

Id Cendoj: 28079130052009100428  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 103/2005  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x MEDIO AMBIENTE x
- x CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA x
- x NIVEL MÁXIMO DE EMISIÓN x
- x EMISIONES DE CO2 x
- x CUESTIÓN PREJUDICIAL SOBRE DERECHO COMUNITARIO x
- x EFECTOS (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) x

**Resumen:**

Medio ambiente: Emisiones. Asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Improcedencia del planteamiento de cuestión prejudicial.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de julio de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo nº **103/2005** interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José María Martín Rodríguez, en nombre y representación de "Arcelor España, S.A.", antes "Aceralia Corporación Siderúrgica, S.A.", contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso, el 28 de marzo de 2005, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 21 de enero de 2005, que aprobó la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto*, por el que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

**SEGUNDO** .- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda presentado se alegan como *cuestiones previas* que se suspenda la tramitación del recurso hasta que el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas resuelva el recurso de anulación interpuesto por la recurrente, esto es, hasta que se decida el recurso sobre la validez de la *Directiva 2003/87*, y que se suscite ante el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas una cuestión prejudicial de validez sobre la expresada Directiva.

Respecto *al fondo* de la cuestión suscitada, el escrito de demanda, tras reflejar el marco jurídico aplicable y exponer las peculiaridades del sector siderúrgico sobre la emisión de gases de efecto invernadero que dificultan o impiden la reducción en este ámbito productivo, se señala la improcedencia de

incluir al sector siderúrgico dentro del ámbito de aplicación de la *Directiva 2003/87* por vulnerarse el principio de igualdad, al carecer tal inclusión de una justificación objetiva y de la necesaria proporcionalidad. Comparando la actividad de la recurrente con otros sectores para justificar la discriminación externa y la discriminación de carácter interna que se fundamenta la infracción de la igualdad. Teniendo en cuenta la competencia extrema que tiene lugar en el sector donde opera la recurrente. También se invoca la infracción del derecho de propiedad y de la libertad de desarrollo de las actividades económicas, así como el principio de seguridad jurídica.

Por otro lado, se cuestiona que el cierre de una instalación determine la pérdida de los derechos concedidos mediante la asignación, debido a las consecuencias que produce en las empresas de este sector, ante el desconocimiento de las diferentes formas de organización empresarial sobre las que incide. Adoptando en este punto el legislador español una tesis estricta en relación con las que, a juicio de la parte recurrente, permite la Directiva, si de ella se hubiera hecho una interpretación "auténtica, sistemática y conforme con los principios fundacionales de la Comunidad Europea".

Y, en fin, se termina solicitando, como pretensión principal, que se declare la nulidad del Acuerdo impugnado "por ser a su vez ilegal la Directiva", en la medida en que ordena la inclusión del sector siderúrgico en el ámbito de aplicación de la misma; y, con carácter subsidiario, se solicita que se declare los derechos de la recurrente "a conservar los derechos de emisión asignados en el Acuerdo impugnado durante todo el plazo de validez del Plan Nacional de Asignación".

**TERCERO** .- Habiéndose dado traslado a la Administración General del Estado del escrito de demanda, por el Abogado del Estado se presenta escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que no se aceda a la suspensión del proceso, ni al planteamiento de cuestión prejudicial, se desestime la pretensión principal y se declare inadmisibles o, subsidiariamente se desestime la pretensión articulada con carácter subsidiario en la demanda. Y que se impongan las costas a la recurrente.

En el citado escrito de contestación, tras exponer los antecedentes legislativos y la normativa comunitaria de aplicación, declara en relación con la invalidez de la Directiva alegada que la misma no es de aplicación directa, sino que obliga al Estado miembro al resultado que deba alcanzarse, dejando a la autoridad nacional la elección de los medios y la forma. Y en este caso se ha realizado mediante una Ley nacional, por tanto, es la "Ley española y no la Directiva comunitaria la que resulta de aplicación para dictar el acto administrativo hoy impugnado".

Se sostiene, en síntesis, que no estamos ante un proceso contra la Directiva, como reconoce la parte recurrente, y que no se han vulnerado ni los principios de igualdad, proporcionalidad y seguridad jurídica, ni los derechos de propiedad, al libre desarrollo de actividades económicas, porque el legislador regule un sector, sin modificar al tiempo la regulación de otros sectores.

Por lo que se concluye que no procede la suspensión del procedimiento, porque el resultado de este recurso no depende de lo suscitado en aquel, en relación con el cual, se predice, que será inadmitido por falta de legitimación, ni el planteamiento de la cuestión prejudicial, porque el acto administrativo recurrido se fundamenta en una Ley nacional.

Respecto de la conservación de los derechos de emisión asignados durante todo el plazo de validez del Plan, en fin, se aduce la inadmisibilidad de la pretensión --por la causa prevista en el *apartado a) del artículo 69 de la LJCA* -- pues, se sostiene, que el acto recurrido se pronuncia sobre cuántos son los derechos de emisión, pero no lo que sucede en caso de cierre de la instalación. De manera que no procede un pronunciamiento sobre unas consecuencias no previstas en el acto impugnado, y no se puede suscitar cuestión prejudicial al respecto.

**CUARTO** .- Mediante providencia de 15 de diciembre de 2006 no se acuerda el recibimiento a prueba, al solicitarse únicamente que se tengan por reproducidos los documentos acompañados al escrito de demanda.

**QUINTO** .- Se concedió seguidamente a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones, que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

**SEXTO** .- La parte recurrente presenta escrito el 14 de febrero de 2009, al que se acompaña la Decisión del Consejo de Estado francés, de 8 de febrero de 2007, elevando cuestión prejudicial de validez de la *Directiva 2003/87 /CE* sobre la compatibilidad del sistema previsto en la citada directiva con la

igualdad.

**SÉPTIMO** .- Se señala para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2008, y llegado el día se acordó dejar sin efecto el mismo hasta que el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas se pronunciara sobre la validez de la *Directiva 2003/87 /CE* en una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés, que era parte la ahora recurrente, o en el recurso de anulación deducido por la recurrente ante el Tribunal de Primera Instancia de Comunidades Europeas contra la misma directiva.

**OCTAVO** .- Resuelta dicha cuestión por Sentencia del Tribunal de Justicia, de fecha 16 de diciembre de 2008 , se confirió trámite de alegación a las partes, que presentaron los correspondientes escritos.

Señalándose, finalmente, para la deliberación y fallo del presente recurso el día 15 de julio de 2009, fecha en la que ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso, el 28 de marzo de 2005, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 21 de enero de 2005, que aprobó la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto* , por el que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Publicado en el Boletín Oficial del Estado de 28 de enero de 2005, mediante Resolución de la Subsecretaría de Medio Ambiente de 26 de enero anterior.

La nulidad de la expresada resolución administrativa de asignación que postula la sociedad anónima recurrente en el presente recurso, como ya expusimos con mayor detalle en el antecedente segundo, se erige sobre dos bloques de motivos de impugnación. De un lado, se fundamenta "en la invalidez del marco normativo europeo que está en el origen de la referida legislación española" según recoge el escrito de demanda a modo de resumen en la delimitación del objeto del recurso. Y al hilo de este motivo se aduce la infracción de la igualdad, la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la seguridad jurídica. De otro lado, se cuestiona la ley española que traspone a nuestro derecho interno la *Directiva 2003/87 /CE*, en lo relativo al cierre de una instalación y la pérdida de los derechos concedidos mediante la asignación.

En ambos casos se insta a la presentación de sendas cuestiones prejudiciales ante las instituciones comunitarias, la primera por la invalidez de la citada *Directiva* y la segunda por la invalidez de la Ley española que traspone aquella a nuestro derecho interno.

**SEGUNDO** .- Acorde con lo expuesto, se aduce, con carácter previo, el planteamiento de una primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas (TJCE). Se sostiene en apoyo de esta propuesta que la recurrente ha deducido recurso de anulación, sobre la base del *artículo 230 del Tratado de la Comunidad Europea, ante el Tribunal de Primera Instancia de Comunidades Europeas* (TPICE), contra la *Directiva 2003 /87/CE* y teniendo en cuenta esta circunstancia, un Tribunal del Gran Ducado de Luxemburgo ya ha suspendido el procedimiento a la espera de la resolución del TPICE, aunque no planteó cuestión prejudicial ante el TJCE. Además, mediante la Decisión del Consejo de Estado francés, de 8 de febrero de 2007, se elevó cuestión prejudicial de validez de la *Directiva 2003/87 /CE* sobre la compatibilidad del sistema previsto en la citada directiva con la igualdad, en un procedimiento en el que era parte la mercantil ahora recurrente.

A tenor de esta diversidad de acciones entabladas por la recurrente en Europa, tanto ante las instituciones comunitarias como ante las jurisdicciones nacionales de Luxemburgo, Francia y España, y de las conexiones que se producen entre las mismas, acordamos suspender el recurso hasta la resolución por el TJCE de la cuestión prejudicial suscitada. Así es, como quiera el juicio negativo sobre la validez de una norma comunitaria corresponde en exclusiva al TJCE y como quiera también que no puede sostenerse en este caso que no concurre ninguna duda razonable sobre la validez de la misma, ya que la suspensión del Tribunal luxemburgués y el planteamiento de la cuestión prejudicial por el Consejo de Estado francés impiden tal consideración. Téngase en cuenta que no puede tenerse la convicción de que el juicio sobre la validez de la norma comunitaria se impondría sin duda razonable también a los demás órganos judiciales de los Estados miembros, cuando estos ya han exteriorizado sus dudas, y nótese, también, que contra nuestras resoluciones no hay recurso judicial alguno.

Estas razones llevaron a esta Sala a dejar sin efecto el señalamiento inicialmente acordado, en los términos que recogimos en los antecedentes séptimo y octavo, y resolver el recurso una vez despejada por

el TJCE la duda sobre la validez de la *Directiva 2003/87 /CE*. Pues bien, mediante Sentencia, de fecha 16 de diciembre de 2008 , el TJCE ha declarado, al resolver la cuestión prejudicial suscitada por el Consejo de Estado francés, que

<<El examen de la *Directiva 2003/87 / CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003 , por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la *Directiva 96/61 /CE* del Consejo, en su versión modificada por la *Directiva 2004/101 / CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004 , en relación con el principio de igualdad de trato, no ha puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a su validez en la medida en que dispone la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero al sector siderúrgico, sin incluir en su ámbito de aplicación los sectores químico y de los metales no férreos>>

**TERCERO** .- Resulta oportuno para el adecuado entendimiento de lo que se suscita en este recurso, introducir ahora una referencia preliminar al marco normativo de aplicación. Teniendo en cuenta que el mismo discurre en tres planos normativos diferentes. Se inicia en el Derecho internacional, se asume y concreta en el Derecho comunitario y concluye en nuestro Derecho interno.

El origen debemos situarlo, en el plano **internacional** , en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, desarrollada en 1997 por el denominado Protocolo de Kioto, que limita las emisiones de gases de efecto invernadero para los países desarrollados y con economías en transición. En virtud de este Protocolo, los citados países asumen el compromiso de reducir, durante el quinquenio 2008-2015, al menos un 5% de sus emisiones de determinados gases de efecto invernadero.

El mentado Protocolo fue aprobado, en relación con la **Unión Europea** , mediante la Decisión 2002/358/ *CE*, de 25 de abril de 2002 , relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la citada Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. Dicho Protocolo entró en vigor el 16 de febrero de 2005.

No obstante, una vez ratificado el indicado Protocolo por la Unión Europea y los Estados miembros, el 31 de mayo de 2002 y antes de su entrada en vigor en 2005, se acuerda iniciar una política europea acorde con el riesgo derivado del cambio climático. Es la *Directiva 2003/87 / CE*, de 13 de octubre , el instrumento normativo encargado de establecer un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y en virtud de la cual el comercio de dichas emisiones empieza antes del primer periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, fijado en 2008.

De este modo la *Directiva 2003/87 /CE* estableció un sistema comunitario para el comercio de los derechos de emisión de tales gases que comenzó el 1 de enero de 2005, por un periodo inicial de tres años, de 2005 a 2007. Téngase en cuenta que la *Directiva 2003/87* establece una primera fase que va de 2005 a 2007 , como "primer período de asignación" anterior al primer período de compromisos previsto por el Protocolo de Kioto, seguida de una segunda fase que va de 2008 a 2012, como "segundo período de asignación", que se corresponde con el primer período de compromisos (*artículo 11 de la Directiva 2003/87* ).

Los derechos de emisión medidos en toneladas métricas de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), permiten a su titular emitir una tonelada durante un periodo temporal concreto, y son comerciables en el seno de la Unión Europea.

La Directiva indicada ha sido traspuesta en nuestro **Derecho interno** en virtud de una Ley, concretamente el *Real Decreto Ley 5/2004*, de 27 de agosto , que regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

La asignación y expedición de derechos, prevista en la Directiva y en la Ley, se concreta en torno a un Plan Nacional de Asignación de cada Estado de la Unión (*artículo 9 de la Directiva* y *artículos 14 y siguientes del Real Decreto Ley 5/2004* ), que está obligado, por tanto, a aprobar previamente al inicio de cada periodo de cumplimiento, el mentado plan.

Aparece, en este plano normativo y como su último eslabón, el *Real Decreto 1866/2004*, de 6 de septiembre , que aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007, en el que se determina el número global de derechos de emisión que se asignarán y el aprovechamiento aplicable para su asignación. El Plan Nacional previsto para 2005-2007 establece una asignación gratuita de 172,31

millones de derechos en promedio anual para los sectores afectados. Estableciendo, igualmente, una metodología de asignación individual en el nivel de instalación.

La aplicación de estas normas sirve de fundamento a la Resolución que ahora se impugna, esto es, al Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 21 de enero de 2005, que aprobó la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto Ley 5/2004* citado.

**CUARTO.-** Las cuestiones suscitadas en el presente recurso contencioso administrativo, a tenor de cuánto hemos dejado expuesto en el segundo fundamento y los antecedentes a los que se nos remitimos, se concretaban en el análisis preferente del planteamiento de las dos cuestiones prejudiciales instadas por la parte recurrente. Pues bien, como cuestión de método, al hilo de las mismas se abordarán las lesiones que se denuncian sobre el principio de igualdad, el derecho de propiedad, la libertad de desarrollo de actividades económicas o libertad de empresa, la seguridad jurídica, y, en fin, la procedencia, o no, de la medida de pérdida de derechos en el caso de cierre de una instalación.

No procede el planteamiento de una cuestión prejudicial, suscitada en el escrito de demanda como primera cuestión por infracción del principio de igualdad, que afectaría a la validez de la Directiva, por considerar que la inclusión en el ámbito de aplicación de dicha *Directiva 2003/87/CE* de la recurrente como productora de arábigo y acero supone una discriminación respecto a otros sectores --concretamente los del sector químico y de los metales no ferrosos-- que compiten en el mercado con el sector siderúrgico. Y no procede porque, como ya hemos adelantado, dicha cuestión fue suscitada ante el TJCE --mediante cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés-- y fue dictada Sentencia en fecha 16 de diciembre de 2008 .

En la indicada STJCE se declara que aunque la inclusión en el ámbito de la *Directiva 2003/87/CE* del sector siderúrgico en relación el sector químico y metales no férreos puede suponer una desventaja frente a los que ejercen actividades no incluidas en dicho ámbito, sin embargo considera que la diferencia de trato que se deriva de este diferente régimen jurídico en las emisiones de gases de efecto invernadero tiene justificación suficiente. Se señala en relación con el sector químico que << *la inclusión de este sector en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 habría aumentado considerablemente la complejidad administrativa del régimen de comercio de derechos emisión, de modo que no cabría excluir la posibilidad de una perturbación del funcionamiento de este régimen en el momento de su puesta en práctica a causa de dicha inclusión.(...)* De ello resulta que el legislador comunitario demostró de modo suficiente con arreglo a Derecho que se basó en criterios objetivos para excluir la totalidad del sector químico del ámbito de aplicación de la Directiva >>. Y respecto de la no inclusión en el ámbito de la Directiva citada de los metales no férreos, la expresada sentencia añade << *La diferencia entre los niveles de emisiones directas de los dos sectores en cuestión es tal sustancial que el ratio diferente de tales sectores puede considerarse justificado , (...) sin que el legislador comunitario tenga que tomar en consideración necesariamente las emisiones indirectas atribuibles a los distintos sectores >>. Por lo que concluye << *En consecuencia, procede declarar que el legislador comunitario no vulnera el principio de igualdad de trata tratando de modo diferente situaciones comparables al excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 los sectores químico y de los metales no férreos >>.**

De modo que tanto respecto al planteamiento de la cuestión prejudicial de validez, suscitada como primera en la demanda, y respecto de la lesión del principio de igualdad que se invoca también en la demanda, procede que nos remitamos a lo declarado por el TRJCE en la sentencia que acabamos de transcribir parcialmente.

**QUINTO .-** Sin que, por lo demás, proceda el planteamiento de cuestión prejudicial sobre la Directiva de tanta cita respecto de los demás derechos invocados, concretamente del derecho de propiedad, a la libertad de desarrollo de actividades económicas o libertad de empresa y a la seguridad jurídica. Además de la motivación y proporcionalidad de las medidas contenidas en la Directiva que también se invoca en el escrito de demanda aunque vinculados al principio de igualdad.

Resulta oportuno recordar que sólo al juez nacional corresponde valorar si procede una decisión prejudicial en un determinado recurso y la pertinencia de lo que aducen al respecto las partes, valorando si se trata de un problema de interpretación del Derecho comunitario que no le es posible resolver de manera autónoma, es decir, que no pueda resolver sin crear inseguridad en la uniformidad interpretativa y de aplicación del Derecho comunitario. Teniendo en cuenta, como antes ya señalamos, que el monopolio jurisdiccional del TJCE solo alcanza a la declaración de invalidez de los actos de instituciones comunitarias (STJCE, de 22 de octubre de 1987, FotoFrost). Por tanto, la cuestión prejudicial del *artículo 234 del Tratado CE* no es un cauce para que necesariamente se someta la cuestión al TJCE.

Ahora bien, la facultad de plantear cuestiones prejudiciales al TJCE se torna en obligatoria cuando la decisión procede del órgano jurisdiccional interno cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en el Derecho español (*párrafo último del artículo 234 del Tratado de CE*), pues está en juego la salvaguarda de la unidad en la aplicación del Derecho comunitario. Dicho esto, ello no puede ser interpretado como la privación de un cierto margen de apreciación del juez de la última instancia o para determinar la relevancia que a los efectos enjuiciados reviste el planteamiento de las cuestiones prejudiciales en los términos que pasamos a señalar.

Más concretamente, en el enjuiciamiento que ha de preceder al planteamiento de la cuestión debemos valorar, dos circunstancias que eximen de dicho planteamiento prejudicial. De un lado, si existe jurisprudencia sobre el dilema que entraña ese juicio prejudicial en un caso análogo (STJCE, de 19 de noviembre de 1991, "Francovich y Bonifaci" asuntos acumulados nº C-6/90 y C-9/90). Y de otro, que se imponga con evidencia tal -- *acto claro* -- que impida la aparición de duda razonable sobre la cuestión debatida, y siempre que esa misma evidencia sería apreciada por los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros (conocida STJCE, 6 de octubre de 1982 "Cilfit" nº 283/81). Tampoco estaría justificado, además, el planteamiento de la cuestión cuando no afecte al sentido del fallo de la sentencia, siendo irrelevante al respecto.

Lo cierto es que en el caso examinado no se suscita duda razonable en esta cuestión prejudicial relativa la infracción al derecho de propiedad, y los demás invocados, porque en el planteamiento de la misma, que se nos propone en la demanda, se aprecia una vinculación directa al principio de igualdad invocado con carácter principal del que los demás derechos y principios alegados parecen mero refuerzo y trasunto. Repárese que la motivación y proporcionalidad que cita la demanda solo proporcionan enmarque a la lesión a la igualdad invocada. Además, ni en la suspensión acordada por el tribunal luxemburgués --mediante sentencia dictada tras la audiencia de 5 de abril de 2006 que se acompaña con el escrito de demanda-- ni en la sentencia del TJCE al resolver la cuestión prejudicial suscitada por el Consejo de Estado francés se expresan dudas relativas a los demás derechos invocados, que no sean la igualdad. De modo que ninguna sombra de vacilación se proyecta sobre la "claridad" de nuestro juicio sobre la validez de la Directiva en este punto.

**SEXTO** .- Y si bien lo expuesto bastaría para fundar la desestimación del recurso en este extremo, debemos añadir que, en todo caso, la motivación a que se alude es la propia de la Directiva, en orden a incluir o no determinados sectores en el ámbito de aplicación de la misma, lo que ha sido resuelto por la STJCE de 16 de diciembre de 2008 parcialmente transcrita en el fundamento anterior, que ha considerado que la diferencia de trato entre los sectores enfrentados --siderúrgico, químico y metales no férricos-- está justificada.

Además, no conviene olvidar que la limitación de los gases de efecto invernadero y la comercialización de los derechos de emisión es una pieza angular de la estrategia comunitaria en la lucha contra el cambio climático. De modo que el objetivo esencial de la *Directiva 2003/87/CE* es contribuir a que se cumplan eficazmente los compromisos de reducir las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero. Es por ello que no resulta desproporcionado el beneficio que se pretende alcanzar en contraste con los medios concebidos para su consecución.

Ni los derechos de propiedad ni a la libre empresa pueden entenderse lesionados atendido el régimen jurídico que diseña la Directiva respecto del comercio de los derechos de emisión de gases, pues las limitaciones de emisión no resultan irrazonables ni exorbitantes respecto de la finalidad perseguida, y la diferencia de trato que comporta para el sector de la recurrente -- siderúrgico -- con los citados de contraste --químico y metales no férricos-- tiene justificación objetiva y obedece a criterios racionales. Así es, las restricciones que comporta la mentada Directiva, en tanto limita la emisión de gases y crea un mercado de derechos de emisión, solo puede entenderse si tomamos como punto de referencia la función social de la propiedad y si tenemos en cuenta que ni se limita el establecimiento de las empresas ni se condiciona de modo intemperante el ejercicio de su actividad, pues se somete su actividad a un nuevo orden de cosas, sustentado sobre potentes e intensas razones de interés público, que se conectan de forma directa con la protección del medio ambiente, lo que proporciona la justificación objetiva a la diferencia de trato, que impide su calificación como discriminatoria, por la implantación gradual y sucesiva del sistema que sirve a los intereses públicos citados.

En este sentido, la diferencia que media entre el volumen de emisión, medido en toneladas de CO<sub>2</sub>, entre el sector siderúrgico al que pertenece la recurrente y el relativo a los metales no férricos, con el que se confronta, no resulta discriminatorio. Y no es así, respecto de los sectores excluidos de ámbito de aplicación que cita, como el químico y los indicados metales (plásticos y aluminio), porque el sistema implantado, como

se insiste en la mentada STJCE de 16 de diciembre de 2008, se encuentra en una fase inicial, reviste gran complejidad su establecimiento y se han seguido criterios razonables para su inclusión originaria. No podemos prescindir del riesgo que hubiera comportado para la implantación del sistema una inclusión completa y de una sola vez de todas las instalaciones con emisiones de gases de efecto invernadero, sino que su formulación gradual en base a criterios racionales y objetivos no resulta vulneradora de los derechos de libertad de empresa o de la propiedad que se invocan. Téngase en cuenta que si la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva no lesiona la igualdad, como ha declarado el TJCE, el ejercicio de la competencia en condiciones de igualdad sin privilegios y la proscripción de la discriminación, que constituye el germen común respecto de la libertad de empresa, tampoco se manifiesta al respecto al mediar la indicada justificación objetiva. Sin que, por lo demás, puedan proporcionar sustento a las infracciones invocadas la falta de medidas tecnológicas para reducir la emisión de gases en este sector por su falta de justificación.

No resulta ocioso, a estos efectos, añadir que el TJCE viene declarando de forma reiterada, por todas SS de 29 de junio de 2006 -- asunto nº c-308/2004-- y 15 de julio de 2004 --nº c-37/2002 y 38/2002 -- que el reconocimiento de la libertad de empresa no tiene carácter absoluto sino que debe relacionarse con su función en la sociedad, de modo que las restricciones han de responder a objetivos de interés general y no constituir una intervención desmesurada e intolerable que, como ya hemos señalado, no es el caso.

Tampoco, en fin, la seguridad jurídica se resiente cuando se fijan en la citada Directiva las pautas o patrones generales a los que las instalaciones afectadas han de acomodar su actividad, una vez fijadas por el derecho interno las normas legales y reglamentarias que cierran el sistema normativo complejo diseñado para reducir la emisión de gases de efectos invernadero, en los términos que describimos en el fundamento segundo. Es de notar que lo propio del mercado que se crea, como de cualquier otro, es la sujeción a la oferta y demanda, en conexión con otras variables como la situación económica o la posición en el mercado de determinados sectores que solo enunciamos y sobre lo que no es del caso abundar.

Debemos concluir este primer bloque con la STJCE de 7 de noviembre de 2007 --nº T-374/2004-- que declara, respecto del *artículo 9 de la Directiva que constituye uno de los preceptos citados en la cuestión prejudicial que propone la parte recurrente, que << se desprende que, en el marco del ejercicio de su poder de control con arreglo al artículo 9 de la Directiva 2003/87, la Comisión se autolimita mediante sus orientaciones, de forma que no puede apartarse de ellas so pena de vulnerar, en su caso, determinados principios generales de Derecho comunitario, tales como el de igualdad de trato, el de protección de la confianza legítima y el de seguridad jurídica. En consecuencia, las orientaciones de la Comisión le son oponibles, en particular por los Estados miembros que son sus destinatarios, cuando adopta medidas contrarias a dichas orientaciones >>*.

**SÉPTIMO.-** La segunda cuestión prejudicial cuyo planteamiento se suscita en el escrito de demanda, este es el segundo bloque de motivos, se refiere a la pérdida de los derechos de emisión que han sido asignados para una instalación si antes de su entrega se ha producido el cierre de la citada instalación. Esta cuestión tampoco puede ser planteada por esta Sala, por las razones que seguidamente exponemos.

No se suscita en la misma, por tanto, una duda sobre la validez o interpretación de una norma de derecho comunitario sino sobre el *artículo 26.4, en relación con el 7, del Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto*, que regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, cuya posición en el marco normativo expusimos en el fundamento segundo. En este caso, el planteamiento de la cuestión ha de tener en cuenta, además de lo expuesto en el fundamento anterior sobre los presupuestos que hacen necesaria su remisión desde la perspectiva del derecho comunitario, que nos encontramos con el enjuiciamiento de una norma con rango de ley que se contrasta con la *Directiva 2003/87/CE*.

El juicio sobre la adecuación de nuestras leyes al derecho comunitario europeo resulta frecuente, y tiene más sentido, cuando se trata de normas internas que trasponen a nuestro derecho interno las normas comunitarias, como es el caso de la citada Directiva. Pues bien, corresponde a la jurisdicción ordinaria en general, y a este Tribunal en particular, en tanto que superior en todos los órdenes, velar por la correcta aplicación del derecho comunitario.

Ahora bien, cuando se trata de declarar la invalidez de una norma con rango de ley, o su inaplicación al caso, nuestra posición como juez o tribunal nacional exige plantear previamente una cuestión prejudicial ante el TJCE, según viene declarando el Tribunal Constitucional, para no incurrir en una infracción del sistema de fuentes relativo al control de normas con rango de ley. En caso contrario, se lesiona la tutela judicial efectiva con indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías. En este sentido, el citado Tribunal ha declarado << *el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma*

*legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración (art. 103 CE ) y de los Tribunales (art. 117.1 CE ). Es más, en la medida en que la actuación de los Tribunales de Justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el Juez encuentra su legitimidad democrática >> (STC 194/2006, 19 de junio ). Recordando lo que ya había dicho la STC 58/2004, de 19 de abril , al declarar que << el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador de Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías, "tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es la expresión de la voluntad popular -como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución - y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España" (por todas, STC 173/2002, de 9 de octubre ) >>.*

El juicio negativo, por tanto, sobre la falta de acomodación de la ley española --RD Ley 5/2004 -- a la norma comunitaria -- Directiva 2003/87 -- precisa, para que dejemos de aplicar una norma con rango de ley, del planteamiento de una cuestión prejudicial del artículo 234 del Tratado.

**OCTAVO** .- Además de la delimitación expuesta, en cuyos contornos ha de desenvolverse nuestra decisión, conviene tener en cuenta, a los efectos de lo señalado en el escrito de contestación, que el acto administrativo impugnado es el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 21 de enero de 2005, que aprobó la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del RD Ley 5/2004 . La nulidad del acuerdo de asignación además de fundarse en la invalidez de la Directiva, se funda también en la invalidez de la citada norma legal en relación con el Derecho comunitario, por cuanto la petición subsidiaria se concreta en que se reconozca el derecho del recurrente a conservar los derechos de emisión asignados en el Acuerdo impugnado durante todo el plazo de validez del plan de asignación, al margen del cierre de las instalaciones, es decir, prescindiendo de lo que dispone el artículo 7 y 26.4 del citado RD Ley 5/2004 .

De modo que atendiendo a la posición de este Tribunal Supremo respecto de la Ley, *ex artículo 117.1 de la CE* , nuestro enjuiciamiento ha de limitarse a contrastar la Directiva 2003/87 /CE y el citado RD Ley, pues ni se invocan cuestiones relativas a la recta interpretación de la Ley citada sobre el acto administrativo de aplicación ahora recurrido, ni tampoco podemos abordar en plenitud las cuestiones suscitadas como si se tratara de la impugnación directa del ejercicio de una potestad reglamentaria, cuando estamos ante una norma con rango de ley.

Ciertamente el sistema de fuentes del Derecho comunitario distingue a las Directivas por dos notas básicas, de un lado, imponen al Estado una obligación de resultado, permitiendo la elección de la forma y los medios de cumplimiento y, de otro, requieren la intervención normativa de los Estados miembros para su "transposición" al derecho interno. Pues bien, el contraste de la Directiva en general, y del artículo 12 de la misma en particular, no nos permiten concluir que la regulación contenida en el RD Ley 5/2004, concretamente de los artículos 7 y 26.4 , se opongan a lo dispuesto en la misma.

Así es, la transferencia de los derechos de emisión del artículo 12 impone a los Estados miembros que "velarán por que los derechos de emisión puedan transferirse" y también "velarán por que se reconozca los derechos de emisión expedidos por una autoridad competente". Y el RD Ley expresado en el artículo 26.4 dispone que el registro no transferirá a la cuenta de haberes de la Administración a la del titular de la instalación cuando se haya extinguido la autorización de la instalación por alguna de las causas del artículo 7 , es decir, por el cierre de la instalación, prevista en el apartado a/. Previsión acorde con lo que establece el artículo 21.3 del mismo texto legal que dispone que los "derechos de emisión sólo podrán ser objeto de su transmisión por parte de su titular una vez expedidos y transferidos a su cuenta". De modo que entender que las normas internas sujetan la transmisión a más requisitos que la comunitaria no puede prosperar porque no puede transmitirse lo que no se tiene y no se encuentra a su disposición lo que todavía no ha sido entregado. Por ello, cuando la norma comunitaria alude a que los derechos puedan "transferirse" y que "derechos de emisión expedidos", y la norma de derecho interno se refiere a "expedidos y transferidos a su cuenta" se produce una identidad respecto del momento desde el que pueden transferirse que no es desde que se produce su asignación como defiende la parte recurrente, pues tal interpretación no se deduce de forma exclusiva y excluyente del contenido de la Directiva.

De manera que el RD Ley 5/2004 cuando regula las consecuencias que el cierre de la instalación comporta para los derechos de emisión fijados pero no entregados y siempre que el cierre tenga lugar antes de dicha entrega, no ha establecido un régimen diferente, contradictorio, o simplemente restrictivo, al que permite la Directiva que traspone, ni constituye una fuente de dispersión de los regímenes nacionales que



luego se alumbren, que origine, o pueda originar, una quiebra de los propósitos que traza la Directiva de tanta cita.

No está de más, en fin, que traigamos a colación lo que se deduce de la STPICE de 7 de noviembre de 2007 --nº T-374/2004--, sobre el sistema implantado en Alemania, pues al pronunciarse sobre el Plan de Asignación alemán, se constata que en el mismo se establece una obligación de "devolver" los derechos de emisión que le fueron asignados antes del cierre, además de otros casos de reducción sustancial, en la medida en que se convirtieron en excedentarios.

Por lo expuesto consideramos que no procede el planteamiento de la segunda cuestión que se propone y que no procede la conservación de la asignación de derechos que se pide de forma subsidiaria en el escrito de demanda.

**NOVENO.-** No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales del presente recurso contencioso administrativo (*artículo 139.1 de la LRJCA*).

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

## **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "Arcelor España, S.A." contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 de asignación individual de derechos de emisión, debemos declarar el citado acuerdo conforme con el ordenamiento jurídico. No se hace imposición de las costas procesales ocasionadas en el presente recurso contencioso administrativo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.