



Roj: **STS 1137/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1137**

Id Cendoj: **28079130052017100125**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **28/03/2017**

Nº de Recurso: **50/2014**

Nº de Resolución: **529/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 28 de marzo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo 50/2014 interpuesto por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de la mercantil Repsol Petróleo, S. A., contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su sesión de fecha 15 de noviembre de 2013, por el que se aprobó la asignación final gratuita de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones sujetas al régimen de comercio de derecho de emisión para el período 2013-2020 y para cada año, a cada instalación; instalaciones entre las que se encontraban las de la entidad recurrente (refino de petróleo y fabricación de productos químicos en bruto) en la localidad de Puertollano (Ciudad Real). Se ha personado, como parte demandada, la Administración General del Estado (Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente), representada y asistida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 24 de enero de 2014, la entidad Repsol Petróleo, S. A. interpuso, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, recurso contencioso-administrativo frente al Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión de 15 de noviembre de 2013, por el que se llevó a cabo la asignación final gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el período 2013-2020.

Admitido a trámite por Diligencia de Ordenación (DIOR) de 3 de febrero de 2014, y, una vez recibido el expediente administrativo, practicados los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) y anunciada la interposición del recurso en el Boletín Oficial del Estado, por DIOR de 27 de mayo de 2014 se concedió a la entidad recurrente el plazo de veinte días para que pudiera deducir el escrito de demanda.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de junio de 2014 se presentó escrito por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, en el que manifiesta la constatación de que el expediente administrativo que le ha sido entregado está incompleto, ya que faltan algunos documentos que considera esenciales e imprescindibles para defender los intereses de su representada, detallando una relación de las deficiencias observadas y suplicando que, al amparo de lo dispuesto por el artículo 55 de la LRJCA, se acuerde la ampliación del expediente administrativo solicitada, reclamando a la Administración demandada la incorporación al mismo de los documentos que refiere en su escrito, con suspensión del plazo para formalizar la demanda.

El 9 de junio de 2014 se extiende DIOR por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia en la que acuerda que, con suspensión del plazo concedido para formalizar demanda desde la fecha de presentación del referido escrito, se oficie a la Administración demandada adjuntando copia de dicho escrito, para que, en el término de diez días, complete el expediente en los términos interesados.

El 15 de julio de 2014 tiene entrada en este Tribunal oficio, junto con copia debidamente foliada y autenticada de la documentación solicitada, extendiéndose DIOR el 17 de julio de 2014, acordando unir a las actuaciones dicho oficio junto con la documentación que lo acompaña, alzar la suspensión acordada en la diligencia de 9 de junio pasado y hacer entrega a la representación procesal de la parte actora del expediente a fin de que, en el plazo que le resta, formalice la demanda.

TERCERO.- Con fecha 4 de septiembre de 2014 se presentó escrito de formalización de demanda por parte de la entidad Repsol Petróleo, S. A. dejando constancia en el punto 2 del Hecho Preliminar del mismo que la instalación titularidad de su propiedad está sujeta al comercio europeo de derechos de emisión, que establece un régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero con vistas a reducir dichas emisiones en la UE de forma económicamente ventajosa y, por virtud del cual, se asignan a determinadas instalaciones una serie de derechos de emisión de forma gratuita, de conformidad con la Directiva 2003/87, pretendiendo así, mediante este régimen, la Unión Europea y los Estados miembros respetar los compromisos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero derivados del Protocolo de Kioto; y, en el punto 1 de su hecho primero que su representada es la titular de la instalación sita en la Carretera de Calzada s/n de la localidad de Puertollano (Ciudad Real) cuya actividad principal consiste en refinado de petróleo y la fabricación de productos químicos en bruto.

Además, en la relación de hechos que considera relevantes hace referencia detallada a:

1º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2013, por el que se aplica la Decisión de la Comisión Europea 2013/448/CE, y que es objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

2º.- El sistema de asignación de derechos de emisión en el Derecho Comunitario, referencia a la normativa que define dicho sistema y a determinadas cuestiones principales a los efectos del presente recurso, y en concreto:

2.1.- Referencia a la Directiva 2003/87, a los efectos de determinar los derechos de emisión de asignación gratuita para el período 2013 a 2020.

2.2.- La asignación de derechos de emisión a los generadores de electricidad y por la producción de electricidad, en particular, los conceptos "generador de electricidad" e "instalación" contenidos en la Directiva 2003/87.

2.3.- La Decisión 2011/278 y las normas que la misma establece para la aplicación del artículo 10.bis de la Directiva 2003/87 .

2.4.- La Decisión de la Comisión Europea 2013/448.

2.5.- La Ley 1/2005, de 1 de marzo, de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

2.6.- El procedimiento de recolección de datos que ha llevado a la adopción de la Decisión 2013/448.

2.7.- El documento en que la Comisión explica los cálculos seguidos para la determinación del factor de corrección uniforme intersectorial.

2.8.- El documento de preguntas y respuestas acerca del factor de corrección uniforme intersectorial publicado por la Comisión, y

3º.- El procedimiento de asignación de derechos de emisión y la aplicación del factor de corrección uniforme intersectorial por el Reino de España, referencia al Acuerdo del Consejo de Ministros y la Resolución por la que se notifica el mismo.

Tras la exposición de los hechos considera que la Decisión 2013/448, en la que se fundamenta el Acuerdo del Consejo de Ministros objeto del presente recurso, es inválida por ser contraria al ordenamiento jurídico europeo, lo que argumenta en base a los siguientes fundamentos de derecho:

1º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros, al aplicar los cálculos establecidos por la Comisión en la Decisión 2013/448, contraviene el artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87 , interpretado aisladamente o en relación con el artículo 3, letras e) y u), de la misma Directiva, y vulnera, asimismo, los artículos 16 y 2, apartados i) y x) de la Ley 1/2005 , por la que se transpone al ordenamiento jurídico interno la aludida Directiva.

2º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros que aplica la Decisión 2013/448 es contrario a la Directiva 2003/87, toda vez que el cálculo del Factor de Corrección uniforme intersectorial en la Decisión 2013/448 contraviene el artículo 10 bis, apartado 5, párrafo tercero , de la misma.

3º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros que aplica la Decisión 2013/448, es incompatible con el contexto del artículo 10. bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87 y con los objetivos perseguidos por la Directiva 2003/87, e incompatible también con el artículo 10. bis, apartado 12, de la Directiva 2003/87 .

4º.- El cálculo del Factor de Corrección uniforme intersectorial y del Límite Máximo de la Industria es contrario al artículo 10. bis, apartado 5, párrafo segundo, letras (a) y (b), de la Directiva 2003/87, de lo que resulta que el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, que aplica la Decisión 2013/448, es contrario también por este motivo a la Directiva 2003/87.

5º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros, al aplicar la Decisión 2013/448, es contrario al artículo 10 bis, apartado 1 y 5, de la Directiva 2003/87 y al artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

6º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros, al aplicar la Decisión 2013/448 es contrario al artículo 10 bis, apartado 1, de la Directiva 2003/87 en relación con el artículo 23, apartado 3 de la misma norma, al artículo 5. bis de la Decisión 1999/468/CE y al artículo 12 del Reglamento 182/2011/UE.

7º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros ha vulnerado el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea.

8º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros, al aplicar la Decisión 2013/448, ha vulnerado el artículo 1 del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de la UE).

9º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros es contrario al artículo 54.1, apartados a) y c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

10º.- El Acuerdo del Consejo de Ministros, al aplicar la Decisión 2013/448, ha vulnerado el artículo 296, segundo párrafo, del TFUE y el artículo 41 de la Carta de la UE, toda vez que el cálculo del Límite Máximo de la Industria y el del factor de corrección uniforme intersectorial han sido realizados sin la debida motivación que exigen las indicadas normas, y

11º.- El necesario planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE sobre la validez de la Decisión, al considerar que por esta vía quedará asegurado que, en la resolución de las importantes dudas de validez que suscita la Decisión, el TJUE podrá tomar en cuenta los elementos de hecho y de derecho propios y específicos del ordenamiento español que resultan del Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido.

La demanda concluía con el siguiente suplico:

a) Que se plantee la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la validez de la Decisión 2013/448 en los términos que expuso en el fundamento de derecho undécimo de su demanda, suspendiéndose la tramitación del procedimiento en tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se pronunciara. Y, subsidiariamente, en el caso en que esta Sala decidiese no plantear la cuestión prejudicial, suplica se suspenda la resolución del recurso contencioso-administrativo en tanto el TJUE no resolviera las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales de Italia, Austria y Holanda en relación con la Decisión 2013/448.

b) Una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciara al respecto, por una u otra vía de las anteriormente solicitadas, se dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo, se acuerde declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2013, impugnado por estar fundamentado en la Decisión 2013/448, contraria al ordenamiento jurídico europeo".

Mediante otrosí solicitaba el recibimiento del proceso a prueba, indicándose los siguientes extremos que interesaba acreditar:

I.- La incorrecta aplicación efectuada por la Comisión Europea y asumida por el Consejo de Ministros de los parámetros y los procedimientos fijados por el derecho europeo, en relación con la forma en que se debió determinar la asignación gratuita de derechos de emisión que le corresponden a su representada, en relación con la Instalación de Puertollano para el período 2013-2020.

II.- La falta de transparencia con la que han actuado tanto la Comisión Europea como el Consejo de Ministros, a la hora de dar a conocer la forma en que los derechos de emisión que le corresponden a su representada, en relación con la Instalación Refinería de Puertollano para el período 2013-2020 han sido calculados.

III.- La inexistencia de documentos que justifican los cálculos de la Comisión Europea relativos a los derechos de emisión que le corresponden a su representada, en relación con la Instalación Refinería de Puertollano para el período 2013-2020.

Con el fin de acreditar tales extremos, interesa la práctica de los siguientes medios de prueba:

- Prueba documental pública: que se tenga por reproducido el expediente administrativo y los documentos aportados con la demanda, al amparo de lo previsto en el artículo 317 y siguiente de la Ley 1/2000, de 7 de



enero, de Enjuiciamiento Civil (aclarando que el carácter público de los documentos aportados con la demanda, se deriva del hecho de que son traducciones juradas de documentos oficiales de la Comisión Europea y de los Tribunales de Italia, Austria y Holanda).

- Prueba documental privada: que se tenga por reproducido los documentos aportados con la demanda para el caso en que no se consideren documental pública, al amparo de lo previsto en el artículo 324 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

- Cualquier otro medio de prueba que, de conformidad con el artículo 56 de la LJCA permita desvirtuar la contestación o contestaciones a la demanda.

Igualmente mediante otrosíes fijaba la cuantía del recurso como indeterminada y solicitaba el trámite de conclusiones escritas, adjuntando junto con el escrito de demanda documentos numerados del uno al cuatro.

CUARTO.- Por diligencia de fecha 9 de septiembre de 2014 se tiene por formalizada la demanda por la entidad Repsol Petróleo, S. A., acordándose dar traslado al Abogado del Estado con entrega del expediente para que en el plazo de veinte días la conteste.

QUINTO.- El 13 de octubre de 2014 presenta el Abogado del Estado su escrito de contestación a la demanda, dando por reproducidos los hechos que obran en el expediente administrativo y, tras exponer la fundamentación jurídica en la que se basa, suplica a la Sala dicte sentencia por la que se desestima íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas.

Mediante otrosí solicita el recibimiento a prueba, interesando que deberá versar sobre la correcta cuantificación del cálculo del Factor de Corrección Intersectorial establecido por la Decisión 2013/448, lo que acredita mediante la prueba pericial que acompaña unida a su escrito, pidiendo la ratificación del informe pericial ante la Sala, a los efectos que puedan formularse aclaraciones por las partes y la Sala.

SEXTO.- Mediante DIOR ordenación de fecha 17 de octubre de 2014 se tiene por contestada la demanda, se fija la cuantía del presente recurso en indeterminada y se acuerda pasar las actuaciones al Magistrado Ponente, para la resolución que proceda sobre el recibimiento a prueba interesado.

SÉPTIMO.- Por Auto de 17 de noviembre de 2014 se acuerda recibir a prueba el proceso, admitiéndose las pruebas propuestas por las partes, que habrán de practicarse en el plazo de treinta días, y, a tal efecto:

1º.- Se tiene por reproducida la prueba documental pública propuesta por la parte recurrente.

2º.- Se convoca al Subdirector General de Comercio de Emisiones y Mecanismos de Flexibilidad, D. Secundino , a efectos de ratificar los informes que emitió y que han sido aportados por el Sr. Abogado del Estado, a cuyo acto se citará a las partes, Repsol Petróleo, S.A. y al Sr. Abogado del Estado, para el 10 de diciembre de 2014, a las 11 horas.

Constando unidos a los autos, en el día y hora señalados, el acta extendida por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia, y firmada por todos los asistentes, del acto para la práctica de la ratificación pericial acordada y el CD-R que recoge la imagen y sonido mediante el sistema de grabación del que dispone este Tribunal Supremo.

OCTAVO.- Mediante DIOR de fecha 16 de diciembre de 2014 se declara terminado y concluso el periodo de proposición y práctica de prueba y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concede al representante procesal del actor el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones, conforme determina el artículo 64 de la Ley de esta Jurisdicción .

NOVENO.- El 8 de enero de 2015 presenta escrito de conclusiones la entidad Repsol Petróleo, S. A., en el que, tras exponer que se remite a lo señalado concretamente en los hechos tercero y cuarto de su escrito de demanda, hace una serie de consideraciones que considera fundamentales y suplica a la Sala dicte sentencia en los términos suplicados en su escrito de demanda, aportando unido al escrito un anexo documental.

DÉCIMO.- Por DIOR de fecha 12 de enero de 2015 se tuvo por evacuado el trámite de conclusiones, acordando hacer entrega a la Administración General del Estado para que, en el plazo de diez días, presente las suyas, y haga las alegaciones que a su derecho convengan sobre la incorporación del documento aportado.

El 22 de enero de 2015 presenta el Abogado del Estado su escrito de conclusiones, suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se desestime la demanda, con condena en costas a la parte recurrente.

El 26 de enero de 2015 se dicta DIOR en la que se tiene por evacuado el trámite conferido al Abogado del Estado y se pasan las actuaciones al Magistrado Ponente, para resolver sobre la incorporación del documento aportado por la parte recurrente en su escrito de conclusiones, el cual se admite por providencia de 2 de febrero



de 2015, en previsión del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando las actuaciones concluidas y pendientes de señalamiento cuando por turno corresponda.

DÉCIMO PRIMERO.- En fecha 11 de marzo de 2015 se dicta una providencia por la Sala, al considerar necesario oír a las partes del recurso sobre la procedencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, que literalmente expresa:

"La Sala considera necesario oír a las partes del recurso sobre la procedencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, acerca de la validez de la Decisión 2013/448 UE, en relación con la Decisión 2011/278 y la Directiva 2003/87 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, modificada por Directiva 2009/29 UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, en cuanto constituyen el sustento del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2013, acto en el que se concreta el objeto del presente recurso, por el que se aprueba la asignación final gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones sujetas al régimen de comercio de derechos de emisión para el periodo 2013-2020 y para cada año a cada instalación.

Visto el contenido de las alegaciones de las partes y de la referida normativa, esta Sala alberga dudas acerca de los extremos que a continuación se concretarán, por lo que considera adecuado, pese a que tal cuestión constituye el núcleo esencial de los escritos rectores del procedimiento, oír a las partes acerca de los siguientes extremos:

A) Cuestiones de naturaleza formal y procedimental:

1) Si la Decisión 2013/488/UE, es contraria al artículo 10 bis, apartado 1, de la Directiva 2003/87, que establece que "Estas medidas, destinadas a modificar elementos no esenciales de la presente Directiva completándola, se adoptarán con arreglo al procedimiento de reglamentación con control contemplado en el artículo 23, apartado 3". Se trata en definitiva de determinar si para la fijación del denominado factor de corrección, debió haberse seguido el citado procedimiento, establecido en el artículo 5 bis de la Decisión 1999/468/CE y el artículo 12 del Reglamento (UE) nº 182/2011.

2) Si la Decisión 2013/488/UE es contraria a lo previsto en el art. 296 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, en lo atinente a que la fijación del factor de corrección ha sido establecido mediante un mecanismo que, infringiendo la obligación de motivación, no permite a los titulares de instalaciones afectados, tomar conocimiento de los datos, cálculos y criterios tenidos en cuenta para su adopción.

B) Cuestiones referentes al fondo de naturaleza sustantiva.

1) El art. 10 bis 12 de la Directiva señala que "A reserva del artículo 10 ter, en 2013 y en cada uno de los años siguientes hasta 2020, 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".

De la mencionada redacción surge la duda de si es contraria la Decisión 2013/448/UE de la Comisión al citado precepto, al extender el factor de corrección intersectorial a un sector definido en la Decisión 2010/2/UE como expuesto a un riesgo significativo de fugas de carbono, con la consiguiente disminución de los derechos gratuitos de emisión asignados.

2) Partiendo de la consideración de que el factor de corrección resulta de la diferencia existente entre el Límite de la Industria y las Asignaciones Preliminares Anuales de cada uno de los países miembros, tal y como se deduce del considerando 23 de la Decisión, cuando establece que: "No es posible superar el límite establecido en virtud del artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE, y esto se consigue mediante la aplicación de un factor de corrección intersectorial anual que, en caso necesario, reduce de manera uniforme el número de derechos de emisión de todas las instalaciones que pueden optar a la asignación gratuita", procede plantearse si la fijación del citado límite y la determinación de las Asignaciones Preliminares han utilizado parámetros homogéneos.

Concretamente, se plantea la duda de si se infringe el artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87 y los objetivos de ésta, al no considerar en el cálculo del límite máximo de las emisiones industriales con arreglo al artículo 10 bis, apartado 5, letras a) y b), de la Directiva 2003/87 las emisiones procedentes:

a) de la producción de electricidad a partir de gases residuales en las instalaciones contempladas en el anexo I de la Directiva 2003/87 que no sean «generadores de electricidad», y



b) de la producción de calor en las instalaciones contempladas en el anexo I de la Directiva 2003/87 que no sean «generadores de electricidad» y a los que se puedan asignar gratuitamente derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis, apartados 1 a 4, de la Directiva 2003/87 .

3) Si el límite máximo fijado en el art. 10 bis apartado 5 de la directiva ha sido fijado sin tomar en consideración las emisiones procedentes de nuevas instalaciones a partir de 2008 e ignorando las emisiones procedentes de instalaciones cerradas con anterioridad a 30 de junio de 2011.

En consecuencia, antes de adoptar la decisión definitiva sobre su eventual planteamiento, óigase a las partes para que en el plazo común e improrrogable de veinte días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia del planteamiento de la referida cuestión prejudicial".

DÉCIMO SEGUNDO.- El 7 de abril de 2015 presenta alegaciones el Abogado del Estado, manifestando en el suplico de su escrito la no necesidad de plantearse cuestión prejudicial.

Por su parte, la entidad Repsol Petróleo, S. A. presenta las suyas el 15 de abril de 2015, en cuyo suplico expone, la necesidad de plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial propuesta en la providencia de 11 de marzo de 2015.

DÉCIMO TERCERO.- Mediante providencia de 20 de abril de 2015 se tiene por cumplimentado el trámite conferido en la providencia de 11 de marzo y, considerándose conveniente por la Sala la solicitud de dictamen por el Ministerio Fiscal, se le da traslado de las actuaciones para que, en el plazo de veinte días, formule las alegaciones que estime oportunas.

El Ministerio Fiscal presenta el 26 de mayo de 2015, su escrito de alegaciones en el que, tras exponer unas consideraciones preliminares y hacer un análisis de las cuestiones propuestas por esta Sala, considera procedente y pertinente el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los términos y con el alcance razonados en el cuerpo de su escrito.

DÉCIMO CUARTO.- El 9 de julio de 2015 se dicta una providencia, en la que se acuerda:

"... visto el estado en que se encuentran las presentes actuaciones y teniendo en cuenta que tanto la resolución que constituye su objeto, como el contenido de las alegaciones realizadas por las partes son similares a las contenidas en los autos del recurso nº 2/41/2014 , en el que por Auto de fecha 2 de junio de 2015 , se ha acordado por esta Sala plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión de validez sobre la Decisión 2013/448 UE, en relación con la Decisión 2011/278 y la Directiva 2003/87 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, procede a juicio de esta Sala, acordar la suspensión del presente procedimiento hasta tanto recaiga sentencia en la citada cuestión, cuya resolución resulta imprescindible para adoptar la decisión procedente en el presente recurso".

DÉCIMO QUINTO.- El 26 de octubre de 2016 dicta un Auto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuya parte dispositiva declara:

"1) No se desprende ni 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 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, a la luz del artículo 15, apartado 3 , de 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 del Parlamento Europeo y del Consejo , ni de la Decisión 2013/448/UE de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, relativa a la 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 la Comisión, al fijar la cantidad máxima anual de derechos, haya excluido emisiones distintas de las imputables a los generadores de electricidad.

2) El examen de la tercera cuestión prejudicial, letra b), no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278.

3) El examen de la cuarta cuestión prejudicial no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 10, apartado 9, párrafo primero, de la Decisión 2011/278.

4) El artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448 son nulos.

5) Se limitan los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448 de modo que, por una parte, dicha declaración únicamente surta efectos tras un plazo de diez meses



a partir de la fecha en que se dictó la 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), con objeto de permitir que la Comisión adopte las medidas necesarias, y, por otra parte, no puedan impugnarse las medidas que hasta que termine dicho plazo se hayan adoptado de conformidad con las disposiciones anuladas".

DÉCIMO SEXTO.- Por providencia de 8 de noviembre de 2016, queda unido a las actuaciones el testimonio de la copia legalizada recibido en esta Sala del Auto del TJUE de 26 de octubre de 2016 y se alza la suspensión del presente procedimiento, concediéndose el plazo de quince días a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, para que formulen las alegaciones que estimen oportunas en relación con la posible incidencia del mencionado Auto en la resolución del presente recurso contencioso-administrativo; siendo presentados sendos escritos por el Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal y la entidad Cepsa Petróleo, S. A., en fechas 18 de noviembre, 25 de noviembre y 7 de diciembre de 2016, respectivamente, y pasando las actuaciones al Magistrado Ponente a fin de resolver lo procedente, por DIOR de 12 de diciembre de 2016.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Por providencia de 23 de enero de 2017 se señaló para votación y fallo el día 7 de marzo de 2017, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar.

DÉCIMO OCTAVO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye objeto del presente litigio el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su sesión de fecha 15 de noviembre de 2013, por el que se aprobó la asignación final gratuita de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones sujetas al régimen de comercio de derechos de emisión para el período 2013-2020 y para cada año, a cada instalación; instalaciones entre las que se encontraban las de la entidad recurrente (refino de petróleo y fabricación de productos químicos orgánicos en bruto) sitas en la localidad de Puertollano (Ciudad Real).

Los principios de unidad de doctrina, seguridad jurídica e igualdad nos obligan a resolver el presente litigio de conformidad con lo expuesto y decidido en la STS de 13 de marzo de 2017 (RC 35/2014) por la que se resuelve un recurso de plena identidad con el presente.

SEGUNDO.- La instalación de Repsol Petróleo, S. A., sita, como decimos, en Carretera de Calzada s/n de la localidad de Puertollano (Ciudad Real) tiene como actividad principal el refino de petróleo y la fabricación de productos químicos orgánico en bruto, encontrándose la misma instalación incluida del régimen europeo de comercio de derechos de emisión en virtud de Ley 1/2005, de 9 de marzo y, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, posteriormente modificada por la Directiva 2009/29/CE, de 23 de abril, por la que se modifica la anterior para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario.

La empresa, presentó en tiempo y forma su solicitud de asignación gratuita de derechos de emisión para el período 2013-2020, aportando la documentación necesaria para proceder al cálculo de la asignación conforme con el artículo 19 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo y la Decisión 2011/278/UE, siendo requerida posteriormente para subsanaciones, que presentó oportunamente.

En la propuesta de asignación individualizada preliminar, sometida a información pública (de 27 de abril a 21 de mayo de 2012), la asignación propuesta correspondiente a la recurrente era de los siguientes derechos de emisión desde 2013 a 2020:

2013: 1.558.067

2014: 1.557.274

2015: 1.556.480

2016: 1.555.687

2017: 1.554.894

2018: 1.554.101

2019: 1.553.307

2020: 1.552.515

No obstante, al aplicarse el factor de corrección intersectorial, la asignación final que corresponde a la recurrente queda así:



- 1.468.823 derechos para 2013 (89.244 menos que la asignación preliminar).
- 1.442.577 derechos para 2014 (114.697 menos).
- 1.416.055 derechos para 2015 (140.425 menos).
- 1.389.292 derechos para 2016 (166.395 menos).
- 1.554.894 derechos para 2017 (192.618 menos).
- 1.554.101 derechos para 2018 (219.071 menos).
- 1.553.307 derechos para 2019 (245.827 menos).
- 1.552.515 derechos para 2020 (272.650 menos).

La reducción total a la que se ha llegado aplicando ese factor es de 1.440.927 derechos de emisión, prácticamente los que corresponden a todo un año, pudiendo estimarse el valor de la reducción en 12.658.138,90 euros.

Debe añadirse, además, que como advierte la propia resolución recurrida: "Las asignaciones finalmente aprobadas, aun cuando abarcan el período 2013-2020, pueden sufrir en determinados casos ajustes o modificaciones a lo largo del periodo, de acuerdo con lo que contemplan, a este respecto, la normativa comunitaria y estatal."

TERCERO.- Ambas partes personadas en el presente recurso, manifestaron su conformidad con el hecho de que la resolución recurrida supone la aplicación al caso concreto y dentro del ámbito nacional de la Decisión 2013/448/UE, aprobada el 5 de septiembre de 2013 por la Comisión, de forma tal que el debate procesal no se centra en analizar la corrección de la decisión del Consejo de Ministros por vicios o infracciones propias, sino que su enjuiciamiento está condicionado por la validez de la citada decisión comunitaria de la que el acuerdo ahora impugnado es una mera ejecución o traslación en el ámbito interno. En efecto, lo que directamente se recurre es el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 noviembre de 2013, que constituye la mera transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión controvertida, sin que ni la demanda dirija, contra dicha resolución del Ejecutivo nacional, ningún reproche de ilegalidad o disconformidad con el Derecho Europeo distinto de las vulneraciones de la citada Directiva y de otras normas que imputa a la Decisión aplicada, ni la Administración niegue —al contrario, así lo acepta explícitamente— ese carácter meramente aplicativo e instrumental de la resolución nacional que se impugna.

Precisamente, por tal vinculación y dadas las dudas que se ponían de manifiesto acerca de la validez de dicha decisión por parte de la demandante, solicitando expresamente de esta Sala el planteamiento de la cuestión prejudicial de validez, mediante Providencia de fecha 11 de marzo de 2015, se acordó oír a las partes, acerca de la procedencia de plantear tal cuestión sobre la Decisión 2013/448/UE de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, relativa a las medidas nacionales de aplicación para la asignación gratuita transitoria de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

CUARTO.- A estos efectos, resulta oportuno establecer cuál es la normativa interna aplicable al presente litigio. La Directiva 2009/29/CE fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 13/2010, de 5 julio, que modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en España.

El artículo 17 de la Ley 1/2005 establece que la asignación gratuita de derechos de emisión debe determinarse de conformidad con la normativa de la Unión adoptada a tal efecto. Consecuentemente, la legislación nacional se remite a la Decisión 2011/278/UE, de 27 de abril, 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 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE 17.05.2011).

Los artículos 17 y 19 de la Ley 1/2005 abordan las cuestiones relativas a la asignación de derechos de emisión a los titulares de las instalaciones sujetas al régimen europeo de comercio de derechos de emisión. Conforme al artículo 19, el 28 de febrero de 2011 finalizó el plazo para que los titulares de las instalaciones susceptibles de recibir asignación gratuita de derechos de emisión en el período 2013-2020 la solicitaran.

Posteriormente, una vez completado el marco normativo con la adopción de la Decisión 2011/278/UE, se abrió un plazo para que los titulares de las instalaciones presentaran la documentación complementaria necesaria para determinar las asignaciones.

Este proceso concluyó con las asignaciones provisionales que fueron remitidas a la Comisión Europea.



A este respecto, cuando la Comisión, disponiendo de las asignaciones correspondientes a las instalaciones de todos los Estados miembros, considera que se sobrepasa el límite de asignación gratuita que establece la Directiva, procederá a aplicar un factor de corrección intersectorial común a todas las instalaciones de la Unión que no tengan el carácter de generador eléctrico.

Finalizado su escrutinio, la Comisión publicaba el 7 de septiembre de 2013 la Decisión 2013/448/UE, de 5 de septiembre de 2013, 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 para la tercera fase de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea, estableciendo la cantidad de derechos de emisión gratuitos que deben ser transferidos a cada instalación industrial anualmente hasta 2020.

La Decisión aprueba las MNA de la gran mayoría de los Estados miembros, incluyendo España, considerándolas compatibles con la Directiva 2003/87/CE y con la Decisión 2011/278/UE y establece el factor de corrección intersectorial que será necesario aplicar a todas las instalaciones de la Unión que no tengan el carácter de generador eléctrico.

De esta operación (el factor de corrección intersectorial del Anexo II de la Decisión 2013/448/UE ha sido aplicado a los no generadores eléctricos y el factor de reducción anual del 1,74% ha sido aplicado a los generadores eléctricos) resulta la cantidad anual final de derechos de emisión a asignar gratuitamente cada año durante el período 2013-2020 a las instalaciones del territorio español.

Culminado tal proceso, correspondía al Consejo de Ministros adoptar, a propuesta de los Ministerios de Economía y Competitividad, de Industria, Energía y Turismo, y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, la decisión final de asignación, decisión que se concreta en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2013, por el que se aprueba la asignación final gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones sujetas al régimen de comercio de derechos de emisión para el periodo 2013- 2020 y para cada año a cada instalación.

En definitiva, la fijación final de los derechos de emisión asignados de forma gratuita cada año durante el período de 2013 a 2020, se ha determinado conforme con la Decisión 2013/448/UE, con la Directiva 2003/87/CE, con la Decisión 2011/278/UE y con otras disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión.

Tal conclusión se ve avalada por el apartado referido a la "Metodología de asignación", contenido en la resolución recurrida, cuando afirma que:

"De conformidad con el artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y con la Decisión 2011/278/UE de la Comisión, el cálculo de las asignaciones se realiza en la práctica en dos etapas:

1.º Determinación de las asignaciones preliminares.

2.º Determinación de las asignaciones finales.

Las asignaciones preliminares a cada instalación son calculadas de conformidad con los apartados 2 a 8 del artículo 10 y del artículo 15 de la citada Decisión 2011/278/UE. Las asignaciones resultantes de aplicar dicho cálculo han sido notificadas a la Comisión Europea, con objeto de que lleve a cabo un escrutinio de las mismas.

En esta fase del proceso, la Comisión puede reclamar a los Estados miembros aclaraciones sobre la información facilitada y, en su caso, que se revise la aplicación de las normas de asignación gratuita en un sentido u otro, lo cual puede conllevar modificaciones de la asignación preliminar. Asimismo, puede rechazar las asignaciones preliminares en caso de que no se hayan aplicado correctamente las normas armonizadas.

Conocidas las asignaciones preliminares de todas las instalaciones de todos los Estados miembros, corresponde también a la Comisión determinar si procede aplicar el factor de corrección intersectorial y su valor. Ello depende de que la suma de todas las asignaciones preliminares supere el límite de asignación gratuita establecido con arreglo al artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE . La aplicación de este factor conllevaría una reducción a la baja de las asignaciones afectadas, proporcional para todas ellas, de modo que, en su conjunto, no superen el volumen máximo de asignación gratuita, tal como exige la Directiva.

Una vez concluido el escrutinio de las asignaciones preliminares y publicado por la Comisión el valor del factor de corrección intersectorial en la Decisión 2013/448/UE, para calcular la asignación definitiva de cada instalación solo resta aplicar el factor de reducción lineal anual a las asignaciones preliminares de los generadores eléctricos y el factor de corrección intersectorial a las de los no generadores, de acuerdo con el apartado 9 del artículo 10 de la Decisión 2011/278/UE.



El factor de reducción lineal anual, establecido en el artículo 9 de la Directiva 2003/87/CE, refleja la reducción que se realiza en la cantidad de derechos de emisión que se expide cada año a partir de 2013 para la Comunidad en su conjunto, partiendo desde la mitad del periodo 2008-2012."

QUINTO.- En definitiva, el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado supone la aplicación por parte de la Administración nacional de la siguiente normativa comunitaria.

- 1) Decisión 2013/448/UE de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, 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 (DO L 240, p. 27).
- 2) Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DO L 275, p. 32).
- 3) Decisión 1999/468/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (DO L 184, p. 23).
- 4) Reglamento (UE) nº 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DO L 55, p. 13).
- 5) Decisión 2010/2/UE de la Comisión, de 24 de diciembre de 2009, por la que se determina, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, una lista de los sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono (DO L 1, p. 10).
- 6) 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 (DO L 130, p. 1).

Concretamente, la normativa de referencia a nivel comunitario ha de localizarse en el artículo 10 bis de la Directiva 2003/87, del 13 de octubre de 2003, que establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión y que modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, modificada por la Directiva 2009/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 23 de abril de 2009, que establece las "Normas comunitarias de carácter transitorio para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión".

La citada Directiva dispone que "antes del 31 de diciembre de 2010, la Comisión adoptará medidas de desarrollo a escala comunitaria totalmente armonizadas para la asignación de los derechos de emisión a que se refieren los apartados 4, 5, 7 y 12, incluidas las disposiciones necesarias para una aplicación armonizada del apartado 19" (apartado 1), precisando sin embargo que dichas "medidas" no están destinadas a "modificar elementos" "esenciales" de la Directiva, y que las medidas para completar la Directiva "se adoptarán con arreglo al procedimiento de reglamentación con control contemplado en el apartado 3 del artículo 23".

La finalidad de la armonización del sistema de asignación se aclara a lo largo del texto de la norma y consiste en "garantizar" que los derechos de emisión se asignen de tal forma que se incentiven las "reducciones de las emisiones de gas de efecto invernadero y técnicas más eficaces en cuanto a la energía, teniendo en cuenta los productos de sustitución, los procedimientos alternativos de producción, la cogeneración de alta eficiencia, la recuperación eficiente de la energía de los gases residuales, la posibilidad de utilizar la biomasa y la captura y el almacenamiento de CO₂, siempre que se disponga de las instalaciones necesarias, y que no se ofrezca ningún incentivo para aumentar las emisiones".

La citada Directiva implanta, en consecuencia, un método armonizado de asignación a escala comunitaria, en el que la subasta es el principio básico elegido para la asignación de derechos por ser el método más simple y el considerado económicamente más eficiente. En efecto, la subasta se constituye en el procedimiento normal para la asignación de derechos de emisión a partir de 2013 para los titulares de instalaciones dentro del ámbito del régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión. Sin embargo, los titulares que puedan optar seguirán recibiendo derechos gratuitos entre 2013 y 2020, si bien, no se permite la asignación gratuita de derechos a 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 entregarán derechos gratuitos a las instalaciones de captura, transporte y almacenamiento de dióxido de carbono. Para las emisiones de la industria, se autoriza la asignación gratuita transitoria basada en *benchmarks* europeos.



Esta asignación gratuita tendrá carácter transitorio, esto es, será inicialmente el 80% de la cantidad que le corresponda en función de las medidas comunitarias que le sean de aplicación disminuyendo anualmente esta proporción en la misma cuantía hasta que sea del 30% en 2020 y del 0% en 2027.

Se establece un techo de emisiones único europeo donde la cantidad total de derechos de emisión disponible para las instalaciones europeas se reducirá un 1,74% anual en comparación con la media de la cantidad total anual de derechos de emisión expedidos por los Estados miembros en el segundo período de intercambio, tomando como referencia el punto medio del período 2008 - 2012. Esa reducción anual hará que en 2020 la reducción de emisiones sea del 21% en comparación al año 2005.

Esa cantidad máxima anual de derechos de emisión que constituye la base para el cálculo de los derechos de emisión asignados a las instalaciones (no cubiertas por el apartado 3 y que no sean nuevos entrantes) en virtud del apartado 5 no será superior a la suma:

"a) de la cantidad total anual de derechos 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 periodo 2005-2007, de instalaciones cubiertas por el régimen comunitario en el periodo 2008-2012, y

b) la media total de emisiones verificadas del 2005 al 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 este techo máximo se supera "se aplicará un factor de corrección uniforme intersectorial."

Se establecen, no obstante, excepciones a la transitoriedad para las instalaciones de sectores que expuestos a riesgo significativo de fuga de carbono, es decir, un aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero en terceros países en los que la industria no está sujeta a limitaciones de carbono comparables. Estas instalaciones recibirán de manera gratuita el 100% de los derechos que les correspondan en función de las medidas comunitarias que le sean de aplicación.

En efecto, se señala que: "A reserva del artículo 10 ter, en 2013 y en cada uno de los años siguientes hasta 2020, 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".

Específicamente, para lo que aquí interesa, la norma dispone que "No se asignará ningún derecho de forma gratuita a las instalaciones de producción de electricidad con la excepción de los casos a que se refiere el artículo 10 quater y de la electricidad producida con gases residuales".

En cuanto a los beneficiarios, el apartado 3 del citado artículo dispone que: "Sin perjuicio de los apartados 4 y 8 y no obstante lo dispuesto en el artículo 10 quater, no se asignará ningún derecho de forma gratuita a los generadores de electricidad, a las instalaciones de captura de CO₂, a las conducciones para el transporte de CO₂ ni a los emplazamientos de almacenamiento de CO".

El siguiente apartado 4 establece que: "Se asignarán derechos de emisión de forma gratuita a la calefacción urbana y a la cogeneración de alta eficiencia, respecto de la generación de calor o refrigeración, tal como se define en la Directiva 2004/8/ CE, con objeto de satisfacer una demanda justificada desde el punto de vista económico. En cada uno de los años siguientes a 2013, la asignación total a ese tipo de instalaciones para la producción de calor se adaptará utilizando el factor lineal a que se refiere el artículo 9".

Con la Decisión nº 278/2011 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.

En el punto 19 se dice que "Para garantizar que el régimen de comercio de derechos de emisión se traduzca a la larga en una reducción de las emisiones, la Directiva 2003/87/CE prevé una disminución lineal de la cantidad de derechos de emisión para la Unión en su conjunto. Puesto que esta cantidad decreciente se tiene en cuenta a la hora de determinar la cantidad máxima anual de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE, conviene que todos los derechos de emisión asignados gratuitamente sobre la base de la presente Decisión a las instalaciones no cubiertas por esta cantidad máxima anual mencionada en el artículo 10 bis, apartado 5, se ajusten linealmente, de la misma forma que la cantidad de derechos de emisión para la Unión en su conjunto, utilizando 2013 como año de referencia".

Por su parte, el punto 20 dice que: "El factor de corrección uniforme intersectorial aplicable cada año del período 2013-2020 a las instalaciones no identificadas como generadoras de electricidad y que no son nuevos entrantes, de conformidad con el artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE, debe determinarse



sobre la base de la cantidad anual total preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente para el período 2013-2020, calculada para estas instalaciones con arreglo a la presente Decisión, incluidas las instalaciones que podrían quedar excluidas de conformidad con el artículo 27 de la citada Directiva. Esta cantidad de derechos de emisión asignados gratuitamente cada año del período en cuestión debe compararse con la cantidad anual de derechos de emisión calculada de conformidad con el artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE para las instalaciones que no son generadoras de electricidad ni nuevos entrantes, teniendo en cuenta la parte pertinente de la cantidad total anual para la Unión en su conjunto, determinada con arreglo al artículo 9 de dicha Directiva, y la cantidad correspondiente de emisiones incluidas en el régimen de la Unión únicamente a partir de 2013".

El 5 de septiembre de 2013, la Comisión Europea, con la Decisión nº 2013/448/UE, definía el techo máximo absoluto de los derechos a expedir en el periodo de 2013 en adelante y establecía el factor de corrección intersectorial que debía aplicarse a la cantidad de derechos a asignar de forma gratuita, conforme al artículo 10 bis apartado 5, de la Directiva.

Para 2013 el factor de corrección intersectorial quedaba establecido en el 94,272151%.

En el apartado 25 de las consideraciones preliminares recoge el cálculo del factor de corrección, al señalar que:

"El límite fijado por el artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE es de 809 315 756 derechos de emisión en 2013. Para determinar este límite, la Comisión obtuvo en primer lugar de los Estados miembros y de los países AELC del EEE información sobre si las instalaciones se consideran generador de electricidad u otra instalación contemplada en el artículo 10 bis, apartado 3, de la Directiva 2003/87/CE. A continuación, la Comisión determinó la parte de las emisiones del período 2005-2007 debidas a las instalaciones no cubiertas por dicha disposición, pero sí incluidas en el RCDE UE en el período 2008-2012. Después, la Comisión aplicó esta parte de 34,78289436 % a la cantidad determinada sobre la base del artículo 9 de la Directiva 2003/87/CE (1 976 784 044 derechos de emisión). Al resultado de este cálculo añadió la Comisión a continuación 121 733 050 derechos de emisión, basándose en el promedio anual de emisiones verificadas en el período 2005-2007 de las instalaciones pertinentes, teniendo en cuenta el ámbito revisado del RCDE UE en 2013. A este respecto, la Comisión utilizó información aportada por los Estados miembros y los países AELC del EEE para los ajustes del límite máximo. En los casos en los que no se disponía de emisiones verificadas anuales para el período 2005-2007, la Comisión procedió a extrapolar, en la medida posible, las cifras de emisión pertinentes a partir de las emisiones verificadas en años posteriores aplicando el factor de 1,74 % en sentido inverso. La Comisión consultó a las autoridades de los Estados miembros y obtuvo su confirmación sobre la información utilizada a este respecto. El límite impuesto por el artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE comparado con la suma de las cantidades anuales preliminares de asignación gratuita sin aplicación de los factores contemplados en el anexo VI de la Decisión 2011/278/UE da el factor de corrección intersectorial anual recogido en el anexo II de la presente Decisión".

SEXTO.- A la vista del posicionamiento de las partes, esta Sala procedió, mediante Auto de fecha 2 de junio de 2015 a plantear la correspondiente cuestión prejudicial de validez.

El referido Auto, planteaba las siguientes cuestiones:

"1) Si la Decisión 2013/488/UE es contraria a lo previsto en el art. 296 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, en lo atinente a que la fijación del factor de corrección ha sido establecido mediante un mecanismo que, infringiendo la obligación de motivación, no permite a los titulares de instalaciones afectados, tomar conocimiento de los datos, cálculos y criterios tenidos en cuenta para su adopción.

2) Si la Decisión 2013/448/UE, al concretar y fijar del modo en que lo hace el límite máximo de emisiones de la industria y el factor de corrección intersectorial previstos en el artículo 10 bis.5 de la Directiva 2003/87/CE y el artículo 15 de la Decisión 2011/278/UE, infringe los artículos 10 bis.1 y 23.3 de dicha Directiva de 2003 por el hecho de no haber sido elaborada con arreglo al procedimiento de reglamentación con control que regulaba la Decisión 1999/468/CE.

3) Teniendo en cuenta que la Decisión 2013/448/UE y/o el artículo 15 de la Decisión 2011/278/EU crean una asimetría entre:

-la base de cálculo regulada por el artículo 10 bis. apartado 5, subapartados a) y b) de la Decisión 2013/448/UE, al no incluir en dichas bases las emisiones procedentes de la producción de electricidad relacionadas con la combustión de gases residuales y de la cogeneración de calor que tienen lugar en instalaciones incluidas en el Anexo I de la citada Directiva, y



-los criterios establecidos por el artículo 10 bis, apartados 1 y 4 de dicha Directiva para la asignación gratuita de derechos de emisión, que sí incluye esa clase de emisiones:

a) ¿La Decisión 2013/448/UE y/o el artículo 15 de la Decisión 2011/278/EU. infringen el artículo 10 bis, apartado 5 en relación con el artículo 3. u) y el párrafo tercero *in fine* del citado artículo 10 bis, apartado 1 de la Directiva 2003/87/CE cuando consideran que las emisiones producidas por combustión de gases residuales o por la generación de calor en instalaciones que producen electricidad comprendidas en el Anexo I de dicha Directiva son en todo caso emisiones de "generadores de electricidad" a los efectos de determinar el límite máximo de emisiones para la industria, y por tanto han de ser excluidas de ese cálculo?

b) Aún en el supuesto de una respuesta negativa a la pregunta anterior, ¿la Decisión 2013/448/UE y/o el artículo 15 de la Decisión 2011/278/EU infringen el artículo 10 bis, apartado 5 de la Directiva 2003/87/CE y/o los objetivos de esta Directiva en cuanto excluyen de la base de cálculo del límite máximo de las emisiones industriales que regula dicha norma las emisiones procedentes de la producción de electricidad a partir de gases residuales y de la cogeneración de calor, producidas en instalaciones incluidas en el Anexo I de la citada Directiva, a las que sin embargo sí se pueden asignar gratuitamente derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis, apartados 1 a 4 de la misma Directiva?

4) Si la Decisión 2013/488/UE de la Comisión, y en su caso, la Decisión 2011/278/UE que aquella aplica, son contrarias al art. 10. bis 12 de la Directiva, al extender el factor de corrección intersectorial a sectores definidos en la Decisión 2010/2/UE (hoy Decisión 2014/746/UE) de la Comisión como expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono, con la consiguiente disminución de los derechos gratuitos de emisión asignado.

5) Si la Decisión 20 infringe el artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE en la medida en que la Comisión europea, para determinar la emisiones verificadas realizadas en el periodo 2005-2007 a que se refieren las letras a) y b) de dicho apartado:

a) No tomó en consideración las emisiones que no figuraban en el Registro Independiente de Transacciones de la Comunidad, aun cuando se tratara de emisiones cuyo registro no era obligatoria en el período considerado.

b) Procedió a extrapolar, en la medida de lo posible, las cifras de emisión pertinentes a partir de las emisiones verificadas en años posteriores a 2008, aplicando el factor de 1,74 % en sentido inverso.

c) Excluyó todas las emisiones procedentes de instalaciones cerradas con anterioridad a 30 de junio de 2011".

SÉPTIMO: La cuestión prejudicial fue resuelta mediante Auto de fecha 26 de octubre de 2016, no sin antes recordar que, en su STJUE 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 STJUE de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi y otros* (C-506/14), el Tribunal de Justicia se pronunció sobre cuestiones prejudiciales esencialmente idénticas a las formuladas por este Tribunal.

El citado Auto razona lo siguiente:

"Toda vez que las respuestas dadas en esas sentencias pueden transponerse plenamente a los presentes asuntos, procede aplicar esta disposición en el marco de los presentes procedimientos prejudiciales.

Sobre la validez del artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278.

Sobre la tercera cuestión prejudicial, letra a).

21. Mediante su tercera cuestión prejudicial, letra a), que procede examinar en primer lugar, el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que se pronuncie sobre la validez de la Decisión 2013/448 y del artículo 15 de la Decisión 2011/278, en la medida en que, al determinar el factor de corrección, las emisiones de las instalaciones recogidas en el anexo I de la Directiva 2003/87 que no proceden de generadores de electricidad no fueron incluidas en la cantidad máxima anual de derechos debido a que dichas emisiones proceden, por un lado, de la combustión de gases residuales para producir electricidad, y, por otro, de la producción de calor por cogeneración.

22. Debe señalarse que se desprende del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 que una instalación que haya producido electricidad para venderla a terceros y en la que no se realiza ninguna actividad del anexo I, con excepción de la combustión de combustibles, debe calificarse de «generador de electricidad».

23. Tribunal de Justicia ya ha declarado que las emisiones vinculadas a la combustión de gases residuales y a la producción de calor mediante cogeneración no fueron tenidas en cuenta para determinar la cantidad máxima anual de derechos de emisión en la medida en que proceden de generadores de electricidad (véase, en este sentido, la 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, apartados 74 y 75).



24. En efecto, el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278, adoptada para ejecutar el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87, no permite que se tengan en cuenta las emisiones de los generadores de electricidad al fijar la cantidad máxima anual de derechos de emisión (véase, en este sentido, la 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 68).

25. En cambio, no se desprende de las disposiciones de la Directiva 2003/87, en relación con las de la Decisión 2011/278, que la Comisión, al determinar la cantidad máxima anual de derechos de emisión, excluyera emisiones distintas a las imputables a los generadores de electricidad (véase, en este sentido, la 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, apartados 67, 70 y 72 a 76), lo que confirman los considerandos 22 y 25 de la Decisión 2013/448. En particular, se desprende de éstos que la Comisión obtuvo información de los Estados miembros y de los países de la AELC que forman parte del EEE información sobre si las instalaciones se consideran generador de electricidad u otra instalación contemplada en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 (véase la sentencia de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi* y otros, C-506/14, apartado 27).

26. De ello se deduce que la tercera cuestión prejudicial, letra a), planteada por el tribunal remitente se basa en una premisa incorrecta. En efecto, no se desprende ni de las disposiciones de la Directiva 2003/87, en relación con la Decisión 2011/278, ni de la Decisión 2013/448 que la Comisión, al fijar la cantidad máxima anual de derechos, haya excluido emisiones distintas de las imputables a los productores de electricidad (véase la sentencia de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi* y otros, C-506/14, apartado 28).

27. Conforme a las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial, letra a), que no se desprende ni de la Directiva 2003/87, a la luz del artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278, ni de la Decisión 2013/448 que la Comisión, al fijar la cantidad máxima anual de derechos, haya excluido emisiones distintas de las imputables a los generadores de electricidad.

Sobre la tercera cuestión prejudicial, letra b).

28. Mediante su tercera cuestión prejudicial, letra b), el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que se pronuncie sobre la validez de la Decisión 2013/448 y del artículo 15 de la Decisión 2011/278, en la medida en que, al fijar el factor de corrección, las emisiones de las instalaciones vinculadas, por un lado, a la producción de electricidad mediante la combustión de gases residuales, y, por otro, a la producción de calor mediante cogeneración no están incluidas en la cantidad máxima anual de derechos, siendo así que, en virtud del artículo 10 *bis*, apartados 1 y 4, de la Directiva 2003/87, estas instalaciones pueden tener derecho a una asignación gratuita de derechos de emisión.

29. En el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, incumbe, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones que se le han planteado. Asimismo, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho de la Unión a las que el juez nacional no se haya referido en el enunciado de su cuestión prejudicial (sentencia de 11 de febrero de 2015, *Marktgemeinde Straßwalchen* y otros, C-531/13, EU:C:2015:79, apartado 37).

30. Como se ha recordado en el apartado 23 de la presente sentencia, 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.

31. Además, se ha recordado en el apartado 24 de la presente sentencia 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.

32. En estas circunstancias, mediante su tercera cuestión prejudicial, letra b), el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia, en sustancia, que se pronuncie sobre la validez del artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278, en la medida en que esta disposición excluye que se tengan en cuenta las emisiones de los generadores de electricidad al fijar la cantidad máxima anual de derechos.

33. Sobre este particular, procede poner de manifiesto que, en su 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), el Tribunal de Justicia hubo de pronunciarse sobre una cuestión en sustancia idéntica y la respuesta dada en dicha sentencia es plenamente aplicable a los presentes asuntos.

34. En efecto, en la medida en que no permite tener en cuenta las emisiones de los generadores de electricidad al fijar la cantidad máxima anual de derechos de emisión, el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278



es conforme con el tenor del artículo 10 *bis* , apartado 5, de la Directiva 2003/87 , en relación con el apartado 3 de ese mismo artículo (véase la 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 68).

35. Esta interpretación es también conforme con la sistemática de la Directiva 2003/87 y con los objetivos que ésta persigue (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 69).

36. En estas circunstancias, por razones idénticas a las expuestas en los apartados 62 a 83 de la 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), el examen de la tercera cuestión prejudicial, letra b), no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278.

Sobre la validez del artículo 10, apartado 9, párrafo primero, de la Decisión 2011/278.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial.

37. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que se pronuncie sobre la validez de la Decisión 2013/448 y de la Decisión 2011/278, en la medida de que se extendió el factor de corrección a un sector expuesto a un riesgo importante de fuga de carbono.

38. Según dicho tribunal, la aplicación del factor de corrección puede privar a las instalaciones que pertenecen a un sector expuesto a riesgos de fuga de carbono del trato privilegiado que prevé la Directiva 2003/87.

39. Como se ha señalado en el apartado 29 de la presente sentencia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, establecido por el artículo 267 TFUE , corresponde a este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, incumbe, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones que se le han planteado y tomar en consideración normas de Derecho de la Unión a las que el juez nacional no se haya referido en el enunciado de su cuestión prejudicial.

40. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia declaró en su sentencia de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi* y otros (C-506/14 , apartado 49), que es cierto que el factor de corrección está fijado en el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448, pero que la Comisión determinó las modalidades de su aplicación en el artículo 10, apartado 9, párrafo primero, de la Decisión 2011/278.

41. Esta disposición no establece distinción alguna entre, por un lado, las instalaciones de sectores que están expuestas a un riesgo importante de fuga de carbono y, por otro, las que forman parte de sectores que no están expuestos a tal riesgo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi* y otros, C-506/14 , apartado 50).

42. De ello se deduce que, mediante su cuarta cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que se pronuncie sobre la validez del artículo 10, apartado 9, párrafo primero, de la Decisión 2011/278, en la medida en que esta disposición establece la aplicación del factor de corrección a los derechos asignados con carácter provisional a todas las instalaciones no incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 10 *bis* , apartado 3, de la Directiva 2003/87 , sin establecer exenciones en favor de las instalaciones de los sectores o subsectores expuestos a un riesgo importante de fuga de carbono.

43. Se desprende de la sentencia de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi* y otros (C-506/14 , apartado 52), que se deduce del propio tenor del artículo 10 *bis* , apartado 12, de la Directiva 2003/87 que, para determinar la cantidad total de derechos de emisión que se asignan gratuitamente a instalaciones de sectores o subsectores que se consideran expuestos a un riesgo importante de fuga de carbono, debe establecerse el volumen de los derechos que corresponden al «100 % de la cantidad determinada de acuerdo con las medidas a que se refiere el apartado 1 [de dicho artículo]».

44. 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi* y otros, C-506/14 , apartado 53).

45. Una interpretación que excluyera la aplicación del factor de corrección no sólo sería contraria al tenor del artículo 10 *bis* , apartados 1 y 12, de la Directiva 2003/87 , sino también a la sistemática general de esta Directiva (véase la sentencia de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi* y otros, C-506/14 , apartado 54).

46. Por consiguiente, en el artículo 10, apartado 9, párrafo primero, de la Decisión 2011/278, la Comisión, acertadamente, no exceptuó de la aplicación del factor de corrección a las instalaciones de los sectores o subsectores que se considera están expuestos a un riesgo importante de fuga de carbono (sentencia de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi* y otros, C-506/14 , apartado 55).



47. En estas circunstancias, por razones idénticas a las expuestas en los apartados 49 a 55 de la sentencia de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi* y otros (C-506/14), el examen de la cuarta cuestión prejudicial no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 10, apartado 9, párrafo primero, de la Decisión 2011/278.

Sobre la validez del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448.

Sobre las cuestiones prejudiciales primera, segunda y quinta.

48. Mediante sus cuestiones prejudiciales primera, segunda y quinta, el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que se pronuncie sobre la validez del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448, que fijan el factor de corrección.

49. Sobre este particular, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado 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 , resultaba asimismo contrario a aquella disposición el factor de corrección determinado en el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448 (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 98).

50. En estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera, segunda y quinta que el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448, que fijan el factor de corrección, son nulos (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).

Sobre la limitación de los efectos en el tiempo.

51. Se desprende del apartado 111 de la 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), que el Tribunal de Justicia limitó los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448 de modo que, por una parte, dicha declaración únicamente surta efectos tras un plazo de diez meses a partir de la fecha en que se dictó esa sentencia, con objeto de permitir que la Comisión adopte las medidas necesarias, y, por otra parte, no puedan impugnarse las medidas que hasta que termine dicho plazo se hayan adoptado de conformidad con las disposiciones anuladas".

OCTAVO.- En conclusión, el Tribunal de Justicia declara:

"1) No se desprende ni 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 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, a la luz del artículo 15, apartado 3 , de 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 del Parlamento Europeo y del Consejo , ni de la Decisión 2013/448/UE de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, 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 la Comisión, al fijar la cantidad máxima anual de derechos, haya excluido emisiones distintas de las imputables a los generadores de electricidad.

2) El examen de la tercera cuestión prejudicial, letra b), no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278.

3) El examen de la cuarta cuestión prejudicial no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 10, apartado 9, párrafo primero, de la Decisión 2011/278.

4) El artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448 son nulos.

5) Se limitan los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448 de modo que, por una parte, dicha declaración únicamente surta efectos tras un plazo de diez meses a partir de la fecha en que se dictó la 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), con objeto de permitir que la Comisión adopte las medidas necesarias, y, por otra parte, no puedan impugnarse las medidas que hasta que termine dicho plazo se hayan adoptado de conformidad con las disposiciones anuladas".

NOVENO.- Se concluye, en definitiva, del Auto del TJUE la nulidad del artículo 4 y el anexo II de la Decisión de 2013. Dicha nulidad obedece a que la Comisión, al fijar la cantidad máxima anual de derechos de emisión,



no cumplió la exigencia establecida por el artículo 10 bis 5, párrafo primero, letra b) de la Directiva 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 STJUE *Borealis*, a la que remite el Auto).

Dicha declaración de nulidad, aparte de dar respuesta a la cuestión quinta planteada por esta Sala, por la razones que ya hemos señalado, provoca un efecto determinante para la resolución del presente procedimiento en su conjunto, puesto que, en principio la nulidad o invalidez de la Decisión europea privaría de sustento jurídico formal al Acuerdo del Consejo de Ministros que constituye su objeto.

Lo que ocurre es que haciendo uso de las facultades que le confiere el art. 264 TJUE (aplicadas por analogía a este supuesto que, por la vía del art. 267, conduce a una decisión de similar naturaleza, esto es, la declaración de nulidad de una norma o acto de la Unión) el Tribunal decide que la eficacia de dicha declaración de nulidad quede expresamente diferida al momento en el que hayan transcurrido diez meses de la publicación de la sentencia *Borealis*.

DÉCIMO.- Nos corresponde ahora resolver acerca de los efectos que tal decisión ha de tener sobre el procedimiento que nos ocupa.

A este respecto resulta clarificador el contenido de las conclusiones de la Abogada General en los asuntos acumulados C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, cuando sobre esta cuestión afirma:

"212. Por lo tanto, la retirada del factor de corrección tendría un carácter meramente temporal. La Comisión estaría obligada a establecerlo de nuevo lo antes posible atendiendo a la resolución de las presentes peticiones de decisión prejudicial.

213. Por lo tanto, a fin de evitar la inseguridad jurídica hasta la nueva decisión de la Comisión, el Tribunal de Justicia (como solicita la Comisión a título subsidiario) debería dictar, a la vez que ordenara la retirada del factor de corrección, un régimen transitorio, ya que, cuando lo justifiquen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica, con arreglo al artículo 264 TFUE, párrafo segundo, aplicable por analogía asimismo en una cuestión prejudicial para apreciar la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea con arreglo al artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia dispone de la facultad de, en cada caso particular, señalar aquellos efectos del acto de que se trate que deban ser considerados definitivos.

214. Por lo tanto, se impone mantener la eficacia del actual factor de corrección, al menos, hasta que se establezca uno nuevo.

215. Además, el Tribunal de Justicia debería excluir totalmente que sobre la base del nuevo factor de corrección se deban modificar las asignaciones ya realizadas y las que se realicen antes de que se establezca el nuevo factor de corrección.

216. Tal limitación de los efectos de la sentencia es posible cuando, por una parte, existe un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, es patente que los particulares y las autoridades nacionales han sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones de la Unión, incertidumbre a la que han contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión.

217. En el presente caso se cumplen estos requisitos. Una reducción retroactiva afectaría a la confianza legítima de gran número de titulares de instalaciones en el carácter definitivo de la asignación. Y en cuanto al período entre la sentencia del Tribunal de Justicia y la adopción del nuevo factor de corrección, esos titulares quedarían injustamente expuestos a un riesgo de costes en caso de que las futuras asignaciones gratuitas se efectuasen con la reserva de una reducción".

DÉCIMOPRIMERO.- La parte recurrente, en las alegaciones realizadas tras el traslado del Auto del TJUE, manifestó que "Por parte de la Sala ha de garantizarse que el Acuerdo del Consejo de Ministros deje de ser aplicado y de surtir efecto alguno a partir del 28 de febrero de 2017, para lo cual procede declarar su nulidad. Otra solución llevaría a que el mismo se mantuviera en vigor en clara contravención de lo declarado por el TJUE, toda vez que no se ha iniciado procedimiento alguno por parte del Consejo de Ministros para su revocación, siendo además este un procedimiento que exige el cumplimiento de los trámites que establece la normativa vigente.



En suma el Acuerdo del Consejo de Ministros ha de ser expresamente expulsado de nuestro ordenamiento jurídico al objeto de evitar cualquier posibilidad de que siga en vigor a partir del 23 de febrero de 2017, lo que ha de llevar en todo caso a la estimación del presente recurso.

Tampoco cabría una interpretación diferente del inciso final de las citadas Sentencias y Auto, pues otra cosa supondría una flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellas partes que diligentemente recurrieron en tiempo y forma el Acuerdo del Consejo de Ministros.

Por tanto, y en todo caso, el presente recurso contencioso administrativo ha de ser estimado, si bien, dicho sea con todos los respetos, la Sentencia que se dicte habrá de limitar los efectos de la declaración de nulidad en idénticos términos a los declarados por el TJUE".

Por su parte sostiene el Abogado del Estado que "No obstante, la anulación no tiene su fundamento en ninguna de las cuestiones suscitadas por la Sala. Sino que se fundamenta en que el cálculo para determinar las emisiones a considerar al amparo del artículo 10 bis.5, letra b) de la Directiva 2003/87, ha sido determinando en exceso. Por cuanto se han incluido, en algunos Estados -entre ellos España- no sólo las emisiones de las instalaciones sujetas a partir de 2013, sino también las emisiones de nuevas actividades -incluidas a raíz de la Directiva 2009/29- realizadas por instalaciones que ya estaban sujetas con anterioridad a 2013 (apartado 94 de la sentencia de 28 de abril de 2016, y con mayor claridad en los apartados 110 a 118 de las Conclusiones de la Abogado General en esos asuntos).

Ello supone que se debe modificar el FCI por la Comisión, reformándolo *in peius*. Ya que al deber disminuirse las emisiones consideradas para la determinación del FCI, también disminuirá el FCI, y las asignaciones gratuitas serán menores.

Además puede tener otras implicaciones (apartado 105 de la sentencia de 28 de abril de 2016 y apartado 118 de las Conclusiones). Cuál es la modificación, a peor, de las asignaciones realizadas a las instalaciones sujetas antes de 2013, pero que realizaban actividades cuyas emisiones se incluyen a partir de 2013.

(...) Se establece una moratoria de 10 meses de la nulidad declarada a contar desde el 28 de abril de 2016. Para que la Comisión pueda adoptar las medidas necesarias. Sin que puedan impugnarse las medidas adoptadas hasta entonces con fundamento en las disposiciones anuladas.

(...) De lo anterior se desprende la inatacabilidad del acuerdo recurrido. Que el acuerdo recurrido deberá ser sustituido por otro un vez que se apruebe el nuevo FCI, que previsiblemente será inferior al anulado. Con una posible revisión, a la baja, de las asignaciones preliminares".

DÉCIMOSEGUNDO.- Esta Sala se posiciona en la misma línea que ha defendido el Ministerio Fiscal en su informe. Según su razonamiento "En consecuencia, hay que entender que todos los efectos producidos por la Decisión que se anula han sido y son definitivamente válidos, y lo serán también todas las medidas que puedan adoptarse en aplicación de esas mismas normas hasta esa fecha, puesto que el fallo del Tribunal extiende expresamente hasta ese momento la prohibición de impugnar tales medidas", añadiendo que "Desde esa doble perspectiva de la primacía del Derecho de la Unión Europea en el plano de la legalidad ordinaria y su proyección sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, parece indiscutible a este Ministerio que la finalidad nítidamente perseguida por el fallo del Tribunal europeo, de acuerdo con la argumentación en la que se fundamenta, es que las disposiciones anuladas surtan sin embargo pleno efecto, con todas sus consecuencias, hasta que sean sustituidas por otras -en un futuro al que se señala un horizonte de diez meses a contar desde la sentencia *Borealis*-, resultando en consecuencia definitivamente inatacables por ese título (es decir, por razón de la nulidad de tales disposiciones) todas aquellas medidas de aplicación ya adoptadas por las autoridades nacionales, e incluso las que puedan adoptarse hasta esa fecha futura", concluyendo que "en la medida en que esa Excm. Sala juzgue que la estimación total o parcial del recurso aquí sustanciado pueda depender de la nulidad o validez de esas concretas disposiciones (el artículo 4 y el Anexo 11 de la citada Decisión), debe a juicio de esta Fiscalía partir de la base de que las mismas han de considerarse, a todos los efectos del presente procedimiento y con todas sus consecuencias, válidas y aplicables".

DÉCIMOTERCERO.- Pese a que desde la perspectiva de nuestro derecho interno una solución de esta naturaleza puede resultar extravagante, dado que en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de nulidad de pleno derecho — artículo 47 de la vigente Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común — se ha vinculado a la idea de invalidez radical *ex tunc*, es lo cierto que la suspensión de los efectos de una declaración de invalidez de un acto o normativa comunitaria, no resulta inusual en el ámbito de la justicia comunitaria.

Si bien, con carácter general, el Tribunal de Justicia ha determinado que la interpretación de una norma comunitaria y su declaración de invalidez, pronunciadas en vía prejudicial, despliegan en principio efectos *ex tunc*, a contar desde el momento de su entrada en vigor (así, STJUE de 27 de marzo de 1980, Salumi (C-61/79),



ello no es óbice para que, a título de excepción, atendiendo a consideraciones de seguridad jurídica, puedan tener efectos prospectivos.

En efecto, en la STJUE (Gran Sala) de 22 de diciembre de 2008, en el asunto C-333/07, se afirma que:

"121. A este respecto procede recordar, en primer lugar, que, cuando lo justifiquen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica, con arreglo al artículo 231 CE, párrafo segundo, aplicable por analogía asimismo en una cuestión prejudicial para apreciar la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, con arreglo al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia dispone de una facultad de apreciación para, en cada caso particular, señalar aquellos efectos del acto de que se trate que deban ser considerados definitivos (en este sentido, véase, en particular, la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Silos, C-228/99, Rec. p. I-8401, apartado 35 y jurisprudencia citada).

122. Conforme a esta jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha hecho uso de la posibilidad de limitar en el tiempo el efecto de la declaración de invalidez de una normativa comunitaria cuando consideraciones imperiosas de seguridad jurídica que afectan a todos los intereses, tanto públicos como privados, en juego en los asuntos de que se trate impiden poner en cuestión la percepción o el pago de cantidades de dinero, efectuado con arreglo a dicha normativa, durante el período anterior a la fecha de la sentencia (véase, en particular, la sentencia Silos, antes citada, apartado 36).

123. En el presente asunto es preciso señalar, por una parte, que el régimen de ayudas de que se trata se aplicó durante un período de cinco años y que las ayudas abonadas con arreglo a este régimen son muy numerosas y afectan a un conjunto importante de operadores. Por otra parte, las consideraciones imperiosas de seguridad jurídica invocadas tanto por el Gobierno francés como por la Comisión y, en particular, las circunstancias de que dicho régimen haya sido notificado a la Comisión y de que la Decisión mediante la que ésta la autorizó no haya sido impugnada ante los tribunales comunitarios, pueden justificar la limitación de los efectos en el tiempo de la declaración de invalidez de la Decisión controvertida.

124. A continuación, procede recordar que, cuando el Tribunal de Justicia declara, en el marco de un procedimiento iniciado con arreglo al artículo 234 CE, la invalidez de una disposición comunitaria, su resolución produce la consecuencia jurídica de obligar a las instituciones competentes de la Comunidad a adoptar las medidas necesarias para suprimir la ilegalidad declarada, puesto que en tal caso se aplica por analogía la obligación establecida por el artículo 233 CE en caso de anulación (véase, en particular, la sentencia de 9 de septiembre de 2008, FIAMM y otros/Consejo y Comisión, C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. p. I-0000, apartado 123 y jurisprudencia citada).

125. Por último, tal como se ha recordado en el apartado 94 de la presente sentencia, la Comisión dispone, en virtud del Tratado, de competencia exclusiva para apreciar la compatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado común, bajo el control del juez comunitario.

126. Por tanto, procede suspender los efectos de la declaración de invalidez de la Decisión controvertida hasta que la Comisión adopte una nueva decisión, con el fin de permitirle remediar la ilegalidad declarada en el presente asunto. Dichos efectos se mantienen en suspenso durante un período que no puede exceder de dos meses a partir de la fecha en que se dicte la presente sentencia en el caso de que la Comisión decidiera adoptar esta nueva decisión en el marco del artículo 88 CE, apartado 3, y durante un período suplementario razonable si la Comisión decide incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2.

127. No obstante, habida cuenta de las consideraciones precedentes procede estimar la solicitud del Gobierno francés de exceptuar de esta limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia únicamente a las empresas que, antes de que se dicte la presente sentencia, hubieran interpuesto un recurso jurisdiccional o presentado una reclamación equivalente relativa a la percepción de la exacción sobre las empresas de publicidad, con arreglo al Decreto nº 97-1263.

128. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que la Decisión controvertida es inválida. No obstante, procede mantener en suspenso los efectos de la declaración de invalidez de dicha Decisión hasta que la Comisión adopte una nueva decisión con arreglo al artículo 88 CE. Dichos efectos se mantienen en suspenso por un período que no puede exceder de dos meses a partir de la fecha en que se dicte la presente sentencia en el caso de que la Comisión decidiera adoptar esta nueva decisión en el marco del artículo 88 CE, apartado 3, y durante un período suplementario razonable si la Comisión decide incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2. Se exceptúa de esta limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia únicamente a las empresas que, antes de que se dicte la presente sentencia, hubieran interpuesto un recurso jurisdiccional o presentado una reclamación equivalente relativa a la percepción de la exacción sobre las empresas de publicidad creada mediante el artículo 1 del Decreto nº 97-1263".



En el mismo sentido la STJUE de 8 de noviembre de 2001 (C-228/99 , caso Silos), cuando se afirma que "Por lo que respecta a la petición de la Comisión de que el Tribunal de Justicia limite los efectos en el tiempo de la declaración prejudicial de invalidez del Reglamento n° 1521/95, procede recordar que es jurisprudencia reiterada (véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de marzo de 1992, Lomas y otros, asuntos acumulados C-38/90 y C-151/90 , Rec.p. I-1781, apartado 23) que, cuando lo justifiquen consideraciones imperativas de seguridad jurídica, con arreglo al artículo 231 CE , párrafo segundo, aplicable por analogía asimismo en una cuestión prejudicial para apreciar la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, con arreglo al artículo 234 CE , el Tribunal de Justicia dispone de una facultad de apreciación para, en cada caso particular, señalar aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados definitivos.

36. Conforme a esta jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha hecho uso de la posibilidad de limitar en el tiempo el efecto de la declaración de invalidez de una normativa comunitaria cuando consideraciones imperiosas de seguridad jurídica que afectan a todos los intereses, tanto públicos como privados, en juego en los asuntos de que se trate impiden poner en cuestión la percepción o el pago de cantidades de dinero, efectuado con arreglo a dicha normativa, durante el período anterior a la fecha de la sentencia (véanse, en particular, las sentencias de 15 de octubre de 1980 , *Providence agricole de la Champagne*, 4/79, Rec. p. 2823, apartados 45 y 46, y de 15 de enero de 1986, *Pinna*, 41/84, Rec.p. 1, apartado 28)".

Igualmente, un pronunciamiento similar lo encontramos en la STJUE de 28 de mayo de 1998 (Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea. C-22/1996), cuando se afirma que " Habida cuenta de las circunstancias particulares del caso de autos y por razones de seguridad jurídica, comparables a las que concurren en caso de anulación de determinados Reglamentos, parece justificado que el Tribunal de Justicia ejerza la facultad que le confiere expresamente el párrafo segundo del artículo 174 del Tratado CE , en caso de anulación de un Reglamento, y que indique los efectos de la Decisión anulada que deben mantenerse. En consecuencia, procede mantener los efectos de las medidas de ejecución ya adoptadas por la Comisión sobre la base de la Decisión controvertida".

DÉCIMOCUARTO.- Incluso nuestro Tribunal Constitucional ha hecho uso de tal técnica.

Así en STC 13/2015, de 5 de febrero de 2015 , resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra determinadas Disposiciones adicionales y transitorias de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

El Tribunal Constitucional declara la "inconstitucionalidad y nulidad" de la disposición adicional decimoquinta, la disposición transitoria segunda, la disposición derogatoria única, apartado tercero, y las disposiciones finales segunda y tercera de la citada Ley. La declaración de inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad de pleno derecho de estas disposiciones de la Ley lo es por motivos de procedimiento, al no haberse solicitado determinados informes previos, que resultaban obligados conforme a lo establecido en el Estatuto de Autonomía de Aragón.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional difiere en el tiempo los efectos jurídicos de la nulidad. En concreto, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia se dice lo siguiente:

"La nulidad inmediata que, como regla y de acuerdo con el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, debe ser matizada en este caso concreto ya que todas estas disposiciones se refieren al régimen de transferencias hídricas a través del Acueducto Tajo-Segura, cuya trascendencia está fuera de toda duda de suerte que la anulación de las normas antes mencionadas es susceptible de generar graves perjuicios a los intereses generales. Por tanto, para cohonestar por un lado la exigencia procedimental del informe previo de la Comunidad Autónoma de Aragón, y, por otro, los propios intereses de las restantes Comunidades Autónomas afectadas por el trasvase y del resto de los destinatarios de la norma que podrían experimentar un perjuicio derivado de vacíos normativos, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida por el plazo de un año, a partir de la publicación de esta sentencia, periodo de tiempo en el que se deberá proceder a sustituir las normas declaradas nulas una vez observado el procedimiento del informe previo emitido por la Comunidad Autónoma de Aragón (en el mismo sentido, STC 164/2013, de 26 de septiembre , FJ 7, y 164/2014, de 7 de octubre , FJ 3, en ambos casos por referencia a la participación del Parlamento de Canarias)".

DÉCIMOQUINTO.- A la vista de los anteriores razonamientos, debemos plantearnos ahora el grado de vinculación que tiene para este Tribunal en relación con lo resuelto por el Tribunal de Justicia a título prejudicial.

A este respecto, debemos partir del hecho de que, el artículo 267 del TJUE omite toda referencia a la fuerza vinculante de las sentencias prejudiciales, por lo que el Tribunal de Justicia tuvo que proclamar ya en 1965 que una sentencia dictada en el marco del incidente prejudicial, sea de interpretación o de apreciación de validez, resuelve una cuestión jurídica y vincula al juez *a quo* para la solución del litigio principal (STJUE de



1 de diciembre de 1965, *Schwarze*, C-16/65). Este efecto vinculante fue posteriormente recogido, si bien con carácter general para todas las sentencias del Tribunal, y no sólo las dictadas a título prejudicial, en el artículo 92 del RPTJ de 2012 al prescribir que "la sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento".

Con el tiempo el Tribunal de Justicia ha tenido que precisar igualmente el alcance subjetivo de la fuerza obligatoria de sus sentencias prejudiciales, declarando que su eficacia vinculante es *erga omnes* respecto a la interpretación y la declaración de invalidez de una norma comunitaria que contienen, de manera que todos los jueces nacionales quedan obligados por ella.

Desde la perspectiva judicial, ello significa que la interpretación y la declaración de invalidez contenida en una sentencia prejudicial es vinculante para el juez *a quo* así como, más en general, para cualquier juez que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada.

Sentado lo anterior, esta Sala debe respetar y cumplir el fallo dictado por el Tribunal de Justicia, en los términos en que han quedado expuestos, dado que como se ha encargado de positivizar la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que en el artículo único, dos, procede a incorporar un nuevo artículo 4 bis a la LOPJ : "1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

Por otra parte, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la vinculación a las decisiones del TJUE adoptadas a título prejudicial. Así, en sentencias de 21 de diciembre de 2015 (recurso 1556/2013), 15 de enero de 2016 (recursos 2181/2013 y 1774/2013) y 21 de enero de 2016 (recurso 2390/2013), razonábamos lo siguiente:

"No tiene razón el Abogado del Estado. Frente al planteamiento puramente formal que efectúa, lo cierto es que la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia ha de ser necesariamente integrada y tenida en cuenta en el presente procedimiento por las razones que veremos a continuación. No cabe duda, en efecto, de que de haber sido dictada dicha Sentencia del Tribunal de Justicia con anterioridad a la impugnada en casación, el Tribunal de instancia hubiera tenido que valorarla, ya que afecta de manera directa al objeto de la *litis* al haber hecho desaparecer el título para reclamar por parte del Estado las cantidades que se solicitaban a la Generalidad Valenciana.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 264 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (antiguo 231 TCE), que dispone que "si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado", en relación con el artículo 280 del referido Tratado (antiguo artículo 244 TCE), que establece que "las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299", los Tribunales contencioso- administrativos españoles están obligados a garantizar la eficacia de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, extrayendo las consecuencias que se revelen pertinentes en el Derecho interno (SSTJCE de 12 de enero de 1.984, de 20 de abril de 1.988 y de 27 de junio de 1.991)...".

DÉCIMOSEXTO.- 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, esto es, si tal declaración despliega sus efectos *ex tunc*, como con carácter general se predica en nuestro sistema jurídico o bien *ex nunc* desde la declaración de invalidez e, incluso, en casos como el presente, suspendiendo sus efectos de tal declaración hasta un momento posterior, que el Tribunal fundamenta en su propia interpretación de las normas del Tratado y de su Reglamento de procedimiento y acerca de cuya corrección esta Sala nada puede manifestar, incluso aunque su aplicación al presente caso de lugar a una solución que puede reputarse como insólita, dado que a 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.

Debemos señalar, por otro lado, que no resulta posible acceder a soluciones de carácter intermedio, en primer lugar por cuanto no resulta viable derivar de la invalidez del factor de corrección el carácter ajustado de las propuestas nacionales de asignación de derechos, lo que en definitiva supondría desconocer el sistema y mecanismos que para su fijación (determinada por el conjunto de emisiones en el seno del conjunto de la Unión) establece la normativa comunitaria a la que anteriormente se ha hecho referencia y en segundo término, por cuanto no puede hacerse depender la estimación o no de la demanda de un hecho futuro, cuya incidencia sobre la fijación de los derechos de emisión resulta aún indeterminada, cuál sería la mayor o menor cantidad de derechos correspondientes al demandante en función de la fijación del nuevo factor de corrección.



DECIMOSÉPTIMO.- En apoyo de la tesis que sostenemos, ha de citarse el contenido tajante y clarificador 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, cuando dentro de sus distintos considerandos y haciendo referencia a los efectos de la sentencia del TJUE, declara que:

"(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".

DÉCIMOCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LRJCA, en la redacción contenida en la Ley 37/2011, de 10 de octubre, las costas en primera o única instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie y así lo razone, que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho. En el supuesto que nos ocupa se aprecian estas "serias dudas de hecho o de derecho" que justifican la no imposición de las costas procesales, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente caso y la "peculiaridad" en el tratamiento de los efectos de la decisión del Tribunal de Justicia, al resolver la cuestión prejudicial planteada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **1º**. No haber lugar al Recurso contencioso-administrativo 50/2014, formulado la entidad Repsol Petróleo, S. A, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su sesión de fecha 15 de noviembre de 2013, por el que se aprobó la asignación final gratuita de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones sujetas al régimen de comercio de derecho de emisión para el período 2013- 2020 y para cada año, a cada instalación; instalaciones entre las que se encontraban las de la entidad recurrente (refino de petróleo y fabricación de productos de química en bruto) en la localidad de Puertollano (Ciudad Real). **2º**. No imponer las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.