrinal de las plataformas de negociación de derechos de emisión como mercados de índole financiera²⁴³ no es una cuestión pacífica.

Una parte minoritaria de la doctrina mantiene que el mercado de derechos de emisión se encuentra alejado del ámbito del mercado financiero, por ser la causa o fin del primero la «protección ambiental», siendo sin embargo finalidad del segundo el ahorro y la inversión²⁴⁴. No obstante, para una parte más

J. y ROJO SUÁREZ, J., *Los mercados de valores. Organización y funcionamiento*, Madrid, 2004, p. 145; y SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *op. cit.*, p. 308.

²⁴¹ Cfr. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., «Los sistemas españoles de negociación de derechos de emisión de gases GEI», en AA.VV. (coord. GONZÁLEZ CASTILLA, F., MARIMÓN DURÁ, R. y RUIZ PERIS, J. I.), *Estudios de Derecho del Mercado Financiero, en homenaje al Profesor Vicente Cuñat Edo*, Valencia, 2010, p. 759.

²⁴² El mercado de derechos de emisión ha sido calificado por los juristas ambientalistas como uno de los «instrumentos de mercado de carácter cooperador». Sobre el concepto de «instrumentos de mercado de carácter cooperador», *vid.* MORA RUIZ, M., *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Valladolid, 2007, pp. 147-156.

²⁴³ Sobre el concepto de mercados de índole financiera o mercados financieros, entre muchos autores, *vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., «Los mercados de valores y de crédito. Introducción», en AA.VV. (coord. URÍA MENÉNDEZ, R. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.), *Curso de Derecho Mercantil*, II, Cizur Menor, 2007, p. 351, para quien:

«Los mercados financieros son, como cualquier otro mercado, los puntos de encuentro, sitios o no en un lugar físico determinado, donde confluyen las ofertas y demandas de contratación de unos bienes específicos que en nuestro caso, no son ni bienes materiales ni servicios, sino fundamentalmente unos activos que llamamos financieros».

Sobre el concepto de sistema financiero, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 133/1997, de 16 de julio, establece:

«El concepto de mercado de valores no se entiende si no es integrado en el concepto más amplio de “sistema financiero”, del que forma parte. Si por sistema financiero se tiene al conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de los cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando (oferta) dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda), el mercado de valores no es sino un elemento o parte integrante del sistema financiero».

²⁴⁴ Para ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL la negociación en plataformas multilaterales de derechos de emisión está sometida al Código Civil y no a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, porque «la causa del título de emisión es la protección ambiental, lo que lo aleja del ámbito del mercado financiero». Sin embargo la autora reconoce cierta similitud entre el mercado de derechos de emisión y el financiero, que sitúa en la anotación en cuenta como forma de representación del derecho, entre otros aspectos. *Vid.* ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F., «Algunas cuestiones en torno al derecho de emisión de CO₂ y al mercado en que se negocia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 101, 2006, pp. 31-32:

«Así la transmisión de la propiedad del derecho de emisión estará sometida a las normas generales de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 609 del CC), que suponen necesariamente una entrega del bien en el momento de la puesta en poder y posesión del derecho de emisión por

mayoritaria de la doctrina reciente, con la que coincidimos, las funciones ambientales y de inversión son perfectamente compatibles, por lo que el objetivo de mejora ambiental de los mercados de derechos de emisión no excluye su funcionamiento como verdaderos mercados canalizadores del ahorro²⁴⁵. Desde el punto de vista de distintas disciplinas, y alejados de una interpretación rigurosa del Derecho del mercado de valores²⁴⁶, diversos autores han señalado la condición de «Bolsas»²⁴⁷ de las plataformas de negociación de

el vendedor al comprador (artículo 1462 del CC) y no estará sometida a otras reglas, como podría ser la normativa del mercado de valores (con la excepción de los instrumentos financieros de derechos de emisión, sobre los que nos detendremos en el próximo epígrafe). Ello porque el mercado de derechos de emisión, al igual que el mercado financiero, en particular el mercado de valores, necesita que el derecho de emisión circule como un título negociable estando representado por medio de anotaciones en cuenta, habiendo sido emitido por persona o entidad pública [o privada] y agrupado en emisiones; la causa del título de emisión es la protección del valor ambiental, lo que lo aleja del ámbito del mercado financiero. Sin embargo se le va a acercar. Se le acerca por las características jurídicas relativas a su entrega y puesta a disposición (la anotación en cuenta) y se le acerca por la misma realidad de las cosas».

²⁴⁵ Recientes aportaciones doctrinales señalan la existencia de paralelismos entre el mercado de derechos de emisión y los mercados financieros, destacando la necesidad de contar con instituciones que gobiernen dicho vínculo para evitar los efectos que ha puesto de manifiesto la reciente crisis financiera. Cfr. DE CENDRA DE LARRAGÁN, J., «La visión de la Unión Europea sobre la construcción de un mercado global de carbono», en AA.VV. (coord. SANZ RUBIALES, I.), *El mercado europeo de derechos de emisión. Balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Valladolid, 2010, p. 201; HILL, J., JENNINGS, T. y VANEZI, E., *The emissions trading market: risks and challenges*, London, 2008, p. 20; KOSSOY, A. y AMBROSI, P., *State and Trends of the Global Carbon Market*, Washington D. C., 2010, p. 9; LOHMANN, L., «Regulatory Challenges for Financial and Carbon Markets», *The Carbon & Climate Law Review*, núm. 2, 2009, pp. 167 y 171; «Uncertainty Markets and Carbon Markets: Variations on Polanyian Themes», *New Political Economy*, núm. 15, 2010, p. 248; y MEHLING, M., *Global Carbon Market Institutions. An assessment of Governance Challenges and Functions in the Carbon Market*, *Climate Strategies*, Cambridge, 2009, p. 38.

²⁴⁶ Utilizamos la expresión «mercado de valores» en un sentido amplio y como expresión equivalente a la probablemente más correcta denominación de «sistemas de negociación de instrumentos financieros». Esta última expresión se refiere al género instrumento financiero, en el que se engloban no sólo los valores sino otros instrumentos financieros. El concepto de mercados de instrumentos financieros incluye a todos los sistemas de negociación regidos por el denominado Derecho bursátil –denominación también demasiado restrictiva–, y no sólo a las Bolsas de Valores. Considerando al Derecho bursátil como origen y núcleo del Derecho del mercado de valores, cfr. HOPT, K. J., *Estudios de Derecho de sociedades y del mercado de valores*, Madrid, 2010, p. 43. Sobre la conveniencia de cambiar la denominación de la Ley «del mercado de valores» por Ley «de los mercados financieros» o «de la negociación de los instrumentos financieros», cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., «De la reforma del mercado de valores a la de los sistemas de contratación de instrumentos financieros», *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 38, 2008, p. 596.

²⁴⁷ Cfr. DOMÍNGUEZ CONDE, M. J. y GARCÍA MACHADO J. J., «Mercados derivados de los derechos de emisión del protocolo de Kioto ¿Un nuevo mercado de futuros?», *Información Comercial Española, Boletín Económico*, núm. 2888, 2006, p. 31. Nótese que las denominaciones de los mercados que refieren los autores han sido en algunos casos modificadas como consecuencia de operaciones societarias recientes. Actualmente, entre los mercados de derechos de emisión y sus derivados encontramos a EEX (*European Energy Exchange*) de la Bolsa alemana; *Powernext* en Francia; CLIMEX (antes conocido como *New Values*) en Holanda, Alemania, Reino Unido, Francia y Asia; EXAA (*Austrian Energy Exchange*) en Austria; *TFS Green* en Reino Unido; *Nord Pool* en los países escandinavos; APX-ENDEX en Bélgica, Holanda y Reino Unido; *GME's Emissions Trading Market* en Italia; y un mercado paneuropeo, con sede en Londres, el ICX-ICE (*International Climate Exchange-Intercontinental Exchange Futures Europe*).

Muy relevante resultan las aportaciones de LOZANO CUTANDA, que si bien realiza sus estudios desde la perspectiva del Derecho administrativo, y más concretamente del Derecho ambiental administrativo, califica a las plataformas de negociación de derechos de emisión de «Bolsas» y «mercados bursátiles». Vid. LOZANO CUTANDA, *Derecho...*, op. cit., p. 828, para quien:

«Hay que señalar que el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la UE está funcionando como un mercado bursátil más –aunque el intercambio no lo sea de títulos valores, sino de toneladas de emisión de CO₂– sometido a la lógica más pura del mercado de valores, y ha dado lugar al surgimiento de toda una serie de negocios nuevos de tipo mercantil, como la

derechos de emisión. Incluso algunos juristas las han calificado de «mercados organizados»²⁴⁸. Estas aproximaciones meramente indiciarias merecen ser objeto de estudio, entendiendo a las plataformas como mercados de negociación secundaria de emisiones, siendo una *species* dentro del *genus* de los mercados de emisiones.

4.2. Propuesta de regulación de las plataformas de negociación de derechos de emisión

Las plataformas o mercados de derechos de emisión son actualmente el ámbito principal de negociación de los derechos de emisión. A través de estas plataformas, compran y venden derechos tanto sujetos sometidos a la obligación legal de reducir sus emisiones de GEI a la atmósfera, como personas ajenas a tal obligación que deciden invertir en dichos derechos en lugar de hacerlo en otros instrumentos financieros. Concretamente, más de la mitad de las negociaciones de derechos de emisión en las plataformas responden a fines de inversión y no a la necesidad de reducir emisiones de GEI, ya que son llevadas a cabo por sujetos ajenos al ámbito de aplicación del régimen de comercio de emisiones que establecen la Ley 1/2005 y la Directiva 2003/87/CE²⁴⁹.

creación de bolsas de derechos de emisión, siete en la actualidad y que tienden a su integración, la aparición de *traders* o *brokers* de derechos de emisión y de los especialistas en financiación y gestión, como es el caso de los fondos de carbono».

Asimismo, *vid.* LOZANO CUTANDA, B., *El Protocolo...*, *op. cit.*, p. 276, para quien:

«La “Bolsa de Derechos de emisión” ya ha comenzado a funcionar con la lógica más pura de un mercado de valores, y al calor de este nuevo ámbito de actuación empresarial van surgiendo negocios, y en algunos casos se han creado incluso compañías nuevas para explotarlos, que tocan campos diversos: consultorías, asesorías legales y auditorías, “brokers” (intermediarios y operadores del mercado por cuenta ajena), financiación de tecnologías ambientalmente limpias y operaciones corporativas relacionadas con las exigencias ambientales, verificadores y certificadores de emisiones de CO₂, etc.».

En el mismo sentido que los anteriores, *cf.* AGGERYD, J. y STRÖMQVIST, F., *An Empirical Examination of the EUA Emission Rights Market*, Director de Tesis Doctoral: BJÖRK, T., Estocolmo, Stockholm School of Economics, 2008, p. 9; BILBAO ESTRADA, I. y PEDRAZA BOCHONS, J. V., «La fiscalidad de los derechos de emisión», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 311, 2010, pp. 104 y 109; BILBAO ESTRADA, I. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., «IVA y derechos de emisión: especial referencia a su utilización como instrumento de fraude», *Crónica Tributaria*, núm. 136, 2010, pp. 48-50; CERVERA VALLTERRA, M., «La lucha de la Unión Europea contra el cambio climático. El mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el período 2005-2007», *Cuadernos de integración europea*, núm. 4, 2006, p. 75; FERNÁNDEZ MARTÍN, R. M., «La Unión Europea como impulsora de la lucha contra el cambio climático. Kyoto y los retos para el 2020», *Revista de Economía Mundial*, núm. 25, 2010, p. 205; 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*, Director de Tesis Doctoral: BUSTOS GISBERT, A., Madrid, Universidad Complutense, 2003, p. 110; MATEOS ANSÓTEGUI, A. I., «La contabilidad de los derechos de emisión de GEI en el nuevo PGC 2008. La problemática de las subvenciones», *Técnica Contable*, núm. 717, 2009, p. 41; «Instrumentos financieros y derechos de emisión de GEI», *Partida Doble*, núm. 226, 2010, p. 28; y SOGORB MIRA, F., «La Bolsa de CO₂», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 311, 2010, pp. 85-95.

²⁴⁸ *Vid.* BILBAO ESTRADA, I. y PEDRAZA BOCHONS, J. V., «La fiscalidad...», *op. cit.*, p. 104. Muy curiosa es la expresión «chiringuito financiero» que emplea CARO-PATÓN CARMONA, *vid.* CARO-PATÓN CARMONA, I., «La asignación nacional de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: balance de su aplicación y crónica de su muerte», en AA.VV. (coord. SANZ RUBIALES, I.), *El mercado europeo de derechos de emisión. Balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Valladolid, 2010, p. 110.

²⁴⁹ ROMEO GARCÍA manifiesta que aproximadamente el 80% de las transmisiones de derechos de emisión se están realizando por sujetos-no-instalación, es decir, por personas físicas o jurídicas no afectadas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre, que, sin embargo, realizan inversiones en derechos de emisión. *Vid.* ROMEO GARCÍA, I., «Comparecencia en la Sesión núm. 19 de la Comisión Mixta para el Estudio del Cambio Climático de las Cortes Generales, celebrada el

Si bien el marco legal del comercio de emisiones está compuesto por las referidas Ley 1/2005, a nivel nacional, y Directiva 2003/87/CE, a nivel comunitario, estas normas no regulan las plataformas españolas de negociación multilateral de derechos de emisión. La ausencia de norma aplicable a dichas plataformas provoca que las mismas operen al margen de una regulación específica del régimen de mercado. De esta situación de ausencia de regulación se deriva la actual inseguridad jurídica del mercado secundario de derechos de emisión de GEI.

Pese a que la reciente regulación del mercado primario de derechos de emisión ha establecido un régimen de transparencia y de proscripción del abuso de mercado en las subastas a través del Reglamento 1031/2010, tal previsión normativa no tiene parangón en el caso de las plataformas de negociación secundaria de derechos de emisión, que no están sometidas a un régimen de transparencia. Tampoco se ha garantizado en el mercado secundario la igualdad y protección del inversor en derechos de emisión, ni se han supervisado las plataformas de negociación por la CNMV. Esta opacidad del sistema podría suponer un fracaso de los mercados de emisiones puesto que el inversor, temeroso de unos ámbitos de negociación informativamente deficientes, evitaría la adquisición de tales derechos subjetivos en el mercado secundario. Esta actitud, de ser generalizada, provocaría la iliquidez del mercado en primer término, y la imposibilidad de reducción de emisiones de forma eficiente en una fase posterior.

Entendemos que la situación descrita debe evitarse con la aplicación del Derecho del mercado de valores a las plataformas de negociación de derechos de emisión, lo que provocaría la vinculación de estos sistemas a diversos principios o «preocupaciones tutelares»²⁵⁰ y a un régimen específico. Los principios a los que nos referimos son los de transparencia²⁵¹ e igualdad del inversor²⁵² a través

martes 9 de junio de 2009 en el Palacio del Senado», *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, núm. 65, IX Legislatura, 2009, pp. 20-21, para quien:

«(...) los bancos, los inversores, los brokers, al final, prácticamente el 80% de las transacciones diarias, incluso un poquito más en algunos lugares, de derechos de emisión de CO₂ son llevadas a cabo por inversores, especuladores de alguna manera».

²⁵⁰ Cfr. SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *Estudios jurídicos sobre el mercado de valores*, Cizur Menor, 2008, p. 61.

²⁵¹ La transparencia es la capacidad del mercado para generar y difundir información sobre precios y cantidades, que permite a los inversores acceder fácilmente a toda la información relevante para tomar decisiones de inversión. Cfr. PÉREZ CARBALLO, A., «La protección de los inversores y la transparencia», en AA.VV. (coord. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. y BENEYTO PÉREZ, J. M.), *El espacio financiero único en la Unión Europea. Los mercados de valores*, Madrid, 2005, p. 678. La transparencia de los mercados de instrumentos financieros es un objetivo de interés público perseguido mediante la imposición de determinados deberes y la disposición de las estructuras necesarias para su correcta actuación. El interés público en el buen funcionamiento de la intermediación financiera impone al legislador afrontar y resolver un clásico problema de asimetría informativa e imponer la transparencia que el mercado por sí mismo no garantizaría. Cfr. COSTI, R., *Il mercato mobiliare*, Torino, 2006 pp. 5-6.

²⁵² La igualdad y protección del inversor son preceptos rectores del Derecho del mercado de valores por los que se demanda, no sólo equivalencia en el trato a todos los inversores para una paritaria posición concurrencial, sino también el amparo o protección adecuada del inversor, con el fin de dotar al mercado de la suficiente confianza tutelable desde una dimensión jurídica para que se siga invirtiendo en instrumentos financieros. Y ello debido a que la confianza del inversor es condición *sine qua non* para que se produzcan los fenómenos de inversión e intermediación en dicho mercado. Cfr. ROJO ALVAREZ-MANZANEDA, C., «Justificación de la aplicación a los fondos de inversión inmobiliaria del sistema de control y la normativa de carácter financiero establecida en el mercado de valores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 111, 2008, pp. 155-171. Las prácticas de abuso de mercado constituyen la vertiente negativa del principio de confianza del inversor anteriormente indicado. Vid. CRÉSPO RODRÍGUEZ, M., «Normas de conducta, protección del inversor e integridad de los mercados», en AA.VV. (coord. URÍA FERNÁNDEZ, F.), *Régimen jurídico de los Mercados de Valores y de las Instituciones de Inversión Colectiva*, Madrid, 2007, pp. 249-258; y

de la proscripción del abuso de mercado y el establecimiento de normas de conducta. Tras la aplicación del Derecho del mercado de valores, las plataformas se verían vinculadas al régimen de supervisión, inspección, sanción e intervención de la CNMV²⁵³. La Comisión²⁵⁴ velaría en consecuencia por la transparencia del mercado secundario de derechos de emisión, la correcta formación de los precios en el mismo y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información fuera necesaria para asegurar la consecución de esos fines. Toda vez que el Derecho del mercado de valores tiene como aspecto teleológico el asegurar al inversor un grado de información sobre el objeto de inversión más intenso que aquél establecido en el Derecho patrimonial privado para otros objetos no financieros, si el inversor en derechos de emisión operase en sistemas de negociación de instrumentos financieros sometidos a la LMV gozaría de un mayor grado de información sobre el derecho subjetivo objeto de su inversión y sobre el régimen de su negociación.

La aplicación del Derecho del mercado de valores a las plataformas españolas de negociación de derechos de emisión como decisión de política legislativa pasa por analizar si estas últimas pueden considerarse subsumidas en el ámbito de aplicación de la LMV.

El legislador delimita el objeto de la LMV –concretamente en el artículo 1 de tal norma²⁵⁵– en la regulación de los sistemas españoles de negociación de

GUITARD MARÍN, J., «Abuso de mercado», en AA.VV. (coord. URÍA FERNÁNDEZ, F.), *Régimen jurídico de los Mercados de Valores y de las Instituciones de Inversión Colectiva*, Madrid, 2007, pp. 301-356, entre otros.

²⁵³ Nótese que seguimos, si bien adaptado, el esquema de ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA en su trabajo sobre la justificación de la aplicación a los fondos de inversión inmobiliaria del Derecho del mercado de valores. *Vid.* ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «Justificación de la aplicación a los fondos de inversión inmobiliaria del sistema de control y la normativa de carácter financiero establecida en el mercado de valores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 111, 2008, pp. 131-180.

²⁵⁴ Parte de la doctrina ha propuesto introducir cambios en el órgano de supervisión e inspección de los mercados de instrumentos financieros, la CNMV, argumentando a favor de una armonización estructural entre dicho organismo y el Banco de España, como consecuencia de la posibilidad de las entidades de crédito de desarrollar actividades de servicios de inversión. Ello supondría superar el tradicional esquema triangular de la supervisión del mercado financiero español, compuesto por el Banco de España como autoridad del mercado de crédito, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, como autoridad del mercado de seguros, y la CNMV como autoridad del mercado de valores. *Cfr.* SÁNCHEZ CALERO, F., «De la reforma...», *op. cit.*, pp. 606-607. Sea como fuere, lo que mantenemos en estas líneas es el sometimiento de un mercado de nueva creación, el mercado de derechos de emisión, a supervisión, inspección, sanción e intervención de una autoridad competente.

²⁵⁵ La redacción vigente del artículo 1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ha sido establecida por la Ley 47/2007, norma que ha realizado la más importante de las últimas reformas que ha sufrido la LMV. A los efectos del presente trabajo resulta relevante dicha reforma por haber incorporado al Ordenamiento jurídico español tres importantes Directivas europeas definidoras de los mercados de instrumentos financieros: (i) la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros; (ii) la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva; y (iii) la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

La modificación llevada a cabo por la Ley 47/2007 gira en torno a cuatro puntos fundamentales, como son (i) la modernización de la legislación del mercado de valores de forma adecuada a la creciente complejidad de este sistema de transacción, (ii) el incremento de la protección de los inversores en su actuación en el mercado, (iii) la adecuación de la organización de las entidades que prestan servicios de inversión y (iv) el aumento de las competencias inspectoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La primera de las modificaciones ha resultado fundamental para el mercado de emisiones puesto que se ha incluido en la categoría de instrumentos financieros a los derivados sobre derechos de emisión.

Sobre los ejes de la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, *vid.* el Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 47/2007, de 19 diciembre, de

instrumentos financieros, a lo que añade la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento del régimen de supervisión, inspección y sanción. Para determinar si las plataformas de negociación de derechos de emisión se pueden incluir en el objeto de la LMV, deberemos estudiar si son subsumibles en la categoría de sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, es decir, si el objeto negociado en ellas se puede comprender en la categoría de «instrumento financiero» y si pueden ser consideradas como «sistemas de negociación».

Ya hemos afirmado en otros trabajos que el derecho de emisión se podría subsumir en la categoría de instrumento financiero por ser un derecho de contenido patrimonial, agrupado en emisiones, representado mediante anotaciones en cuenta y negociable en la actualidad en España a través de plataformas creadas a tal efecto²⁵⁶. Y que la inseguridad jurídica que aqueja al mercado de emisiones hace prever una regulación desde el prisma del Derecho del mercado de valores, tendente a alcanzar una estabilidad que dote de seguridad a la inversión en derechos de emisión²⁵⁷ en plataformas que, como SENDECO₂, pueden ser consideradas sistemas de negociación de instrumentos financieros.

Tales afirmaciones tienen su reflejo en una muy reciente propuesta legislativa comunitaria. Se trata de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se deroga la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [Bruselas, 20.10.2011, COM(2011) 656 final], así como la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento [EMIR] relativo a los derivados OTC, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones [Bruselas, 20.10.2011, COM(2011) 652 final]. Ambas normas, actualmente en tramitación, amparan nuestra tesis de considerar a las plataformas de negociación de derechos de emisión como sistemas de negociación de instrumentos financieros²⁵⁸. Una vez se promulguen las referidas normas, la propuesta de política legislativa respecto de la naturaleza jurídica de plataformas de negociación de derechos de emisión como sistemas de negociación de instrumentos financieros sería una realidad legal.

5. CONCLUSIONES

El sistema comunitario de comercio de derechos de emisión comparte la función económica de reducir el coste de la mitigación del cambio climático, si bien cuenta con caracteres propios, como es delegar los esfuerzos de reducción de emisiones en sujetos privados.

reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Pese a la claridad del apartado de la norma citado, algunos autores afirman que el legislador sustenta la reforma sobre tres principios, y no sobre cuatro, omitiendo el referido expresamente a la adecuación de la organización de entidades que prestan servicios de inversión. Cfr. DE MARTÍN MUÑOZ, A. e IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., «Concepto de valor y ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores», en AA.VV. (dir. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.), *Derecho de la regulación económica. Mercado de Valores*, II, Madrid, 2009, pp. 21-22.

²⁵⁶ Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., «La transmisión...», *op. cit.*, p. 37.

²⁵⁷ Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., «El tercer período de comercio de derechos de emisión: novedades en el sistema jurídico español a partir de 2013», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 21, 2012, p. 275.

²⁵⁸ Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., *El régimen jurídico de los derechos de emisión y del mercado en el que se negocian*, Director de Tesis Doctoral: RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., Valencia, Universidad CEU Cardenal Herrera, 2012.

Del sistema comunitario de comercio han surgido mercados de negociación secundaria de emisiones en los que invierten sujetos privados. Estos mercados, como son en España SENDECO₂ y CODE-BME, carecen de regulación específica con la consiguiente inseguridad para los participantes.

La conveniente aplicación del Derecho del mercado de valores a estos mercados pasa por determinar su consideración como sistemas de negociación de instrumentos financieros en la línea de la recentísima propuesta comunitaria de la Directiva de derogación de la Directiva MIFID y del Reglamento relativo a los mercados de instrumentos financieros.

