

## JURISPRUDENCIA GENERAL: DERECHO ADMINISTRATIVO

### (PRIMER SEMESTRE 2017)

ANNA PALLARÈS SERRANO

*Profesora contratada doctora*

*Universitat Rovira i Virgili*

**Sumario:** 1. Plan Especial del Montseny. 2. Decreto 73/2012, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía. 3. Asignación derechos de emisión de efecto invernadero.

Son diversas las sentencias del Tribunal Supremo sobre cuestiones medioambientales, dictadas en el período comprendido entre el 14 de octubre de 2016 y el 14 de abril de 2017, que consideramos que merecen nuestra atención.

#### 1. PLAN ESPECIAL DEL MONTSENY

La STS 2650/2016, de 16 de diciembre, declara que no ha lugar a los recursos de casación interpuestos por la Diputación de Barcelona y la Generalitat de Catalunya contra la Sentencia dictada el 26 de junio de 2015 por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de resultas del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Polígono Industrial Can Sedó, S.L., contra la desestimación por acto presunto del recurso de reposición formulado contra la Resolución del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas, de 11 de diciembre de 2008, por la que se aprobó definitivamente el Plan Especial de Protección del Medio Natural y del Paisaje del Parque de Montseny. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que se recurre trae causa del cumplimiento de la STS de 30 de octubre de 2014, que establecía lo siguiente:

FALLAMOS: 1. Ha lugar al recurso de casación nº 3936/2012 interpuesto por la GENERALITAT DE CATALUÑA y por la DIPUTACIÓN DE BARCELONA contra la sentencia de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 2012 (recurso contencioso-administrativo 269/2012 ), que ahora queda anulada y sin efecto.

2. Se ordena devolver las actuaciones a la Sala de instancia para que, con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, someta a la consideración de las partes, al amparo de lo previsto en los artículos 33.2 y 65.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cuestión relativa a la posible concurrencia de motivo de nulidad del Plan Especial impugnado por no haber estado sujeto a la evaluación ambiental estratégica que resultaría exigible conforme a lo establecido en el artículo 3.2.b/ de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos determinantes de planes y programas en el medio ambiente. Y una vez evacuado el referido trámite de alegaciones, se dicte por la Sala de instancia nueva sentencia resolviendo las cuestiones planteadas, tanto las suscitadas por las partes como la introducida por la propia Sala<sup>1</sup>.

En cumplimiento de la STS de 30 de octubre de 2014, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dio traslado a las partes para que realizaran las alegaciones correspondientes sobre la cuestión señalada *ut supra*, resolviendo lo siguiente en la Sentencia de 26 de junio de 2015:

Primero. Rechazar la causa de inadmisibilidad opuesta por la parte demandada y la codemandada.

Segundo Estimar el recurso interpuesto por “Polígono Industrial Can Sedó, S.L.” contra la desestimación por acto presunto del recurso de reposición formulado contra la resolución dictada el 11 de diciembre de 2008 por el Conseller de Política Territorial i Obres Públiques, que declaramos nulo de pleno derecho.

Las representaciones procesales de las administraciones recurrentes plantean varios motivos de casación. Consideramos que el motivo de casación más trascendental que plantean dichas administraciones es que el Tribunal no explica en la nueva sentencia, que anula el Plan Especial de Montseny, cómo se infringe el artículo 3.2.b) de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, basando la nulidad de dicho Plan en la Ley autonómica 6/2009, de 28 de abril,

---

<sup>1</sup> Antecedente de hecho primero de la sentencia objeto de estudio.

de evaluación ambiental de planes y programas, que no había sido promulgada cuando se aprobó el Plan Especial. Al respecto, el Tribunal Supremo afirma:

[...] en contra del parecer de las Administraciones recurrentes, la Sala sentenciadora declara abiertamente que el Plan Especial de Montseny no es un simple plan de gestión y tiene la naturaleza de plan territorial sectorial, aun cuando su procedimiento de aprobación sea el urbanístico, en el que se reordenan los usos compatibles y no compatibles y se acomete una nueva categorización del suelo, y, para sostener estas conclusiones, transcribe textualmente varios preceptos del propio Plan Especial, entre ellos el artículo 11, que, entre sus determinaciones, contempla la redacción de planes especiales urbanísticos, algunos de los que tendrán por objeto la implantación de usos, actividades y construcciones en suelo no urbanizable, las medidas correctoras y las condiciones de carácter urbanístico exigible, previéndose, entre otras, la implantación en suelo no urbanizable de construcciones destinadas a las actividades de cámpines, así como para equipamientos, red viaria, instalaciones y obras necesarias para la prestación de servicios técnicos.

De las normas autonómicas del propio Plan Especial, así como de la Ley 12/1985, perteneciente al ordenamiento jurídico de Cataluña, la Sala de instancia, interpretando y aplicando el ordenamiento propio de esa Comunidad Autónoma, llega a la conclusión de que el Plan Especial del Montseny no es un simple Plan Especial de Ordenación de Recursos Naturales, por lo que no queda excluido de evaluación ambiental conforme a lo dispuesto en el artículo 45.4 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que derogó la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

Según lo expuesto, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia recurrida no sólo ha cumplido lo ordenado por esta Sala del Tribunal Supremo en la mencionada sentencia sino que ha explicado, de modo suficiente, la razón de su decisión, que no está en lo dispuesto por la Ley catalana 6/2009 sino en lo establecido por el artículo 45.4 de la citada Ley 42/2007, de 13 de diciembre, dado que el instrumento enjuiciado (Plan Especial de Montseny) “rebaso con mucho los límites de la simple gestión de recursos para definir el propio ámbito de espacio de interés natural y

reorganizarlo internamente con significativo alcance”, en definitiva, el fin propio de los Planes Territoriales

Como hemos apuntado, la cita que se hace en la sentencia recurrida de la Ley catalana 6/2009, no lo es porque la Sala sentenciadora la considere aplicable sino para hacer patente que el propio ordenamiento jurídico de Cataluña, después de haberse aprobado el Plan Especial del Montseny, ha recogido el mismo criterio de someter a evaluación ambiental los Planes de Ordenación de Espacios de Interés Natural cuando se produce la situación que previamente ha descrito, es decir que no se trate de un mero plan de gestión de los recursos naturales, y, por ello señala que, en cualquier caso, el efecto directo de la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que esa Ley catalana ha incorporado, hubiera obligado a someter previamente la aprobación del Plan Especial del Montseny a evaluación ambiental estratégica<sup>2</sup>.

## **2. DECRETO 73/2012, DE 22 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE RESIDUOS DE ANDALUCÍA**

Son varias las SSTs que se han dictado de resultas de la interposición, por la Junta de Andalucía y diversas sociedades dedicadas a la gestión de los residuos, de recursos de casación contra diferentes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estiman parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos por dichas sociedades contra el Decreto 73/2012, de 22 de marzo, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía:

- La STS 2631/2016, de 15 de diciembre, trae causa del recurso en casación de la STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2015, cuyo fallo expresa:

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Ecovidrio contra el Decreto 73/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía, anulando el término “todos” del apartado b) del artículo 65.2, el apartado c) de ese mismo artículo 65.2, el artículo 71.2.b), 71.2. c) y el artículo 76, desestimando el recurso en todo lo demás.

---

<sup>2</sup> Fundamento de derecho primero.

De resultas del recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía —en relación con los preceptos anulados— y por Ecovidrio —en relación con aquellos preceptos que no han sido anulados a pesar de haber sido impugnados—, el TS falla que no ha lugar al recurso de casación formulado por la Junta de Andalucía, pero sí parcialmente al recurso de casación formulado por Ecovidrio, por lo que estima parcialmente el recurso y anula, además de los anulados por la sentencia de instancia, los artículos 42.1.c), 42.2 y 3, 65.2.a), 71.1, 72.2 y 4 y 73.2 del Reglamento de Residuos de Andalucía.

- La STS 2634/2016, de 15 de diciembre, es fruto del recurso en casación de la STSJ de Andalucía, de 13 de marzo de 2015, cuyo fallo expresa:

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las sociedades Sistema Integrado de Gestión de Aceites Usados, S.L. y Signus Ecovalor, S.L. contra el Decreto 73/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía, anulando el término “todos” del apartado b) del artículo 65.2, el apartado c) de ese mismo artículo 65.2, el artículo 71.2.b), el artículo 71.2. c) y el artículo 76, desestimando el recurso en todo lo demás.

Respecto a los recursos de casación interpuestos por Sistema Integrado de Gestión de Aceites Usados, S.L., y Signus Ecovalor, S.L. —que solicitaban la nulidad de más preceptos del Reglamento—, y por la Junta de Andalucía —que solicitaba que se estimara el recurso, se casara la sentencia recurrida y, en consecuencia, se desestimara la demanda en su integridad, de forma que se declararan ajustados a derecho los preceptos reglamentarios impugnados—, el TS falla que no ha lugar al recurso de casación formulado por la Junta de Andalucía, pero sí parcialmente al recurso de casación formulado por las sociedades Sistema Integrado de Gestión de Aceites Usados, S.L., y Signus Ecovalor, S.L., por lo que estima parcialmente el recurso y anula, además de los anulados por la sentencia de instancia, los artículos 42.1.c), 42.2 y 3, 65.2.a), 71.1, 72.2 y 4 y 73.2 del Reglamento de Residuos de Andalucía.

Como podemos constatar, en estas dos sentencias, y de acuerdo con el principio de congruencia, se anulan los mismos preceptos. Para llegar a tales

fallos, el Tribunal señala que el Decreto 73/2012, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía, se extralimita, puesto que excede los límites de la normativa de la Unión Europea y estatal por vía reglamentaria, altera el sentido de las normas superiores y regula mediante un reglamento de la Junta de Andalucía aspectos que las leyes estatales establecen que se han de regular a través de la potestad reglamentaria de la Administración del Estado, formalizada mediante real decreto del Consejo de Ministros.

- La STS 2636/2016, de 15 de diciembre, responde al recurso en casación de la STSJ de Andalucía, de 5 de junio de 2015, que dispone:

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Rosario Periañez Muñoz en representación de Ecoembalajes de España S.A (Ecoembes) contra el Decreto 73/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía, anulando la regulación de la “senda” relativa al incremento sostenido de la ratio de recogida selectiva fijado en el apartado g) del art. 49.2; el término “todos” del apartado b) del artículo 65.2, el apartado c) de ese mismo artículo 65.2; el artículo 71.2 c) y el artículo 76, desestimando el recurso en todo lo demás; sin costas.

Como consecuencia de los recursos de casación interpuestos por Ecoembes —que solicitaba la nulidad parcial de la sentencia recurrida y que se declararan nulos una serie de preceptos del Reglamento de Residuos de Andalucía— y la Junta de Andalucía —que solicitaba que se anulara la sentencia recurrida con desestimación íntegra de la demanda y declaración de ser ajustados a derecho los preceptos reglamentarios impugnados—, el TS declara que no ha lugar al recurso de casación sostenido por la Junta de Andalucía, pero sí al recurso de casación interpuesto por Ecoembes, por lo que anula la sentencia recurrida y estima parcialmente el recurso. Así, señala:

[...] de los preceptos declarados nulos en la citada sentencia recurrida, son radicalmente nulos también por contrarios a derecho los artículos 42.1 c), 2 y 3, 49, 65.2 a) y b), 70.1, 71.1, 72.2 y 4 y 73.2 del referido Reglamento de Residuos de Andalucía, aprobado por Decreto de la Junta de Andalucía

73/2012, de 20 de marzo, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 81 de 26 de abril de 2012, con desestimación del resto de las pretensiones formuladas.

En definitiva, en esta sentencia se anulan preceptos no anulados en las anteriores —el artículo 49, el artículo 65.2.b) y el artículo 70.1— en aplicación del principio de congruencia y, también, porque en esta sentencia, en relación con el artículo 70.1, el TS ve claro que la norma autonómica impone a los sistemas de gestión de residuos la exigencia de cumplir una serie de objetivos, en sede autonómica, provincial y local, sin que estas obligaciones estén previstas en la normativa básica estatal ni se hayan dispuesto por real decreto aprobado por Consejo de Ministros, tal como prevé la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados. Asimismo, y en cuanto al artículo 49, el TS considera que es contrario a derecho porque, de acuerdo con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, existe una reserva de ley en relación con las competencias de los entes locales, que las han de ejercer de conformidad con lo que prevén las leyes del Estado y de las comunidades autónomas. De manera que un reglamento no es el instrumento adecuado para habilitar a la Administración local a regular un ámbito determinado, en este caso para regular en su territorio los objetivos de gestión de residuos.

- La STS 2637/2016, de 15 de diciembre, tiene su origen en el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Andalucía, de 25 de junio de 2015, cuya parte dispositiva expresa:

Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Morillo Rodríguez en representación de Sigfito Agroenvases S.L. contra el Decreto 73/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía, debemos anular y anulamos: El art. 53.2; la regulación de la “senda” relativa al incremento sostenido de la ratio de recogida selectiva fijado en el apartado g) del art. 49; el inciso “en igualdad de condiciones técnicas, los residuos se gestionarán en las instalaciones más próximas al lugar de producción cuando del traslado se deriven riesgos para la salud humana y el medio ambiente, mediante la aplicación

del principio de proporcionalidad, en relación con la exigencia imperativa de protección de dichos valores y el correcto funcionamiento del mercado interior” contenido en los arts. 65.2.b); el apartado c) del art. 65.2; El art. 71.2.c); El art. 75.1; el art. 71.1.b); El art. 76.2; el epígrafe e).1º del art. 67; el apartado 5.l) del art. 137; y los epígrafes 1º, 2º, 4º, 6º y 8º del art. 137.5.m); Se desestima el recurso en todo lo demás.

Contra dicha sentencia interponen recurso de casación Sigfito Agroenvases, S.L., —que pide que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra por la que se declare la nulidad de diversos epígrafes y artículos del Decreto 73/2012, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía— y la Junta de Andalucía —que solicita que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra en la que se desestime la demanda en su integridad por ser ajustados a derecho los preceptos del Reglamento impugnados—, y el TS acaba fallando que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la letrada de la Junta de Andalucía, pero sí al recurso de casación interpuesto por la entidad Sigfito Agroenvases, S.L., contra la sentencia recurrida, por lo que se anula, puesto que no declaró contrarios a derecho y nulos una serie de preceptos del Reglamento de Residuos de Andalucía, y se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo declarando nulos, además de los preceptos declarados nulos en la sentencia recurrida, los artículos 3,u), 42.1.c), 2 y 3 y 107.1.b), 2, 3 y 4 del citado Reglamento de Residuos de Andalucía.

De acuerdo con el principio de congruencia, en esta sentencia se anulan, junto con otros artículos, los artículos 3.u) y 107.1. b), 2, 3 y 4, que no habían aparecido en las sentencias explicadas *ut supra*. Estos preceptos se anulan porque se apartan de lo que dispone la normativa básica estatal sobre la materia, en concreto, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, y el Real Decreto 1416/2001, de 14 de diciembre, sobre envases de productos fitosanitarios. En definitiva, el Reglamento andaluz modifica la definición de “residuo peligroso” al declarar que los envases y residuos de envases de productos fitosanitarios tienen siempre la consideración de residuos peligrosos. Este resultado se produce porque el artículo 107 del Reglamento andaluz incluye en todo caso los envases y residuos de envases de productos fitosanitarios como residuos peligrosos y,



en el artículo 3 u), dedicado a definir los residuos peligrosos, dice que son también residuos peligrosos aquellos residuos que se consideren como peligrosos en la normativa que sea de aplicación, entre la que está el Reglamento de Residuos de Andalucía que se impugna.

### **3. ASIGNACIÓN DERECHOS DE EMISIÓN DE EFECTO INVERNADERO**

Son bastantes las sentencias que dicta el TS, durante el período objeto de estudio, como consecuencia de la interposición por diferentes empresas de los correspondientes recursos contencioso-administrativos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 15 de noviembre de 2013, por el que se procede a la asignación, para el período 2013-2020, de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. En concreto, nosotros hemos detectado las siguientes: STS 530/2017, que resuelve un recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad Repsol Química, S.A.; STS 502/2017, que resuelve un recurso interpuesto por la Compañía Española de Petróleos, S.A.U., (CEPSA) en relación con los derechos de emisión de su instalación de la localidad de San Roque (Cádiz); STS 501/2017, que resuelve el recurso interpuesto por la Compañía Española de Petróleos, S.A.U., (CEPSA) en relación con la refinería de petróleo situada en la localidad de Gibraltar-San Roque; STS 491/2017, que se pronuncia de resultas de un recurso interpuesto por Petróleos del Norte, S.A., para la instalación sita en Muskiz (Vizcaya); STS 492/2017, que trae causa de un recurso interpuesto por Repsol Petróleo, S.A., en relación con los derechos de emisión de su instalación sita en Tarragona; STS 490/2017, que se dicta como consecuencia de la interposición de un recurso por la Compañía Española de Petróleos, S.A.U., (CEPSA) en referencia a los derechos de emisión asignados a su refinería de petróleo situada en la localidad de Palos de la Frontera (Huelva); STS 452/2017, que responde a un recurso interpuesto por Cepsa Química, S.A.; STS 439/2017, que resuelve un recurso interpuesto por Siderúrgica Sevillana, S.A.; STS 637/2017, que trae causa de la interposición de un recurso por Asfaltos Españoles, S.A.; STS 636/2017, que responde a un recurso interpuesto por Dynasol Elastómeros, S.A.; STS 613/2017, que resuelve un recurso interpuesto por Repsol Química, S.A., en cuanto a su instalación sita en Tarragona; STS 606/2017, que responde a un

recurso interpuesto por BP Oil España, S.A.; STS 624/2017, que se pronuncia como consecuencia de la interposición de un recurso por Repsol Petróleo, S.A., en relación con la instalación dedicada al refino de petróleo en la localidad de Bens (A Coruña); STS 612/2017, que resuelve un recurso interpuesto por Repsol Petróleo, S.A., en relación con su instalación de Cartagena; STS 540/2017, que responde a la interposición de un recurso contencioso-administrativo por la Compañía Española de Petróleos, S.A.U., (CEPSA), en relación con la refinería de petróleo de la localidad de Santa Cruz de Tenerife; STS 539/2017, que trae causa de la interposición de un recurso contencioso-administrativo por la Compañía Española de Petróleos, S.A.U., (CEPSA) respecto a la refinería de petróleo de la localidad de San Roque (Cádiz); STS 528/2017, que tiene su origen en un recurso interpuesto por Cepsa Química, S.A., en relación con su instalación en la localidad de Palos de la Frontera (Huelva); y STS 529/2017, que resuelve un recurso interpuesto por Repsol Petróleo, S.A., en relación con la instalación de refino de petróleo y fabricación de productos de química en bruto de la instalación de Puertollano (Ciudad Real).

Las instalaciones citadas no se encuentran excluidas del régimen europeo del comercio de derechos de emisión porque no son instalaciones de pequeño formato, de acuerdo con los criterios que se fijan en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>3</sup>, y son instalaciones que realizan alguna de las actividades recogidas en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003<sup>4</sup>, 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 todas las sentencias se manifiesta que la resolución recurrida —el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 15 de noviembre de 2013, por el que se procede a la asignación, para el período 2013-2020, de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero— supone la traslación al derecho interno de la Decisión 2013/448/UE, de manera que el debate se centra en la legalidad de la Decisión

---

<sup>3</sup> Modificada por la Ley 13/2010, de 5 de julio.

<sup>4</sup> Modificada por la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril.

de la Unión Europea de acuerdo con la Directiva citada y la Decisión 2011/278/UE de la Comisión, de 27 de abril de 2011, por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE. Por ello, las partes demandantes solicitan el planteamiento de la cuestión prejudicial de validez de la Decisión de la Comisión 2013/448/UE, de 5 de septiembre, relativa a las medidas nacionales de aplicación para la asignación gratuita transitoria de derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo al artículo 11, apartado 3, de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece el factor de corrección intersectorial que se aplica a las instalaciones que se categorizan como “no generadores eléctricos”. Mediante Auto de 2 de junio de 2015 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial de validez que fue resuelta mediante Auto de 26 de octubre de 2016.

La normativa de referencia en este caso es la Directiva 2003/87/CE, que establece un método armonizado de asignación de derechos de emisión a escala comunitaria utilizando la subasta como método más simple y económicamente eficiente. Ahora bien, hay instalaciones que pueden optar a recibir derechos de emisión gratuitos entre 2013 y 2020. Quedan fuera de esta posibilidad los generadores de electricidad, con la excepción de la electricidad producida a partir de los gases que se generan en la gestión de residuos. Tampoco se asignarán derechos gratuitos “a las instalaciones de captura de CO<sub>2</sub>, a las conducciones para el transporte de CO<sub>2</sub>, ni a los emplazamientos de almacenamiento de CO<sub>2</sub>”<sup>5</sup>. La asignación gratuita de derechos de emisión tiene carácter temporal e irá disminuyendo de forma gradual hasta ser del 0% en 2027, en un contexto de reducción global de los derechos de emisión disponibles cada año en la Unión Europea que conllevará que para el año 2020 la reducción de emisiones sea del 21% en comparación con la del año 2005.

La finalidad de la armonización es:

---

<sup>5</sup> Apartado 3 del artículo 10 bis, que se titula “Normas comunitarias de carácter transitorio para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión”, de la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril.

[...] asegurar que los derechos de emisión se asignen de tal forma que se incentiven las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética, teniendo en cuenta las técnicas más eficaces, los productos de sustitución, los procedimientos alternativos de producción, la cogeneración de alta eficiencia, la recuperación energética eficaz de gases residuales, la utilización de biomasa y la captura, el transporte y el almacenamiento de CO<sub>2</sub>, siempre que se disponga de las instalaciones necesarias, y que no se ofrezca ningún incentivo para aumentar emisiones<sup>6</sup>.

Según el apartado 5 del artículo 10 bis, la cantidad máxima anual de derechos de emisión que constituye la base para el cálculo de los derechos de emisión asignados a las instalaciones que pueden recibir derechos gratuitos, que no sean nuevos entrantes, no será superior a la suma de:

- a) la cantidad total anual a escala comunitaria determinada con arreglo al artículo 9, multiplicada por la cuota de emisiones de instalaciones no cubiertas por el apartado 3 de la media total de emisiones verificadas en el período 2005-2007 de instalaciones cubiertas por el régimen comunitario en el período 2008-2012, y
- b) la media total de emisiones verificadas de 2005 a 2007 de instalaciones incluidas en el régimen comunitario solo a partir de 2013 y que no estén cubiertas por el apartado 3, adaptada utilizando el factor lineal a que se refiere el artículo 9.

Si resulta necesario, se aplicará un factor de corrección uniforme intersectorial.

Con la Decisión 2011/278/UE se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE.

El 5 de septiembre de 2013, la Comisión Europea, con la Decisión 2013/448/UE, definía el techo máximo absoluto de los derechos a expedir en el período de 2013 en adelante y establecía el factor de corrección intersectorial que debía aplicarse a la cantidad de derechos a asignar de forma gratuita,

---

<sup>6</sup> Apartado 1 del artículo 10 bis de la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril.

conforme al artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva. Para 2013, el factor de corrección intersectorial quedaba establecido en el 94,272151%.

La cuestión prejudicial fue resuelta mediante Auto de fecha 26 de octubre de 2016.

Algunas cuestiones prejudiciales se centran en la validez de la determinación del factor de corrección intersectorial, al considerar que no han sido incluidas, en la cantidad máxima anual de derechos, las emisiones que proceden de la combustión de gases residuales para producir electricidad y de la producción de calor por cogeneración, pudiendo tener estas instalaciones derecho a una asignación gratuita de derechos de emisión. Al respecto, el Tribunal de Justicia establece que:

[...] las emisiones vinculadas a la combustión de gases residuales y a la producción de calor mediante cogeneración no se tuvieron en cuenta para fijar la cantidad máxima anual de derechos de emisión en la medida en que proceden de generadores de electricidad [...]. Además, se ha recordado [...] que la imposibilidad de tener en cuenta emisiones de los generadores de electricidad al fijar la cantidad máxima anual de derechos de emisión se deriva del artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278<sup>7</sup>.

En la cuarta cuestión prejudicial, el TS solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la validez de la Decisión 2013/448/UE y de la Decisión 2011/278/UE, en la medida en que se extendió la aplicación del factor de corrección intersectorial a un sector expuesto a un riesgo importante de fuga de carbono. Al respecto, el artículo 10, apartado 9, párrafo primero, de la Decisión 2011/278/UE no establece distinción alguna entre, por una parte, las instalaciones de sectores que están expuestos a un riesgo importante de fuga de carbono y, por otra, las que forman parte de sectores que no están expuestos a tal riesgo a la hora de calcular la cantidad anual total final de derechos de emisión asignados gratuitamente a cada instalación existente. Según el Tribunal, estas disposiciones son conformes con la Directiva 2003/87/CE desde el momento que en el apartado 12 del artículo 10 bis se

---

<sup>7</sup> Apartados 23, 24, 30 y 31 del Auto que responde a los apartados de las sentencias de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311), y Sentencia de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros (C-506/14), donde el Tribunal de Justicia se pronunció sobre cuestiones prejudiciales esencialmente idénticas a las formuladas por el TS.

establece que “las instalaciones de sectores o subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono recibirán, conforme al apartado 1, derechos de emisión de forma gratuita, al 100 % de la cantidad determinada de acuerdo con las medidas a que se refiere el apartado 1” y “entre las medidas a las que se refiere el apartado 1 de este artículo 10 bis figura la aplicación del factor de corrección previsto en el apartado 5 del mencionado artículo<sup>8</sup>”.

Por otro lado, el TS solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la validez del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448/UE, que fijan el factor de corrección. En relación con esta petición, el Tribunal de Justicia recuerda que ya ha declarado en anteriores sentencias que, toda vez que la Comisión no fijó la cantidad máxima anual de derechos de conformidad con lo exigido por el artículo 10 bis, apartado 5, párrafo primero, letra b), de la Directiva 2003/87/CE —según la cual únicamente debía tener en cuenta las emisiones de las instalaciones que habían quedado incluidas en el régimen comunitario a partir de 2013, habiendo resultado acreditado, a juicio del TJUE, sin embargo, que en realidad incluyó emisiones de instalaciones que ya estaban sujetas a ese régimen antes de esa fecha (párrafos 94 y 95 de la Sentencia Borealis, a la que remite el Auto)—, resultaba asimismo contrario a aquella disposición el factor de corrección 9 determinado en el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448/UE. Por ello, el Tribunal de Justicia afirma que el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448/UE, que fijan el factor de corrección, son nulos<sup>10</sup>.

Sobre los efectos en el tiempo de esta nulidad, el Tribunal de Justicia decide que su eficacia queda diferida al momento en que hayan transcurrido diez meses desde la publicación de la Sentencia Borealis; mientras tanto, se mantiene la eficacia del actual factor de corrección, al menos hasta que no se apruebe uno nuevo.

---

<sup>8</sup> Apartado 44 del Auto que responde al mismo apartado de las sentencias de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311), y en su Sentencia de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros (C-506/14), donde el Tribunal de Justicia se pronunció sobre cuestiones prejudiciales esencialmente idénticas a las formuladas por el TS.

<sup>9</sup> Los nuevos factores de corrección intersectorial que se calculen serán inferiores, ya que se han de considerar menos emisiones para su determinación y, por tanto, las asignaciones de derechos de emisión gratuitos serán menores.

<sup>10</sup> *Vid.* Sentencia de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU: C: 2016: 311, apartado 99.

De resultas del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, el TS, en el FJ decimosexto, afirma:

En conclusión, teniendo en cuenta que la decisión acerca de la validez de un acto o disposición perteneciente al Derecho de la Unión, es una competencia de carácter exclusivo del Tribunal de Justicia, habrá que convenir que también a dicho Tribunal le corresponde determinar los efectos de dicha Nulidad [...] en virtud de tal decisión del TJUE, habrá que considerar que la invalidez declarada no ha producido efectos sobre aquellos actos dictados en su aplicación o desarrollo, como ocurre con la asignación realizada por los distintos Estados miembros de los derechos de emisión inicialmente asignados, lo que en definitiva determine su conformidad a derecho y la desestimación de la demanda.

Además, el TS apoya su tesis en el contenido de la Decisión (UE) 2017/126 de la Comisión, de 24 de enero de 2017, por la que se modifica la Decisión 2013/448/UE en lo que se refiere al establecimiento de un factor de corrección uniforme intersectorial con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en cuyos considerandos 12 y 13 se afirma:

12. En su sentencia de 28 de abril de 2016, el Tribunal de Justicia limitó explícitamente los efectos temporales de la declaración de invalidez del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448/UE de modo que, por una parte, la sentencia únicamente surte efectos tras un plazo de diez meses a partir de la fecha en que se dictó. El factor de corrección intersectorial establecido en la Decisión 2013/448/UE es inválido a partir del 1 de marzo de 2017. Y, por otra parte, no pueden impugnarse las medidas que se hayan adoptado hasta esa fecha de conformidad con las disposiciones que han sido declaradas inválidas.

13. De acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia, en la que se insiste en las consideraciones imperiosas de seguridad jurídica, las medidas adoptadas por los Estados miembros sobre la asignación de derechos para el período 2013-2020 así como las posteriores modificaciones y adiciones respecto a las adoptadas hasta el momento de la entrada en vigor de la presente Decisión siguen siendo válidas. El factor de corrección intersectorial determinado en la presente Decisión debe aplicarse en las decisiones adoptadas a partir del 1 de marzo de 2017 en

relación con la creación o modificación de las autorizaciones para utilizar derechos y que requieran para su determinación la aplicación del factor de corrección intersectorial.

Sobre la base de esta argumentación, el fallo del TS desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por Siderurgia Sevillana, S.A., contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de día 15 de noviembre de 2013, por el que se procede a la asignación, para el período 2013-2020, de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero que le corresponden a la citada sociedad mercantil.