

Noticias de la Unión Europea

SUMARIO

311 • diciembre 2010

MONOGRAFICO Comercio de emisión de CO₂

ESTUDIOS Y NOTAS

- 3 «La ONU y el cambio climático: de Kyoto a Bali»
por Adela M. Aura y Larios de Medrano
- 17 «Los instrumentos económicos del Protocolo de Kioto»
por Xabier Labandeira Villot y Xiral López Otero
- 25 «Plan Nacional de Asignación 2008-2012: Análisis del trato diferencial por tecnologías de generación eléctrica»
por Gonzalo Sáenz de Miera
- 37 «El comercio comunitario de derechos de emisión»
por M^a José Rovira Daudí
- 49 «Aspectos problemáticos del régimen sancionador del mercado de CO₂» *por Gabriel Domenech Pascual*
- 59 «El régimen español de comercio de derechos de emisión de dióxido de carbono y su instrumento de articulación»
por Isabel Rodríguez Martínez
- 75 «La contabilidad de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero al amparo de la Resolución del ICAC de 8 de febrero de 2006. Adaptación al PGC 2007»
por Ana Isabel Mateos Ansótegui
- 85 «La Bolsa de CO₂» *por Francisco Sogorb Mira*
- 97 «La fiscalidad de los derechos de emisión»
por Iñaki Bilbao Estrada y José Vicente Pedraza Bochóns
- 115 «El principio de igualdad en el mercado de emisiones: jurisdicción europea y jurisdicción interna (Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 16 de diciembre de 2008, As. C-127/07, Arcelor)» *por Iñigo Sanz Rubiales*

La revista Noticias de la Unión Europea agradece al Profesor D. Iñaki Bilbao Estrada su labor de coordinación en la preparación del presente número monográfico, que se corresponde con el Proyecto de Investigación SEJ 2007/61307 financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia

Aspectos problemáticos del régimen sancionador del mercado de CO₂

por Gabriel Doménech Pascual(*)

Profesor Titular de Derecho Administrativo Universitat de València

1. Introducción.
2. La vulneración del mandato de tipicidad.
3. La vulneración del principio de proporcionalidad.
4. Competencias sancionadoras atribuidas al Estado.
5. Principio de culpabilidad e imposibilidad de entregar los derechos.

1. Introducción

El presente trabajo versa sobre algunos puntos discutibles del régimen de sanciones previsto en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

La configuración del régimen sancionador del mercado de dióxido de carbono (CO₂) tiene una importancia de primer orden. De la adecuada tipificación de infracciones y sanciones, así como de la efectiva aplicación de las correspondientes normas en los casos previstos en la Ley, depende en buena medida su correcto funcionamiento. Es razonable pensar que las empresas que participan en él sólo cumplirán efectivamente las obligaciones que el legislador les impone (*v. gr.*, la de entregar a la Administración los derechos de emisión correspondientes a las emisiones efectuadas) si advierten que en caso de incumplimiento existe una probabilidad bastante de ser descubiertos y castigados con una sanción lo suficientemente grave.

Es por ello que las sanciones previstas por el legislador deben ser lo suficientemente intensas, a fin de disuadir a los ciudadanos de infringir las disposiciones legales. Pero es igualmente muy importante que tanto el legislador, al establecer las infracciones y las sanciones, como la Administración, al aplicar estas últimas en los casos legalmente establecidos, respeten los principios constitucionales que deben informar el ejercicio de

la potestad sancionadora. Y ello no sólo por el dato puramente formal de que la Constitución española es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, a la que debe ajustarse siempre y en todo momento la actuación de cualesquiera poderes públicos, sino también por razones de interés práctico.

Téngase en cuenta, en primer lugar, que la sancionadora es, seguramente, la más peligrosa de las potestades administrativas. Viene a ser algo así como un medicamento, que si no se utiliza en la dosis adecuada y observando determinadas instrucciones —fundamentalmente, las previstas en la Constitución— resulta nociva, contraproducente.

También hay que tener muy presente, en segundo término, que si las sanciones previstas por el legislador e impuestas por la Administración vulneran la Constitución española, muy probablemente terminarán siendo anuladas por los Tribunales, perdiendo, por consiguiente, todo su poder disuasorio.

Decimos todo esto porque el régimen sancionador previsto en la Ley 1/2005 suscita dudas acerca de la conformidad con la Constitución en varios puntos, a saber: la falta de correspondencia precisa

entre las infracciones y las sanciones seguramente contraviene el mandato de tipicidad; el cierre de las instalaciones que cabe imponer, como sanción o como medida cautelar, por la comisión de infracciones graves resulta desproporcionado; y su artículo 35, en cuanto que atribuye al Estado la potestad de castigar determinadas infracciones, supone una invasión de las competencias ejecutivas que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, corresponden a las Comunidades Autónomas.

La principal causa de estas deficiencias de la Ley 1/2005 seguramente radique en la precipitación con la que se traspuso la Directiva 2003/87/CE (1). Apremiado por los breves plazos establecidos en esta norma comunitaria, el legislador español tuvo la desafortunada ocurrencia de copiar acríticamente el régimen sancionador establecido en otras normas medioambientales, en concreto, en la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación. Ello ha provocado, de un lado, que algunos de los eventuales defectos que padecían esas otras normas hayan sido arrastrados hasta la Ley del mercado de CO₂. De otro lado, el legislador no ha tenido en cuenta que algunas de las sanciones y medidas previstas en esa Ley 16/2002 carecen de sentido y resultan desproporcionadas cuando se trata simplemente de controlar las emisiones de CO₂.

2. La vulneración del mandato de tipicidad

2.1. El legislador debe tipificar las infracciones, las sanciones y su recíproca correlación

El artículo 25.1 de la Constitución española consagra el principio de legalidad

(*) Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, "La fiscalidad de los derechos de emisión" con referencia SEJ 2007-61307, cuyo investigador principal es Iñaki Bilbao Estrada, y en el Proyecto financiado por el BSCH —Tributación del comercio de derechos de emisión y de su problemática legal y contable—, con referencia USP-BSCH-04/08.

(1) 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 materia sancionadora: *"nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este principio de legalidad encierra dos garantías para los ciudadanos (2). La primera es la reserva de Ley: debe ser el legislador, mediante una norma con rango de Ley aprobada por el Parlamento, el que defina las conductas constitutivas de infracciones y las sanciones que cabe imponer por la comisión de tales infracciones. No cabe castigar a un ciudadano por la realización de una conducta que no ha sido descrita por la Ley como una infracción, ni tampoco imponerle una sanción que carece de cobertura legal.

La segunda es la que ahora interesa analizar. Se trata del llamado mandato de tipicidad. El legislador debe definir con precisión las infracciones, las sanciones y su recíproca correspondencia. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en una reiterada jurisprudencia, este mandato *"se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones"* (3). La finalidad perseguida por el mandato de tipicidad es doble. Por un lado, se busca que los ciudadanos puedan saber a qué atenerse, y calcular cuáles pueden ser las consecuencias negativas de sus conductas, para así evitar aquellas que son ilícitas y realizar las que están permitidas por el ordenamiento jurídico. Se persigue que la norma punitiva permita *"predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa"* (4). Por otro lado, se trata también de evitar que el órgano administrativo o judicial encargado de aplicar la norma sancionadora disponga de un margen de maniobra demasiado amplio para ello, pues esa amplitud constituye una fuente de posibles arbitrariedades y abusos.

A estos efectos, no basta con determinar con precisión qué conductas tienen la consideración de infracciones y qué

sanciones cabe imponer, sino también la correlación existente entre unas y otras, es decir, qué sanciones corresponden a cada una de las infracciones. Como ha señalado el Tribunal Supremo, *"no sólo debe figurar en la Ley la definición de los ilícitos y de las sanciones sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas"* (5). Según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, la Ley debe predeterminar *"suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras"* (6); la *"norma tipificante"* debe efectuar una *"precisa determinación de la correspondencia entre infracciones y sanciones"* (7). Y es que sólo entonces podrán los ciudadanos calcular las consecuencias negativas de sus comportamientos y se evitará que los órganos administrativos gocen de una excesiva discrecionalidad para ejercer su poder sancionador.

2.2. La Ley 1/2005 no precisa suficientemente la correlación existente entre las infracciones y las sanciones

Pues bien, el problema es que la Ley 1/2005, al igual que otras Leyes medioambientales, como la del ruido o la de prevención y control integrados de la contaminación, a las cuales se ha copiado en este punto, aunque define de manera aceptablemente detallada tanto las conductas que constituyen infracciones sancionables como las sanciones que cabe imponer por realizar tales conductas, no determina con la suficiente precisión la correlación que debe existir entre unas y otras, al dejar un excesivo margen de discrecionalidad a la Administración para escoger la sanción o las sanciones a imponer en cada caso, lo que engendra una enorme inseguridad jurídica

y constituye una fuente de posibles arbitrariedades.

La cuestión se plantea especialmente en relación con el artículo 30.a) de la Ley 1/2005, que establece que las infracciones calificadas como muy graves darán lugar a la imposición de todas o alguna de las siguientes sanciones:

1.º *Multa desde 50.001 hasta dos millones de euros.*

2.º *Clausura temporal, total o parcial, de las instalaciones por un período máximo de dos años.*

3.º *Inhabilitación para el ejercicio de las funciones de administrador fiduciario por un período no superior a dos años.*

4.º *Extinción de la autorización o suspensión de ésta por un período máximo de dos años.*

5.º *En los supuestos [de no entrega de los correspondientes derechos de emisión a la Administración], multa de 100 euros por cada tonelada emitida en exceso y la publicación, a través de los medios que la autoridad competente considere oportunos, de las sanciones impuestas una vez que éstas hayan adquirido firmeza, así como los nombres, apellidos o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables y la índole de las infracciones"*.

El artículo 30.b) del texto legal dispone una regulación muy semejante para las infracciones graves, aunque aquí el abanico de posibilidades entre las cuales puede escoger la Administración es más limitado: sólo cabe escoger entre una multa desde 10.001 hasta 50.000 euros o la suspensión de la autorización por un período máximo de un año. Además, la posibilidad de optar desaparece cuando el infractor haya subsanado la infracción por propia iniciativa, pues en este caso sólo cabe la multa.

Nótese, en cualquier caso, que el margen de elección que la Ley deja a

(2) *Vid.*, por ejemplo, las SSTC 42/1987 (FJ 2), 305/1993 (FJ 3), 341/1993 (FJ 10), 53/1994 (FJ 4), 25/2002 (FJ 4) y 113/2002 (FJ 3).

(3) *Vid.*, entre otras, la STC 229/2008 (FJ 2).

(4) *Vid.*, entre otras, las SSTC 116/1993 (FJ 3) y 100/2003 (FJ 3).

(5) STS de 9 de noviembre de 1993.

(6) STC 113/2002 (FJ 6).

(7) *Vid.*, entre otras, las SSTC 207/1990 (FJ 3) y 100/2003 (FJ 4).

la Administración es excesivamente amplio, sobre todo en el caso de las infracciones graves. El legislador contempla la posibilidad de imponer todas o sólo una de las sanciones previstas, sin precisar en qué casos hay que escoger una, varias o todas. Y existe una diferencia abismal entre castigar simplemente con una multa de 50.001 euros o castigar con una multa de 2 millones de euros y, además, con la clausura de las instalaciones por un periodo de dos años. Adviértase que entre 50.000 y 2 millones existe una relación de 1 a 40. ¿Qué diríamos de una Ley penal que castigara los delitos graves con una pena de 1 a 40 años de prisión? El legislador debía haberse esforzado en determinar con mayor precisión qué sanciones debía imponer por la comisión de cada una de las infracciones consideradas muy graves. La excesiva indeterminación de la Ley 1/2005 vulnera el mandato constitucional de tipicidad. Esa es nuestra opinión. Y esa viene a ser también la opinión que autores como REBOLLO PUIG han manifestado en relación con la regulación, muy semejante, que contienen otras Leyes, como la del ruido (8).

2.3. La insuficiente determinación de algunas sanciones

La inseguridad que provoca la imprecisa correspondencia existente entre las infracciones y las sanciones se agrava por la indeterminación y vaguedad con la que están definidas algunas sanciones. Así, por ejemplo, se contempla la clausura total o parcial de las instalaciones, pero no se precisa cuáles son en cada caso las instalaciones o partes de las mismas que deben ser clausuradas. Y, como ya sabemos, la horquilla en la que se pueden mover las multas por la comisión de infracciones muy graves es demasiado amplia: entre 50.001 y 2 millones de euros hay una diferencia abismal.

La Ley 1/2005 establece, ciertamente, algunos criterios que deben tenerse en cuenta para la determinación de las

sanciones procedentes en cada caso: existencia de intencionalidad; reincidencia por comisión de más de una infracción tipificada en la Ley 1/2005; beneficio obtenido por la comisión de la infracción; diferencia entre las emisiones reales y las notificadas. Pero el problema es que estos criterios apenas reducen el margen de que dispone la Administración para elegir en cada caso la sanción procedente, pues la Ley no determina ni cuantifica cómo operan los mismos. No se especifica cómo hay que tener en cuenta estos criterios para precisar la sanción pertinente en cada caso.

3. La vulneración del principio de proporcionalidad

El 8 de septiembre de 2005 pudimos leer en los periódicos que la Consejería de Territorio de la Generalidad Valenciana había ordenado la *"clausura con carácter cautelar de tres empresas por incumplir el Protocolo de Kioto [sic], al no disponer de la autorización para la emisión de gases de efecto invernadero"* (9).

La Generalidad Valenciana estaba aplicando, de esta manera, la Ley 1/2005, que, además de contemplar la posibilidad de castigar cualquiera de las infracciones muy graves tipificadas en esta Ley con la *"clausura temporal, total o parcial, de las instalaciones por un período máximo de dos años"* y/o con la *"extinción de la autorización o suspensión de ésta por un período máximo de dos años"* (10), establece que *"cuando se haya iniciado un pro-*

cedimiento sancionador por infracción muy grave... y si fuera necesario para asegurar la eficacia de la resolución, el órgano competente para sancionar podrá acordar... la clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones", el *"precintado de aparatos o equipos"* y/o la *"suspensión temporal de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero"* (11). Nuestra opinión es que cerrar una empresa por haber infringido dicha Ley resulta desproporcionado en cualquier caso.

3.1. El contenido del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, según la jurisprudencia de nuestros más altos Tribunales, exige que las actuaciones públicas restrictivas de los derechos constitucionales de los ciudadanos sean: útiles para satisfacer un fin constitucionalmente legítimo; necesarias, de modo que se escoja de entre las medidas útiles la menos restrictiva; y no excesivas, de manera que sus beneficios superen a los costes que las mismas implican (12). El principio de proporcionalidad prohíbe, por así decirlo, matar gorriones a cañonazos.

Ninguna duda cabe de que la clausura de una empresa debería respetar este principio constitucional. De un lado, porque esta medida supone una restricción –notablemente intensa– de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución. De otro lado, porque del artículo 25.1 CE se deriva, según la STC 136/1999, el derecho fundamental a no ser castigado con sanciones desproporcionadas.

(8) Manuel REBOLLO PUIG, "Inspección y régimen sancionador", en *Comentario a la Ley del ruido: Ley 37/2003, de 17 de noviembre*, coord. Blanca Lozano Cutanda, Civitas, Madrid, 2004, p. 362 y ss.

(9) Vid. El País (edición Comunidad Valenciana) y El Mundo, de 8 de septiembre de 2005.

(10) Vid., respectivamente, los números 2 y 4 del artículo 30.a) de la Ley 1/2005. Repárese en que el cierre de las instalaciones y la extinción o suspensión de la referida autorización producen el mismo efecto. Como advierte Manuel REBOLLO PUIG, "El contenido de las sanciones", *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, 2001, p. 189, la sanción de cierre comporta que, durante el periodo de cierre, las autorizaciones que permiten tener abierto y en funcionamiento el local pierden su eficacia. Y viceversa, las "revocaciones, retiradas o suspensiones de las licencias o autorizaciones que permiten tener abierto y en funcionamiento un establecimiento no son más que una forma de imponer la sanción de cierre".

(11) Vid., respectivamente, los apartados a), b) y c) del artículo 34 de la Ley 1/2005. La observación que se ha hecho en la anterior nota al pie puede reproducirse, *mutatis mutandi*, en ésta.

(12) Vid., por todos, Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPCE, Madrid, 2007.

Interesa señalar que el principio de proporcionalidad no sólo constituye un límite para el legislador, que no puede, por tanto, contemplar sanciones o medidas cautelares desproporcionadas, sino también para la Administración, que ha de escoger entre el abanico de sanciones y medidas previstas por la Ley aquellas que resulten proporcionadas a las circunstancias de cada caso, y desechar las proporcionadas.

E interesa señalar, igualmente, que si bien es cierto que los Tribunales deben reconocer al legislador y a la Administración un cierto margen de apreciación a la hora de juzgar la proporcionalidad de las medidas que adopten, dada la dificultad de cuantificar los costes y beneficios sociales derivados de las mismas, ese margen no es infinito. Hay casos en los que la desproporción resulta evidente. Así, por ejemplo, cuando el legislador ha conminado una infracción igual de grave que otra con una sanción de mucha mayor gravedad. O cuando ha previsto para un ilícito idéntica sanción que la contemplada para otro mucho más grave.

3.2. La causa propiciadora de la inconstitucionalidad

La causa de las desproporciones que vamos a analizar seguidamente radica en que la Ley del mercado de CO₂ ha copiado el régimen sancionador y cautelar previsto en la Ley 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación, sin tener en cuenta que las finalidades perseguidas por ambos cuerpos legales son muy distintas.

La contaminación que la Ley 16/2002 trata de prevenir y controlar, y que cada una de las instalaciones sujetas a su ámbito de aplicación puede engendrar, es capaz, cuando supera ciertos niveles, de dañar seriamente el medio ambiente y poner en grave peligro la salud humana. La violación de sus preceptos por parte de un empresario, en consecuencia, puede crear un riesgo serio de que se ocasionen importantes daños ambientales y/o sanitarios.

La función de la Ley 1/2005 es muy diferente. Aquí se trata de controlar

tan sólo las emisiones de CO₂ a fin de intentar frenar el cambio climático. Y lo que debe destacarse es que el peligro medioambiental que se combate sólo se hace relevante como consecuencia de la acumulación de las emisiones producidas por millones de emisores a lo largo de muchos años. Es decir, el riesgo que para la salud humana y el medio ambiente suponen las emisiones de CO₂ procedentes de una o incluso de varias instalaciones resulta prácticamente insignificante. Es más, el legislador permite a los titulares de las mismas emitir en principio cuantas toneladas de este gas deseen (13), siempre que entreguen a la Administración los derechos de emisión equivalentes, previa su adquisición en el mercado, si no bastaran los que el Gobierno les hubiera asignado gratuitamente. Es decir, los titulares pueden contaminar cuanto quieran, siempre y cuando paguen por ello. La función de estas normas es simplemente internalizar los costes ambientales de las emisiones de dióxido de carbono, con el fin de lograr una cierta reducción de las mismas con el menor coste económico posible.

La Ley 1/2005 viene a cumplir, pues, una función equivalente a la de una disposición legal que gravase con un tributo ambiental las emisiones de CO₂. El objetivo perseguido es en ambos casos desincentivarlas económicamente. La obligación impuesta a las empresas de entregar a la Administración los correspondientes derechos de emisión encaja perfectamente, lo mismo que cualquier tributo, en el concepto de "prestación patrimonial de carácter público" a que se refiere el artículo 31.3 de la Constitución. La peculiaridad es que el "tipo de gravamen" lo fija el mercado, y que las "cantidades recaudadas" no las ingresa la Administración, sino los "contribuyentes" que reducen en

mayor medida sus emisiones y venden los derechos que les "sobran" (14).

3.3. La desproporción de la sanción de cierre

Es por ello que no está justificado sancionar con el cierre a la empresa que incurre en cualquiera de las infracciones previstas en la Ley 1/2005, ninguna de las cuales reviste la entidad suficiente como para merecer semejante castigo. Podemos aducir cuatro argumentos al respecto.

El primero es que la Ley 1/2005 contempla el cierre para infracciones que revisten una gravedad muy inferior a las castigadas con la misma sanción por la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. A nosotros nos parece que ejercer una actividad sin la preceptiva autorización ambiental integrada, causando daños ambientales o poniendo en peligro la salud de las personas, constituye un ilícito socialmente más ofensivo que ejercer una actividad sin la autorización de emisión de gases de efecto invernadero. Y ello por la sencilla razón de que en el primer caso se está engendrando un riesgo o incluso un daño para la salud humana y el medio ambiente mucho más concreto, cierto y agudo que en el segundo. Nótese que allí se genera el peligro de que la instalación produzca un nivel de contaminación intrínsecamente intolerable, excesivamente perjudicial o riesgoso para dichos bienes jurídicos protegidos, mientras que aquí la contaminación que la instalación puede producir no es *per se* intolerable, hasta el punto de que el titular puede emitir cuantas toneladas de CO₂ guste, siempre que compre y entregue los correspondientes derechos.

(13) A tal efecto, la Disposición Final 2ª de la Ley 1/2005 introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 22 de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, en el que se dispone que "en el caso de instalaciones sujetas a la Ley por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, la autorización [ambiental integrada] no incluirá valores límite para las emisiones directas de tales gases, a menos que sea necesario para garantizar que no se provoque contaminación local significativa" [lo cual muy difícilmente ocurrirá].

(14) Vid. Adela Aura y Larios de Medrano/Iñaki Bilbao Estrada/Joaquín J. Marco Marco, "Problemática de la incorporación al ordenamiento español de prestaciones patrimoniales públicas creadas por el Derecho comunitario: especial referencia a la obligación de entrega de derechos de emisión de CO₂", *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, 27, 2007.

El segundo argumento es que la Ley del mercado de CO₂, en un nuevo ejercicio de incoherencia y exceso, castiga determinadas conductas con una sanción mucho más grave que la prevista por otras Leyes para infracciones que revisten una gravedad equiparable. Como ya hemos señalado, la obligación de entregar a la Administración esos derechos cumple una función equivalente a la de un tributo ambiental. Su naturaleza y su finalidad son las mismas. Y la gravedad de su incumplimiento, también. Pues bien, ¿dónde se ha visto que se castigue con el cierre de su empresa al empresario que deja de pagar un tributo, por muy ambiental que éste sea? Esto resulta sencillamente inadmisibles.

El tercer argumento es de Derecho comparado. En la legislación de otros Estados miembros de la Unión Europea no se contempla la clausura de las instalaciones entre las sanciones que cabe imponer en este ámbito.

En cuarto y último lugar, debe llamarse la atención sobre los desmesurados costes sociales que implica esta sanción de cierre. A diferencia de la multa, que en principio sólo supone un desplazamiento patrimonial de un sujeto a otro (la empresa infractora pierde un dinero que va a parar a la Administración), la clausura conlleva una destrucción de riqueza social, así como la producción de unos demoletores efectos negativos para terceros inocentes, en especial para los proveedores, los acreedores y, sobre todo, los trabajadores de la empresa.

3.4. La desproporción del cierre cautelar

Tampoco es proporcionado el cierre si se impone con carácter cautelar, provisional, mientras dura el procedimiento sancionador. La Ley 1/2005 permite adoptar medidas cautelares encaminadas a neutralizar el peligro de que algún hecho sobrevenido durante la tramitación del procedimiento sancionador convierta en ineficaz la resolución que ponga fin al mismo.

Imaginemos que el procedimiento termina con la imposición de la obligación de pagar una multa y de entregar un determinado número de derechos de emisión. Es claro que existe el peligro de que esta obligación devenga ineficaz, de que no pueda cumplirse, por hechos acaecidos durante el procedimiento –imaginemos, por ejemplo, que el obligado se vuelve insolvente–. Ahora bien, la clausura temporal de las instalaciones constituye una cautela del todo inútil, y por lo tanto desproporcionada, para enervar ese peligro. Es más, se trata de una medida contraproducente, por cuanto normalmente agravará la situación económica del responsable y, en consecuencia, el riesgo de que éste no pueda pagar las eventuales multas ni adquirir los correspondientes derechos de emisión para luego entregárselos a la Administración.

Imaginemos que el procedimiento termina con una sanción de cierre. Es claro que no hace falta asegurar la eficacia de esta sanción con el cierre cautelar, que, por consiguiente, también en este caso es inútil, porque va de suyo que la Administración siempre podrá cerrar una empresa que está en funcionamiento.

3.5. Consecuencias de la desproporción

Las consecuencias son claras. La Administración, a la hora de elegir entre el amplio abanico de sanciones y medidas cautelares que la Ley 1/2005 pone a su disposición, deberá abstenerse de ordenar la clausura de las instalaciones.

Si la Administración, pese a todo, ordena el cierre cautelar, los interesados podrán impugnarlo a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativo previstos en nuestra legislación.

Y si la Administración impone la sanción de cierre, lesionará el derecho

fundamental reconocido en el artículo 25.1 CE. Ello implica que el correspondiente acto administrativo, además de impugnabile a través de los recursos ordinarios, podrá ser revisado y declarado nulo de pleno derecho, de oficio o a solicitud de interesado, en cualquier momento (15), y recurrido ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa a través del procedimiento especial, sumario y preferente para la protección de los derechos fundamentales.

En cualquiera de los dos supuestos, la Administración quedará obligada a indemnizar a los interesados por los daños que la ejecución de las sanciones o las medidas cautelares les haya podido causar.

4. Competencias sancionadoras atribuidas al Estado

El artículo 35 de la Ley 1/2005 atribuye a las Comunidades la potestad de sancionar las infracciones previstas por esta disposición legal, salvo en dos supuestos, en los que la competencia se otorga a la Administración estatal, en concreto al Consejo de Ministros:

- a) Cuando se ha ocultado o alterado intencionadamente la información que las empresas deben acompañar a la solicitud dirigida al Ministerio de Medio Ambiente para que se les asignen los derechos de emisión.
- b) Cuando se ha incumplido la obligación de entregar a la Administración estatal los derechos de emisión correspondientes a las emisiones verificadas.

La conformidad de este precepto con el orden constitucional es dudosa, en la medida en que otorga al Estado una competencia ejecutiva en materia de protección ambiental que, según la Constitución española y los Estatutos de Autonomía, parece corresponder a las Comunidades Autónomas.

(15) Vid. los artículos 62.1.a) y 102.1 de la Ley 30/1992.

4.1. Respecto del mercado de derechos de emisión de CO₂, el Estado sólo es competente para establecer las bases legislativas

En efecto, debe señalarse que, en esta materia del mercado de derechos de emisión de CO₂, el Estado sólo es competente para establecer la legislación básica. Así lo reconoce explícitamente la Disposición Final segunda de la propia Ley 1/2005, que dice haber sido dictada "al amparo de las competencias exclusivas del Estado previstas en el artículo 140.1.13.^a y 23.^a de la Constitución, en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y de legislación básica sobre protección del medio ambiente...".

Es claro, por lo tanto, que en virtud de estos preceptos constitucionales y de los correspondientes preceptos estatutarios, a las Comunidades Autónomas corresponde la competencia para desarrollar normativamente la legislación básica estatal y aplicarla a través de medidas ejecutivas. Y ninguna duda cabe que la imposición de sanciones por la infracción de las normas que regulan el mercado de CO₂ es una medida ejecutiva.

4.2. La competencia para establecer la legislación básica sólo excepcionalmente permite adoptar medidas ejecutivas

Según una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando la Constitución de 1978 atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer la legislación básica sobre una determinada materia, como aquí es el caso, la regla general es que el Estado, en dicho ámbito, sólo puede dictar Leyes o, a lo sumo, normas jurídicas de carácter reglamentario, pero no actos administrativos de carácter singular, tales como, por ejemplo, sanciones. La emanación de estos actos administrativos entraría dentro de las

potestades ejecutivas de las Comunidades Autónomas.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha reconocido algunas excepciones a esta regla general, pero no creemos que la atribución al Estado de la potestad sancionadora en el mercado de CO₂ encaje en ninguna de ellas. El Alto Tribunal ha estimado que el Estado puede adoptar medidas ejecutivas al amparo de su competencia para establecer las bases de una materia, por ejemplo en el ámbito de la protección del medio ambiente, pero sólo en casos "muy limitados y excepcionales" (16).

En palabras de la STC 194/2004 (FJ 7), sólo cabe hacer una excepción cuando, por la naturaleza de la materia, resulte necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases: sólo "cuando la aplicación por las Comunidades Autónomas de las medidas de que se trate no garantice de modo suficiente la preservación de la norma básica, esto es, su efectividad homogénea en el conjunto del territorio nacional". Es decir, el establecimiento por parte del Estado de las bases de la materia persigue que en todo el territorio nacional exista un mínimo denominador común normativo, una cierta homogeneidad jurídica, que no uniformidad absoluta. Y sólo si resulta absolutamente necesario para preservar esa mínima homogeneidad, puede el Estado dictar actos de carácter ejecutivo. En concreto, el Tribunal Constitucional ha precisado dos supuestos en los que puede resultar necesario.

En primer lugar, "en aquellos casos excepcionales en que la intervención separada de las diversas Comunidades Autónomas no permitiera salvaguardar la eficacia de las medidas a tomar, y resulte necesaria una decisión unitaria del Estado a causa de poderosas razones de seguridad y grave y urgente necesidad... [a fin de] evitar daños irreparables" (17).

En segundo lugar, cuando se trata de un problema de carácter supraautonómico, es decir, que afecte a varias Comunidades Autónomas, y "no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas", o "cuando además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación y, por ello, requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, y cuando sea necesario recurrir a un ente supraordenado con capacidad de armonizar intereses contrapuestos de" los diversos territorios (18).

La Ley 1/2005 otorga al Estado algunas potestades ejecutivas relativas al mercado de CO₂ que pueden considerarse constitucionalmente lícitas, a la luz de la jurisprudencia constitucional expuesta. Se trata de las competencias para: a) autorizar la agrupación de instalaciones, que normalmente se hallarán en el territorio de Comunidades Autónomas distintas; b) aprobar el Plan Nacional de asignación de derechos de emisión; c) asignar individualizadamente los derechos de emisión, "en la medida en que —como señala el Preámbulo de la propia Ley 1/2005— resulta necesario garantizar el ajuste de la suma global de los derechos asignados a cada instalación con la cantidad total de derechos que corresponde al Estado español, así como la aplicación homogénea de la fórmula de reparto de derechos contenida en el plan, mediante una idéntica interpretación de sus variables, con independencia de la ubicación territorial de la instalación"; y d) gestionar el Registro Nacional de Derechos de Emisión, en la medida en que resulta manifiestamente inviable para el correcto funcionamiento del mercado de CO₂ que existan 17 Registros, uno por cada Comunidad Autónoma.

(16) En palabras del voto particular formulado por el Magistrado RUBIO LLORENTE a la STC 25/1983.

(17) STC 329/1993 (FJ 4).

(18) STC 102/1995 (FJ 8).

4.3. ¿Es necesario atribuir la potestad sancionadora al Estado para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de emisión de CO₂?

Sin embargo, cabe poner en duda que la atribución a la Administración estatal de potestades sancionadoras en este ámbito cuente con una justificación suficiente. Es muy significativo que el Preámbulo de la Ley 1/2005 haya tratado de razonar explícita y detenidamente por qué el Estado puede, en virtud de su competencia para establecer las bases de la materia, autorizar la agrupación de instalaciones, aprobar el Plan Nacional de asignación, efectuar las asignaciones y gestionar el Registro Nacional pero, en cambio, haya soslayado cualquier explicación acerca de por qué le corresponde castigar las referidas infracciones.

El que las Comunidades Autónomas castiguen el incumplimiento de la obligación de entregar a la Administración estatal los correspondientes derechos de emisión o el ocultamiento o el falseamiento de la información contenida en las solicitudes de asignación de derechos de emisión no pone en peligro el correcto funcionamiento del mercado de CO₂. No se aprecia por ningún lado la concurrencia de los supuestos excepcionales, de urgente y extraordinaria necesidad, o de incapacidad de las Comunidades para asegurar la aplicación homogénea de la normativa básica, que justifiquen atribuir al Estado semejante potestad sancionadora.

Más dudas presenta el caso en el que el infractor de la obligación de entregar los derechos de emisión es una agrupación de instalaciones, que pueden estar localizadas en el territorio de varias Comunidades Autónomas. Pero tampoco creemos que entonces, a la luz de la jurisprudencia constitucional, resulte justificado atribuir al Estado el poder sancionador, porque en estos casos es razonable y perfectamente viable que dicho poder se otorgue a la Comunidad Autónoma en la que tenga

su domicilio el administrador fiduciario, pues éste es el responsable directo del pago de la sanción pecuniaria que pudiera imponerse (art. 31.l de la Ley 1/2005). Y si deben responder subsidiariamente los titulares de las instalaciones agrupadas, por resultar insolvente el administrador fiduciario, es perfectamente viable que el cobro de la deuda pueda exigirse con la colaboración de las Administraciones autonómicas implicadas, si fuere necesario.

SANZ RUBIALES considera, sin embargo, que en cualquiera de los dos supuestos mencionados respectivamente por los apartados a) y b) del artículo 35 de la Ley 1/2005 es razonable que la competencia sancionadora, accesoria de la sustantiva, corresponda a los mismos Órganos que tienen que comprobar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley (19). Coincidimos en que pudiera ser razonable, porque la Administración estatal está mejor colocada que las autonómicas para constatar que se ha producido la correspondiente infracción e instruir el procedimiento sancionador con un coste menor. La solución contraria requeriría que la primera transmitiera la información relevante a las segundas, lo que, cuando menos, retrasaría y encarecería la tramitación del procedimiento sancionador, amén de aumentar el riesgo de divergencias en la interpretación y aplicación de la Ley. El problema es que, hasta la fecha, una razón como ésta no ha sido contemplada por la jurisprudencia constitucional como una de las que pueden excepcionar la regla general de la competencia ejecutiva de las Comu-

nidades Autónomas en una materia en la que el Estado sólo puede dictar la legislación básica.

El Tribunal Constitucional ha utilizado alguna vez el criterio de la "accesoriedad" o "conexión" con el fin de deslindar competencias en materia ambiental entre el Estado y las Comunidades Autónomas, declarando que el titular de la competencia digamos "principal" lo es también de la "accesoria". Debe notarse, sin embargo, que en esos casos la conexión era mucho más estrecha que en el presente caso.

En efecto, las SSTC 13/1998 y 101/2006 declararon que el Estado era competente para efectuar la evaluación de impacto ambiental respecto de proyectos de titularidad estatal, porque aquélla resultaba atraída por la "competencia estatal sustantiva" relativa a dichos proyectos. Pero hay que subrayar que dicha evaluación es una valoración no vinculante que se inserta en el procedimiento de aprobación de un proyecto estatal. Es una más de las actuaciones y valoraciones que deben llevarse a cabo en ese procedimiento antes de resolver. Y tampoco resulta descabellado sostener, como hace el Tribunal Constitucional, que a la Administración competente para aprobar un proyecto corresponde ineluctablemente también la competencia para tramitar el procedimiento y ponderar todos los intereses afectados, entre ellos los ambientales, máxime cuando existen mecanismos de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas que permiten al primero tener en cuenta los puntos de vista de las segundas (20). El mero hecho de que

(19) Íñigo SANZ RUBIALES, *El mercado de derechos a contaminar*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 276.
 (20) De todos modos, esta jurisprudencia ha recibido fuertes críticas. Vid. Estanislao ARANA GARCÍA, "Aspectos competenciales de la evaluación de impacto ambiental", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 162, 1998, p. 151 y ss.; Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN/Blanca SORO MATEO, *La articulación del ordenamiento jurídico ambiental en el Estado autonómico*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 167 y 168; Demetrio LOPERENA ROTA/Javier ECEIZABARRENA SÁENZ, "Reciente jurisprudencia constitucional sobre medio ambiente", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, t. IV, 1998, p. 26 y ss.; José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ, "Declaración de impacto ambiental y Comunidades Autónomas", en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, t. III, p. 3553 y ss.; Diego VERA JURADO, "La evaluación de impacto ambiental y las competencias ejecutivas en materia de medio ambiente: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RAP*, 148, 1999, p. 191 y ss. A favor de la solución a la que llega el Tribunal Constitucional, si bien con alguna discrepancia en cuanto a la argumentación utilizada, vid. Jorge AGUDO GONZÁLEZ, "Evaluación de impacto ambiental: problemas jurídicos", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 176, 2000, p. 82 y ss.; Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *Instituciones de Derecho ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, p. 444 y ss.; Jesús JORDANO FRAGA, "Integración y desintegración en la construcción del federalismo ambiental: la STC 13/1998, de 22 de enero, o la razonable afirmación de competencias

el Estado pondere en su actuación los intereses que corresponde gestionar a otras Administraciones no supone una invasión de las competencias de éstas. Al contrario, como dice el artículo 4.1.b) de la Ley 30/1992, las Administraciones públicas, de acuerdo con el principio de lealtad institucional, deberán “ponderar en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones”. Téngase en cuenta, además, que aquí no se está privando a las Comunidades Autónomas de tomar una decisión imperativa, y que las mismas siguen teniendo la posibilidad, en el seno del procedimiento tramitado por el Estado, de manifestar su valoración acerca de los aspectos ambientales del proyecto.

El caso que nos ocupa es bien diferente: aquí se trata de ejercer dos potestades administrativas distintas (v. gr., la de asignar derechos de emisión a determinados sujetos y la de sancionar a los infractores) en procedimientos diferentes e independientes. Y al asignar la potestad sancionadora al Estado sí se está privando a las Comunidades Autónomas de un poder de decisión que en principio debería corresponderles.

5. Principio de culpabilidad e imposibilidad de entregar los derechos

La Ley 1/2005 tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de la obligación de entregar, antes del 30 de abril de cada año, un número de derechos de emisión equivalente a las emisiones verificadas correspondientes al año anterior (art. 29.2.e). En este caso, se impondrá al responsable una “multa de 100 euros por cada tonelada emitida en exceso y [se ordenará] la publicación, a través de los medios que la autoridad competente considere oportunos, de las sanciones impuestas una vez que éstas hayan adquirido firmeza, así como los nombres, apellidos o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables y la índole de

las infracciones. El pago de la multa no eximirá al titular de entregar una cantidad de derechos de emisión equivalente a la de las emisiones en exceso, en el momento de entregar los derechos de emisión correspondientes al año natural siguiente al de comisión de la infracción” (art. 30.a.5) (21).

El problema es que pudiera darse el caso de que a finales de abril no hubiese en el mercado derechos suficientes que permitiesen el cumplimiento de la obligación de entrega. Exigir el cumplimiento de esta obligación supondría entonces una quiebra de la máxima expresada en el brocardo *ad impossibilia nemo tenetur* y recogida en el artículo 1184 del Código civil: “quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”. Sancionar en tal caso el incumplimiento constituiría una infracción del principio de culpabilidad, que rige no sólo en el Derecho penal, sino también en el ámbito de las sanciones administrativas, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional (22).

Es, sin embargo, altamente improbable que semejante situación pueda darse, en primer lugar, porque aunque en un sistema de “cap and trade”, como el instaurado por la citada Directiva, el número total de derechos de emisión existentes –que se corresponde, en principio, con la cantidad total de toneladas de CO₂ que es lícito emitir– está limitado, cabe la posibilidad de flexibilizar el límite e incrementar el número total de derechos mediante los llamados mecanismos de desarrollo limpio y los proyectos de aplicación conjunta. La pega es que esta generación de nuevos derechos requiere un tiempo y puede no haberse producido a tiempo para el cumplimiento de la obligación de entrega.

En segundo lugar, es realmente difícil demostrar que no existan en el

mercado derechos de emisión susceptibles de ser comprados y entregados. Para ello el interesado debería acreditar que el 30 de abril del año correspondiente ya se han entregado todos los derechos expedidos hasta entonces por los Estados miembros de la Unión Europea, así como todos los derechos adicionales engendrados mediante aquellos mecanismos y proyectos. Esto es extraordinariamente improbable que ocurra en los años en los que no finaliza el periodo de vigencia de cada plan (v. gr., 2008, 2009, 2010 y 2011), por cuanto en marzo y abril de esos años las empresas afectadas pueden contar no sólo con los derechos asignados gratuitamente y expedidos para los años anteriores, sino también con los derechos expedidos para el año en curso, que no es obligatorio entregar hasta el año siguiente. La explicación es que los derechos de emisión procedentes de la asignación gratuita que se reparten anualmente a las empresas deben haber sido expedidos por la Administración antes del 28 de febrero de cada año (art. 26.2 de la Ley 1/2005), mientras que los derechos correspondientes a las emisiones producidas durante ese año deben entregarse antes del 30 de abril del año siguiente.

Imaginemos, con todo, que el día 30 de abril no existen en el mercado derechos de emisión susceptibles de ser comprados y entregados a la Administración. Ello no nos obliga a entender, sin embargo, que haya resultado imposible para la empresa afectada el cumplimiento de su obligación de entrega. La razón es bien sencilla: la empresas disponen de varios meses para comprar los derechos que luego habrán de entregar. En efecto, a lo largo de cada año considerado, éstas ya pueden efectuar estimaciones razonablemente fiables acerca de cuáles serán sus emisiones durante ese lapso

«ejecutivas» en «materia ambiental» fuera de las anomalías», REDA, 101, 1999, p. 105 y ss.; Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Evaluación de impacto ambiental de proyectos del Estado”, RAP, 160, 2003, p. 28 y ss. y 37, n. 27; Tomás QUINTANA LÓPEZ, “La evaluación de impacto ambiental en la jurisprudencia”, RAP, 153, 2000, pp. 424 y 425; Inmaculada REVUELTA PÉREZ, “La distribución de competencias en la evaluación de impacto ambiental”, Revista de la Asociación de Derecho Ambiental Español, 2, 2000, p. 101 y ss.

(21) Vid., asimismo, el artículo 16.3 de la Directiva 2003/87/CE.

(22) SSTC 76/1990 (FJ 4.a), 246/1991 (FJ 2) y 291/2000 (FJ 11).

temporal y, por lo tanto, de cuántos derechos de emisión necesitarán previsiblemente, derechos que, por descontado, pueden ir adquiriendo. Téngase en cuenta, además, que el informe verificado en el que se determinan (siquiera provisionalmente) las emisiones efectuadas y los derechos requeridos debe haber sido elaborado y remitido por las empresas antes del 28 de febrero del año correspondiente. Si la autoridad autonómica competente está conforme con el mismo, el dato sobre las inmisiones quedará definitivamente determinado a más tardar el 31 de marzo del año en curso, por lo que, en el peor de los casos, las empresas tienen un mes para adquirir la cantidad de derechos necesarios, cantidad coincidente con la estimada por la propia empresa con anteriori-

dad, por lo que difícilmente podrá ésta aducir que no ha tenido un tiempo suficiente para comprarlos.

El único supuesto en el que resulta imaginable que una empresa no efectúe la entrega a pesar haber actuado con la diligencia razonablemente exigible –en cuyo caso no se le podría sancionar– es aquel en el que el órgano autonómico competente se demore excesivamente en la fijación definitiva e inscripción en el Registro Nacional de las emisiones, provocando de esa manera que la empresa no disponga de un plazo bastante para adquirir y entregar los correspondientes derechos, plazo que debe contarse desde el momento en el que la empresa puede tener conocimiento cierto de la cantidad de emisiones fijada con

carácter definitivo –normalmente, desde la referida inscripción–. Nótese que del artículo 27.2 de la Ley 1/2005 se deduce claramente que, mientras las autoridades autonómicas no hayan efectuado dicha inscripción, los interesados no pueden cumplir con su obligación de entrega (23). La probabilidad de que se produzcan retrasos es obviamente más elevada cuando la Administración autonómica discrepe del informe verificado y, en consecuencia, deba resolver imperativamente sobre los datos que han de inscribirse en el Registro. Es ilustrativo el hecho de que la Ley 1/2005 no haya fijado para estos casos plazo alguno dentro del cual deba producirse la resolución administrativa (24).



- (23) En este sentido, Íñigo SANZ RUBIALES, *El mercado...*, p. 331. Así se desprende también del artículo 27.1 del todavía vigente Reglamento (CE) 2216/2004 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 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *Vid.*, igualmente, el artículo 26.1 del nuevo Reglamento (CE) 994/2008 de la Comisión, de 8 de octubre de 2008, 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 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que deroga al anterior con efectos a partir del 12 de octubre de 2012.
- (24) Íñigo SANZ RUBIALES, *El mercado...*, p. 332, considera, sin embargo, que la inscripción debe producirse antes del 1 de mayo.