Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 5 de julio de 2016[1]

Asunto C-321/15

ArcelorMittal Rodange y Schifflange SA
contra
Gran Ducado de Luxemburgo

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional), Luxemburgo]

«Medio ambiente — Régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero — Directiva 2003/87/CE — Artículos 3, letra a), 11 y 12 — Cese de las actividades de una instalación — Incumplimiento de la obligación de comunicar cambios en una instalación — Asignación por error — Cancelación registral — Restitución de los derechos no utilizados — Ausencia de indemnización — Expropiación»

1. El comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero instaurado por la Directiva 2003/87/CE[2] constituye la piedra angular de la iniciativa de la Unión para reducir la presencia en la atmósfera de ese tipo de gases, a los que se atribuye, en buena medida, el calentamiento global del planeta. Conferir un valor económico a estos derechos y erigirlos en instrumento de cambio de un verdadero mercado supone un estímulo para disminuir las emisiones contaminantes. La fiabilidad y la solvencia de este mercado requieren un mecanismo riguroso y veraz de asignación y de distribución de los derechos de emisión, para lo que es fundamental la acción coordinada de la Unión y de los Estados miembros.

2. La naturaleza jurídica de los derechos de emisión ha sido objeto de un amplio debate doctrinal. En ausencia de su definición por el derecho de la Unión, algunos Estados miembros han optado por configurarlos como autorizaciones administrativas, en tanto que otros los catalogan como bienes susceptibles de ser objeto del derecho de propiedad.

3. La Administración luxemburguesa, que había asignado por error ciertos derechos de emisión a una empresa para un período determinado, le ordenó que los retornara. En el litigio subsiguiente, a instancias de aquella, se discute ante los tribunales nacionales si el proceder de la Administración equivale a un acto expropiatorio sujeto, por tanto, a indemnización.

1 — Lengua original: español.

2 — Directiva 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 2003, L 275, p. 32). El litigio principal se refiere al segundo período del régimen de comercio de derechos de emisión, de manera que la versión aplicable de la Directiva 2003/87 es la anterior a su modificación por la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (DO 2009, L 140, p. 63).

4. El tribunal de reenvío tiene dudas sobre la compatibilidad de la Directiva 2003/87 con la norma nacional que impone, en las circunstancias del caso, el reintegro de los derechos de emisión. Pregunta, además, si tales derechos pueden considerarse «bienes», a los efectos de la garantía constitucional del derecho de propiedad.

5. Propondré al Tribunal de Justicia una interpretación del régimen de comercio de derechos de emisión que lo hace compatible con la ley nacional implicada. Sostendré, además, que no puede buscarse en el derecho de la Unión la respuesta a la pregunta de si aquellos derechos son «bienes» o meras «autorizaciones administrativas», y que bastará resolver si su atribución y la orden de su devolución se ajustaron a la Directiva 2003/87.

I. Marco normativo

A. *Derecho de la Unión*

1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

6. En virtud del artículo 17, apartado 1, de la Carta, «[t]oda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general».

2. Directiva 2003/87

7. De acuerdo con su artículo 1, la Directiva 2003/87 «establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el interior de la Comunidad […] a fin de fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente».

8. El artículo 3 contiene las siguientes definiciones:

«a) “derecho de emisión”: el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado, válido únicamente a efectos del cumplimiento de los requisitos de la presente Directiva, siendo este derecho transmisible de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva;

[…]

e) “instalación”: una unidad técnica fija donde se lleven a cabo una o varias actividades de las enumeradas en el anexo I, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquellas que guarden una relación de índole técnica con las actividades llevadas a cabo en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación;

f) “titular”: cualquier persona que opere o controle la instalación o, si así se contempla en la legislación nacional, cualquier persona en la que se hayan delegado poderes económicos decisivos sobre el funcionamiento técnico de la instalación;

[…]».

9. De acuerdo con el artículo 7, «[e]l titular notificará a la autoridad competente cualquier cambio previsto en el carácter o en el funcionamiento de la instalación o cualquier ampliación prevista de ésta que pueda hacer necesaria la actualización del permiso de emisión de gases de efecto invernadero. Cuando proceda, la autoridad competente actualizará el permiso. En los casos en que cambie la identidad del titular de la explotación, la autoridad competente actualizará el permiso introduciendo el nombre y la dirección del nuevo titular».

10. El artículo 9, bajo el título «Plan nacional de asignación» (en adelante, «PNA»), prescribe:

«1. Para cada período contemplado en los apartados 1 y 2 del artículo 11, cada Estado miembro elaborará un plan nacional que determinará la cantidad total de derechos de emisión que prevé asignar durante dicho período y el procedimiento de asignación. El plan se basará en criterios objetivos y transparentes, incluidos los enunciados en el anexo III, teniendo debidamente en cuenta las observaciones del público. […]

[…]

3. En un plazo de tres meses a partir de la notificación del [PNA] de un Estado miembro de conformidad con el apartado 1, la Comisión podrá rechazar dicho [PNA], o cualquiera de sus elementos, por razón de su incompatibilidad con el artículo 10 o con los criterios que figuran en el anexo III. El Estado miembro solo tomará una decisión en virtud de los apartados 1 o 2 del artículo 11 si la Comisión acepta las enmiendas propuestas. La Comisión deberá motivar sistemáticamente su decisión de rechazar un [PNA] o cualquiera de sus elementos.»

11. Con arreglo al artículo 10, «[p]ara el período de tres años que comenzará el 1 de enero de 2005 los Estados miembros asignarán gratuitamente al menos el 95% de los derechos de emisión. Para el período de cinco años que comenzará el 1 de enero de 2008, los Estados miembros asignarán gratuitamente al menos el 90% de los derechos de emisión».

12. El artículo 11 de la Directiva 2003/87 dispone:

«[…]

2. Para el período de cinco años que comenzará el 1 de enero de 2008, y para cada período de cinco años subsiguiente, cada Estado miembro decidirá la cantidad total de derechos de emisión que asignará para ese período e iniciará su proceso de asignación al titular de cada instalación. Esta decisión se tomará al menos doce meses antes del principio del período y se basará en el [PNA] del Estado miembro elaborado en virtud del artículo 9 y de conformidad con el artículo 10, teniendo debidamente en cuenta las observaciones del público.

[…]

4. La autoridad competente expedirá una parte de la cantidad total de derechos de emisión cada año del período contemplado en los apartados 1 o 2, a más tardar el 28 de febrero de dicho año.»

13. El artículo 12 establece:

«1. Los Estados miembros velarán por que los derechos de emisión puedan transferirse entre

a) personas en la Comunidad;

b) personas en la Comunidad y personas en terceros países donde tales derechos de emisión sean reconocidos de conformidad con el procedimiento contemplado en el artículo 25, sin más restricciones que las consideradas en la presente Directiva o las adoptadas de conformidad con esta.

[…]

3. Los Estados miembros velarán por que, a más tardar el 30 de abril de cada año, el titular de cada instalación entregue un número de derechos de emisión equivalente a las emisiones totales de esa instalación durante el año natural anterior, verificadas de conformidad con el artículo 15, y por que dichos derechos se cancelen a continuación.

[…]»

14. El tenor del artículo 13 es el siguiente:

«1. Los derechos de emisión serán válidos para las emisiones producidas durante el período contemplado en los apartados 1 y 2 del artículo 11 para el que se hayan expedido.

2. Transcurridos cuatro meses a partir del comienzo del primer período de cinco años contemplado en el apartado 2 del artículo 11, la autoridad competente cancelará los derechos de emisión que ya no sean válidos y que no se hayan entregado y cancelado de conformidad con el apartado 3 del artículo 12.

Los Estados miembros podrán expedir derechos de emisión a personas para el período en curso en sustitución de cualesquiera derechos de emisión de los que sean titulares y que hayan sido cancelados de conformidad con el párrafo primero.

[…]».

15. Según el artículo 14:

«1. A más tardar el 30 de septiembre de 2003, la Comisión […] adoptará directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones resultantes de las actividades enumeradas en el anexo I de los gases de efecto invernadero especificados en relación con esas actividades. […].

2. Los Estados miembros velarán por que se realice un seguimiento de las emisiones de conformidad con las directrices.

3. Los Estados miembros velarán por que los titulares de cada instalación notifiquen las emisiones de dicha instalación durante cada año natural a la autoridad competente una vez finalizado ese año, de conformidad con las directrices.»

16. El artículo 15 prescribe:

«Los Estados miembros velarán por que los informes presentados por los titulares de conformidad con el apartado 3 del artículo 14 se verifiquen de acuerdo con los criterios establecidos en el anexo V, y por que la autoridad competente sea informada al respecto.

Los Estados miembros velarán por que los titulares cuyo informe verificado no haya sido considerado satisfactorio según los criterios del anexo V a más tardar el 31 de marzo de cada año respecto de las emisiones del año anterior no puedan proceder a nuevas transferencias de derechos de emisión mientras no se considere satisfactorio su informe verificado.»

17. Con arreglo al artículo 19:

«1. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias para la creación y el mantenimiento de un registro que permita llevar cuenta exacta de la expedición, la titularidad, la transferencia y la cancelación de derechos de emisión. Los Estados miembros podrán incorporar sus registros a un sistema consolidado del que formen parte otros Estados miembros.

2. Cualquier persona podrá ser titular de derechos de emisión. El registro será accesible al público y constará de cuentas separadas donde se registrarán los derechos de emisión de que sea titular cada persona a la que se expidan o transfieran derechos de emisión.

[…]».

3. Reglamento (CE) n.º 2216/2004[3]

18. De acuerdo con el artículo 34 *bis*:

«1. Si un titular de cuenta o el administrador de registro que actúe en nombre del titular de cuenta ha iniciado involuntariamente o por error una transacción prevista en los artículos 52, 53, 58 o 62, apartado 2, podrá proponer a su administrador de registro que realice una anulación manual de la transacción mediante solicitud escrita […] y enviada en el plazo de cinco días laborables a partir de la finalización de la transacción o de la entrada en vigor del presente Reglamento, si esta última es posterior. La solicitud incluirá una declaración en la que debe indicarse si la transacción se había iniciado involuntariamente o por error.

2. El administrador del registro podrá notificar al Administrador Central la solicitud y su intención de efectuar una intervención manual específica en su base de datos a fin de anular la transacción en el plazo de 30 días naturales a partir de su decisión de anular la transacción y no más tarde de 60 días naturales a partir de la finalización de la transacción o de la entrada en vigor del presente Reglamento, si esta última es posterior.

[…]

2*bis* Si un administrador de registro ha iniciado involuntariamente o por error una asignación prevista en el artículo 46 que hubiera dado lugar a la asignación de derechos de emisión a una instalación que ya no esté funcionando en el momento de la transacción de la asignación, la autoridad competente podrá transmitir al Administrador Central una solicitud para efectuar una intervención manual a fin de anular la transacción en los plazos señalados en el apartado 2.

[…]»

B. *Derecho nacional*

19. En virtud del artículo 16 de la Constitución de Luxemburgo, «[n]adie podrá ser privado de su propiedad, salvo por causa de utilidad pública y a cambio de una indemnización justa, en los supuestos y del modo previstos mediante ley».

3 — Reglamento de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión n.º 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2004, L 386, p. 1), modificado por el Reglamento (CE) n.º 916/2007 de la Comisión, de 31 de julio de 2007 (DO 2007, L 200, p. 5), y por el Reglamento (UE) n.º 920/2010 de la Comisión, de 7 de octubre de 2010 (DO 2011, L 270, p. 1).

20. La Directiva 2003/87 ha sido transpuesta al derecho luxemburgués mediante la Ley modificada de 23 de diciembre de 2004, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (en adelante, «Ley de 2004»).

21. El artículo 12 de la Ley de 2004 dispone:

«[…]

2. Para el período de cinco años que comenzará el 1 de enero de 2008, y para cada período de cinco años subsiguiente, el ministro determinará la cantidad total de derechos de emisión que asignará para ese período e iniciará el proceso de asignación de esos derechos al titular de cada instalación. El ministro adoptará dichas medidas al menos doce meses antes del inicio del período de que se trate y se basará en el plan nacional de asignación de derechos de emisión elaborado en virtud del artículo 10.

[…]

4. Cada año del período contemplado en los apartados 1 o 2, a más tardar el 28 de febrero del año en cuestión, el ministro expedirá una parte de la cantidad total de derechos de emisión.»

22. De conformidad con el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004, «[t]odo cese total o parcial de la explotación de una instalación deberá comunicarse inmediatamente al ministro. El ministro decidirá sobre la entrega total o parcial de los derechos de emisión no utilizados».

23. En aplicación del artículo 9 de la Directiva 2003/87, Luxemburgo elaboró su PNA para el período 2008-2012, que fue aprobado por sendas decisiones de la Comisión de 29 de noviembre de 2006 y 13 de julio de 2007. El PNA prevé que, en caso de cierre o suspensión de la actividad de una instalación, no se conferirán derechos de emisión para el año siguiente.

II. Hechos

24. El 2 de febrero de 2008, el ministro de medio ambiente de Luxemburgo asignó a ArcelorMittal Rodange y Schifflange SA (en lo sucesivo, «ArcelorMittal»), a título gratuito y para su planta siderúrgica de Schifflange, un total de 405 365 cuotas [4] de emisión de gas de efecto invernadero, correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2012.

25. El 19 de octubre de 2011, la asamblea general de ArcelorMittal decidió suspender la actividad de la acería. Esta decisión no fue notificada a la Administración luxemburguesa.

26. El 22 de febrero de 2012, ArcelorMittal recibió las cuotas que le habían sido asignadas para el año 2012.

27. El 19 de marzo de 2012, la asamblea general de ArcelorMittal acordó prolongar el cese de la actividad de la acería por un período indeterminado.

28. El 23 de abril de 2012, ArcelorMittal solicitó a la Administración luxemburguesa la suspensión de los controles medioambientales, alegando la inactividad de la planta siderúrgica por un período indefinido.

4 — La expresión «cuotas» es la utilizada por la Administración y los tribunales luxemburgueses. Véase la nota 11.

29. Como entre la fecha de esta solicitud (23 de abril de 2012) y la de recepción de las cuotas atribuidas (22 de febrero de 2012) habían transcurrido 61 días, las autoridades nacionales no pudieron presentar al Administrador Central del Registro de transacciones la pertinente solicitud para anular la asignación de aquellas cuotas. [5]

30. El 21 de diciembre de 2012, el ministro delegado de desarrollo sostenible e infraestructuras (en adelante, «ministro») comunicó su decisión de: a) modificar retroactivamente el PNA para los años 2008-2011 y b) exigir la restitución de las cuotas otorgadas para el año 2012. [6]

31. Por decreto de 6 de junio de 2013, el ministro requirió a ArcelorMittal la entrega de 80 922 derechos de emisión de gases de efecto invernadero antes del 31 de julio de 2013.

32. ArcelorMittal interpuso recurso contra ese decreto ante el tribunal administratif (Tribunal contencioso-administrativo, Luxemburgo).

33. Por resolución de 17 de diciembre de 2014, el tribunal administratif (Tribunal contencioso-administrativo) planteó una cuestión de inconstitucionalidad ante la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) de Luxemburgo, en relación con el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004, en la medida en que dicho precepto permitiría ordenar, sin indemnización, la entrega total o parcial de los derechos de emisión asignados y no utilizados.

34. En el curso del proceso de inconstitucionalidad, la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) ha planteado al Tribunal de Justicia esta cuestión prejudicial.

III. Cuestión planteada

35. El tenor de la pregunta prejudicial, presentada el 29 de junio de 2015, es el siguiente:

«¿Es compatible el artículo 13, apartado 6, de la Ley modificada de 23 de diciembre de 2004, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, precepto que permite al ministro competente ordenar, sin mediar indemnización, la entrega total o parcial de los derechos expedidos de conformidad con el artículo 12, apartados 2 y 4, de dicha Ley, pero no utilizados, con 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, más concretamente con el sistema del régimen de comercio de derechos de emisión previsto en ella, cuestión que abarca la referente a si se trata efectivamente de una entrega de derechos de emisión expedidos pero no utilizados y, en caso de respuesta afirmativa, cuál sería su calificación, así como la referente a si tales derechos de emisión pueden calificarse de bienes?»

36. Según la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional), para decidir si el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 es compatible con el artículo 16 de la Constitución luxemburguesa, se han de calificar jurídicamente los derechos de emisión expedidos y no utilizados, así como la devolución prescrita por el legislador nacional, lo que permitirá resolver si fueron objeto, en cuanto bienes, de una expropiación en el sentido de aquel artículo.

5 — De acuerdo con el artículo 34 *bis*, apartado 2, del Reglamento n.º 2216/2004, precepto introducido por el Reglamento n.º 916/2007, la solicitud en cuestión ha de entregarse «no más tarde de 60 días naturales a partir de la finalización de la transacción.»

6 — La cuenta en la que se mandaba devolver las cuotas a ArcelorMittal no era la prevista para el reintegro de cuotas con vistas a su anulación, sino una diferente abierta a nombre de la Administración.

37. Para la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional), una respuesta útil al tribunal administratif (Tribunal contencioso-administrativo) requiere comprobar previamente si la Ley cuya constitucionalidad se debate es conforme con el derecho de la Unión; concretamente, con la Directiva 2003/87, transpuesta por aquella.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y alegaciones de las partes

38. Han comparecido en el procedimiento y depositado observaciones escritas ArcelorMittal, el Gobierno de Luxemburgo y la Comisión, que no han solicitado la celebración de vista pública.

39. ArcelorMittal sostiene que los derechos de emisión deben considerarse bienes y no autorizaciones administrativas. Así se desprende de que, con arreglo a la Directiva 2003/87, sean instrumentos libremente transmisibles y negociables, además de identificables y disponibles en cantidades limitadas. Partiendo de esta premisa, para ArcelorMittal los derechos de emisión pasan a ser propiedad de su titular desde su expedición y su inscripción registral. La restitución prevista en el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 produciría los efectos de una expropiación contraria al artículo 17 de la Carta y contravendría asimismo la Directiva 2003/87, en la medida en que: a) la única restitución de derechos autorizada por esta Directiva sería la contemplada en su artículo 12, apartado 3; y b) la restitución «forzosa» de los derechos no utilizados impediría que los titulares los mantuvieran en reserva para comerciar con ellos posteriormente.

40. Para el Gobierno de Luxemburgo, los derechos de emisión asignados a ArcelorMittal para el año 2012 lo fueron únicamente porque esta sociedad no informó a las autoridades competentes, en el momento oportuno, de la suspensión de sus actividades en la planta de Schifflange a finales de 2011. Aun admitiendo que la Directiva 2003/87 no permite reclamar la restitución de los derechos ya asignados por el solo hecho de que el titular haya optado más tarde por reducir sus actividades, el Gobierno luxemburgués entiende que las autoridades nacionales pueden reaccionar ante una situación en la que los derechos han sido indebidamente asignados. La Directiva 2003/87 no se opone al artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004, si se interpreta como que cabe exigir la restitución de los derechos de emisión definitivamente atribuidos y registrados, cuando el cese, total o parcial, de las actividades de una instalación se ha decidido con anterioridad a la asignación de tales derechos para el año en curso.

41. El Gobierno de Luxemburgo considera, en cuanto a la segunda parte de la pregunta, que la calificación jurídica de los derechos de emisión, a los efectos del artículo 16 de la Constitución luxemburguesa, implica interpretar el derecho nacional y no el de la Unión, de manera que su respuesta escaparía a la competencia del Tribunal de Justicia.

42. La Comisión coincide con el Gobierno luxemburgués en que la Ley de 2004 es compatible con la Directiva 2003/87. El PNA de Luxemburgo —aprobado por la Comisión— establece que, para cada año del período 2008-2012, la asignación de derechos de emisión queda condicionada a que la instalación esté en funcionamiento. En esta regla se fundamenta el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 y, según la Comisión, no contrariaría la Directiva 2003/87. Si el artículo 11, apartado 4, de la Directiva afirma que la asignación de derechos ha de realizarse, como muy tarde, el 28 de febrero de cada año del período de que se trate, es justamente para tener en cuenta la eventualidad de un cese de actividades con posterioridad a la asignación. Además, el respeto de las condiciones de atribución de los derechos constituiría la razón de ser del deber, impuesto al titular, de informar a la autoridad competente de los cambios habidos en la naturaleza, en el funcionamiento o en la extensión de la instalación.

43. La Comisión defiende que el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2003/87 no se opone a que un Estado miembro pueda exigir la restitución de los derechos de emisión, en una tesitura como la del artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004. Ciertamente, aquel precepto de la Directiva prevé que los derechos restituidos son los que corresponden a las emisiones verificadas; sin embargo, el término «restitución» empleado por la Directiva no tiene el mismo sentido que el de la disposición nacional. Así, mientras esta última alude a los derechos no utilizados, los mencionados en el artículo 12, apartado 3, de la Directiva se devuelven para su anulación y, por tanto, han sido necesariamente utilizados.

44. En cuanto a la segunda parte de la pregunta prejudicial, la Comisión coincide con el Gobierno luxemburgués: el Tribunal de Justicia carece de competencia para pronunciarse sobre la compatibilidad de la obligación de restitución con el artículo 16 de la Constitución de Luxemburgo. Con todo, y pese a que, en su opinión, el reintegro de los derechos no utilizados que reconoce la Ley de 2004 no sería un supuesto de aplicación del derecho de la Unión, la Comisión sugiere al Tribunal de Justicia que aproveche este reenvío para clarificar la naturaleza jurídica de los derechos de emisión.

V. Apreciación

45. La duda expuesta por la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) se desdobla en dos preguntas que han de responderse por separado. La primera tiene que ver con la compatibilidad del artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 con la Directiva 2003/87. La segunda, por si aquella mereciera una respuesta afirmativa, se refiere a la «calificación» de los derechos de emisión.

A. *Primera cuestión prejudicial*

46. La Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) pregunta, en primer lugar, por la compatibilidad del artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 con la Directiva 2003/87, «más concretamente, con el sistema del régimen de comercio de derechos de emisión previsto en ella».

47. El tribunal de reenvío no identifica expresamente las disposiciones singulares de la Directiva cuya compatibilidad con el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 le suscita dudas. Sin embargo, como este precepto habilita al ministro para decidir «sobre la entrega total o parcial de los derechos de emisión no utilizados» ante el cese total o parcial de la instalación para la que fueron expedidos, debe entenderse que las normas de la Directiva 2003/87 objeto de la consulta son, básicamente, las que disciplinan el régimen de asignación, transferencia, entrega y cancelación de los derechos de emisión (artículos 9, 11 y 12 de la Directiva) y sus condiciones de validez (artículo 13 de la Directiva).

48. Aunque no será necesario afrontar el examen del comercio de derechos de emisión en su integridad,[7] no me parece superfluo sintetizar las razones que subyacen a su creación y los objetivos que con él se persiguen. En el espíritu del sistema late una lógica económica que explica el valor de cambio de esos derechos y está, a la vez, en el origen del debate acerca de su naturaleza jurídica.[8]

7 — Para una aproximación de conjunto sobre el particular, puede verse Pâques, M.: «La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne», *Revue trimestrielle de droit européen* 40 (2), 2004, pp. 249 a 282.

8 — Una exposición actualizada de las diferentes posiciones doctrinales en Rotoullié, J.C.: *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement. L'exemple du système européen d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, Thèse de doctorat, Université Panthéon Assas, París, 2015, pp. 136 a 153.

1. El comercio de derechos de emisión como instrumento del mercado en la lucha contra la contaminación

49. En el marco del Protocolo de Kioto,[9] la Unión y los Estados miembros se comprometieron a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 8 %, entre 2008 y 2012, respecto a los niveles de 1990. Con ese fin, en octubre de 2003 se adoptó el régimen de comercio de derechos de emisión, concebido como un sistema «*cap-and-trade*» con arreglo al que cada Estado miembro tiene asignado un tope máximo (*cap*) de emisiones de aquellos gases,[10] para distribuirlo entre las instalaciones nacionales que las generen. El reparto se realiza mediante la asignación de los llamados «derechos de emisión»,[11] definidos por el artículo 3, letra a), de la Directiva 2003/87 como derechos «a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado».

50. En la medida en que las emisiones no respaldadas por derechos de emisión se penalizan,[12] y dado que se pretende reducir de manera progresiva el límite máximo de las autorizadas,[13] el mecanismo supone un incentivo para que las instalaciones disminuyan sus actividades contaminantes.

51. Como ha recordado el Tribunal de Justicia, «[s]i bien el objetivo final del régimen de comercio de derechos de emisión es la protección del medio ambiente por una reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, dicho régimen no reduce por sí mismo tales emisiones, sino que fomenta y favorece la búsqueda del menor coste posible para lograr una reducción de dichas emisiones a un nivel dado».[14] Sus ventajas medioambientales resultan de «la severidad de la cuota total de derechos de emisión asignados, que representa el límite global de emisiones autorizadas por dicho régimen.»[15]

9 — Aprobado por la Decisión 2002/358/CE del Consejo, de 25 de abril de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos adquiridos con arreglo al mismo (DO 2002, L 130, p. 1). Sobre los antecedentes y el proceso de negociación del Protocolo de Kioto, así como sobre su mecanismo, puede verse Freestone, D.: «The International Climate Change Legal and Institutional Framework: An Overview», en Freestone, D. y Streck, C.: *Legal Aspects of Carbon Trading*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, pp. 3 a 32.

10 — Los gases de ese carácter recogidos en el anexo II de la Directiva 2003/87 son el dióxido de carbono (CO_2), el metano (CH_4), el óxido nitroso (N_2O), los hidrofluorocarburos (HFC), los perfluorocarburos (PFC) y el hexafluoruro de azufre (SF_6). El sistema cubre las emisiones de las centrales eléctricas, de un amplio espectro de sectores industriales con consumo intensivo de energía y de las aerolíneas comerciales (Comisión Europea: *El régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (ETS)*, octubre 2013, en: http://ec.europa.eu/clima/publications/docs/factsheet_ets_es.pdf).

11 — Sin estar muy seguro de si se trata de su causa o de su efecto, lo cierto es que la heterogeneidad de las soluciones nacionales en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de emisión se corresponde con la diversidad de las denominaciones empleadas en las distintas versiones lingüísticas de la Directiva 2003/87 para referirse a ellos. Mientras, por ejemplo, las versiones española y neerlandesa utilizan, respectivamente, las expresiones «derechos de emisión» y «emissierecht», la italiana y la francesa hablan de «quotta di emissioni» y «quota», la inglesa prefiere el término «allowance», la alemana el de «Zertifikat» y la portuguesa, en fin, opta por «licença de emissão».

12 — El artículo 16, apartado 3, de la Directiva 2003/87 fija una multa por exceso de emisiones, concretada en 100 euros por cada tonelada equivalente de dióxido de carbono emitido por la instalación cuyo titular no haya entregado derechos de emisión.

13 — A partir de 2013 el tope de las emisiones de las centrales eléctricas y otras instalaciones se reduce un 1,74 % anual (artículo 9 de la Directiva 2003/87 en su versión modificada por la Directiva 2009/29), lo que supone que en 2020 tales emisiones deberían ser un 20 % más bajas que en 1990. En este sentido véase, recientemente, 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 81. En el ámbito de la navegación aérea se opera con magnitudes diferentes.

14 — Sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, EU:C:2008:728), apartado 31.

15 — *Loc. ult. cit.*

52. Los derechos de emisión, además de ser cada vez más escasos, dejarán progresivamente de ser gratuitos,[16] de manera que, para dar cobertura al conjunto de las emisiones reales de una instalación, se hace necesario bien utilizar derechos de emisión propios no consumidos en años anteriores, o bien adquirir derechos de emisión adicionales, ofrecidos por otros titulares. Aquí radica la dimensión comercial (*trade*) del sistema, pues los derechos de emisión son «transferibles», según prescribe el artículo 3, letra a), de la Directiva 2003/87, lo que les confiere valor económico, dada su escasez.

53. El valor económico de los derechos de emisión supone un estímulo notable para la minoración de emisiones,[17] pues, por un lado, la instalación que logre reducirlas puede vender los derechos que le sobren; y, por otro lado, quienes, en un primer momento, prefieran comprar derechos de emisión adicionales para satisfacer sus necesidades, terminarán por encontrar más rentable, en función del progresivo encarecimiento de aquellos,[18] la inversión en tecnologías de mayor eficacia ecológica o la migración a fuentes de energía que liberen menos gases contaminantes.

54. Como recordaba la Comisión en el *Libro verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea*,[19] si bien en el año 2000 los derechos negociables tenían escasa aplicación en la política ambiental de la Unión, no eran completamente desconocidos. Se contaba ya con ejemplos de mecanismos de derechos parcialmente transferibles, como los contingentes establecidos con arreglo al Protocolo de Montreal[20] para las sustancias que agotan la capa de ozono y las cuotas de las políticas pesquera[21] y lechera[22] comunes. La experiencia de

16 — De acuerdo con el artículo 10 de la Directiva 2003/87, para el período de tres años que comenzaba el 1 de enero de 2005, los Estados miembros debían asignar gratuitamente al menos el 95 % de los derechos de emisión, reduciéndose ese porcentaje al 90 % para el período 2008-2012. A partir del período iniciado en 2013, el principal método de asignación es la subasta. Una exposición sintética de las diferentes fases del sistema sobre este particular puede verse en Comisión Europea: *El régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (ETS)*, citado, pp. 3 a 4. Es de señalar que, en todo caso, para el Tribunal de Justicia, «la asignación gratuita de derechos de emisión, prevista en el artículo 10 de la Directiva 2003/87, no tenía por objeto conceder subvenciones a los productores de que se trata, sino mitigar el impacto económico de la introducción inmediata y unilateral por la Unión Europea de un mercado de derechos de emisión, evitando una pérdida de competitividad en determinados sectores de producción incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva» (sentencia de 17 de octubre de 2013, Iberdrola y otros, C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 y C-640/11, EU:C:2013:660, apartado 39). El hecho de que la presión competitiva no fuera suficiente «para limitar la repercusión del valor de los derechos de emisión en el precio de la electricidad» tuvo como consecuencia que los productores de energía eléctrica obtuvieran ganancias inmerecidas, que han querido excluirse, estableciendo desde 2013 la asignación de los derechos de emisión mediante un mecanismo de venta completa en subasta (sentencia de 17 de octubre de 2013, Iberdrola y otros, C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 y C-640/11, EU:C:2013:660, apartado 40).

17 — Como afirmó el Tribunal de Justicia en el asunto Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (sentencia de 16 de diciembre de 2008, C-127/07, EU:C:2008:728), apartado 32, la lógica económica del régimen consiste en hacer posible que la reducción se produzca con el menor coste: «Al permitir, en particular, la venta de los derechos asignados, este régimen pretende estimular a cualquiera de los participantes a emitir una cantidad de gases de efecto invernadero inferior a los derechos de emisión que inicialmente le fueron asignados, con el fin de transmitir el excedente a otro participante que haya producido una cantidad de emisiones superior a los derechos de emisión asignados». En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 7 de abril de 2016, Holcim (Romania)/Comisión (C-556/14 P, EU:C:2016:207), apartado 65.

18 — Diez años después de su entrada en vigor, la polémica sobre la eficacia del comercio de derechos de emisión no cesa, favorecida por sus bajos precios desde 2008. Un resumen de la controversia puede verse en *Schrödinger's emissions trading system. Europe's carbon-trading system is better than thought, and could be better still*, disponible en http://www.economist.com/node/21683960.

19 — COM(2000) 87 final, apartado 3 *in fine*.

20 — Cuya normativa estaba constituida en esa época por el Reglamento (CEE) n.º 594/91 del Consejo, de 4 de marzo de 1991, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (DO 1991, L 67, p. 1), modificado por el Reglamento (CEE) n.º 3952/92 del Consejo, de 30 de diciembre de 1992 (DO 1992, L 405, p. 41), y por el Reglamento (CE) n.º 3093/94 del Consejo, de 15 de diciembre de 1994, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (DO 1994, L 333, p. 1).

21 — El marco normativo básico del momento se hallaba en el Reglamento (CEE) n.º 3760/92 del Consejo, de 20 de diciembre de 1992, por el que se establece un régimen comunitario de la pesca y la acuicultura (DO 1992, L 389, p. 1).

22 — Los principales componentes normativos de la época eran el Reglamento (CEE) n.º 856/84 del Consejo, de 31 de marzo de 1984, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 804/68 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos (DO 1984, L 90, p. 10), el Reglamento (CEE) n.º 3950/92 del Consejo, de 28 de diciembre de 1992, por el que se establece una tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos (DO 1992, L 405, p. 1), y el Reglamento (CEE) n.º 536/93 de la Comisión, de 9 de marzo de 1993, por el que se establecen las disposiciones de aplicación de la tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos (DO 1993, L 57, p. 12).

instrumentos de política medioambiental basados en el mercado, muy escasa por entonces,[23] (razón por la que el sistema de la Directiva 2003/87 se percibió en un principio como un arriesgado experimento) fue extendiéndose y, a los pocos años de funcionamiento, ha terminado por convertirse en el «buque insignia» de la política de la Unión en el ámbito climático.[24]

55. En este contexto se hace particularmente perceptible la importancia del procedimiento de asignación de los derechos de emisión, convertidos ya en la «moneda» de un mercado de dimensiones formidables. De ese procedimiento me ocuparé acto seguido, exponiendo las condiciones en las que, con arreglo a la Directiva 2003/87, han de asignarse los derechos, resulta posible su transferencia y obligada su entrega o su cancelación.

2. El régimen de los derechos de emisión en la Directiva 2003/87

56. La asignación de derechos de emisión debe realizarse a partir de un plan (el PNA), elaborado por cada Estado miembro para cada uno de los dos períodos contemplados inicialmente en la Directiva 2003/87 (2005 a 2007 y 2008 a 2012). En el PNA se consignará la cantidad total de derechos que el Estado miembro pretende otorgar durante el respectivo período, así como el procedimiento de distribución.

57. El PNA, que ha de basarse en criterios objetivos y transparentes y tener en cuenta las observaciones del público (artículo 9, apartado 1), debe notificarse a la Comisión y a los demás Estados miembros con anterioridad al comienzo del período correspondiente (*loc. ult. cit.*).[25] La Comisión puede rechazarlo, total o parcialmente, de manera motivada, en un plazo de tres meses a partir de su notificación, por razón de su incompatibilidad con los criterios contenidos en el anexo III de la propia Directiva o con las previsiones de su artículo 10, en cuanto al porcentaje de derechos de emisión que deben asignarse de manera gratuita (artículo 9, apartado 3).

58. Las solicitudes de permisos de emisión han de dirigirse a la autoridad competente establecida por el Estado miembro y contendrán una descripción de la instalación y de sus actividades, las materias cuyo uso pueda provocar emisiones de gases de efecto invernadero, las fuentes de emisión existentes en la instalación y las medidas propuestas para el seguimiento y la notificación de las emisiones (artículo 5 de la Directiva 2003/87).

59. Si la autoridad competente considera que el solicitante es capaz de garantizar el seguimiento y la notificación de las emisiones, «expedirá un permiso de emisión de gases de efecto invernadero que conceda autorización para emitir gases» de esa naturaleza, «desde la totalidad o una parte de una instalación» (artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2003/87). En dicho permiso ha de constar, entre otras indicaciones, «la obligación de entregar, en los cuatro meses siguientes al final de cada año natural, derechos de emisión equivalentes a las emisiones totales de la instalación en dicho año», debidamente verificadas [artículo 6, apartado 2, letra e), de la Directiva 2003/87].

60. En cualquier caso, el titular del permiso queda obligado a notificar a la autoridad competente todo cambio que pueda hacer imprescindible su actualización, incluido el de la identidad del titular de la instalación (artículo 7 de la Directiva 2003/87).

23 — Apenas reducida al US Clean Air Act de 1990 y al Californian Regional Clean Act Incentives Market de 1994.

24 — La expresión es de Pohlmann, M.: «The European Union Emissions Trading Scheme», en Freestone, D. y Streck, C.: *Legal Aspects of Carbon Trading*, citado, p. 339.

25 — A más tardar, el 31 de marzo de 2004 para los planes referidos al período 2005-2007, y al menos dieciocho meses antes del principio del período 2008-2012 y subsiguientes.

61. Los derechos de emisión, válidos para las emisiones producidas durante el período para el que han sido concedidos (artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2003/87), han de poder ser objeto de transferencia en la Unión y entre personas en la Unión y en terceros países donde sean reconocidos (artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2003/87).

62. La Directiva 2003/87 contempla la cancelación de los derechos de emisión: a) cuando su titular los *devuelve* en número equivalente a las emisiones realizadas (artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2003/87); y b) cuando los derechos hayan dejado de tener validez (por no haberse utilizado durante el período para el que han sido expedidos) y no se hayan entregado. En la primera hipótesis, la cancelación se practica tras la entrega; en la segunda, transcurridos cuatro meses a partir del comienzo del período 2008-2012 o subsiguientes (artículo 13 de la Directiva 2003/87).

63. Es de capital importancia para el mercado instaurado por la Directiva 2003/87 que sus operadores tengan plena seguridad acerca de los derechos de emisión en curso, tanto en cada Estado miembro como en relación a todos los demás Estados de la Unión. Por imperativo del artículo 12, apartado 2, de la Directiva 2003/87, estos «velarán por que se reconozcan los derechos de emisión expedidos por una autoridad competente de otro Estado miembro a efectos del cumplimiento de las obligaciones de un titular» en cuanto a la entrega de los derechos de emisión utilizados.

64. De ahí que el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2003/87 obligue a los Estados miembros a tomar «las disposiciones necesarias para la creación y el mantenimiento de un registro que permita llevar *cuenta exacta* de la expedición, la titularidad, la transferencia y la cancelación de derechos de emisión».[26] Con este mismo objetivo, el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2003/87 establece que la Comisión deberá designar «un Administrador Central que llevará un registro independiente de transacciones en el que se consignarán las expediciones, las transferencias y las cancelaciones de los derechos de emisión».[27]

65. La preocupación por la *exactitud* del volumen y de las circunstancias de los derechos de emisión responde a la aspiración de la Unión de mejorar el funcionamiento del mercado, evitando las distorsiones que resultarían de cualquier incertidumbre acerca de la validez y la vigencia de aquellos, dado su papel como unidad de cambio del propio mercado. Además, por encima del interés puramente económico o mercantil en mantener su fiabilidad y su solvencia, se halla el propósito al que sirve el mercado mismo, esto es, su cometido de instrumento para luchar contra la contaminación. La correspondencia entre las emisiones reales y las autorizadas por medio de los derechos de emisión constituye, por esa razón, una prioridad irrenunciable del conjunto del sistema.

3. Las previsiones de la normativa luxemburguesa y su compatibilidad con la Directiva 2003/87

66. La Directiva 2003/87 fue transpuesta al derecho luxemburgués en virtud de la Ley de 2004. En lo que aquí importa, el artículo 12, apartado 2, de esta Ley atribuyó al ministro la competencia para determinar la cantidad total de derechos de emisión que debían asignarse para el período 2008-2012 y para poner en marcha el proceso de su asignación. Ambas medidas debían adoptarse de acuerdo con el PNA, al menos doce meses antes del inicio de aquel período.[28]

67. En cuanto a la expedición de los derechos de emisión atribuibles para cada año del período quinquenal, el artículo 12, apartado 4, de la Ley de 2004 disponía —de nuevo con arreglo a lo prescrito por el artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/87— que una parte de la cantidad total debía expedirse, a más tardar, el 28 de febrero del año en cuestión.

26 — Cursiva añadida.

27 — Con carácter general, sobre este sistema de registro puede verse Molina Hernández, C.: «El registro de derechos de emisión de los gases de efecto invernadero de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 56, 2016, pp. 157 a 197.

28 — La Ley de 2004 se ajustaba, de este modo, al artículo 11, apartado 2, de la Directiva 2003/87.

68. Obedeciendo el mandato de la Directiva 2003/87 y de la Ley de 2004, Luxemburgo elaboró oportunamente su PNA para el período 2008-2012, que obtuvo la obligada aprobación de la Comisión. Ese PNA establece que, en caso de cierre o suspensión de la actividad de una instalación, no se asignarán derechos de emisión para el año siguiente.

69. Como prescribe el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004, el cese total o parcial de la explotación de una instalación debe comunicarse al ministro de manera inmediata. Esta exigencia se corresponde, una vez más, con el artículo 7 de la Directiva 2003/87, en cuya virtud han de notificarse a la autoridad competente los cambios que puedan obligar a la actualización del permiso de emisión.

70. Hasta aquí me parece que la legislación nacional se atiene de forma escrupulosa a la Directiva 2003/87. Más en particular, es conforme con ella que, como señala el PNA, en el caso de que una instalación cierre o suspenda su actividad, no se le asignen derechos de emisión para el año siguiente. A mi juicio, coincidente con el de la Comisión, los Estados miembros respetan la Directiva 2003/87 si condicionan la atribución de aquellos derechos al requisito de que la instalación asignataria esté en funcionamiento. Es más, un requisito de ese tenor debe considerarse implícito en la Directiva 2003/87. Si la razón de ser del sistema es asegurar la equivalencia entre las emisiones autorizadas y las emisiones realmente producidas, el volumen de las primeras ha de calcularse a partir de las previsiones sobre las segundas, y este dato se deducirá del conjunto de las instalaciones presumiblemente activas durante el ejercicio para el que se han de asignar los derechos.

71. Con todo, la hipotética incompatibilidad entre la legislación luxemburguesa y la Directiva 2003/87, a la que alude la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional), se centra en la solución arbitrada por el legislador nacional para el supuesto de que, comunicado el cese total o parcial de la explotación de una instalación, existan derechos de emisión no utilizados. Esa es la situación contemplada, en abstracto, en el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 y que, en concreto, ha dado lugar al proceso principal.

72. No se trata, pues, de examinar si es o no compatible con la Directiva 2003/87 el que, según el legislador nacional, las instalaciones a las que se confieran derechos de emisión deban hallarse en activo. En mi opinión, repito, se trata de una condición inobjetable desde el punto de vista de la Directiva, y aun implícitamente exigida por ella. La pregunta es, más bien, si, asignados derechos de emisión a una instalación cuyo cese de actividad se acredita después, la Administración competente puede ordenar la devolución de aquellos, en cuanto derechos no utilizados.

73. No es, por lo tanto, el caso de una solicitud de derechos de emisión rechazada por referirse a instalaciones inactivas, sino el de unos derechos efectivamente atribuidos a una acería a la que, por no estar en activo, no debieron habérsele asignado. De manera todavía más precisa, la atribución indebida responde a un error acerca de la situación de la planta siderúrgica de la que era titular ArcelorMittal; error imputable a esta última sociedad, que incumplió su obligación de notificar a la autoridad competente el cese de su producción.

74. Para una eventualidad como la descrita, el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 dispone que «[e]l ministro decidirá sobre la entrega total o parcial de los derechos de emisión no utilizados». El problema se reduce, pues, a dilucidar en qué términos el ministro *puede decidir* sobre la entrega de esos derechos y, más en concreto, si la resolución adoptada (el ministro optó por pedir a ArcelorMittal la entrega de los derechos de emisión no utilizados, ya que no era posible, *ratione temporis*, intentar la anulación de la asignación en el registro llevado por el Administrador Central del sistema) fue acorde con la Directiva 2003/87.

75. Estimo que la decisión del ministro al aplicar el mandato de la Ley de 2004 no vulnera la Directiva 2003/87. Una vez que ArcelorMittal suspendió la actividad de la acería de Schifflange el 19 de octubre de 2011, era su obligación, con arreglo al artículo 7 de la Directiva 2003/87 y al artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004, informar de esa circunstancia a la autoridad competente. De haberlo hecho, y según

el PNA luxemburgués, no se le habrían asignado derechos de emisión (correspondientes a esa instalación) para el año 2012. Sin embargo, le fueron atribuidos el 22 de febrero de 2012, ignorante la autoridad competente del cese de actividad hasta que, el 23 de abril de 2012, ArcelorMittal solicitó la suspensión de los controles medioambientales, por hallarse paralizada la actividad de la planta siderúrgica.

76. Si este cese se hubiera comunicado oportunamente, la autoridad competente habría podido evitar el error de asignar unos derechos que eran manifiestamente improcedentes. Y si, una vez cometido el error, hubiera tenido noticia del cese antes del transcurso de los sesenta días naturales, habría podido solicitar al Administrador Central la anulación «de la transacción»,[29] pues tal es la fórmula para estos supuestos en el artículo 34 *bis*, apartado 2 *bis*, del Reglamento n.º 2216/2004.

77. No veo incompatibilidad entre la Directiva 2003/87 y el artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 si el ministro, cuando tenga noticia tardía del cese de la explotación de una instalación, solicita del Administrador Central que anule la «transacción» en cuya virtud se le asignaron los derechos de emisión. ¿*Quid* si esa anulación fuese imposible, por haberse superado los plazos marcados en la normativa reguladora del registro? A mi parecer, coincidente de nuevo con el de la Comisión, en esas circunstancias el ministro está legitimado para exigir la restitución de los derechos erróneamente asignados.

78. Es cierto que la Directiva 2003/87 se ocupa solo de la «entrega» de los derechos de emisión correspondientes a las emisiones realizadas [artículo 6, apartado 2, letra e), y artículo 12, apartado 3, de la Directiva]. El diseño del sistema no parece compatible, en principio, con la modificación *a posteriori* del volumen total de los derechos asignados o de los atribuidos a cada instalación.[30] Sin embargo, la situación planteada en este asunto es la de la *restitución* de un derecho de emisión que nunca debió haberse adjudicado, pues se incumplían las condiciones del PNA en el marco de la Directiva 2003/87. No se trata, por tanto, de un reajuste para corregir un mero error de cálculo en la determinación del volumen de derechos de emisión (este es el supuesto al que se refiere la Comisión en su comunicación COM(2006) 725 final),[31] sino de hacer valer las reglas de funcionamiento del sistema, para evitar la distorsión del mercado de los derechos de emisión y facilitar, mediatamente, el objetivo de protección medioambiental al que sirve ese mercado.

79. En definitiva, creo que la Directiva 2003/87 no se opone a la Ley de 2004 en cuanto esta obliga a restituir los derechos de emisión asignados indebidamente a consecuencia del incumplimiento, por parte del titular de la instalación beneficiaria, de su deber de notificar a la autoridad competente, en su momento, el cese de la planta. La orden de restitución es legítima si, a la vista de la secuencia temporal, no fuera ya posible solicitar la anulación de la asignación ante el Administrador Central, una vez precluido el plazo recogido en la normativa del registro de transacciones, lo que corresponde fijar a la jurisdicción nacional.

29 — Según el artículo 2, letra v), del Reglamento, por transacción se entiende «la expedición, transferencia, adquisición, entrega, cancelación y sustitución de derechos de emisión, así como la expedición, transferencia, adquisición, cancelación y retirada de URE, RCE, UCA y UDA y el arrastre de URE, RCE y UCA».

30 — En la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la evaluación de los [PNA] para la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el segundo período del régimen de comercio de derechos de emisión de la UE [COM(2006) 725 final], apartado 2, punto 2.1, se explica que esos «ajustes *a posteriori* contradicen el concepto esencial de comercio con fijación previa de unos límites máximos (*cap-and-trade*) concebido por la Directiva» y no «es necesario desde el punto de vista administrativo ni está justificado de ningún otro modo», estando obligados los Estados miembros a «utilizar los mejores datos disponibles cuando deciden de antemano sobre las asignaciones».

31 — En ella se contempla como una de las hipótesis en que, pese a todo, es admisible la adaptación *a posteriori* la del cierre de una instalación durante el período en curso, supuesto en el que «ha dejado de haber un titular al que se vayan a asignar derechos» (*loc. ult. cit.*).

B. *Segunda cuestión prejudicial*

1. Consideraciones preliminares sobre su admisibilidad

80. La segunda pregunta prejudicial del tribunal de reenvío versa sobre la naturaleza o la calificación jurídica de los derechos de emisión. Interesa particularmente a la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional), porque de la solución podría depender la posibilidad de que la orden de restituirlos haya de conceptuarse, según el derecho luxemburgués, como una expropiación forzosa.

81. Tanto la Comisión como el Gobierno de Luxemburgo ponen reparos a la viabilidad de esta segunda pregunta. La Comisión sostiene que la obligación de restitución responde a una regla instaurada por Luxemburgo en ejercicio del poder de aprobar su PNA, sin que sea un deber impuesto por el derecho de la Unión ni, por tanto, un caso de aplicación de este derecho.

82. El Gobierno de Luxemburgo asume, en esta misma línea, que la pregunta no implica interpretar la Directiva 2003/87, sino el derecho nacional; concretamente, se trataría de una cuestión de derecho nacional (constitucional) planteada ante la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) y que esta solo puede resolver en los términos de su competencia jurisdiccional. A su juicio, la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) ha de circunscribirse al examen de la conformidad de las leyes luxemburguesas con la Constitución nacional, sin posibilidad, por tanto, de extenderse al de la compatibilidad de aquellas con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ni con la Carta, tarea para la que únicamente son competentes los órganos jurisdiccionales ordinarios.

83. La Comisión admite que, pese a no ser aplicable el derecho de la Unión al objeto de la pregunta, el Tribunal de Justicia podría explicar cuáles son las características de los derechos de emisión en el ámbito de aquel derecho, «con el fin de permitir a la jurisdicción de reenvío extraer sus propias conclusiones». [32] El Gobierno de Luxemburgo, por el contrario, es taxativo en su negativa a aceptar la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la segunda pregunta, hasta el punto de no haber formulado alegaciones sobre ella.

84. La objeción del Gobierno de Luxemburgo tiene que ver con la (posible) incompetencia del Tribunal de Justicia, por razón de la falta de vínculos entre el objeto de la pregunta y el derecho de la Unión. Pero tiene que ver también, y con carácter previo, con la (de nuevo, posible) incompetencia de la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) para resolver el litigio más allá de los límites de su jurisdicción.

2. Sobre la competencia del tribunal de reenvío para plantear la cuestión

85. La legitimación de la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) para remitir cuestiones prejudiciales *ex* artículo 267 TFUE deriva de su indiscutible condición de órgano jurisdiccional. Sentada esta premisa, y frente a la posición defendida por el Gobierno luxemburgués, la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) ha reputado pertinente dirigirse al Tribunal de Justicia, por entender que, para pronunciarse sobre la conformidad del artículo 13, apartado 6, de la Ley de 2004 con el artículo 16 de la Constitución —es decir, para juzgar sobre una cuestión de carácter indudablemente constitucional— ha de determinar previamente la naturaleza jurídica de los derechos de emisión, de acuerdo con el derecho de la Unión.

32 — Apartado 49 de su escrito de observaciones.

86. En mi opinión, cuando la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) afirma que, para integrar el contenido de un precepto interno (en este caso, el artículo 16 de la Constitución de Luxemburgo, tomado como parámetro de validez de la Ley 2004), precisa resolver sus dudas sobre la calificación de «bienes» de los derechos de emisión con arreglo al derecho de la Unión, puede —y debe, en los términos del artículo 267 TFUE— dirigir al Tribunal de Justicia el reenvío prejudicial. Si le es o no imprescindible recurrir a disposiciones normativas ajenas al texto de la Constitución, suscita un problema de derecho interno en el que no puede terciar el Tribunal de Justicia. A este le corresponde únicamente verificar el carácter jurisdiccional del tribunal remitente y dar respuesta a sus interrogantes, partiendo del principio de que corresponde al juez nacional —que conoce del litigio *a quo* y debe asumir la responsabilidad de resolverlo— apreciar, a la luz de sus concretas circunstancias, tanto la necesidad del reenvío, como la pertinencia de las cuestiones que eleva al Tribunal de Justicia. [33]

3. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

87. Como es sabido, no basta con lo anterior para que el Tribunal de Justicia deba contestar a lo que se le pregunta. Es, además, ineludible que la cuestión verse sobre la interpretación de una norma del derecho de la Unión relevante para dirimir la controversia del proceso principal. [34]

88. Tanto el Gobierno luxemburgués como la Comisión coinciden en apreciar que en el presente asunto no concurre esa circunstancia, pero no comparto esa apreciación.

89. Según he expuesto al sugerir la solución a la primera pregunta prejudicial, las reglas de los derechos de emisión de la Directiva 2003/87 abocan, en un asunto como este, a la restitución de los que hubiesen sido asignados erróneamente.

90. Es cierto, sin embargo, que el derecho de la Unión no resuelve de modo unívoco cuál es la naturaleza jurídica de los derechos de emisión y que corresponde a los Estados miembros, en virtud del principio de subsidiariedad, definirla. Las soluciones adoptadas son muy heterogéneas: desde su caracterización como autorizaciones administrativas (cuotas otorgadas, licencias, permisos, concesiones), hasta su calificación como bienes susceptibles de apropiación (en pleno dominio, o mediante derechos de uso u otros atípicos *iura in re*) o como simples instrumentos financieros, en casi todos los casos con no pocas reservas y cautelas. [35]

91. Sin embargo, antes de calificarlos jurídicamente (ya sean bienes, autorizaciones administrativas o instrumentos financieros, *inter alia*) ha de dilucidarse una cuestión previa: la de su válida constitución como tales «derechos de emisión» con arreglo a la Directiva 2003/87.

92. Con independencia, pues, de la naturaleza jurídica que les confieran las respectivas legislaciones nacionales, los derechos de emisión solo pueden asignarse o atribuirse de conformidad con las normas de la Unión. En este asunto, el problema planteado ante los tribunales nacionales versa, ya se ha dicho, sobre la restitución de derechos de emisión, exigida al comprobarse su indebida asignación. Como para juzgar sobre la pertinencia del reintegro ha de acudirse a la Directiva 2003/87, nos encontramos en un supuesto de aplicación del derecho de la Unión y, por tanto, en el ámbito de la competencia del Tribunal de Justicia.

33 — En este sentido, entre muchas, sentencia de 26 de junio de 2007, Ordre des barreux francophones et germanophone y otros (C-305/05, EU:C:2007:383), apartado 18.

34 — Por ejemplo, sentencia de 21 de diciembre de 2011, Cicala (C-482/10, EU:C:2011:868), apartados 16 a 19.

35 — Puede verse sobre el particular, *La régulation des marchés du* CO_2 , Rapport de la mission confiée à Michel Prada, 2010, pp. 60 a 61, accesible en http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000201/

93. Con otras palabras, previamente a determinar si en el ordenamiento jurídico luxemburgués los derechos de emisión son bienes o autorizaciones administrativas —lo que corresponde discernir al juez nacional en aplicación de sus normas propias— ha de verificarse si, en el caso de autos, se había constituido el objeto mismo sobre el que realizar la calificación jurídica. Esta verificación ha de hacerse de acuerdo con el derecho de la Unión, según la interpretación que de él realice el Tribunal de Justicia.

4. Sobre el fondo

94. La creación de los derechos de emisión —primero— y su configuración como bienes o como autorizaciones administrativas —después— representan dos procesos diferenciados, cada uno de ellos incardinado en un ámbito normativo distinto: el derecho de la Unión, por cuanto hace al primero; los derechos nacionales, en lo que tiene que ver con el segundo.

95. Si en un Estado miembro los derechos de emisión se configuran como bienes susceptibles de dominio (derecho de propiedad o derechos afines) de sus titulares, su privación por obra del poder público podría, eventualmente, encarnar una posible expropiación, si así lo deciden los respectivos órganos judiciales. Por el contrario, ante su calificación como meras licencias o autorizaciones administrativas, su revocación se haría acreedora, seguramente, de un tratamiento distinto: de nuevo el que prevea el derecho nacional, interpretado por los tribunales del Estado miembro.

96. El litigio planteado ante la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) concierne al nacimiento del derecho de emisión, en el marco de la Directiva 2003/87. Afecta, pues, a un momento anterior al de la calificación jurídica de ese derecho, una vez constituido como tal. En esta fase no puede aún hablarse, en sentido estricto, de un bien objeto de dominio ni de una autorización administrativa válida, de manera que la *restitución* de los derechos de emisión indebidamente atribuidos no puede reputarse ni expropiación ni remoción irregular de un acto administrativo. Sencillamente, porque en el marco de las normas de la Unión —que es el ordenamiento en el que ha de buscarse la respuesta que merezca aquella *restitución*— el derecho de emisión no es necesariamente ni un bien ni una autorización, sino solo el presupuesto de algo que podrá ser, después, lo uno o lo otro (y hasta algo distinto) en cada Estado miembro.

97. La *restitución* de un derecho de emisión no utilizado, fundada en que su atribución ha sido fruto de un error, inducido por su titular y no reparable por vía de la anulación registral (esto es, la restitución de que se trata en el proceso principal), es una consecuencia derivada de la Directiva 2003/87. Así se garantiza el correcto funcionamiento del sistema de comercio de derechos de emisión arbitrado por la Unión como instrumento clave de su política de protección del medio ambiente. Entiendo, por eso, que no le es aplicable el artículo 17 de la Carta, pues la restitución, en estas condiciones, no implica la expropiación de un bien ya integrado en el patrimonio del titular, sino la revocación del acto de asignación del derecho de emisión, a causa del incumplimiento de los requisitos a los que esa atribución debía ajustarse con arreglo a la Directiva 2003/87.

98. Por tanto, sugiero como respuesta a la segunda pregunta prejudicial, que los derechos de emisión asignados en incumplimiento de la Directiva 2003/87 no pueden calificarse de bienes incorporados al patrimonio de sus titulares, en cuanto a las garantías inherentes al derecho fundamental de propiedad reconocido por el artículo 17 de la Carta.

VI. Conclusión

99. En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) de Luxemburgo en los términos siguientes:

«1) 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, no se opone a una normativa nacional, como la aplicable en el proceso principal, que impone la obligación de restituir los derechos de emisión asignados a causa de un error, inducido por el titular de la instalación, cuando no era ya posible solicitar al Administrador Central del Registro la anulación de esa asignación, lo que corresponde determinar a la jurisdicción nacional.

2) Los derechos de emisión asignados en incumplimiento de las condiciones establecidas por la Directiva 2003/87 no pueden calificarse de bienes incorporados al patrimonio de sus titulares, a los efectos de las garantías inherentes al derecho fundamental de propiedad reconocido por el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»