

# Política de competencia y ayudas estatales en el marco del Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea

## Competition Policy and State Aid under the European Union Emissions Trading System

JORGE ERNESTO RODRÍGUEZ MORALES\*

**Resumen:** La interacción entre la política de competencia y la medioambiental es bastante compleja, especialmente en el caso de las ayudas estatales, cuyo nivel de control refleja el coste de oportunidad emergente entre ambas. Con el fin de ilustrar las potenciales pérdidas de eficiencia o los desequilibrios en la equidad de condiciones de competencia, este artículo analiza las dimensiones legal, económica y política del mecanismo de asignación gratuita de permisos de emisión del Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emisión (RCCDE) de la Unión Europea para el sector de la generación eléctrica.

**Palabras clave:** política de competencia – control de ayudas estatales – RCCDE de la UE – asignación gratuita de permisos de emisión – distorsión de la competencia – mercado interior de la UE

**Abstract:** The interaction between competition and environmental policy is quite complex, particularly before state aids, whose control level reflects the emerging opportunity cost between both policies. In order to illustrate the potential efficiency losses or the imbalances on level playing field of competition, this article analyzes the legal, economic and political dimensions of the European Union Emissions Trading System (EU ETS) free allocation of allowances mechanism for the power generation sector.

**Key words:** competition policy – state aid control – EU ETS – free allocation of emission allowances – distortion of competition – EU internal market

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. AYUDAS DEL ESTADO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA DE LA UE EN EL DERECHO ORIGINARIO.– II.1. PROHIBICIÓN GENERAL DELAS AYUDAS ESTATALES.– II.2. EXCEPCIONES.– III. RACIONALIDAD ECONÓMICA DEL SISTEMA DE CONTROL DE AYUDAS ESTATALES.–

---

\* Profesor de la Maestría en Regulación, Gestión y Economía Minera de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Consultor para el *Research Consortium on Energy and Environmental Law/RCEEL*. Postdoctoral Scholar Aarhus University (Dinamarca). Doctor/Ph.D. por la Universidad de Salamanca (España), con concentraciones en gobernanza energética y medioambiental; Magister Scientiae/MSc. en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas y Legum Magister/LL.M. en Regulación Económica por la Escuela de Posgrado «Estado de Derecho y Gobernanza Global» de la Universidad de Salamanca. Abogado por la PUCP. Correo electrónico: rodriguez.je@pucp.edu.pe

IV. AYUDAS ESTATALES Y ASIGNACIÓN GRATUITA DE PERMISOS DE EMISIÓN EN EL MARCO DEL RCCDE DE LA UE.– IV.1. UNA APROXIMACIÓN AL MECANISMO DE ASIGNACIÓN GRATUITA DE PERMISOS DE EMISIÓN.– IV.2. ASIGNACIÓN GRATUITA DE PERMISOS DE EMISIÓN PARA LA GENERACIÓN ELÉCTRICA BAJO LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS AYUDAS ESTATALES DEL TFUE.– IV.2.1. ¿DISTORSIÓN DE LA EFICIENCIA ECONÓMICA O DESBALANCE DE LA EQUIDAD DE CONDICIONES DE COMPETENCIA?.– IV.2.2. ¿UNA EXCEPCIÓN NO-MEDIOAMBIENTAL A LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS AYUDAS ESTATALES EN EL MARCO DEL RCCDE?.– V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La interacción entre la política de competencia y la política medioambiental de la Unión Europea (UE) es intensa, especialmente en el sector de la energía. Esta interacción no solamente está relacionada con resultados positivos de eficiencia, como es el caso de la corrección de fallos de mercado, sino que está influenciada notablemente por elementos normativos de equidad asentados en la arquitectura institucional sobre la que se construye el proyecto europeo. Siendo dinámicos, los costes de oportunidad que emergen al implementar instrumentos de internalización de costes externos medioambientales producen efectos colaterales sobre otros objetivos políticos, como la protección de la competencia y el comercio en el mercado interior de la UE. En este artículo analizaremos como interactúa el Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emisión (RCCDE) de la UE con las reglas de control de las ayudas estatales y la política de competencia, estudiando las dimensiones legal, económica y política del mecanismo de asignación gratuita de permisos de emisión o «Grandfathering», regulada como excepción al mecanismo de subastas para el sector de la generación eléctrica de algunos Estados miembros.

## II. AYUDAS DEL ESTADO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA DE LA UE EN EL DERECHO ORIGINARIO

La política de competencia de la Unión Europea ha sido una parte medular para el desarrollo de la integración política y económica desde el Tratado de Roma de 1957, que estableció un régimen jurídico para garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado común. El objetivo era crear un conjunto de normas de competencia bien desarrolladas y efectivas para garantizar que el mercado europeo funcione correctamente y proporcione a los consumidores los beneficios de un sistema económico basado en la libertad de mercado<sup>1</sup>. El desarrollo de

<sup>1</sup> LOWE, Philip. The Design of Competition Policy Institutions for the Twenty-First Century: The Experience of the European Commission and the Directorate-General for Competition. En Xavier

la política de competencia ha constituido un gran desafío para Europa dado que, en la década de 1950, la mayoría de Estados miembros carecía de leyes de competencia basadas en el principio de prohibición. Por tanto, no tenían ningún punto de referencia para el desarrollo de una política de competencia comunitaria. En este sentido, una política completamente nueva tuvo que ser creada a escala comunitaria para respaldar dos elementos fundamentales en el proceso de integración europeo: 1) la integración de los mercados nacionales en un área única común, y 2) y el establecimiento de la competencia como motor de la economía comunitaria<sup>2</sup>.

La Comisión Europea considera que la política de competencia debería asegurar que las empresas compitan entre sí de forma equitativa, promoviendo la actividad empresarial y la eficiencia, y proporcionando al consumidor una oferta más diversificada que contribuya a bajar los precios y a mejorar la calidad. Teniendo en cuenta estas razones, la Unión Europea persigue los comportamientos anticompetitivos, revisa las fusiones y las ayudas estatales y promueve la liberalización de los mercados<sup>3</sup>.

Una síntesis del modelo económico que persigue la UE se recoge en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea:

La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

Asimismo, las Instituciones Comunitarias son responsables del correcto funcionamiento de mercado interior:

La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados.

Vives (ed). *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome* (pp. 21-41). Nueva York: Oxford University Press, 2009.

2 Existe una percepción de que el objetivo de integración del mercado ha sido tradicionalmente más importante dentro de la comunidad que el mismo elemento de desarrollo de la competencia. Para mayor detalle, véase: MASSEY, Patrick. *Reform of EC Competition Law: Substance Procedures and Institutions*. En Barry E. Hawk (ed.). *International Antitrust Law & Policy. Annual Proceedings Fordham Corporate Law Institute* (pp. 91-124). Nueva York: Juris Publications, 1997.

3 Comisión Europea, Dirección General de Competencia. *Comprender las políticas de la Unión Europea: Un mejor funcionamiento de los mercados*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014.

El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados<sup>4</sup>.

Las prohibiciones específicas a las distintas prácticas privadas y públicas que pueden afectar la competencia en el mercado interior de la UE se recogen en el TFUE, entre estas se encuentran las reglas de control de las ayudas del Estado<sup>5</sup>.

### II.1. Prohibición general de las ayudas estatales

De acuerdo con la Comisión Europea, la política de la Unión respecto de las ayudas estatales tiene por objeto asegurar la libre competencia, una eficiente asignación de los recursos y, finalmente, la unidad del mercado en el marco de los compromisos internacionales de la UE<sup>6</sup>. A diferencia de las otras reglas de competencia, cuyo propósito es prevenir que las empresas y no los gobiernos adopten conductas que puedan afectar la competencia, el sistema de control de las ayudas estatales ha tenido como objetivo central dentro de la política de integración europea prevenir que los Estados miembros de la Unión Europea utilicen fondos del gobierno para evadir el cumplimiento de las reglas de competencia al establecer una ventaja injusta en beneficio de la industria doméstica<sup>7</sup>.

En este sentido, la política de control de las ayudas no está dirigida a la política de competencia aplicada a las empresas, sino que regula la competencia entre los Estados miembros de la Unión Europea. Las distorsiones de la competencia que la regulación de las ayudas estatales busca controlar son aquellas generadas por las autoridades políticas de los Estados miembros, no por las empresas que compiten en el mercado interior<sup>8</sup>. Las reglas de competencia en relación con las ayudas estatales están recogidas en el artículo 107 del TFUE, el cual establece lo siguiente:

Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los

4 Artículo 26 (1) y (2) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE.

5 Los acuerdos empresariales y otras decisiones concertadas que afecten la competencia se recogen en el artículo 101 del TFUE, el caso de la explotación abusiva de posición dominante en el artículo 102 del mismo, en los artículos 103, 104 y 105 se establece la capacidad de regulación del Consejo Europeo con el fin de proteger la competencia, la actuación de los Estados miembros y las competencias de la Comisión Europea para supervisar y garantizar la competencia en el ámbito del mercado común. En el artículo 106 se establecen las restricciones a las formas de intervención del Estado en favor de empresas públicas o empresas con derechos exclusivos o especiales que afecten el desenvolvimiento de la competencia y los principios de libertad de mercado de la UE.

6 Comisión Europea. State Aid Action Plan. Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005–2009. COM (2005) 107 final. Ver también CINI, Michelle & Lee Mc GOWAN. *Competition Policy in the European Union*. Nueva York: Palgrave MacMillan, 2009.

7 SPECTOR, David. State Aids: Economic Analysis and Practice in the European Union. En Xavier Vives (ed). *Ob. cit.*, pp. 176-194.

8 Blauburger, Michael. From negative to positive integration? European state aid control through soft and hard law. Colonia: Max-Planck-Inst. für Gesellschaftsforschung, 2009.

Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Así, la definición legal de la prohibición general del TFUE puede descomponerse en cuatro elementos básicos: (1) ventaja económica, (2) selectividad de la medida, (3) uso de recursos de un Estado miembro, y (4) falseamiento o amenaza de falseamiento de la competencia que afecte el comercio en el mercado interior.

De forma general, la ayuda estatal consiste en una ventaja económica que obtiene una empresa (pública o privada) y que no hubiera obtenido en condiciones normales del mercado, sino solo a causa de la intervención del Estado. En el caso «Sloman-Neptun» la Corte Europea de Justicia estableció que cualquier beneficio otorgado directa o indirectamente por el Estado puede ser considerado una ayuda estatal en los términos del tratado. De esta forma, hace una interpretación extensiva respecto a la clase de beneficios de origen estatal cubiertos por el artículo 107 del TFUE<sup>9</sup>. Entre los tipos de ayuda estatal, podemos mencionar por ejemplo: subsidios directos, bonificación de intereses, inyecciones de capital, préstamos libres de intereses o a intereses muy bajos, donaciones, revalorizaciones de activos, compensaciones por cargas financieras estatales, condonación de deudas, condiciones preferenciales, reducciones de precios, contratos públicos de suministro, reducción de cargas de la seguridad social, las garantías financieras del Estado, exenciones y reducciones de impuestos, o la condonación de los ingresos de Estado, entre las más comunes<sup>10</sup>.

## II.2. Excepciones

Aun cuando la política de competencia de la UE establece una prohibición general en materia de ayudas del Estado, las reglas de control de las ayudas admiten una serie de excepciones de compatibilidad a la regla general. El tratado explícitamente permite las ayudas del Estado cuando los programas propuestos importen un impacto positivo para la UE. Las ayudas estatales pueden ser declaradas compatibles con el Tratado en tanto se dirijan a hacer factible el cumplimiento de alguno de los objetivos de interés común establecidos en el marco del derecho originario y no distorsionen la competencia y el comercio entre los Estados miembros de tal forma que otros objetivos de interés común de la UE se vean afectados<sup>11</sup>.

9 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Casos 72/91 y 73/91 «Sloman Neptun», 1993.

10 Para mayor profundidad revisar ROGGENKAMP, Martha & otros (eds.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Nueva York: Oxford University Press, 2007.

11 Comisión Europea. State Aid Action Plan. Ob. cit., p. 4.

Estas excepciones a las ayudas estatales pueden agruparse dentro de tres grandes clases: (1) las excepciones vinculadas a ayudas de carácter regional<sup>12</sup>; (2) la regulación de ayudas vinculadas a sectores específicos<sup>13</sup>; y (3) las excepciones vinculadas a políticas horizontales. De manera general, podemos decir que estas excepciones responden tanto a objetivos de eficiencia económica como a objetivos de equidad y reflejan una política de competencia que trata de maximizar la eficiencia económica teniendo en cuenta las restricciones que imponen otro tipo de políticas y objetivos no-económicos que conforman una parte sustancial del proceso de integración de la UE. Por un lado, las ayudas pueden servir para corregir las ineficiencias de los mercados. Por otro lado, también pueden servir para alcanzar objetivos no-económicos que conduzcan a resultados potencialmente ineficientes en la búsqueda de una mayor equidad social. En este sentido, si el mercado y la competencia funcionan «correctamente», los resultados eficientes todavía pueden ser insatisfactorios en términos de equidad. Entre las principales excepciones a la prohibición general de las ayudas estatales se encuentran las ayudas al medioambiente. Estas se justifican en la pérdida de eficiencia del mercado y sus efectos en el bienestar social, por lo que generalmente se manifiestan en instrumentos económicos o de comando y control enfocados en la internalización de costes externos medioambientales.

### III. RACIONALIDAD ECONÓMICA DEL SISTEMA DE CONTROL DE AYUDAS ESTATALES

De acuerdo con la Comisión Alemana para los Monopolios (*Monopolkommission*), otorgar ayudas del Estado genera una serie de costos y repercusiones económicas negativas. En relación con los costes, el coste de oportunidad derivado de las ayudas conduce a pérdidas de bienestar ante la necesidad de elevar la presión fiscal en otros sectores para equilibrar el gasto. Las ayudas pueden conllevar también un uso ineficiente de los fondos públicos por potenciales problemas del tipo «free rider» o por errores de diagnóstico. La considerable distorsión a la competencia en los mercados de productos y servicios genera incentivos equivocados en los aspectos asignativos, productivos y dinámicos de los mercados. Si las ayudas inducen a las compañías a bajar sus precios,

12 En este caso, las ayudas estatales son excluidas de la prohibición general en tanto estén vinculadas a ayudar a ciertas regiones de la Unión Europea donde el ingreso per cápita está bastante por debajo del promedio europeo, o donde se observa un importante índice de subempleo o desempleo (artículo 107 (3) a) y c) del TFUE).

13 La Comisión Europea ha identificado ciertos sectores económicos y otras ramas industriales como sectores «sensibles» debido a la acumulación de problemas económicos, lo cual ha llevado a excluirlos de la prohibición general de ayudas estatales. Las reglas que aplican a estos sectores son bastante heterogéneas por su distinta naturaleza y evolución. Entre las principales reglas de este tipo, podemos mencionar las ayudas a la agricultura, al carbón, a la producción audiovisual, al desarrollo de banda ancha, a la radiodifusión, al sector eléctrico (costes de transición), a la industria pesquera, al servicio postal, a la industria del acero, entre otras ([http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/specific\\_rules.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/specific_rules.html)).

estas señales pueden distorsionarse haciendo que más recursos sean designados a las actividades subsidiadas, generando un gasto ineficiente que distorsiona el funcionamiento del mercado<sup>14</sup>.

Las ayudas estatales también pueden hacer que las empresas menos eficientes sean mantenidas a flote, lo cual lleva a que sea difícil que nuevas compañías más eficientes entren a competir, creando una barrera de acceso al mercado. Asimismo, la eficiencia productiva de las compañías puede verse afectada, en la medida en que estas destinen sus recursos a explotar el entorno político-económico para maximizar rentas (lo cual recibe el nombre de *rent-seeking*), en lugar de usar productivamente sus recursos bajo una clara señal del mercado. Menos compañías tienen incentivos de producir eficientemente e invertir si asumen que el Estado intervendrá mediante ayudas estatales cuando estas se encuentren en dificultades financieras. Si las ayudas afectan la rentabilidad de una inversión, las compañías pueden ser inducidas a cambiar el nivel, la naturaleza y la oportunidad temporal de las inversiones. En este sentido, la eficiencia dinámica en los mercados puede quedar afectada por la intervención estatal. Además, las ayudas estatales pueden incrementar el poder de mercado de una compañía, afectando la entrada al mercado de nuevos competidores, sellando el mercado doméstico y fomentando las prácticas de desplazamiento. En este caso, si la empresa beneficiada usa su poder de mercado para competir en mercados adyacentes mediante subsidios cruzados, la distorsión se expande y la competencia se ve mucho más afectada<sup>15</sup>. En mercados oligopolísticos, donde los productos son comercializados internacionalmente, los políticos tienen incentivos para promover a sus «campeones nacionales» mediante políticas proactivas. La idea subyacente es subsidiar a las compañías nacionales mediante las políticas comercial, fiscal y de competencia, de tal forma que incrementen su poder de mercado en los mercados internacionales y así incrementar los excedentes de los productores nacionales a expensas de los productores extranjeros<sup>16</sup>.

La política de empobrecer al vecino, o *Beggar-Thy-Neighbour*, es una amenaza para el comercio intracomunitario. Estas prácticas son producto de un estancamiento de comportamiento estratégico tipo dilema del prisionero, que conduce finalmente a resultados ineficientes que no benefician a los participantes. A pesar de que los políticos saben que sería mejor para todo el mundo no entrar en una carrera de

POLÍTICA DE  
COMPETENCIA  
Y AYUDAS  
ESTATALES  
EN EL MARCO  
DEL RÉGIMEN  
COMUNITARIO  
DE COMERCIO DE  
DERECHOS DE  
EMISIÓN DE LA  
UNIÓN EUROPEA

COMPETITION  
POLICY AND  
STATE AID UNDER  
THE EUROPEAN  
UNION EMISSIONS  
TRADING SYSTEM

14 Si las ayudas favorecen a un sector entero, los efectos negativos pueden alcanzar a otros sectores. Así, el financiamiento obtenido de las aportaciones de los contribuyentes es traído en otras ramas de la economía, una situación evidente en la minería del carbón. Ver German Monopolies Commission. The «More Economic Approach» in European State Aid Control. Bonn, 2008 (<http://ssrn.com/abstract=1332765>).

15 Ibidem, p. 4. Para una mayor lectura, revisar TULLOCK, Gordon. *Public Goods, Redistribution and Rent Seeking*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

16 German Monopolies Commission. *Hauptgutachten XV: Wettbewerbspolitik im Schatten «Nationaler Champions»*. Baden-Baden: Nomos, 2004.

subsidios, todos actúan acorde con el incentivo de crear una ventaja para sus compañías locales, con el fin de asegurar un mayor nivel de empleo y mayores ingresos fiscales para el gobierno. La solución de este dilema es un sistema de cooperación contractual o legal<sup>17</sup>. En el caso presente se trataría de la prohibición general de las ayudas del Estado recogida en el TFUE. Así como la delegación de responsabilidades en la política comercial de la Organización Mundial del Comercio puede ser entendida como una medida útil de auto compromiso multilateral para superar el dilema del prisionero, la implementación de un control supranacional de la ayudas del Estado delegado a las instituciones de la Unión Europea se entiende, en principio, como un acto de compromiso racional de los Estados miembros para superar el dilema del comportamiento estratégico de los demás Estados miembros en relación con las políticas de competencia y comercio intracomunitario. En este sentido, el control de ayudas estatales se enfoca en detener una ruinosa carrera de subsidios o *rat-race*<sup>18</sup>.

A pesar de estas y otras pérdidas de eficiencia económica como el incremento de costes de transacción para las empresas que reciben las ayudas y los costes burocráticos, la realidad política incentiva que ayudas ineficientes sean otorgadas aun cuando otros instrumentos menos distorsionantes y más efectivos pueden ser usados, para alcanzar tanto objetivos competitivos como objetivos no competitivos con un nivel mayor de coste-efectividad. La asignación ineficiente de las ayudas estatales puede ser explicada por el hecho de que estas son otorgadas dentro de un proceso político. En el proceso de toma de decisiones, los actores responsables actúan también buscando su propio beneficio. Cuando se trata de ayudas estatales, el riesgo del comportamiento «egoísta» de los tomadores de decisiones políticas es particularmente alto, porque la atención puede estar enfocada en la maximización de votos, la reelección, o el éxito electoral del partido<sup>19</sup>. Además los beneficiarios de las ayudas tienen altos incentivos para apoyar eficazmente las políticas de ayudas ineficientes, mientras que el control de las ineficiencias se diluye entre la gran masa de contribuyentes<sup>20</sup>.

De manera general, podemos afirmar que las ayudas del Estado que interfieren con el mecanismo de asignación descentralizada de recursos pueden distorsionar significativamente el desenvolvimiento de la competencia y el comercio en el mercado interior, afectando además una

17 SCHWALBE, Ulrich. Welfare effects of financing state aid. *European State Aid Law Quarterly*, 55 (2006). Ver además HAUCAP, Justus & Ulrich SCHWALBE. Economic principles of State Aid Control. Working Paper 17 del Düsseldorf Institute for Competition Economics, 2011 ([http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche\\_Fakultaet/DICE/Discussion\\_Paper/017\\_Haucap\\_Schwalbe.pdf](http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/017_Haucap_Schwalbe.pdf)).

18 HAUCAP, Justus & SCHWALBE, Ulrich. Ob. cit.

19 TULLOCK, Gordon, SELDON, Arthur & BRADY, Gordon L. *Government Failure. A primer in Public Choice*. Washington, DC: Cato Institute, 2002.

20 TULLOCK, Gordon. Ob. cit.



asignación más eficiente y equitativa de los recursos del Estado. En este sentido, la regla general de prohibición en la que se basa el sistema de control de ayudas del Estado resulta un elemento necesario y coherente con los fundamentos económicos de eficiencia como motor del mercado interior de la UE, pero también con los objetivos «no-económicos» de equidad en el uso de recursos públicos.

#### IV. AYUDAS ESTATALES Y ASIGNACIÓN GRATUITA DE PERMISOS DE EMISIÓN EN EL MARCO DEL RCCDE DE LA UE

El Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emisión (RCCDE) es uno de los principales instrumentos internacionales aplicados en el ámbito de la Unión Europea para reducir los niveles de emisiones de CO<sub>2</sub> y cumplir sus compromisos de lucha contra el Cambio Climático<sup>21</sup>. El régimen de comercio de derechos de emisión funciona como un sistema de tope y comercialización de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) o *Cap and Trade System*. El volumen máximo de GEI que puede ser emitido cada año por las plantas de producción de electricidad, industrias manufactureras y otras instalaciones sujetas al RCCDE está sometido a un tope o estándar establecido a nivel de la UE. Bajo este tope de emisiones de gases de efecto invernadero, las compañías adquieren (onerosa o gratuitamente) permisos de emisión que luego pueden usar o comercializar en el mercado de carbono europeo<sup>22</sup>.

Los permisos de emisión son la moneda del régimen de comercio de derechos de emisión y la escasez de permisos generada por el tope máximo de emisiones es lo que le da valor en el mercado. Cada permiso le da a su titular el derecho a emitir una tonelada de CO<sub>2</sub>, o el equivalente de otros gases con un mayor potencial de efecto invernadero. Estos permisos solo pueden ser utilizados una vez y las compañías deben entregar los permisos correspondientes por cada tonelada de CO<sub>2</sub>. En el caso de que los titulares de las instalaciones no entreguen los suficientes permisos para cubrir sus niveles de emisión, el sistema prevé sanciones económicas y administrativas. La necesidad de comprar o utilizar sus reservas de permisos genera un incentivo permanente en las compañías para reducir sus emisiones. Asimismo, las compañías pueden vender

301

POLÍTICA DE  
COMPETENCIA  
Y AYUDAS  
ESTATALES  
EN EL MARCO  
DEL RÉGIMEN  
COMUNITARIO  
DE COMERCIO DE  
DERECHOS DE  
EMISIÓN DE LA  
UNIÓN EUROPEA

COMPETITION  
POLICY AND  
STATE AID UNDER  
THE EUROPEAN  
UNION EMISSIONS  
TRADING SYSTEM

21 La iniciativa 20/20/20 para 2020 establece lo siguiente: 1) un objetivo de reducción de un 20% las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión en relación con los niveles de 1990; 2) un incremento de hasta el 20% del porcentaje de las fuentes de energía renovables en el consumo final de energía de la Unión; y 3) un incremento del 20% de la eficiencia energética de la UE en relación con los niveles de 1990. Ver: Decisión 406/2009/CE de 23 de abril de 2009 (DO L 140 de 5.6.2009, p. 136) y Directiva 2009/28/CE de 23 de abril de 2009 (DO L 140 de 5.6.2009, p. 16).

22 Comisión Europea. Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003, establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC.

sus permisos y sus créditos<sup>23</sup>, si consideran que tienen más permisos o créditos de los que van a necesitar. Estas flexibilidades del sistema de comercio de derechos de emisión permiten a las compañías elegir la manera más costo-efectiva de reducir su nivel de emisiones<sup>24</sup>.

Los métodos de asignación de los permisos son variables y están en un rango que va desde sistemas donde se aplica el 100% mediante subastas, hasta sistemas donde se aplica el 100% mediante asignación gratuita. Durante el primer y el segundo periodo de comercio, los permisos fueron principalmente asignados de forma gratuita a las instalaciones sobre la base de sus emisiones históricas. Básicamente, la manera como se han asignado los permisos durante estos periodos ha compensado a las compañías que tradicionalmente han sido las más contaminantes, entregándoles más permisos y desincentivando los esfuerzos de abatimiento de sus respectivos niveles de emisiones. El método de asignación gratuita ha dado lugar a incrementar la inconsistencia de los Planes Nacionales de Asignación de permisos de emisión (PNA)<sup>25</sup> que presentaron los Estados miembros, generando además considerables distorsiones a la competencia en el mercado común de la UE. Esto ha llevado a impulsar programáticamente las subastas como método principal de asignación de permisos de emisión<sup>26</sup>.

De acuerdo con la Directiva del RCCDE revisada, el procedimiento predeterminado desde 2013 es el de las subastas. Además, se elimina de manera general la asignación gratuita para el sector de la producción de electricidad, por lo que deberán comprar todos los permisos necesarios para realizar sus actividades. Sin embargo, el artículo 10 (c) de la Directiva, prevé que algunos Estados miembros puedan asignar de forma transitoria y gratuita derechos de emisión a instalaciones generadoras de electricidad<sup>27</sup>.

Posteriormente, el 24 de octubre de 2014, el Consejo Europeo acordó, en el marco de los objetivos 2030 para el clima y la energía, un objetivo nacional vinculante de reducción de GEI de al menos el 40% en 2030 en comparación con 1990. Para cumplir con este objetivo, el Consejo Europeo acordó que las emisiones en el RCCDE deben reducirse en

23 Los créditos son los obtenidos a través de los mecanismos previstos en el Protocolo de Kioto.

24 DALES, John. *Pollution, Property and Prices*. Toronto: University of Toronto Press, 1968. Ver además ELLERMAN, Denny & Paul JOSKOW. *The European Union's Emission Trading System in perspective*. Arlington, VA: Massachusetts Institute of Technology/Pew Center on Global Climate Change, 2008.

25 Los PNA son los planes nacionales de asignación de permisos de emisión que los Estados miembros están obligados a remitir a la Comisión Europea para su evaluación y aprobación. Ver Comisión Europea. Information provided on the functioning of the EU Emissions trading System, the volumes of greenhouse gas emission allowances auctioned and freely allocated and the impact on the surplus of allowances in the period up to 2020. SWD (2012) 234 final, 2012.

26 D'OUTREMONT, Clémentine. The EU's emissions trading scheme: Achievements, Key lessons and future Prospects. *Egmont Paper*, 40 (2010).

27 European Parliament and Council of the European Union. Directive 2009/29/EC of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emissions allowance trading scheme of the Community, 2009.

un 43% en comparación con 2005. Asimismo, se acordó que los países cuyo producto bruto interno per cápita se encuentre por debajo del 60% del promedio de la Unión podrán optar por continuar otorgando gratuitamente los permisos al sector de la generación eléctrica hasta el año 2030, haciendo una excepción selectiva a la regla general de asignación mediante subastas de permisos<sup>28</sup>.

#### IV.1. Una aproximación al mecanismo de asignación gratuita de permisos de emisión

La asignación gratuita de permisos de emisión, conocida comúnmente como apadrinamiento o *Grandfathering*, es una excepción o relajación de requerimientos regulatorios que permite a las empresas continuar una actividad después de que un cambio institucional prohíba o regule tales actividades para las demás empresas. Otorga un trato preferente a los emisores de gases de efecto invernadero existentes en relación con nuevos entrantes en razón de «derechos de uso anterior» y, generalmente, se basa en una doctrina que trata de apaciguar a los titulares de los cambios legales y las regulaciones costosas. El apadrinamiento es capaz de reducir los incentivos de las empresas contaminantes para anticipar los cambios legales y las regulaciones medioambientales más estrictas, en especial cuando forma parte del mecanismo de asignación y distribución de permisos de emisión establecidos bajo las nuevas regulaciones<sup>29</sup>.

En la formulación de políticas medioambientales es común para un regulador establecer instrumentos de mercado para el uso del recurso y, si los permisos no son subastados sino que son asignados gratuitamente, surge la necesidad de una regla para la asignación libre. La regla más común es la asignación proporcional al uso histórico del recurso<sup>30</sup>. El apadrinamiento ha ocupado un lugar destacado en la legislación ambiental de EE.UU. Desde la federalización del control de la contaminación, las reglas tradicionales de mando y control solo se han establecido sobre nuevas fuentes de contaminación, tales como los estándares aplicados a nuevas fuentes de emisión industrial<sup>31</sup>, o los sistemas de comercio de emisión, tales como el Programa Americano para la Lluvia Ácida, donde los permisos o créditos son asignados de forma gratuita para los contaminadores existentes<sup>32</sup>.

En el caso de regímenes internacionales que imponen porcentajes de reducción de emisiones contaminantes o gases de efecto invernadero, los

28 Consejo Europeo. Conclusiones del Consejo Europeo, EUCO 169/14. Bruselas, 24 de octubre, 2014  
29 DAMON, Maria & otros. *Grandfathering*. *NYU Wagner Research Paper 2182573/Indiana University, Bloomington School of Public & Environmental Affairs Research Paper* 2012-11-03, 2012.

30 *Ibidem*.

31 LEVINSON, Arik. *Grandfather regulations, new source bias, and state air toxics regulations*. *Ecological Economics*, 28, 2 (1999), 299-231. Para analizar la regulación de los estándares revisar «Clean Air Act, 42 U.S.C. § 111».

32 El diseño del programa está regulado por el «Clean Air Act, 42 U.S.C. § 404».

Estados con sistemas de control de emisiones instaurados previamente al establecimiento de una nueva regulación internacional se encuentran en desventaja en comparación con aquellos países que no han tratado de controlar las emisiones antes de la regulación. El protocolo de Kioto ha sido un buen ejemplo de la regla del apadrinamiento, dado que permite que los países que han emitido más cantidad de CO<sub>2</sub>, tengan derecho a seguir emitiendo en razón de sus emisiones históricas<sup>33</sup>.

El RCCDE de la UE es un buen ejemplo del apadrinamiento basado en objetivos de reducción de emisiones proporcionales, sin embargo, a diferencia de otros sistemas de permisos de emisión, el RCCDE no ha sido un puro ejemplo de apadrinamiento de asignación libre de permisos, dado que el sistema también ha previsto asignaciones libres para nuevos entrantes. Para algunos, el RCCDE de la UE es una buena ilustración de las consecuencias perniciosas de una recurrente aplicación del apadrinamiento en la asignación de permisos<sup>34</sup>.

Sin embargo, no todas las regulaciones de control de la contaminación basadas en porcentajes de reducción son un ejemplo de apadrinamiento. Por ejemplo, un estándar general de reducción del 90% de emisiones aplicado a todos los fabricantes, antiguos y nuevos, nacionales o extranjeros, que establece derechos de apadrinamiento para los propietarios de autos antiguos, no constituye una regla de apadrinamiento sino un estándar medioambiental<sup>35</sup>. Asimismo, los efectos de las ventajas del apadrinamiento pueden ser compensados mediante acciones tempranas de recompensa. Por, ejemplo, el *Clean Air Act* de 1990 establece periodos prolongados de cumplimiento para los emisores de peligrosos contaminantes del aire<sup>36</sup>. De manera general, las políticas medioambientales pueden estar en ocasiones influenciadas por otros principios distintos al apadrinamiento, tales como asignación per cápita, los cuales pueden tener muy diferentes implicaciones de eficiencia, así como de equidad<sup>37</sup>.

#### IV.2. Asignación gratuita de permisos de emisión para la generación eléctrica bajo la prohibición general de las ayudas estatales del TFUE

Como hemos mencionado en el punto primero, para que una medida estatal califique como ayuda en el sentido del artículo 107 (1) del

33 MÜLLER, Friedemann. Kyoto's Grandfathering Principle as an Obstacle to be Overcome. *Working Paper FG 8, 2005/04. Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP)*. Berlin, 2005.

34 STERNER, Thomas & Adrian MÜLLER. Output and Abatement Effects of Allocation Readjustment in Permit Trade. *Climatic Change*, 86, 1-2 (2008), 33-49.

35 1970 US Clean Air Act.

36 Para mayores detalles, ver 42 U.S.C. §7412(l) (5).

37 HOLT, Charles & otros. Auction design for selling CO<sub>2</sub> emission allowances under the Regional Greenhouse Gas Initiative. Final Report for the New York State Energy Research Development Authority, 2007.

TFUE, la intervención del Estado deberá calificar como (1) una ventaja económica, (2) aplicada de forma selectiva, (3) mediante el uso de recursos estatales, (4) que falsee o amenace falsear la competencia, o afecte el comercio intracomunitario.

*(1) Ventaja económica*

Una forma de identificar si se trata de una ayuda del Estado es determinar si la medida adoptada provee a la empresa en cuestión una ventaja económica que esta no hubiera obtenido bajo condiciones normales de mercado<sup>38</sup>, entendiéndose bajo condiciones normales de libre competencia. Así, por ejemplo, si un gobierno requiere la venta o la transferencia de líneas de transmisión de electricidad desde una compañía de propiedad estatal a otra compañía, pero establece el precio de transferencia de tales activos tanto por encima como por debajo del valor de mercado, el gobierno podría estar otorgando una ventaja económica a una de las dos compañías de tal forma que dicha transferencia contenga elementos suficientes para constituir una ayuda estatal<sup>39</sup>. En relación con esto, el principio «inversor en economía de mercado» es un concepto útil para distinguir entre los beneficios que son prohibidos por el 107 y los que no. De acuerdo con este principio, las «ayudas» de los gobiernos que tengan lugar en condiciones de mercado y de competencia no contravienen las prohibiciones del 107, dado que en estos casos el Estado miembro actúa como una empresa privada que basa sus decisiones en consideraciones comerciales<sup>40</sup>.

Sin embargo, una ventaja económica puede derivar de la exclusión de un grupo de empresas de los costes impuestos de manera general a otras que compiten en el mismo mercado. En el caso de la asignación gratuita de permisos de emisión al sector de la generación eléctrica, esta puede ser entendida como una ventaja económica que las empresas beneficiadas no hubieran recibido bajo condiciones normales de competencia, dado que los demás Estados deben subastar los permisos. En los casos británico<sup>41</sup>, holandés<sup>42</sup> y danés<sup>43</sup>, la Comisión Europea ha resaltado que los activos intangibles, como los permisos gratuitos de emisión otorgados por los Estados miembros, generan ventajas económicas para quienes se favorecen de la excepción. La asignación gratuita de permisos libre de cargos a ciertas actividades confiere una ventaja económica selectiva a

38 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso C-387/92, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia (1994).

39 Official Journal of the EC C245/5. State aid. Invitation to submit comments pursuant to Article 88(2) of the EC Treaty, concerning the measure No C 20/99 (ex NN 11/99), Italy, Provincia Autonoma di Bolzano, Creation of a public undertaking for the production and distribution of electricity, 1999.

40 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso C-56/93, Belgium vs. Commission, 1996.

41 Ver Decisión de la Comisión Europea. Caso N416/2001, United Kingdom/emission trading allowances, 28.11.2001.

42 Ver Decisión de la Comisión Europea. Caso N35/2003, the Netherlands/NOx trading scheme, 24.06.2003.

43 Ver Decisión de la Comisión Europea, Caso N653/1999, Denmark/CO2 quotas. 29.3.2000.

las empresas y es un factor potencial de distorsión de la competencia que afecta el comercio intracomunitario<sup>44</sup>.

### (2) *Selectividad*

La prohibición del artículo 107 del TFUE no se aplica si todas las empresas de un Estado miembro se benefician de la asistencia o si ninguna distinción es hecha entre estas para el otorgamiento del beneficio. Un ejemplo de selectividad en el otorgamiento de beneficios para una empresa del sector energético se observó en la intervención del Estado italiano, cuando la elegibilidad para otorgar beneficios particulares estaba relacionada con el estatus legal de las compañías (solamente se aplicaba para empresas públicas transformadas en sociedades por acciones) y en la naturaleza de los accionistas (solamente para empresas con mayoría de accionistas públicos)<sup>45</sup>.

El otorgamiento gratuito de permisos por parte de un Estado miembro constituye una excepción al artículo 10c de la Directiva modificada 2003/87/EC, que otorga una ventaja económica a un grupo selecto de empresas en el sector de la generación eléctrica, en relación con otros grupos del mismo rubro como otras empresas generadoras de electricidad que tienen que subastar acciones; nuevas empresas de generación que no reciben permisos gratuitos de emisión; así como otros sectores cubiertos por el RCCDE de la UE que tienen que subastar permisos. El resultado es que hay selectividad en el marco del RCCDE en tanto existen empresas de generación eléctrica que tienen que subastar permisos y otras que reciben los permisos gratuitamente. En este sentido, donde el sistema otorgue una ventaja económica a las empresas sobre la base criterios objetivos (como por ejemplo, las empresas que emiten NOx), esas ventajas tendrán carácter selectivo, porque favorecen solamente a ciertos grupos de empresas<sup>46</sup>.

### (3) *Uso de recursos estatales o fondos públicos*

La ayuda además debe ser efectuada por un Estado miembro de la UE o mediante recursos estatales. Así, los préstamos a tasas de interés por debajo del interés de mercado otorgados por un banco propiedad del Estado para ciertas empresas energéticas municipales pueden ser considerados como ayudas estatales, aun cuando las tasas de interés

44 Ver Decisión de la Comisión Europea. C (2004) 3982/7 final, en relación con el PNA Francés de acuerdo con la Directiva 2003/87/EC, 20.10.2004.

45 Por ejemplo, medidas generales de política económica, como la reducción de los impuestos aplicables a los beneficios corporativos, permanecen en principio fuera del ámbito de aplicación del artículo 107 del TFUE, en tanto estas medidas no favorecen a ciertas empresas y ni la producción de ciertos bienes. Ver Official Journal of EC C220/14, 1999.

46 Ver, por ejemplo, la opinión del Procurador General Mengozzi en el caso C-279/08 P Commission vs. Netherlands.

subsidiadas no deriven directamente del presupuesto estatal<sup>47</sup>. De conformidad con el artículo 10 (3) de la directiva modificada que regula el RCCDE, los Estados miembros deben determinar el uso de los recursos generados por las subastas de permisos. Al menos el 50% de los ingresos debe ser usado para determinados propósitos como el desarrollo de energías renovables, captura y almacenamiento de carbono, incrementos de eficiencia energética, entre otros. Los Estados miembros deben informar a la Comisión acerca del uso de los ingresos de las subastas.

En este sentido, es claro que los ingresos por las subastas de permisos podrían ser perdidos por los Estados miembros, en tanto decidan renunciar a estos al elegir un método de asignación gratuita para los generadores de electricidad. Dado que no están obligados a asignar los permisos gratuitamente, los ingresos provenientes de las subastas están bajo el control de los Estados miembros. Por lo tanto, la decisión de otorgar permisos de emisión gratuitamente implica una transferencia de recursos del Estado, que, como activos intangibles, generan una ventaja económica para las empresas de generación eléctrica localizadas en algunos Estados miembros<sup>48</sup>.

*(4) Falseamiento o amenaza de falseamiento de la competencia y efectos negativos en el comercio intracomunitario*

Las ayudas además deben distorsionar o amenazar con distorsionar la competencia. Para esto es necesario evaluar si la ayuda fortalece la posición de la empresa beneficiaria en comparación con las otras empresas que compiten en el mismo rubro. La Comisión debe analizar y establecer que la competencia ha sido o puede ser distorsionada por tal medida o que este efecto podría tener un impacto negativo en el comercio entre los Estados miembros<sup>49</sup>. El mercado de electricidad es una actividad liberalizada en la UE por lo que el mercado de generación eléctrica está abierto a la competencia. Dado que el RCCDE es un sistema de ámbito comunitario, es claro que las medidas aplicadas al sector de la generación eléctrica afectan al comercio intracomunitario de electricidad<sup>50</sup>. De acuerdo con la presunción de efectos en el comercio y distorsión de la competencia, cuando las ayudas al financiamiento

47 En tal caso, la ayuda del Estado se cuantifica como la diferencia entre la tasa de interés teóricamente aplicable a la empresa (de acuerdo con la evaluación del riesgo esperado) y aquella tasa de interés cargada por los préstamos de una entidad de propiedad estatal. Ver Official Journal of EC C220/14, 1999.

48 CATTI DE GASPERI, Guendalina. Making State Aid Control Greener: The EU Emissions Trading System and its Compatibility with Article 107 TFEU. *European State Aid Law Quarterly*, 4 (2010), 785-806.

49 De acuerdo con la regulación actual, se ha estimado que para que haya efectos en el comercio, el mínimo volumen de ayuda estatal debe estar por encima de los € 200 000. La regla «de minimis» establece que por debajo de esta cantidad las ayudas no están sujetas a la prohibición general del artículo 107. Ver Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso 730/79 Philip Morris Holland vs. Commission, 1980.

50 CATTI DE GASPERI, Guendalina. Ob. cit.

fortalecen la posición de una empresa en relación con otra que compite en el comercio intracomunitario de la UE, se entiende que esta última es afectada por la ayuda<sup>51</sup>.

De manera análoga, se entiende que es probable que cualquier método de asignación de permisos de emisión que otorgue de forma selectiva una ventaja económica a ciertos sectores o instalaciones, de tal forma que fortalezca su posición frente a otros competidores, conduzca a una distorsión de las condiciones de competencia en el mercado interior de la UE<sup>52</sup>. La Comisión Europea coincide en que asignar recursos públicos en la forma de asignaciones gratuitas a un grupo de instalaciones existentes distorsiona la competencia con otro grupo de instalaciones, teniendo efectos transfronterizos en los sectores del mercado interior regulados por el RCCDE<sup>53</sup>. Por tanto, se infiere que una asignación gratuita de permisos de emisión de carácter selectivo y mediante el uso de recursos públicos puede distorsionar la competencia y afectar el comercio intracomunitario.

#### IV.2.1. ¿Distorsión de la eficiencia económica o desbalance de la equidad de condiciones de competencia en el mercado interior?

El análisis de la distorsión de la competencia puede variar en tanto la distorsión se interprete como una ineficiencia en la asignación de recursos escasos o como un cambio en la igualdad de condiciones de competencia entre las empresas. Mientras que la interpretación neoclásica se centra en los efectos sobre la eficiencia económica de una política medioambiental, en el segundo caso, la interpretación neo-institucional se enfoca en si dicha política ha generado cambios desiguales en las relaciones de competencia<sup>54</sup>.

En el caso de la asignación gratuita de permisos de emisión, la interpretación neoclásica de la *eficiencia de la competencia* considera que esta no se distorsiona, principalmente porque no solamente las subastas, sino también el apadrinamiento, implican costos para las empresas. Los derechos de emisión asignados de manera gratuita implican un coste de oportunidad cuando son usados para cubrir las emisiones del dueño del permiso y no son vendidos en el mercado, por lo que esto no representa una ventaja de costes en relación con las empresas que adquieren permisos mediante subastas. En términos de eficiencia, la asignación gratuita puede entenderse como un subsidio por cantidad

51 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso 730/90, Philip Morris párrafo 11.

52 WEISHAAR, Stephan. The European CO2 Emission Trading System and State Aid: an assessment of the grandfathering allocation method and the performance standard rate system. *European Competition Law Review*, 28, 6 (2007), 371-381.

53 Decisión de la Comisión Europea del 29 de noviembre de 2006. Sobre el Segundo PNA de Alemania, párrafo 2.2.

54 VAN DER LAAN, Rob & Andries NETJES. Competitive distortions in EU environmental legislation: inefficiency versus inequity. *European Journal of Law and Economics*, 11, 2 (2001), 131-152, p.140.



fija única que no distorsiona el mercado porque no afecta los costes marginales de reducción de emisiones, ni las decisiones de producción o precios de las empresas<sup>55</sup>. Una empresa apadrinada tiene que incluir esos costes (precios del permiso) en el precio del producto si no quiere quebrar en el largo plazo. Así, desde una perspectiva de la eficiencia de la competencia, las diferencias internacionales en la asignación de los permisos no conducirían a una distorsión de la competencia, ni a una reducción de la eficiencia del mercado<sup>56</sup>.

Sin embargo, bajo una interpretación neoinstitucional, la «*lead competencia*» es distorsionada porque los permisos apadrinados son obsequios de capital, lo que implica que una compañía con permisos gratuitos tiene más recursos financieros que una compañía extranjera que los adquiere mediante subastas. Desde un punto de vista dinámico, la justa competencia requiere equidad ante los cambios que enfrentan las empresas en sus relaciones competitivas. El enfoque de la igualdad de condiciones no niega que la competitividad de las empresas varíe o permanezca desigual como producto de sus actividades o estrategias económicas, pero rechaza que las condiciones de competitividad entre estas sean cambiadas a causa del proceso político de asignación de los permisos. Consecuentemente, la igualdad de condiciones se mantiene si el mecanismo de asignación de permisos no altera estas condiciones<sup>57</sup>.

En el caso de un instrumento de política medioambiental, la distorsión de la competencia emerge cuando dicha medida conduce a cambios desiguales en las relaciones competitivas entre empresas comparables. En este sentido, las diferencias internacionales en los procesos de asignación doméstica de permisos de emisión al sector de la generación eléctrica conducirán a distorsiones de la competencia, que sin producir un resultado ineficiente, afectan las condiciones de igualdad. Aunque la suma global del apadrinamiento no afecta la eficiencia, crea una ventaja financiera que afecta la equidad. La asignación misma de permisos conduce a cambios desiguales en las relaciones de competencia entre las empresas eléctricas de los distintos Estados miembros con mecanismos distintos de asignación de permisos<sup>58</sup>.

En el caso del RCCDE de la UE, el apadrinamiento por parte de un grupo de Estados miembros afecta el comercio intracomunitario, pero no en términos de eficiencia, sino en términos de equidad, al alterar desigualmente las condiciones de partida. Desde el punto de vista de la

55 JENSEN, Jesper & Tobias N. RASMUSSEN. Allocation of CO2 Emission Permits: A General Equilibrium Analysis of Policy Instruments. *Journal of Environmental Economics and Management*, 40, 2 (2000), 111-136, p. 115.

56 CLÓ, Stefano. Grandfathering, Auctioning and Carbon Leakage: Assessing the Inconsistencies of the New ETS Directive. *Energy Policy*, 38, 5 (2010), 2420-2430.

57 Ver VAN DER LAAN, Rob & Andries NETJES. Ob. cit., p. 143.

58 JENSEN, Jesper & Tobias N. RASMUSSEN. Ob. cit., p. 116.

equidad, las empresas eléctricas apadrinadas reciben una ventaja por el mero proceso de asignación de permisos, desnivelando las condiciones de competencia entre empresas localizadas en distintos Estados miembros de la UE<sup>59</sup>. Dados los fundamentos de la Comisión Europea en los casos señalados, la asimetría en la asignación de los permisos de emisión parece ser percibida legalmente ajustable en términos de eficiencia, pero no necesariamente en términos de equidad. Esto es una característica de la ambigüedad legal detrás del RCCDE. Aunque los responsables políticos europeos lograron seguir la elección de la ruta eficiente con el comercio de permisos, la equidad sigue explicando no solo su percepción inicial de que las diferencias en los métodos de asignación de permisos entre países podrían distorsionar la competencia y constituir ayudas estatales, sino también su subsecuente elección legal de armonizar el apadrinamiento para algunos sectores<sup>60</sup>.

#### IV.2.2. ¿Una excepción no-medioambiental a la prohibición general de las ayudas estatales en el marco del RCCDE?

La Comisión Europea señala que una importante razón de las ayudas estatales se basa en la eficiencia, especialmente en la corrección de fallos de mercado. Además, sostiene que las ayudas solamente deben ser utilizadas cuando resultan ser un apropiado instrumento para alcanzar un objetivo bien definido, cuando generan los incentivos correctos, son proporcionadas, y cuando minimizan los efectos distorsionantes sobre la competencia. En este sentido, apreciar la compatibilidad de las ayudas es fundamentalmente una tarea enfocada a analizar el balance entre los efectos negativos en la competencia y los efectos positivos de estas en relación con otros objetivos de interés común<sup>61</sup>.

En el caso de las ayudas al medioambiente, la excepción a la prohibición general se justifica en la corrección de un fallo de mercado que produce un resultado ineficiente: las externalidades negativas en forma de emisiones de gases de efecto invernadero. La incapacidad de incluir los costes externos en el mecanismo de precios basado en el sistema de mercado resulta en un nivel excesivo de emisiones de carbono (CO<sub>2</sub>) y otros gases de efecto invernadero, generándose una pérdida de bienestar social. Para alcanzar el óptimo nivel de bienestar social y, por tanto, un funcionamiento eficiente del mercado, el agente debe restringir su producción hasta un nivel eficiente. Como el mecanismo de mercado no incentiva este comportamiento, la intervención del Estado tratará de hacer que el agente opere a lo largo de la curva de coste marginal social y no solamente sobre la curva de coste marginal

59 WOERDMAN, Edwin. *The Institutional Economics of Market Policy*. Ámsterdam: Elsevier, 2004, p. 171.

60 *Ibidem*, p. 194.

61 Entre los fallos de mercado que menciona la Comisión se encuentran las externalidades, los bienes públicos, la asimetría de información, los problemas de coordinación y el poder de mercado. Comisión Europea. *State Aid Action Plan*. Ob. cit., pp. 6-7.

privado. Esto haría que el coste derivado de la externalización de las emisiones de CO<sub>2</sub> se regule en el nivel óptimo de emisiones, donde se internaliza el coste externo<sup>62</sup>. Para internalizar estos costes, los Estados pueden aplicar impuestos al carbono, establecer sistemas de comercio de permisos de emisión o inclusive subvencionar ciertas actividades con baja intensidad de carbono como el uso de energías renovables, medidas de eficiencia energética o captura y almacenamiento de carbono, entre otras medidas<sup>63</sup>.

Sin embargo, las ayudas del Estado en forma de asignación de permisos gratuitos de emisión difícilmente pueden considerarse instrumentos de internalización de costes ambientales, aun cuando estas se otorguen en el marco del RCCDE de la UE, que es quizás el instrumento económico de mitigación más importante del mundo. Un sistema de comercio de permisos de emisión es un instrumento de cantidad que impone un estándar o tope por debajo del nivel de emisiones generadas en un determinado ámbito de aplicación, internalizando progresivamente los costes externos de las emisiones de los operadores regulados, en razón de la reducción que impone el estándar global. La forma como se asignan los permisos, como negocian los operadores en el mercado de carbono, o los precios de los permisos en el mercado, no afectan la internalización de emisiones que establece el tope límite. La reducción de las emisiones se determina por el estándar global establecido en la regulación para toda la Unión Europea<sup>64</sup>; mientras que el mecanismo de asignación, que puede tener una implicancia distributiva en relación con los costes de abatimiento (como la distorsión de las condiciones de competencia), no interfiere con la internalización de costes externos propios del RCCDE<sup>65</sup>.

En los casos del Reino Unido (comercio de permisos de emisión)<sup>66</sup> y Dinamarca (cuotas de CO<sub>2</sub>)<sup>67</sup>, la Comisión Europea, sin mencionar ni el impacto de los costes de oportunidad ni el deseo de equiparar las condiciones de competencia, interpretó el apadrinamiento como una transferencia de riqueza que podía afectar la igualdad de trato entre las empresas, es decir, la equidad de las condiciones de competencia.

62 Ver BAUMOL, William & Wallace OATES. *The theory of environmental policy*. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

63 Para mayor información, revisar STERN, Nicolas. *The Global Deal. Climate Change and the Creation of a New Era of Progress and Prosperity*. Nueva York: Public Affairs, 2009.

64 STERN, Nicolas. *The Economics of Climate Change. The Stern Review*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

65 Si los objetivos políticos sobrepasan la reducción misma de emisiones que establece el estándar en el RCCDE, por ejemplo, incentivar la producción de energías renovables, la eficiencia energética o la implementación de costosas tecnologías de mitigación como la captura de carbono, el efecto del mecanismo de asignación podría ser incluso contraproducente. Por ejemplo, una sobreasignación de permisos gratuitos podría estar asociada a una caída de los precios del carbono, debilitando los incentivos para la inversión en tecnologías sostenibles o de mitigación. Ver PHILIBERT, Cedric. *The role of carbon price caps in mitigation. IEA/SLT (2008) 15*. París: International Energy Agency, 2008.

66 Decisión de la Comisión Europea. Caso N416/2001, United Kingdom/emission trading allowances, 28.11.2001, p. 16.

67 Decisión de la Comisión Europea, Caso N653/1999, Denmark/CO<sub>2</sub> quotas. 29.3.2000, p. 9.

Sin embargo, finalmente permitiría su aplicación recurriendo al artículo 107 (c) del TFUE: «Podrán considerarse compatibles con el mercado interior: [...] c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común [...]». La Comisión Europea argumentaría que la ayuda estatal era legal si permitía desarrollar ciertas actividades o áreas necesarias para ganar experiencia y prepararse para el comercio de emisiones. Desde este punto de vista, la asignación gratuita de permisos puede ser justificada como una forma de alivios de transición<sup>68</sup> para los países, similar a las leyes de amortización de uso del suelo o como una forma de compensación por los cambios regulatorios<sup>69</sup>. El apadrinamiento previene o relativiza la percepción de injusticia de los cambios institucionales, al dilatar o reducir sus impactos en los actores económicos<sup>70</sup>.

Teniendo en cuenta los costos de abatimiento de las empresas y la asimetría en las capacidades de adaptación a las políticas de control de emisiones entre los Estados miembros, así como la poca relevancia del mecanismo de asignación de permisos de emisión frente a la internalización de efectos externos en el sector de la generación eléctrica, podemos inferir que no estamos ante una excepción a la prohibición general de las ayudas por razones medioambientales, como ante una salida política para hacer viable el propio RCCDE como instrumento medioambiental en el marco de las negociaciones relativas a la política climática y de desarrollo sostenible de la UE.

Este razonamiento se puede observar en la Directiva 2003/87/EC que establece el apadrinamiento como regla armonizada de asignación en los primeros periodos de comercio. Asimismo, las Directrices para las ayudas estatales en el marco del RCCDE resultan ser un excepción a la valoración de las ayudas estatales al medioambiente, dado que establecen criterios de compatibilidad más laxos en relación con las ayudas ambientales, lo cual conduce a un mayor impacto en relación con la distorsión de la competencia y el comercio en el mercado interno<sup>71</sup>.

Aunque representan una salida política no-medioambiental que no altera la competencia desde el punto de vista de la eficiencia, en un

68 HUBER, Bruce. Transition Policy in Environmental Law. *Harvard Environmental Law Review*, 91 (2011), 91-130.

69 STAVINS, Robert. Vintage-Differentiated Environmental Regulation. *Resources for the Future Discussion Paper 05-59*, 2005.

70 De acuerdo con Frank Michelman, el concepto de «costes de democratización» está relacionado con pérdidas netas de eficiencia que surgen ante la inseguridad en los derechos o en la incertidumbre de las normas (MICHELMAN, Frank. Property, Utility and Fairness. *Harvard Law Review*, 80, 1165 (1967)).

71 Ver Comisión Europea. Directrices relativas a determinadas medidas de ayuda estatal en el contexto del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, (2012/C 158/04) y Reglamento de la Comisión (UE) No 651/2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

complejo proceso intergubernamental de integración, los alivios de transición como la asignación gratuita de permisos de emisión pueden generar resultados colaterales indeseables. Estas ayudas pueden remover los incentivos necesarios para anticipar los cambios institucionales en el ámbito legal<sup>72</sup>, pueden reducir los beneficios totales de los cambios legales al debilitar la carga regulatoria a un grupo de Estados miembros, especialmente cuando se afectan los precios del carbono y otros objetivos que van más allá del estándar global de reducción del RCCDE, y, por supuesto, pueden generar importantes efectos colaterales sobre la equidad de las condiciones de competencia en el mercado interior.

## V. CONCLUSIONES

En este artículo hemos podido observar cómo interactúan la política de competencia y la política medioambiental en el marco del RCCDE de la UE. Primero se ha expuesto un panorama general de la importancia del sistema de control de las ayudas estatales para el desarrollo de la competencia y el comercio en el mercado interno de la Unión, exponiendo los principales fundamentos económicos de sus efectos perniciosos y un poco menos de sus causas generadoras. Luego de una breve introducción al RCCDE de la UE, se han expuesto los principales rasgos del mecanismo de asignación gratuita de permisos, evaluando seguidamente si este mecanismo constituye una ventaja económica, otorgada de manera selectiva, con recursos del Estado, que distorsiona o amenaza con distorsionar la competencia o el comercio dentro del mercado interior. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las decisiones de la Comisión Europea en casos análogos y conexos, se puede inferir que la asignación gratuita de permisos equivale a una ayuda del Estado prohibida por el derecho originario de la competencia. Asimismo, hemos observado que la estructura del análisis legal de la Comisión Europea está más relacionada con la equidad de condiciones que con la eficiencia económica de la competencia. Esto último porque la asignación gratuita implica un coste de oportunidad para los receptores de las ayudas, por lo que no se alteran los costes marginales de mitigación. En este sentido, la asignación gratuita de permisos de emisión afecta la competencia y el comercio dentro de la UE, no en términos de eficiencia, sino en términos de equidad.

Finalmente, hemos analizado la razón de la exclusión del mecanismo de asignación gratuita de la prohibición general de las ayudas. Estas, aun cuando se den en el contexto del RCCDE de la UE, no pueden

72 Si se asume que las empresas pueden anticipar los cambios en los mercados, en las preferencias, la demanda o la tecnología, también pueden anticiparse y adaptarse a los cambios en las instituciones legales (ver REVESZ, Richard & Allison WESTFAHT WKONG. Regulatory Change and Optimal Transition Relief. *Northwestern University Law Review*, 105 (2011), 1581-1634.

ser consideradas ayudas al medioambiente porque no son instrumentos de internalización de costes externos que incrementen por sí mismos la eficiencia en el mercado de generación eléctrica, dado que esta es función del estándar global de reducción. Por el contrario, podrían tener efectos contraproducentes para alcanzar otros objetivos de desarrollo sostenible, al afectar los precios del carbono y desincentivar la inversión verde. Sin embargo, la asignación gratuita resulta ser un instrumento político de transición que facilita la participación y el desarrollo del RCCDE como proyecto común de lucha contra el cambio climático, aun cuando esta medida pueda constituir un alto coste en relación con la equidad de las condiciones de competencia y el desarrollo del comercio en el mercado interior, lo que puede interpretarse como una ponderación global favorable a los elementos de eficiencia, por sobre los elementos de equidad, en la interface entre política medioambiental y política de competencia de la UE.

Recibido: 15/03/2015

Aprobado: 22/03/2015