

**Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2022
(rec.832/2021)**

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 705/2022

Fecha de sentencia: 08/06/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 832/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez
Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 832/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez
Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 705/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Octavio Juan Herrero Pina, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D.^a Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 8 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 832/2021 interpuesto por la entidad mercantil "SEGURA, S.L.", representada por la procuradora doña Beatriz Pérez-Urruti Iribarren, bajo la dirección letrada de D. Javier Toribio Jiménez contra el *Auto de 16 de noviembre de 2020*, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el *Auto de 26 de mayo de 2020, dictados por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional* en el incidente de ejecución de la *Sentencia de 30 de octubre de 2017, objeto del recurso contencioso-administrativo nº 37/2016*. Ha comparecido como parte recurrida la Administración del Estado, representada por la Sra. Abogada del Estado D.^a María Pilar Cancer Minchot.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la *Audiencia Nacional (Sección Primera)* dictó *auto de 16 de noviembre de 2020*, *confirmatorio en reposición del de 26 de mayo, en incidente de ejecución dimanante del Procedimiento Ordinario 37/16*.

En el litigio se planteaba la imposibilidad -ex *art. 105.2 y 109 LJCA* - de ejecución material de la *sentencia de 30 de octubre de 2017*, debido a que con anterioridad, por resolución de 14 de mayo de 2015 del Secretario General Técnico (actuando por delegación del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente) fue declarada indebida la transferencia de 78.548 derechos de emisión de gases de efecto invernadero, correspondientes a la anualidad de 2013, derechos que ya habían sido transferidos a un tercero.

La Sala concluye que dichos derechos de emisión, como valores de negociación, son instrumentos fungibles (de acuerdo con el *art. 40 del Reglamento UE nº 389/2013, de dos de mayo de 2013*, por el que se establece el Registro de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones nº 280/2004/CE y nº 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), pudiendo la recurrente adquirir esos derechos en la Cuenta central de asignación de la UE para hacer efectiva la devolución. Afirma que en la *sentencia -30 de octubre de 2017- que puso fin al Procedimiento Ordinario 37/16*, no se pronunció sobre la forma en qué debe realizarse la devolución de los derechos indebidamente asignados porque no lo planteó la recurrente.

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.-

La representación procesal de "SEGURA S.L", prepara recurso de casación contra los mencionados autos, sosteniendo, en esencia, que la Sala de la Audiencia Nacional está resolviendo cuestiones no decididas en la sentencia, al imponer a la recurrente una obligación (adquirir unos derechos de emisión de gases de efecto invernadero) que no se contemplaba en la sentencia que se ejecuta, y, que, en el periodo transcurrido desde la fecha de asignación de los derechos a la fecha de ejecución de la sentencia, se ha elevado considerablemente el valor de adquisición, comportando la obligación de adquirirlos una carga desproporcionada, dado que el valor de los derechos que le fueron indebidamente asignados, para la anualidad de 2013, era de 349.538,6 euros y el precio actual en el mercado asciende a 2.642.388,36 euros.

Plantea, ante la inexistencia de regulación en el RD 1722/2012, de 28 de diciembre (aplicable a la asignación de derechos de emisión referidos al periodo de comercio 2013-2020) de procedimiento de devolución de derechos de emisión, cuando no existen derechos suficientes en la cuenta de haberes del titular, cuál debe ser el procedimiento de devolución de dichos derechos (en fase de ejecución judicial de sentencia firme), citando el procedimiento que, en sede administrativa, prevé el *art. 14.4 el Real Decreto 1089/2020, de 9 de diciembre*, por el que se desarrollan aspectos relativos al ajuste de la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el periodo 2021-2030, según el cual *<<transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la fecha de la notificación de la resolución del procedimiento de devolución, sin que se haya hecho efectiva la devolución, la Oficina Española de Cambio Climático podrá proceder, previo apercibimiento, a su ejecución de oficio, y en el caso de que en el momento de proceder a la ejecución de oficio, no existiesen derechos suficientes en la cuenta de haberes del titular, se podrá proceder al apremio sobre el patrimonio de la cantidad líquida equivalente a los derechos que deban devolverse, y de los intereses de demora que en su caso pudieran derivarse, de conformidad con los artículos 99, 100 y 101 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. El valor de los derechos se corresponderá con el precio del derecho de emisión en el mercado primario en el que España haya subastado derechos, correspondiente al día en que se dicte la resolución del procedimiento de devolución o, en su defecto, con el precio correspondiente al día anterior más próximo al mismo>>*.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, el *apartado 2.c) y 3.a) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional*, por entender que es necesario un pronunciamiento que determine el modo en que se han de devolver unos derechos EUA indebidamente asignados cuando ya han sido transmitidos a un tercero, con anterioridad a la incoación del procedimiento administrativo que los declara indebidamente transferidos.

TERCERO.Admisión del recurso.-

Mediante auto de 27 de enero de 2021, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 13 de

mayo de 2021, acordando:

<< **1º.- Admitir el recurso de casación núm. 832/2021** , preparado por la representación procesal de "SEGURA SL", contra el *auto -16 de noviembre de 2020 , confirmatorio en reposición del de 26 de mayo- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), dictado en incidente de ejecución dimanante del P.O. 37/16 .*

2º.- Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar: **1)** sí la devolución de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero indebidamente asignados, cuando no existen derechos suficientes en la cuenta de haberes del titular, debe, necesariamente, efectuarse en especie; o, sí es conforme a la normativa aplicable al caso, la devolución por el equivalente según el precio de dichos derechos en la fecha del dictado de la resolución administrativa; y, **2)** sí la obligación de su devolución en especie -cuando el titular no tiene ya los derechos de emisión en su cuenta de haberes y el precio de tales derechos en el mercado se ha elevado notablemente, desde la fecha de la asignación, hasta la fecha en que se ha de hacer efectiva la devolución- vulnera el principio de proporcionalidad y supone la imposibilidad de ejecución material de la sentencia.

3º.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los *artículos 103 , 105.2 y 109 LJCA y art. 40 Reglamento (UE) nº 389/2013 de la Comisión, de 2 de mayo de 2013* , por el que se establece el Registro de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones nº 280/2004/CE y nº 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

4º.- Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5º.- Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º.- Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde su enjuiciamiento con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.>>

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de "SEGURA, S.L." con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala : <<que tenga por presentado este escrito y los documentos que lo acompañan, los admita, tenga por interpuesto en tiempo y forma Recurso de Casación contra los *Autos de 26 de mayo de 2020 y de 16 de noviembre de 2020 , dictados por la Audiencia Nacional en el incidente de ejecución de la Sentencia de 30 de octubre de 2017 (rec 37/2016)* , y previos los trámites oportunos, en mérito de lo expuesto, dicte Sentencia por la que se estime el presente

recurso de casación, y, en consecuencia, (i) case y anule los Autos objeto de casación, (ii) declare la imposibilidad material de cumplir la *Sentencia de la AN de 30 de octubre de 2017 (rec. 37/2016)* al no disponer SEGURA de los EUA cuya devolución se exige y, finalmente, (iii) acuerde su cumplimiento mediante el pago de su equivalente, fijando esta cantidad en el importe de 349.538,6 euros, de acuerdo con los motivos del presente Recurso de Casación. Sin condena en costas.>>

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición a la Administración del Estado, presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala: <<que teniendo por presentado este escrito y sus copias, admita este escrito mediante el que se OPONE al recurso de casación de contrario, y lo desestime, fijando la doctrina principal o subsidiaria que proponemos en nuestro fundamento III; y, subsidiariamente a todo lo antedicho, acoja en todo caso lo señalado en nuestro F. V.>>

SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 31 de mayo de 2022, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso de casación.

Se interpone el presente recurso de casación 832/2021, por la representación procesal de la mercantil "Segura, S.L.", contra el *auto de 16 de noviembre de 2020, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional* , que, desestimando el recurso de reposición interpuesto contra otro anterior de 26 de mayo de 2020, deniega la declaración de imposibilidad de ejecución en sus propios términos de la *sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo 37/2016* , que había sido promovido por la mencionada mercantil, contra la resolución de la Secretaria de Estado Medio de Ambiente, de fecha 14 de Mayo de 2015, ordenando la devolución de 78.549 derechos de emisión de gases de efectos invernadero correspondientes a la anualidad 2013, que le fueron asignados por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de Noviembre de 2013. El mencionado proceso concluyó con *sentencia de 30 de octubre de 2017* , en cuyo falló se desestima el recurso y se confirma la resolución objeto de impugnación.

Una vez firme la sentencia se insta incidente de ejecución por la recurrente solicitando que, de conformidad con lo establecido en los *artículos 105-2 ° y 109 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , se dictase auto declarando la imposibilidad de cumplir la sentencia en sus propios términos, declarando que dicha ejecución se hiciera mediante el equivalente económico de los mencionados derechos de emisión, en concreto, en la cantidad de 349.538,6 €.

En el incidente compareció el Abogado del Estado, que había sido demandado en la instancia, oponiendo la improcedencia de tal declaración en trámite de ejecución de sentencia.

En el auto objeto de casación, la Sala de instancia desestima la petición y ordena ejecutar la sentencia en sus propios términos.

Para una mejor comprensión del debate que se suscita, es oportuno recordar los razonamientos que se contienen en el auto impugnado en este recurso, que son los que sirven al Tribunal de instancia para la decisión adoptada, exponiéndose en el fundamento segundo:

"El *artículo 103.2 de la Ley de la Jurisdicción* dispone que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen.

"Sobre esta materia, el Tribunal Supremo (*SSTS de 13 de julio de 2015, Rec. 1818/2014* y *27 de enero de 2016, Rec. 1413/2015*) ha reiterado que: "el derecho a la ejecución de Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva ...(STC37/2007 de 12 de febrero, FJ 4º, con cita de otras muchas anteriores, *STC 211/2013*, de 16 diciembre FJ3º).

"En la misma línea la *STC 86/2005, de 18 de abril*, FJ 2º, con apoyo en la precedente *STC1/1997, de 13 de enero*, FJ 3º) sostiene que el citado derecho fundamental tiene como presupuesto lógico y aún constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas (...) el derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo "en sus propios términos", es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado

"En el caso de autos, la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, implica la devolución por parte de la entidad Segura SLU, de 78.548 derechos de emisión correspondientes a la anualidad 2013 que le fueron indebidamente transferidos, desde la cuenta EU-100-5009746-0-96 asignada a dicha instalación, a la cuenta central de asignación de la Unión Europea EU-100-5022208-0-60.

"El hecho de que Segura SLU haya transferido dichos derechos de emisión en 2014, no es un obstáculo para la ejecución de la sentencia en sus propios términos, ya que como señala el Abogado del Estado, los derechos de emisión - como valores negociables- son instrumentos fungibles, tal y como resulta del *artículo 40 del Reglamento (UE) N° 389/2013, de la Comisión*, de 2 de mayo, por el que se establece el Registro de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y , del Consejo, y las Decisiones N° 280/2004 y N° 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

"Así, establece el citado *artículo 40, apartado 1, del Reglamento (UE) N° 389/2013*, que "Los derechos de emisión o las unidades de Kioto serán instrumentos fungibles en soporte electrónico, que podrán negociarse en el mercado" advirtiendo en el apartado 3 del mismo art. 40, que "La fungibilidad de los derechos de emisión y unidades de Kioto implicará que cualquier obligación de recuperación o restitución que pueda surgir en virtud de la legislación nacional respecto a un derecho de emisión o unidad de Kioto se aplicará únicamente al derecho de emisión o unidad de Kioto en especie".

"Es decir, la recurrente puede adquirir 78.548 derechos de emisión en el mercado y desde su cuenta de haberes EU-100-5009746-0-96 asociada a dicha instalación, que permanece abierta en el área española del registro de la Unión, debe transferir dichos derechos a la cuenta central de asignación de la Unión Europea EU-100-5022208-0-60, para hacer efectiva la devolución, sin que exista ningún impedimento para ello.

"Por tanto, no cabe apreciar circunstancias que imposibiliten la ejecución de la

Sentencia en sus propios términos, ni resulta de aplicación el *artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional* invocado por la actora.

"La parte sabía que los citados derechos de emisión que le fueron transferidos en 2013 eran bienes fungibles, habiendo reconocido ella misma que los transmitió a un tercero en 2014 y, desde que se dictaron las Resoluciones administrativas de 2015 impugnadas, conocía que tenía que devolverlos, conforme a la normativa expuesta. El hecho de que el valor de dichos derechos de emisión se haya elevado en ese interregno, igual que podía haber disminuido, era algo con lo que debía contarla parte que asumió dicho riesgo al no devolver los derechos en su momento.

"En definitiva, Segura SLU debe cumplir la Sentencia en sus propios términos, al no existir imposibilidad material que lo impida."

Como ya se dijo, contra el mencionado auto se prepara recurso de casación por la defensa de la mercantil recurrente, que fue admitido a trámite, estimándose por la Sección de Admisión de esta Sala Tercera que la cuestión que suscita interés casacional para la formación de la jurisprudencia era determinar "sí la devolución de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero indebidamente asignados, cuando no existen derechos suficientes en la cuenta de haberes del titular, debe, necesariamente, efectuarse en especie; o, sí es conforme a la normativa aplicable al caso, la devolución por el equivalente según el precio de dichos derechos en la fecha del dictado de la resolución administrativa; y, sí la obligación de su devolución en especie -cuando el titular no tiene ya los derechos de emisión en su cuenta de haberes y el precio de tales derechos en el mercado se ha elevado notablemente, desde la fecha de la asignación, hasta la fecha en que se ha de hacer efectiva la devolución- vulnera el principio de proporcionalidad y supone la imposibilidad de ejecución material de la sentencia."

A tales efectos se consideran que debían ser objeto de interpretación, entre otros que se considerasen procedentes, los *artículos 103 , 105-2 ° y 109 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , en relación con el *artículo 40 del Reglamento (UE) nº 389/2013 de la Comisión, de 2 de mayo de 2013* , por el que se establece el Registro de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones Nº 280/2004/CE y Nº 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En el escrito de interposición del recurso se aduce por la defensa de la recurrente que la decisión adoptada en el auto impugnado resuelve cuestiones no decididas en la sentencia y, por tanto, que se considera vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial de la sociedad recurrente. En ese sentido se reprocha a la Sala de instancia haber alterado el contenido del fallo, que se limitó a la confirmación de la resolución impugnada y, por tanto, a juicio de la defensa de la recurrente, al pago de la cantidad del importe de los derechos asignados en 2013, y nada se decide sobre si dichos derechos debían ser restituidos previa adquisición en el mercado, con el importante incremento que supone y comporta un perjuicio notable para la recurrente. De otra parte, se aduce que la decisión adoptada en los autos impugnados contraviene lo establecido en el *artículo 105.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , porque, a juicio de la parte recurrente, la sentencia no puede cumplirse en sus propios términos, por lo que ha de sustituirse por su equivalente económico, es decir, mediante el abono del importe de los derechos adjudicados y valorados conforme a la fecha de dicha adjudicación. Se aduce finalmente como motivo de la impugnación que la exigencia de que la sentencia fuera

ejecutada en sus propios términos comporta la infracción del principio de proporcionalidad, que se impone a las actuaciones de las Administraciones públicas en los *artículos 4-1^o y 29 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público* .

Se termina suplicando a este Tribunal Supremo que se acoja la interpretación de los preceptos invocados en la forma que se sostiene en el escrito de interposición y, en su consecuencia, que se case el auto de instancia y se reconozca la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos, debiendo realizarse dicha ejecución mediante el equivalente económico de los derechos de emisión en la fecha de la actuación administrativa de que trae causa este proceso.

Ha comparecido en el recurso, para oponerse al mismo, la Sra. Abogada del Estado aduciendo en apoyo de dicha desestimación que los argumentos de la parte recurrente sobre la existencia de contradicción de la decisión adoptada con respecto al fallo de la sentencia no pueden ser admitidas, por cuanto se limita a la mera desestimación del recurso interpuesto por la recurrente, sin determinar modalidad alguna en cuanto a la obligación de la devolución de los derechos de emisión; siendo la propia recurrente la que pretende, contradictoriamente, que dicha ejecución se lleve a cabo declarando la imposibilidad de ejecución de la sentencia en sus propios términos y se haga por su equivalente económico.

En relación con la pretendida imposibilidad de ejecución del fallo se aduce la improcedente admisión del presente recurso, porque se suscitan cuestiones muy específicas que son incompatibles con la naturaleza de este recurso extraordinario, estimando que se está cuestionando la regla esencial que impone la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de que la ejecución de las sentencias debe serlo en sus propios términos, conforme a la jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. En ese sentido se aduce que no existe imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos, lo cual comporta, en el caso de autos y como decidió la Sala de instancia, que si la recurrente no disponía de los derechos cuya devolución le fue impuesta, debe proceder a su adquisición en el mercado, a los efectos del cumplimiento de dicha obligación. Se considera que en el presente supuesto no es aplicable lo establecido al respecto en el Real Decreto 1089/2020.

Se aduce en segundo lugar que no procede la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia en sus propios términos y ello por cuanto, en primer lugar, que los derechos asignados en su día hubieran sido transmitidos a un tercero con anterioridad al inicio del procedimiento de devolución no puede suponer que deba fijarse, como medio alternativo para la ejecución de la sentencia, el pago de la cantidad equivalente al valor de tales derechos de emisión a la fecha de transmisión, dado que los mencionados derechos, como se razona en el auto recurrido, tienen naturaleza de cosa fungible y pueden sustituirse por otros derechos, previa su adquisición al momento de la devolución, es decir, al momento de ejecución de la sentencia.

Finalmente se considera que no resulta procedente la invocación del principio de proporcionalidad toda vez que no existiendo imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos, no procede hacer corrección alguna al fallo.

Termina suplicando que se desestime el recurso, si bien se solicita, con carácter subsidiario, que, caso de aceptarse la sustitución económica como modalidad de ejecución de la sentencia, el calculo del importe que debería abonar la recurrente

no debería calcularse conforme al valor de los derechos de emisión al momento de la transmisión, sino al momento de ordenarse su devolución.

SEGUNDO. Examen de la cuestión casacional objetiva. Los presupuestos del debate casacional.

El objeto del presente recurso de casación ofrece cierta complejidad a la vista de la forma en que se delimita en el auto de admisión porque, si bien en una primera delimitación se hace referencia a la "*devolución de los derechos de emisión de gases de efectos invernadero*"; es lo cierto que también se suscita el debate de si, caso de exigirse la devolución en especie, se vulnera los principios de proporcionalidad e imposibilidad de "*ejecución material de la sentencia*".

Pues bien, sin perjuicio de rechazar, por no existir ya trámite al efecto en este momento procesal, la inadmisibilidad del recurso de casación, como se propone por la Sra. Abogada del Estado, es lo cierto que hemos de examinar el objeto del recurso en los términos señalados y a los efectos de la interpretación de los preceptos que se delimitan en el auto de admisión. Pero en ese examen es obligado tomar en consideración las peculiaridades del caso enjuiciado, para lo cual es necesario reseñar el devenir de las actuaciones que subyacen en las alegaciones de las partes y en la fundamentación de la misma resolución que se revisa.

En el cometido impuesto debemos recordar que todo el debate de autos trae causa de la *sentencia de 30 de octubre de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo 37/2016* --en el que se suscita el incidente de ejecución--, por la ya mencionada Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

El mencionado recurso fue promovido por la mercantil ahora ejecutante, en impugnación de la resolución el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de 8 de octubre de 2015, que declara indebida la adjudicación de los derechos de emisión correspondientes a la anualidad 2013, que asciende a 78.548 derechos, realizada a la cuenta asociada a la instalación "Segura S.L.U.". Consecuencia de esa declarada adjudicación indebida de tales derechos, la mencionada resolución acuerda su devolución.

A tenor de lo que se hace constar en la sentencia mencionada --fundamento cuarto-- los presupuestos fácticos de la mencionada actuación son los siguientes:

" *La mercantil Segura S.L.U. es titular de la instalación Segura (fabricación de cal) provista de autorización de emisión de gases de efecto invernadero, concedida por resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, de 22 de diciembre de 2004, siendo modificada posteriormente.*

"En febrero de 2011 solicitó asignación gratuita de derechos de emisión para el periodo 2013-2020, siéndole otorgada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2013, correspondiéndole para la anualidad 2013 la cantidad de 78.549 derechos, que le fueron transferidos el 4 de marzo de 2014 a la cuenta UE-100-5009746-0-96, asociada a dicha instalación.

"En el interregno, con fecha 24 de octubre de 2012 Segura SLU presentó en la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, comunicación de parada prolongada de la citada instalación desde principios del mes

de mayo de 2012, sin que posteriormente reanudara la actividad, constatándose en la visita realizada el 3 de julio de 2014 que las instalaciones habían sido desmanteladas.

"Así las cosas, mediante resolución de 23 de septiembre de 2014 del Director General de Prevención y Calidad Ambiental de la Junta de Andalucía, se revoca la autorización de emisión de gases de efecto invernadero otorgada a la instalación Segura de la entidad recurrente, por suspensión de la actividad de la instalación durante un plazo superior a un año. Resolución que tuvo entrada el 10 de octubre de 2014 en la Subdirección General de Comercio de Emisiones y Mecanismos de Flexibilidad de la Oficina Española de Cambio Climático.

"Con posterioridad se dicta resolución de 14 de mayo de 2015 del Secretario de Estado de Medio Ambiente, declarando indebida esa transferencia de los derechos de emisión correspondientes a la anualidad 2013, realizada a la cuenta asociada a la instalación Segura S.L.U., y acordando su devolución. Resolución confirmada en reposición por la de 8 de octubre de 2015 aquí recurrida."

A la vista de los hechos admitidos por la Sala sentenciadora, los fundamentos para la desestimación del recurso interpuesto por la ahora ejecutante se contienen en el fundamento quinto de la mencionada sentencia, en la que se declara:

" El régimen europeo de comercio de derechos de emisión constituye una herramienta central de la política comunitaria de cambio climático, estando regulado por 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, si bien posteriormente con la Directiva 2009/29/CE se ha llevado a cabo una importante reforma de cara al periodo 2013-2020, que ha sido desarrollada y precisada por diversas disposiciones normativas posteriores de Derecho comunitario, entre las que cabe citar la Decisión 2011/278/UE de la Comisión, de 27 de abril de 2011, por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la citada Directiva 2003/87/CE .

"En nuestro derecho interno, la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2003/87/CE, siendo reformada por la Ley 13/2010, que incorporó las novedades que la Directiva 2009/29/CE contemplaba de cara al periodo 2013-2020.

"En este contexto se dicta el Real Decreto 1722/2012, de 28 de diciembre, por el que se desarrollan aspectos relativos a la asignación de derechos de emisión en el marco de la Ley 1/2005, para articular las previsiones de la citada Decisión (2011/278/UE) en derecho español y desarrollar los artículos 6 y 7 de la Ley 1/2005 , considerando la redacción de la misma que, modificada por la Ley 13/2010, estará en vigor a partir de 1 de enero de 2013.

"Pues bien, el artículo 4 del citado Real Decreto , en desarrollo del artículo 6 de la Ley 1/2005 , establece una obligación por parte del titular de la instalación de informar al órgano autonómico competente, a más tardar el 31 de diciembre de cada año, en los casos en que se produzcan cambios significativos de capacidad, ceses parciales o totales de actividad o cualquier otro cambio en la instalación que conlleve un ajuste en la asignación. Y añade, que a la vista de la información presentada, podrá ser necesario modificar la autorización de emisión de gases de efecto invernadero para

reflejar los cambios previstos de la capacidad, del nivel de actividad o del funcionamiento, así como ajustar, en su caso, la cantidad anual preliminar de derechos de emisión, precisando, que en el supuesto en que, debiendo producirse el ajuste en la cantidad anual, ésta ya se hubiese expedido a la cuenta del titular en el Registro de la Unión, se procederá a suspender el acceso a la misma hasta que éste proceda a la devolución que le corresponda.

"Por su parte, el *artículo 6 del Real Decreto 1722/2012* que lleva por título "Cese total de las actividades de una instalación" y desarrolla el *artículo 7 de la citada Ley*, dispone lo siguiente:

"1. En virtud del artículo 22 de la Decisión de la Comisión 2011/278/UE, se considerará que una instalación ha cesado sus actividades cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

"a) que se haya revocado o dejado sin validez la autorización de emisión de gases de efecto invernadero, la autorización ambiental integrada o cualquier otra autorización medioambiental pertinente.

"b) que las autorizaciones mencionadas en la letra a) hayan se hayan extinguido.

"c) que el funcionamiento de la instalación sea técnicamente imposible.

"d) que la instalación no esté funcionando, pero haya funcionado anteriormente, y sea técnicamente imposible reanudar las actividades.

"e) que la instalación no esté funcionando, pero haya funcionado anteriormente y el titular no pueda garantizar que la instalación reanudará sus actividades a más tardar en el plazo de seis meses a partir del cese de actividades (...)"

"Partiendo de dicha normativa, es un hecho constatado que la instalación de Segura SLU no estuvo funcionando desde principios de mayo de 2012, sin que con posterioridad llegara a reanudar la actividad, comprobándose en julio de 2014 que las instalaciones habían sido desmanteladas, lo que motivó que se dictara resolución de 23 de septiembre de 2014 del Director General de Prevención y Calidad Ambiental de la Junta de Andalucía revocando la autorización de emisión de gases de efecto invernadero otorgada a dicha instalación, por "suspensión de la actividad de la instalación durante un plazo superior a un año", al amparo del *artículo 7.d) de la Ley 1/2005*.

"Sin embargo, el 4 de marzo de 2014 ya habían sido transferidos a Segura S.L.U 78.549 derechos, correspondientes a la anualidad 2013, pese a que la entidad había estado sin actividad desde mayo de 2012.

"Es decir nos encontramos ante una suspensión de la actividad de la instalación que puede calificarse de cese de actividades, en el sentido del *artículo 6.1.e) del Real Decreto 1722/2012* "que la instalación no esté funcionando, pero haya funcionado anteriormente y el titular no pueda garantizar que la instalación reanudará sus actividades a más tardar en el plazo de seis meses a partir del cese de actividades (...)"

"Y siendo esto así, debe tenerse en cuenta, que según el *artículo 6.3 del Real Decreto 1722/2012* "3. De conformidad con el *artículo 22.3 de la Decisión de la Comisión 2011/278/UE* y el *artículo 26 de la Ley 1/2005* , cuando una instalación haya cesado sus actividades, el registro no transferirá a la cuenta de haberes del titular de la instalación los derechos de emisión otorgados gratuitamente a esa instalación a partir del año siguiente al del cese de actividades".

"En efecto, si una instalación ha cesado en sus actividades resulta evidente que los derechos de emisión asignados no podrán utilizarse para contabilizar emisiones de gases de efecto invernadero que ya no podrán producirse en ella y por lo tanto no habría emisiones que compensar. Garantizar la correspondencia entre las emisiones reales y las autorizadas por medio de los derechos de emisión constituye, una prioridad del conjunto del sistema, pues esta exigencia de exactitud permite lograr el objetivo perseguido por éste, esto es, luchar contra la contaminación.

"Cabe recordar que el régimen de comercio de derechos de emisión establecido en la Directiva 2003/87 se basa en una lógica económica que estimula a cualquiera de sus 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C-127/07, EU:C:2008:728, apartado 32).

"El hecho relevante, por tanto, es que la instalación ha cesado en su actividad desde mayo de 2012. No afecta a lo expuesto que se dictara resolución de revocación de la autorización por la Junta de Andalucía con efectos desde el año 1 de enero de 2014, ya que dicha resolución se circunscribe a la revocación de la autorización concedida a la instalación de la entidad recurrente para la emisión de gases de efecto invernadero por la propia Junta de Andalucía, y no implica, como pretende la actora, que deba tomarse en consideración esa fecha de 1 de enero de 2014 como de cese de la actividad, máxime cuando del contenido de la propia resolución resulta que dicha instalación se encontraba en parada prolongada desde mayo de 2012 siendo finalmente desmantelada.

"Aduce también la actora que no existe en el procedimiento el informe de la Comisión Europea a que se refiere el artículo 24 de la Decisión de la Comisión 2011/278/UE, y que las cartas en inglés obrantes en el expediente son contestación a otras de la Administración española y su contenido no ha sido reproducido en ninguno de las resoluciones emitidas, habiéndosele colocado en situación de indefensión.

"Sin embargo, resulta que en la resolución de 14 de mayo de 2015, Fundamento de Derecho tercero, se señala que la Comisión Europea en su informe de 8 de abril de 2015 dirigido a la Oficina Española de Cambio Climático, confirma que el cese definitivo corresponde al último día en que la instalación ha dejado de operar y "expresamente indica que, a la hora de determinar la fecha del cese definitivo, no debe computarse el plazo de los seis meses sin actividad al que se refiere la *letra e) del apartado 1 del artículo 22 de la citada Decisión (equivalente al plazo del artículo 6.1.e) del Real Decreto 1722/2012*) ni tampoco debe computarse la fecha en que la autorización de emisión de gases de efecto invernadero ha sido revocada".

"Por tanto, a la vista de lo expuesto y habiendo demostrado el recurrente entender el contenido de dicho informe a la vista de las alegaciones efectuadas, no

cabe apreciar indefensión material.

"En definitiva, habiéndose transferido derechos de emisión correspondientes a 2013 asociados a una instalación que no tenían actividad desde principios de mayo de 2012 y por tanto indebidamente, resulta necesario ajustar dicha cantidad y al haber sido ya transferidos a la cuenta asociada a la instalación de la entidad recurrente, debe procederse por ésta a su devolución, al amparo del *artículo 4 del RD 1722/2012* más arriba citado y del *artículo 53.4 del Reglamento (UE) N° 389/2013, de la Comisión* .

"Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso interpuesto."

Esos son los fundamentos de la sentencia que se ejecuta en el incidente en que se dictan los autos recurridos en casación y los hechos en que se funda la decisión de la Sala sentenciadora que, recordémoslo, fue la de desestimar el recurso interpuesto por la recurrente y, por tanto, declarar implícitamente que la resolución impugnada está ajustada a Derecho, de conformidad con lo impone el *artículo 70-1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* .

TERCERO. Sobre la ejecución de sentencias desestimatorias del recurso y su vinculación al derecho fundamental a la tutela judicial.

A la hora de examinar el debate casacional que se suscita en este recurso debemos tener en cuenta que la cuestión sobre la que gravita toda la polémica está referida al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el *artículo 24 de la Constitución* , en su vertiente del derecho a la ejecución de las sentencias. A él se hace referencia en la resolución recurrida en casación, dejando reflejo en el auto de admisión de este recurso e invocándose tanto por la ejecutante como por la Administración demandada, sin que esté de más recordar que es el mencionado derecho fundamental el único del que son titulares las Administraciones públicas.

No aprovecha el debate un examen particularizados del alcance del mencionado derecho, que las partes asumen sin polémica alguna, cuya consagración, a nivel de legalidad ordinaria, está recogido, en lo que ahora importa, en el *artículo 104 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , conforme al cual "[l]uego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél."

La lógica procesal impone que ese derecho a la ejecución de la sentencia es propio de las partes demandantes que hayan visto estimadas en la sentencia sus pretensiones accionadas en el proceso, que es precisamente la que se pretende llevar a efecto con el cumplimiento de las declaraciones que al respecto se hagan, como dispone el mencionado precepto. No es propio que quien ve desestimada sus pretensiones inste la ejecución de una sentencia que, en pura lógica jurídica, no le beneficia, sino todo lo contrario.

Si ello es así con carácter general, es lo cierto que adquiere características propias en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, en el que siempre se impugna una actividad administrativa (*artículo 1 y 25 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*) que, al someterse al control de los Tribunales, se considera que no está ajustada al ordenamiento jurídico (*artículo*

70-2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Centrándonos ahora, por no hacer más complejo el debate, en los supuestos en que dicha actividad administrativa se trate de un acto administrativo expreso, como es el caso de autos, la desestimación del recurso, esto es, la sentencia desestimatoria, comporta que dicho acto se deja indemne, es decir, el acto, que está ajustado al ordenamiento jurídico, mantiene su régimen conforme a su regulación en la normativa correspondiente, es decir, en nuestro caso, en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En suma, lo que se quiere poner de manifiesto, ya de entrada, es la paradoja que se suscita en el presente recurso de que quien ha visto desestimadas sus pretensiones en la sentencia, pretenda precisamente la ejecución de dicha sentencia; paradoja que, adelantémoslo, no es baladí, sino que se aprovecha para unos fines concretos en favor de la solicitante, que son los que genera toda la polémica y que no dejan ofrecer serios reparos sobre su procedencia.

Lo anterior nos lleva a un tema omitido por las partes pero vinculado a la forma en que se ha delimitado el objeto del recurso en el auto de admisión, cual es la posibilidad de ejecución de las sentencia desestimatorias, en concreto, si es admisible que las sentencias que se limitan a la desestimación del recurso contencioso-administrativo, por estimar que la actividad administrativa impugnada no es contraria al ordenamiento jurídico, son susceptibles de ejecución mediante las normas que al efecto se establecen en la Ley procesal (Capítulo IV). Dicha cuestión, si bien tiene un indudable aspecto doctrinal, es lo cierto que la posición que se adopte tiene una relevante trascendencia para el debate de autos.

El debate sobre la posibilidad de ejecución de las sentencias desestimatorias del recurso contencioso-administrativo tenía un atisbo de solución en el *artículo 105 de la vieja Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956*, cuando disponía que el Tribunal que dictase la sentencia debería adoptar una de las siguientes decisiones: ejecución, suspensión o inejecución de la sentencia firme. Pues bien, excluidas las dos últimas opciones, con relación a la ejecución, se disponía en el párrafo quinto: "[n]o podrán suspenderse ni dejar de ejecutarse las sentencias confirmatorias de actos o disposiciones de la Administración, salvo las dictadas sobre recursos interpuestos, por la misma contra sus actos declarados lesivos."

La exigencia que imponía el precepto era congruente con el principio de legalidad que debe presidir la actividad administrativa, aun en la fecha en que se promulgó aquella vieja Ley, de tal forma que los actos administrativos eran plenamente eficaces y ejecutivos, conforme se establecía en la también coetánea *Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (artículos 1, 44, 45 y 101*, entre otros). Es decir, la norma procesal no hacía sino imponer a la Administración una obligación que ya tenía establecida por la Ley de procedimiento, en relación con todos los actos administrativos cuya ejecución no estuviera condicionada. Lo que sorprendía del artículo 105.5º transcrito es que el Legislador no impusiese la ejecución del acto que había sido "*confirmado*" en la sentencia, sino que lo que dispone que debe ejecutarse es la misma sentencia que desestima el recurso; decisión que no dejaba de ser paradójica por cuanto la sentencia, al declarar el acto conforme al ordenamiento, no añadía fuerza ejecutiva alguna que no estuviera ya impuesta por la norma de procedimiento administrativo; de otra parte, en la medida que nada añade la sentencia confirmatoria, difícilmente puede ejecutarse, porque nada decidía el Tribunal que la dictó.

Sea como fuere, es lo cierto que el precepto no paso a la vigente *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*; y si hemos de atenernos a la intención del Legislador postconstitucional en relación al proceso contencioso-administrativo, el artículo 104-1^o dispone que "[l]uego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que... practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo... ", de donde cabe concluir que, a sensu contrario, cuando el fallo no contenga declaración alguna --no lo es cuando se desestima el recurso, dado que la presunción de legalidad de los actos administrativos quedaría ratificada-- no se requerirá dicha ejecución. Posteriormente deberemos volver al alcance del precepto.

Esa polémica ha trascendido a la misma jurisprudencia de este Tribunal Supremo y baste señalar como manifestación de lo expuesto el reciente *auto de la Sección de Admisión de esta Sala Tercera, de 6 de abril de 2022, dictado en el recurso de casación 8511/2021* (ECLI:ES:TS:2022;5562A), en el que, con cita de la *sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 1999*, propone que por la Sala se determine si procede reafirmar, reforzar, completar o, en su caso, corregir o matizar, el criterio que en esa sentencia se había declarado. No es la única, ni la última, de las sentencias de este Tribunal que abordan esta cuestión y es obligado hacer referencia a esos precedentes.

La mencionada *sentencia de 22 de septiembre de 1999, dictada en el recurso de casación 6211/1997* (ECLI:ES:TS:1999:5712), comienza por destacar la peculiaridad del caso al reseñar que "[l]a sentencia de cuya ejecución tratan las partes fue una sentencia desestimatoria, que confirmó un acto administrativo del Ayuntamiento de Pontevedra que, resolviendo un recurso de reposición, había anulado unas licencias de demolición y de edificación otorgadas..."

Seguidamente, la Sala deja constancia de la peculiaridad de dicha ejecución al declarar "[r]esulta poco frecuente que un demandante solicite la ejecución de una sentencia que ha desestimado sin más su recurso contencioso administrativo. Y ello se debe a la circunstancia de que, siendo la sentencia desestimatoria, es decir, confirmatoria del acto administrativo impugnado, la ejecución que procede es la del acto, y no la de la sentencia, la cual, a efectos de ejecución, lo ha dejado intacto, sin quitar ni añadir nada a su propia fuerza ejecutiva." Debe repararse en los lógicos razonamientos expuestos, pese a que la sentencia se refiere a la vieja Ley Jurisdiccional, cuya regulación ya se expuso anteriormente.

En congruencia con lo anterior, se añade: "*siendo la ejecución del acto y no de la sentencia desestimatoria, su práctica corresponde al Ayuntamiento y no al Tribunal de Justicia, sin que sea lícito solicitar a la Sala aclaraciones sobre la ejecución del acto, o decisiones sobre la forma, modos, maneras, condiciones o procedimientos para su ejecución...*"

Y no se ignoran los riesgos de ese actuar cuando se razona: "... *pues de esa forma se pretende hacer del Tribunal de Justicia un asesor jurídico de la Corporación legal, al margen de la vía procesal y de lo decidido en el recurso, que desnaturalizaría con toda evidencia la función judicial contencioso administrativa. Pues una sentencia desestimatoria confirma el acto administrativo impugnado, lo deja tal como fue dictado por la Administración demandada, y el Tribunal de Justicia no puede decir ni aconsejar ni ordenar a aquella cómo tiene que ejecutarlo; un acto administrativo confirmado judicialmente no goza de ninguna fuerza ejecutiva especial, sino que tiene la misma*

que cualquier otro acto no impugnado. " Y buen ejemplo era el caso de autos al que aplica la sentencia esas consideraciones cuando declara "[e] n el presente caso, se observa claramente lo que decimos: el Ayuntamiento de Pontevedra otorgó una licencia; unos vecinos la impugnaron en reposición; el Ayuntamiento estimó la reposición y anuló la licencia. El titular de ésta acudió a la vía contencioso administrativo y el Tribunal desestimó el recurso contencioso administrativo, dejando viva e intacta la anulación de la licencia. Pues bien, la ejecución que aquí debe analizarse es la del acto administrativo que anuló la licencia, y no la de una sentencia que se limitó a confirmar la anulación. Y tal ejecución corresponde al Ayuntamiento, y no a la Sala, sin perjuicio de que si la ejecución administrativa se desvía del acto, pueda ello originar un proceso nuevo, que de ninguna manera habrá de ventilarse como apéndice del anterior, del que quedaría completamente desvinculado. "

No obstante los lógicos razonamientos de la anterior sentencia, es lo cierto que existe, al menos, dos sentencias posteriores de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo que han llegado a una solución, sino contraria, sí que encuentran matices, en el bien entendido de que así como la sentencia antes mencionada se refería a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 --que regulaba, como dijimos, a la ejecución de las sentencias desestimatorias-- , estas posteriores ya están referidas a la vigente Ley Jurisdiccional de 1998, lo cual se aprovecha en la fundamentación para el criterio adoptado.

En efecto, en la sentencia de 24 de mayo de 2011, dictada en el recurso de casación 3338/2010 (ECLI:ES:TS:2011:3152), se reitera lo declarado en la de 20 de octubre de 2008, dictada en el recurso de casación 5719/2006 (ECLI:ES:TS:2008:5595) que examina el debate en los siguientes términos:

" Es cierto que la sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo contra un determinado acto de la Administración tiene un contenido declarativo, pues declara la validez del acto impugnado sin modificar su contenido, de donde se deriva que, al menos en principio, el cumplimiento de la sentencia se agota con esa sola declaración. Sin embargo, tales consideraciones no permiten afirmar de forma categórica -como pretende el recurrente- que las sentencias desestimatorias no son ejecutables. En primer lugar, porque en la legislación vigente el proceso contencioso-administrativo no siempre se presenta en su modalidad tradicional de impugnación dirigida contra un acto expreso o presunto de la Administración, sino que caben supuestos de significación bien distinta como son el recurso frente a la inactividad de la Administración o frente a actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (artículo 25 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción) en los cuales el pronunciamiento desestimatorio no significa propiamente el reconocimiento de la validez de un acto administrativo. En segundo lugar, porque, incluso en el supuesto común del recurso contencioso-administrativo dirigido contra un acto expreso o presunto de la Administración, el alcance eminentemente declarativo del pronunciamiento desestimatorio del recurso no impide que puedan suscitarse incidentes de ejecución. Piénsese, por ejemplo, que la Administración vencedora en el litigio inicia luego los trámites para la revocación de ese mismo acto, o para su revisión de oficio, o, sencillamente, desiste de ejecutar la decisión cuya validez ha sido respaldada en vía jurisdiccional; y es entonces un tercero, que había comparecido en el proceso como codemandado, quien insta ante el Tribunal el efectivo cumplimiento de lo decidido en la sentencia por estar legítimamente interesado en la ejecución".

"Ahora bien, aun partiendo de que, en principio, no puede descartarse la posibilidad de problematizar ante el Tribunal la ejecución de sus sentencias

desestimatorias, si descendemos al examen del caso que ahora nos ocupa hemos de concluir que lo pretendido por el recurrente excede manifiestamente del ámbito procesal en que trató de situarlo.

"Con carácter general, no cabe utilizar el incidente de ejecución de la sentencia para tratar de suscitar en ese limitado ámbito de cognición cuestiones nuevas que no fueron propiamente examinadas ni resueltas en la sentencia de cuya ejecución, supuestamente, se trata. Como señala la *sentencia de esta Sala Tercera de 15 de marzo de 2004, RC 3825/2000* , el principio fundamental que rige la materia de ejecución de sentencias es el que dicha ejecución ha de ajustarse a lo ordenado por la resolución que se pretende llevar a la práctica, sin poderse ampliar, en fase de ejecución, los puntos objetos de debate, planteando cuestiones nuevas que no se suscitaron en el proceso.

"Menos aún cabe que quien interpuso el recurso contencioso-administrativo pero perdió el pleito acuda con posterioridad a un cauce como este del incidente de ejecución -con el limitado ámbito de cognición que le es propio- no para procurar la debida ejecución de la sentencia firme en sus justos términos, sino para obtener una nueva declaración del Tribunal que permita paralizar la ejecución del acto administrativo confirmado por la sentencia mientras lleva a cabo las actuaciones necesarias para legalizar su situación jurídica y así desvirtuar lo dicho en la sentencia, evitar las consecuencias de la desestimación de su pretensión y desactivar la firmeza y ejecutividad del acto administrativo.

"Pues bien, eso es precisamente lo acaecido en este caso. Lo que el recurrente pretendió al suscitar el incidente de ejecución, cinco años después de la sentencia firme desestimatoria de su recurso contencioso-administrativo, no fue propiamente discutir los términos de la ejecución de dicha sentencia. Al contrario, lo que buscaba a través del incidente era impedir que como consecuencia de la desestimación de su recurso, y la consiguiente firmeza y plena ejecutividad del acto administrativo impugnado, la Administración ejecutara dicho acto, para lo que invocó hechos y actuaciones novedosas y posteriores a la sentencia. Dicho sea de otro modo, el recurrente no buscaba mediante el incidente de ejecución procurar la debida ejecución del "fallo" o discutir su alcance y contenido, sino, al contrario, evitar dicha ejecución so pretexto de que tras dictarse la sentencia estaba realizando las actuaciones necesarias para dar una cobertura de legalidad al inmueble cuya demolición ordenó la Administración mediante la resolución impugnada en el proceso, declarada conforme a Derecho por la Sala de instancia. Obvio es que tal pretensión excedía del ámbito de un incidente de ejecución, en el que, como hemos dicho, no cabe suscitar cuestiones no debatidas ni resueltas en el pleito principal del que trae causa."

De la jurisprudencia expuesta se puede concluir que las sentencias que desestiman el recurso contencioso-administrativo sí pueden tener efectos en supuestos especiales (imposibilidad de revisión de oficio en vía administrativa, o en supuestos de que la actividad impugnada fuese una inactividad administrativa o una situación de hecho), no obstante lo cual, es lo cierto que cuando, como aquí acontece, el objeto de impugnación sea un concreto acto administrativo y no se cuestione la legalidad del acto (por ejemplo, mediante la revisión de oficio), la desestimación del recurso nada añade a su ejecutividad que le es propia, ya reconocida en vía administrativa, sin que, de conformidad con lo establecido en el antes mencionado artículo 104, haya "*declaración* " alguna en vía jurisdiccional que debiera ser objeto de ejecución. De otra parte, no pueden ignorarse los razonamientos que se hacen en la sentencia transcrita con relación a la finalidad que guiaba al allí recurrente, en todo punto coincidente a lo

que aquí acontece, en que la recurrente también solicita al Tribunal una declaración que no se contiene en la sentencia que se dice querer ejecutar.

No obstante los anteriores razonamientos, basados en los preceptos legales, cabrían añadir otros basados en la propia naturaleza de las sentencias desestimatorias y a la misma configuración del mismo proceso contencioso- administrativo.

En efecto, las sentencias desestimatorias, en la medida que se limitan, ha de insistirse, a la mera declaración de que el acto impugnado está ajustado " a Derecho ", conforme dispone el artículo 70-1º ya citado, tiene la naturaleza de una sentencia meramente declarativa que no tiene eficacia directa alguna sobre la actividad administrativa objeto del recurso. Si ello es así, debe recordarse que en la teoría general del Derecho Procesal las sentencias declarativas --que no pueden existir en el ámbito del Derecho Procesal Penal-- no son ejecutables, y con toda rotundidad se declara en el *artículo 521 de la LEC* , que es de aplicación supletoria en nuestro proceso, que " *no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas* ", por la evidente razón de que no existe condena alguna --declaración, en nuestro proceso-- que deba cumplirse.

Y aun cabría añadir un nuevo argumento, como ya se anunció. En efecto, si el proceso contencioso es el mecanismo establecido para que los Tribunales controlen el sometimiento al principio de legalidad de la actividad de las Administraciones públicas, conforme se establece en el *artículo 106 de la Constitución* , entre otros; es lo cierto que dicho control no puede desplazar a los Tribunales las potestades administrativas más allá de dicho control de legalidad. Es decir, la Administración pública ha de ejercitar sus potestades con la limitación del sometimiento al principio de legalidad que puedan imponer los Tribunales en sus sentencias que revisen dicha actividad. Si ello es así, resulta indudable que cuando un Tribunal declara que una concreta actividad está sujeta al ordenamiento jurídico y desestima el recurso promovido por los interesados, lo que se está declarando es que la Administración ha de ejercer sus potestades para la efectividad de dicha actividad. Claramente se impone esa peculiaridad en el *artículo 71-2º de la Ley Jurisdiccional* , en el que, pese a declararse la nulidad de una disposición reglamentaria, el Legislador impone la limitación a los Tribunales de poder " *determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni determinar el contenido discrecional de los actos anulados* ". Es decir, la Administración mantiene, aun en esos supuestos, sus potestades para dictar el reglamento o el acto discrecional conforme considera conveniente, sometido, eso sí, a la exigencia de legalidad que está en la base del ejercicio de cualquier potestad administrativa. Pues bien, de lo expuesto ha de concluirse que si en el caso de autos, la sentencia se limitó a considerar que la resolución inicialmente impugnada estaba ajustada a Derecho, pretender que los Tribunales ordenemos a la Administración autora de tal acto la forma en que deba llevarlo a cabo comportaría la invasión de dichas potestades.

Y deben traerse al debate de este recurso las consideraciones que en la transcrita sentencia se hacen respecto de la actuación del allí ejecutante; porque lo que suscita la sociedad recurrente en este incidente de ejecución no es, en modo alguno, que se ejecuten las declaraciones que se hacen en la sentencia que se pide ejecutar; en palabras del antes mencionado *artículo 104-1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , que el Tribunal sentenciador "lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo"; por la sencilla razón, ha de insistirse, que ninguna declaración se hizo en la sentencia a ejecutar, en cuanto se limitó a la mera desestimación del recurso.

Es más, como acontecía en el caso a que se refiere la sentencia transcrita, también aquí la ejecutante pretende, no que se ejecute la sentencia, sino que, ante el rechazo de su pretensión --no debe olvidarse--, lo que ahora se postula es que el Tribunal sentenciador, en trámite de un atípico incidente de ejecución de sentencia, haga una expresa declaración, que ni estaba en el debate de la instancia ni es consecuente con la decisión declarada en la sentencia. Es decir y como hemos expuesto, que los Tribunales sustituyan las potestades administrativas.

Pues bien, retomando el hilo de lo señalado al inicio de este fundamento, lo que se invoca por la ejecutante y ahora recurrente en casación no es propiamente su derecho fundamental a la tutela mediante la ejecución de la sentencia, porque ninguna declaración hacía la sentencia sobre lo ahora pretendido; sino precisamente atacar la intangibilidad de las resoluciones judiciales, como acertadamente se argumenta en el auto recurrido y, lo que es decisivo, al alterar el contenido de la sentencia, si es cierto que se está vulnerando el derecho fundamental del que es titular la Administración demandada en la instancia y ejecutada, como se sostiene en el escrito de oposición al recurso.

Todo el largo razonamiento expuesto es relevante al caso de autos porque, si en supuestos como el presente no es la sentencia que desestima el recurso la que debe ser objeto de ejecución, no puede pretenderse aplicar al caso de autos el régimen de la imposibilidad material de ejecutar la sentencia, conforme se contempla en el *artículo 105 de la mencionada Ley procesal*, entre otras más que evidentes razones porque si la sentencia se limita a declarar que la resolución originariamente impugnada estaba ajustada a Derecho, esa declaración, en palabras del artículo 104, ni deja de ser posible materialmente de ejecutar --se cumple con la mera notificación a la Administración autora del acto-- ni es propio, como se señala en la sentencia primeramente citada, que un recurrente, no solo solicite la ejecución de una sentencia desestimatoria de su recurso y de su pretensión, sino que, además, invoque una imposibilidad de ejecución que, contrariamente a las previsiones legales, es más propio que sea la misma Administración obligada al cumplimiento de las sentencias la que invoque dicha imposibilidad, como cabe concluir del *artículo 105 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa*.

Pero es más, si nos atenemos al debate que paradójicamente se suscita de que quien pierde el pleito solicite la ejecución de la sentencia que le deniega la pretensión, pero con la confesada finalidad de que la pretendida sentencia se ejecute --en realidad que no se ejecute-- por imposibilidad material de llevar a cabo los términos de la sentencia, es obvio que si la sentencia se limitó a la desestimación del recurso y, el inherente pronunciamiento de confirmación de la resolución impugnada; lo que se está solapando en este incidente es precisamente pretender suscitar una cuestión que no ha sido decidida en la sentencia, que para nada hace declaración alguna sobre cómo debía ejecutarse, no ya la sentencia, que no se ejecutaba, sino el acto que se había impugnado.

Es decir, es la propia recurrente la que al invocar su derecho a la tutela, en su vertiente de derecho a la ejecución de la sentencia, está vulnerando ese mismo derecho fundamental de la Administración demandada --único derecho fundamental que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son titulares las Administraciones públicas, como ya se dijo--, porque se está suscitando un debate que no está en la sentencia, que ninguna declaración, insistimos, hace en relación al debate que se suscita en este incidente por la recurrente.

CUARTO. La declaración de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos.

Si bien de lo concluido en el anterior fundamento no es admisible que en el caso de autos pueda ser aplicado el *artículo 105-2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* y con ello quedaría desvirtuada toda la argumentación del presente recurso, es lo cierto que el debate que se suscita en el escrito de interposición del presente recurso, acogido en el auto de admisión, está referido a la pretendida imposibilidad del cumplimiento de la sentencia en sus propios términos y es obligado hacer referencia a los argumentos que al respecto de hacen por la defensa de la recurrente; si bien parece necesario hacer una aclaración previa, sin perjuicio de lo que después se dirá. Y ello por cuanto situar el debate en sede de imposibilidad de ejecución de la sentencia por la defensa de la parte ejecutante comporta ya una cuestión previa de indudable trascendencia, cual es que la sentencia impuso, en su razonar, la obligación de entregar los derechos de emisión y no su equivalente económico; esa sería la única posibilidad, si de ejecutar la sentencia se trata, porque en la medida que el Tribunal Contencioso confirma el acto impugnado, no otra cosa había ordenado dicho acto. Pues bien, solo sobre esa premisa debería examinarse la invocada imposibilidad de ejecutar la sentencia en esos términos. Debe dejarse ya sentada dicha premisa.

Suscitado el debate en la forma expuesta, debemos señalar que el mencionado artículo 105-2º dispone: "[s]i concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno." A la vista del precepto lo previsto es que cuando las sentencias no puedan llevarse a su "*puro y debido efecto*" con el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo" (artículo 104-1º) se autoriza que el Tribunal, en trámite de ejecución de sentencia, pueda modificar el fallo mediante la sustitución por "la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno". Dicho precepto ha de completarse, en su caso, con lo establecido en el *artículo 109 de dicha Ley*.

Pues bien, la aplicación del mencionado precepto en el caso de autos comporta una clara desviación de lo acontecido en el presente supuesto y ello por las siguientes razones.

En primer lugar, porque, tomando en consideración lo que ya antes se ha concluido, resulta evidente que, si la sentencia no hace declaración alguna que debiera ser ejecutada, difícilmente puede hablarse de imposibilidad de ejecución de la sentencia, porque en ella nada se declara que no sea la mera desestimación del reproche de ilegalidad que la recurrente había puesto en cuestión. Si no hay declaración que ejecutar, difícilmente se podrá concluir en la imposibilidad de dicha ejecución, es ir contra la mínima lógica procesal sostener la aplicación del mencionado precepto procesal.

En segundo lugar y como complemento del anterior, es indudable que, conforme ya concluimos en el fundamento anterior, si la sentencia que desestimó el

recurso no afectó al acto administrativo originariamente impugnado, lo que realmente procede es la ejecución de dicho acto. Es más, ya antes, al examinar la jurisprudencia de este Tribunal con relación a la ejecución de las sentencias desestimatorias, se concluye que lo que procede en tales supuestos es la ejecución del acto directamente, y no de la sentencia, que nada declara, ha de insistirse. Pues bien, situado el debate en sede de ejecución de un acto administrativo, además de excluir la aplicación del precepto procesal invocado, lo que procede es acudir a los propios trámites establecidos al efecto en la *Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para la ejecución de los actos en el Título IV, Capítulo VII, artículos 97 a 105*, en ninguno de los cuales se autoriza la posibilidad de imposibilidad de ejecución de los actos administrativos.

En tercer lugar y como un óbice formal a la pretensión de aplicar el *artículo 105 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* al presente supuesto, lo constituye el hecho de que, al amparo del mismo, lo pretendido por la mercantil recurrente es suscitar en su provecho un debate que ni estuvo en el objeto del proceso, en el que ninguna pretensión o declaración se pretendió, ni en la sentencia que, en lógica congruencia, no hizo declaración alguna. Es decir, se está torticeramente aprovechando una pretendida ejecución de sentencia para, de manera inminente, rechazar la posibilidad de dicha ejecución, pero en la forma interesada por la recurrente, iniciando un debate sobre una declaración de un derecho --la forma en que debe cumplir su obligación impuesta en vía administrativa, no jurisdiccional--, de manera extemporánea.

Y en cuarto y último lugar, porque aun admitiendo, que no se admite, la procedencia de los argumentos que se dan en este recurso de casación por la recurrente de que la sentencia no puede ejecutarse en sus propios términos, es decir, mediante la entrega de derechos y no de su equivalente económico, la estimación nunca sería admisible. Vaya por adelantado que todo el debate de autos se centra en una cuestión meramente económica, incluso puntualizando más, de una mera cuantía. En efecto, no es que no puedan devolverse los derechos ilícitamente recibidos por la recurrente en su momento, conforme se declara, eso sí, en la sentencia de instancia, sino que la adquisición de esos derechos comporta una cantidad que a juicio de la recurrente es demasiado elevada. Es decir, no es que la sentencia no pueda ejecutarse, en el razonar de la recurrente, en sus propios términos, esto es, mediante la devolución de derechos de emisión, sino que esa devolución, porque habría de adquirirlos ahora en el mercado establecido al efecto, como veremos, comportarían un desembolso más elevado de los que habría resultado de no haber obtenido los derechos que a su instancia ilícitamente percibió. En resumen, la sentencia puede ejecutarse en sus propios términos, pero por suponer un coste económico elevado que la recurrente considera que no debe asumir. Pues bien, referir ese concreto debate al artículo 105, comporta ya una primera exclusión, porque si la sentencia puede ejecutarse resulta contradictorio hablar de imposibilidad de ejecución.

Pero es que, además de lo hasta ahora señalado con relación a esa cuestión, difícilmente podría conciliarse el argumento de la recurrente incluso con los preceptos que regulan la ejecución de las sentencias en el proceso contencioso- administrativo. En efecto, esos trámites, como es lógico, están pensados para los supuestos casi generales de las sentencias en tales procesos en los que, si ya el objeto es una actividad administrativa, lo normal y casi exclusivo es que las sentencias estimatorias del recurso, que son las que se deben ejecutar por los Tribunales, condenen a la Administración a la pretensión accionada en el proceso, que constituye el doble objeto del mismo. Pues bien, el Legislador se preocupa de la efectividad de dicha condena en

los mencionados preceptos que regulan la ejecución de las sentencias y, como hemos visto y se aduce por las partes, se contempla la posibilidad de que puedan concurrir circunstancias que impidan la ejecución en sus propios términos. Pero si algo deja claro el Legislador es que el pago de una cantidad económica --o lo que es igual, el desembolso que haya de realizarse para ejecutar la sentencia en sus propios términos, que es de lo que aquí se trata-- nunca puede propiciar un supuesto de imposibilidad de ejecución.

Que ello es así lo ponen de manifiesto el artículo 106, del cual cabe concluir que cuando el pago de la cantidad --o el desembolso necesario-- que comporte la ejecución del fallo llegara al extremo de que una Administración pública --la realmente condenada en la generalidad de los supuestos de condena-- comportara un "*trastorno grave a su Hacienda* "; no es que se declare la imposibilidad de ejecución, sino que lo procedente es solicitar del Tribunal que se determine "el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa", pero en ningún caso sin reducción o quita de la deuda reconocida. Paladinamente se ha declarado en *nuestra reciente sentencia 162/2022, de 9 de febrero, dictada en el recurso de casación 7128/2020 (ECLI:ES:TS:2022:481)* , al interpretar los mencionados preceptos que "[e]s el legislador, por lo tanto, el que impide invocar como causa de imposibilidad material de ejecución, el grave detrimento para la Hacienda Pública, por la Administración que, en razón del pronunciamiento judicial, haya de responder de determinada cantidad, estableciendo como regla general la satisfacción en sus propios términos con cargo a la correspondiente crédito presupuestario y, para el caso de que el cumplimiento en sus propios términos pueda suponer un trastorno grave, que habrá de razonarse y someterse a la audiencia de las partes, lo que se establece no es el incumplimiento sino la forma que resulte menos gravosa para la ejecución de la sentencia."

Y si ello es así para las Administraciones públicas, resultaría contrario a los más elementales principios y a la lógica jurídica, hacer de mejor condición a los particulares que pudieran resultar "*condenados* " --que no lo es en el caso de autos-- en una sentencia, que es lo que, en definitiva, pretende la recurrente con la argumentación en que funda su pretensión y ahora el recurso de casación.

QUINTO. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar la ejecución de las sentencias.

El tercero y último de los argumentos en que se funda el recurso, conforme a lo razonado en el escrito de interposición, está referido, como ya se dijo, a la vulneración del principio de proporcionalidad que, se sostiene por la defensa de la recurrente, se le ocasiona de ejecutarse la sentencia en la forma en que se ha decretado en el auto impugnado que aquí se cuestiona. El argumento, anticipémoslo, no puede prosperar porque va en contra de lo que se ha sostenido en los fundamentos anteriores.

Ya de principio debemos señalar que la defensa del recurrente sostiene una argumentación contraria a lo que ya hemos concluido anteriormente, basada en un pretendido perjuicio que se considera ilícito a sus intereses y que, por último argumento, reconduce al principio de proporcionalidad que, en efecto, está reconocido en el *artículo 4-1º de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público* (se cita también el artículo 29 de la Ley, pero está referido a las sanciones de manera específica, por lo que no es aplicable al caso de autos), conforme al cual "[l]as Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o

exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias."

Para no perdernos en el debate suscitado es importante recordar que, en la argumentación de la defensa de la recurrente, la aplicación del mencionado principio comportaría acoger su propuesta de la ejecución de la sentencia mediante la sustitución económica del valor de los derechos al momento en que se ordenó su devolución. En ese sentido lo que se sostiene es que, en aplicación del mencionado principio de proporcionalidad, se impone acoger aquella primera propuesta para la "ejecución" de la sentencia.

Esa argumentación se ha pretendido engarzar, en el razonar del recurso de casación, a la cuestión casacional que se recoge en el auto de admisión de concretar si el hecho de haber decretado en trámite de ejecución de sentencia una devolución en especie "vulnera el principio de proporcionalidad y supone la imposibilidad de ejecución material de la sentencia". Esa sería la cuestión casacional a la que deberíamos dar respuesta en esta sentencia, si bien en dicha delimitación del debate se impone examinar el *artículo 40 del Reglamento (UE) nº 389/2013 de la Comisión, de 2 de mayo de 2013*, por el que se establece el Registro de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones Nº 280/2004/CE y Nº 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

La respuesta al debate suscitado resulta inadmisibile con solo tener en cuenta lo expuesto en los párrafos anteriores que evidencia la improcedencia del planteamiento. En efecto, si el debate ha de reconducirse a la ejecución de las sentencias, no hay precepto alguno en nuestra norma del proceso contencioso-administrativo que autorice a tomar en consideración el principio de proporcionalidad a la hora de ejecutar las sentencia que dicten los Tribunales. Las sentencias, como declara paladinamente el *artículo 104 de la Ley Procesal*, se llevarán a puro y debido efecto y conforme a las declaraciones contenidas en el fallo, sin posibilidad de alterar dicha exigencia. El principio de proporcionalidad, en su caso, deberá haber sido tomado en consideración por el Tribunal en los razonamientos de la sentencia, con los efectos procedentes que trascendieran al fallo, de acuerdo con la normativa sustantiva que deba ser aplicada, pero, una vez dictado el fallo no pueden entrar en juego otros criterios que el de la exhaustividad de ejecutar las sentencias en sus propios términos.

Y a ello obedece el hecho de que el mencionado principio se contemple en el mencionado *artículo 4 de la citada Ley de Régimen Jurídico*, referido a los principios de intervención de las Administraciones Públicas en el desarrollo de una actividad y no al regular la forma en que los Tribunales hayan de ejecutar las sentencias, que es de lo que aquí se trata.

Ahora bien, en la argumentación del escrito de interposición, con la invocación del mencionado principio y la remisión al precepto referido, lo que se suscita ya es otro debate del que se sirve la recurrente para abrir la casación. En realidad, implícitamente, lo que se está tratando de sostener es que la Administración, al dictar la resolución que fue objeto de impugnación en el proceso del que trae causa este incidente de ejecución, debió tomar en consideración dicho principio de proporcionalidad y declarar que la devolución no debía realizarse en especie, sino por

equivalente económico. Ese mero planteamiento hace ya rechazable la pretensión de revocación que se acciona en este recurso de casación, porque ese debate ni estaba en la instancia ni, obviamente, existe pronunciamiento alguno en la sentencia cuya ejecución centra la cuestión casacional.

Pero es que incluso sin las anteriores consideraciones, de por sí suficientes para rechazar la pretensión de la ejecutante, podrían aceptarse los argumentos del escrito de interposición.

En efecto, el principio de proporcionalidad ha sido aplicado reiteradamente por la jurisprudencia, en especial, en relación con las sanciones --aplicando el *artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*, que ya se rechazó en este caso-- si bien nada impide poder aplicarse a otros ámbitos de la actividad administrativa e incluso jurisdiccional (Ley de Enjuiciamiento Civil 217, 247, 283-bis, 778-ter, etc. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa artículo 60*). El contenido del principio, acorde a su propio significado, comporta adecuar la proporción entre cosas relacionadas entre sí; esto es "[d]isposición, conformidad o correspondencia debida... entre cosas relacionadas entre sí", conforme se define por el Diccionario.

Aplicado al razonamiento de la recurrente se trataría de que, si bien la recurrente debe entregar los derechos que le fueron adjudicados y como quiera que dichos derechos ya no están en su poder y debe adquirirlos en el mercado, dado que dichos derechos se han visto incrementados en una importante aumento de su valor, lo que impondría el principio de proporcionalidad sería que, en vez de realizar la devolución de los derechos en especie, tras su adquisición a ese elevado precio, se realice mediante el equivalente económico del valor de los derechos al momento de deberse haber efectuado dicha devolución.

Ese mero planteamiento ya hace abstracción de la actuación de la recurrente en relación con aquella transmisión de los derechos en momento, cuando menos, tan inoportunos como era el haber cesado en su actividad y de manera definitiva, cuestión que ciertamente es ajena al debate que se ha suscitado, por más que la sentencia que se ejecuta no deje de hacer referencia esa cuestión. Es decir, ya se invoca una proporcionalidad en la Administración para compensar una actuación de difícil justificación por la misma recurrente como era aceptar unos derechos en cuando ya había cesado en la actividad a que se adscribían dichos derechos y proceder a su venta a un tercero en tales condiciones.

Es cierto, como pone de manifiesto la Sra. Abogado del Estado en su posición al recurso, que el principio de proporcionalidad sí podría ser tenido en cuenta en aquellos supuestos en los que, aceptada --que no es el caso-- la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos, debieran adoptarse las medidas que para tales supuestos se establecen en el artículo 105 ya citado, en relación con el artículo 109. Pero rechaza esa alternativa, no puede entrar en juego el principio de proporcionalidad como se pretende por la recurrente y difícilmente puede estimarse que se haya vulnerado el mismo por la Sala de instancia.

No obstante lo anterior, y a los efectos de dar respuesta a lo suscitado en el auto de admisión sobre la forma en que ha de procederse a la devolución de los derechos de emisión que deban realizar los adjudicatarios, es necesario tener en cuenta las peculiaridades de estos.

La regulación de los mencionados derechos se contiene 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 cual traspuso a nuestro Derecho interno las Directiva Comunitarias que regulaban la materia, en especial 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, dentro del Programa Europeo de Cambio Climático, para lograr que la Comunidad y sus Estados miembros puedan cumplir el compromiso de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, que asumieron al ratificar el Protocolo de Kioto en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el 30 de mayo de 2002. Dicha normativa, tanto europea como nacional, ha sufrido importantes modificaciones impuestas por la suscripción de sucesivos instrumentos internacionales por la Unión.

En la redacción originaria de la Ley no se establecía disposición alguna sobre la devolución de los derechos de emisión, solo se hacía referencia a dicha devolución como consecuencia de la imposición de sanciones, en el artículo 30.3º, como un efecto más de las sanciones, haciendo referencia a la obligación 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".

Entre otras modificaciones intermedias debe señalarse la reforma realizada por Ley 9/2020, de 16 de diciembre, que traspuso al Derecho español la Directiva (UE) 2018/410 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con los costes y facilitar las inversiones en tecnologías hipocarbónicas, así como la Decisión (UE) 2015/1814, que entró en vigor el 8 de abril de 2018. Esa normativa comunitaria venía impuesta por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 12 de diciembre de 2015, en que se adoptó el Acuerdo de París, entrando en vigor con carácter general el 4 de noviembre de 2016, que fue firmado por España el 22 de abril de 2016 y lo ratificó el 23 de diciembre de 2016; publicándose en el "Boletín Oficial del Estado" el 2 de febrero de 2017 y entró en vigor el 11 de febrero de 2017. Con ocasión de esa reforma, se da nueva redacción al artículo 21, referido ya a la " *devolución de derechos de emisión* ", declarando en su párrafo primero "[l]os titulares de las instalaciones procederán a la devolución de los derechos de emisión que hayan sido transferidos en exceso o que deban ser objeto de devolución. El procedimiento para su devolución se desarrollará reglamentariamente y, en todo caso, garantizará la audiencia al titular de la instalación."

El desarrollo reglamentario de esas devoluciones a que se remite el precepto se ha llevado a cabo con la promulgación del *Real Decreto 1089/2020, de 9 de diciembre, por el que se desarrollan aspectos relativos al ajuste de la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el periodo 2021-2030. En este sentido se declara en su artículo 14* que "3. Los titulares deberán devolver la cantidad de derechos transferida en exceso en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de la notificación de la resolución del procedimiento de devolución. Transcurrido dicho plazo sin que se haya hecho efectiva la devolución, la Oficina Española de Cambio Climático podrá proceder, previo apercibimiento, a su ejecución de oficio.

"4. En el caso de que en el momento de proceder a la ejecución de oficio, no existiesen derechos suficientes en la cuenta de haberes del titular, se podrá proceder al apremio sobre el patrimonio de la cantidad líquida equivalente a los derechos que

deban devolverse, y de los intereses de demora que en su caso pudieran derivarse, de conformidad con los *artículos 99 , 100 y 101 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre* . El valor de los derechos **se corresponderá con el precio del derecho de emisión en el mercado primario en el que España haya subastado derechos**, correspondiente al día en que se dicte la resolución del procedimiento de devolución o, en su defecto, con el precio correspondiente al día anterior más próximo al mismo."

De lo expuesto ha de concluirse que habiéndose introducido en la Ley de 2005 la reforma del mencionado precepto con relación a la devolución de derechos de emisión, con la posterior aprobación del Real Decreto de 2020 que regulaba dicha devolución; si bien con anterioridad no existía norma, ni legal ni, obviamente, reglamentaria, que regulase dicha devolución. Debe añadirse que la regla establecida en el mencionado artículo 14 del Reglamento estaba condicionada por la nueva regulación que de tales derechos se introdujo con la mencionada reforma de 2020. Con anterioridad, es decir, a la fecha en que se impone a la aquí recurrente la obligación de devolución de los derechos, ante el silencio de la Ley de 2005, regía el anterior desarrollo reglamentario, es decir, el Real Decreto 1722/2012, de 28 de diciembre, que no contenía un precepto equivalente al transcrito precepto del Real Decreto de 2020.

A la vista de ese panorama normativo, es decir, bajo la vigencia del Real Decreto de 2012, es donde buscarse la solución a las cuestiones que se suscitan en el escrito de interposición, dado que, como cabe concluir de lo expuesto, el Real Decreto de 2020 no estaba en vigor al momento en que se impone la obligación de devolución de los derechos a la recurrente.

Ahora bien, centrado el debate en la aplicación de la mencionada normativa los simples razonamientos en que se funda el recurso no pueden aceptarse porque el régimen de los derechos de emisión comporta una complejidad económica y jurídica que requiere un estudio más profundo que excede el cometido que ahora nos ocupa.

No obstante lo anterior, sí debe recordarse que esos derechos constituyen el mecanismo jurídico que se introdujo en la Unión para cumplir los compromisos de reducción de emisión de tales gases asumidos en el Convenio de Kioto, y que comportaban el derecho a emitir tales gases a la atmósfera por parte de todos los operadores económicos que desarrollaran sus actividades en toda la Unión. Tales derechos incorporan la facultad de poder emitir gases de efectos invernadero, pero, de otro lado, solo pueden emitirse tales gases quienes sean titulares de tales derechos. Como la finalidad de la creación de esa técnica administrativa era la de cumplir el compromiso de reducción de emisiones en toda la Unión, que es la que adquirió dicho compromiso, esa regulación tiene una compleja normativa europea sobre la que no parece necesario entrar, dado que ha evolucionado desde su creación.

Lo que si interesa poner de manifiesto es que si tales derechos incorporan la facultad de emitir tales gases, que solo quienes sean titulares de esos derechos pueden hacer emisiones y que esas emisiones han de reducirse progresivamente; el mecanismo pivota sobre la fijación de unos derechos globales para toda la Unión que se distribuye entre Estado y estos distribuyen entre los operadores industriales que requieran tales derechos, es decir, requieren emitir gases de efectos invernadero para su actividad. En suma, ya desde el inicio de esta técnica administrativa, la existencia de derechos de emisión ni es de libre creación por los Estado, los fija la Comisión con carácter global para toda la Unión y distribuye entre los Estados, ni los Estados pueden ampliar dichos derechos de emisión, sino distribuir los adjudicados por la Comisión. Añadamos que con la configuración de ese mecanismo, los Estados no obtienen

beneficio económico alguno porque se limitan a adjudicar los derechos adjudicados por la Unión, si lo obtienen los operadores jurídicos porque dichos derechos constituyen, ya desde su creación, un activo financiero de los operadores adjudicatarios.

Bien es verdad que, como se afirma en las alegaciones de las partes, los derechos de emisión, cuya naturaleza jurídica no ha sido delimitada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, son fungibles, transmisibles y tienen un valor de mercado porque, a la postre, todo el sistema se basa en el principio básico en materia medioambiental de que el que contamina paga, como cabe concluir del *artículo 40 del mencionado Reglamento (UE) nº 389/2013 de la Comisión* .

Ahora bien, el mercado de esos derechos ha sufrido importantes cambios desde su instauración y no aprovecha al debate entrar en las particularidades, ciertamente complejas, que comporta. Pero si hemos de reseñar que en la evolución de ese mercado cabe distinguir una primera fase, entre los años 2005 a 2007, que fue experimental y trataba de articular toda la infraestructura para imponer el sistema que se instaura; por lo que en dicha primera fase se procedió a la adjudicación de derechos de emisión con carácter gratuito, estableciéndose ya una limitación general de emisiones, si bien aún no se imponían asumir los compromisos de Kioto. Es en la segunda fase, de los años 2008 a 2012, cuando tiene efectividad esta técnica administrativa, imponiéndose ya a los operadores industriales la exigencia de que para la emisión de gases de efecto invernadero debían ser titulares de los correspondientes derechos de emisión, dado que, en otro caso, se incurriría en importantes sanciones.

Pues bien, en esta segunda fase y conforme a los compromisos medioambientales asumidos, se procedería cada año a la adjudicación de los derechos de emisión de forma gratuita, pero con una reducción en cada ejercicio, así como también se procedió a la reducción de los derechos asignados de manera gratuita.

Pues bien, en ese desarrollo de esta peculiar técnica administrativa, lo que interesa destacar es que en la redacción originaria de la Ley de 2005 la adjudicación de los derechos, como se ha dicho, era gratuita y estaba basada en el devenir histórico de las explotaciones cuya actividad requería necesariamente la emisión de estos gases. Para facilitar el funcionamiento del sistema, con miras a poder asumir los compromisos internacionales, esos derechos se reducían anualmente y, lo que es importante destacar, se autorizaba que los operadores industriales pudieran vender aquellos derechos excedentes, generalmente fomentando la adopción de medidas de corrección en las explotaciones que requiriesen menores emisiones y, por tanto, menores derechos, pudiendo obtener un beneficio de su transmisión a otros operadores que los necesitasen por no haber adoptado dichas medidas de corrección (artículo 16 de la Ley en su redacción originaria), habida cuenta que los derechos comportaban un activo financiero de los titulares y sus explotaciones.

Con ocasión de la reforma realizada por *Ley 13/2010, de 5 de julio, se da nueva redacción al artículo 14* conforme al cual, además de una importante reducción de las asignaciones gratuitas, se constituye un nuevo modelo de transmisión, constituyéndose la subasta como el método básico de asignación de derechos a partir del periodo 2013-2020. Es decir, después del ejercicio de 2013 el medio normal de adquirir los derechos era el de subasta y no la adjudicación gratuita, que constituyó una modalidad inicial en la instauración de esta técnica administrativa a los efectos de cumplir los compromisos internacionales de emisión asumidos por la Unión en los instrumentos internacionales suscritos.

Esa exposición, sumamente escueta, parcial y general del funcionamiento de esta técnica administrativa y el denominado mercado de derechos, comporta que, en el caso de autos, a la recurrente le fueron adjudicados en 2011 derechos de manera gratuita que transfirió, obteniendo una cantidad que ya se ha expuesto. En dicha transmisión onerosa de tales derechos, el Estado no obtuvo beneficio alguno, pero no era ajeno a la misma; ya de entrada, porque tales derechos se contabilizan en el montante global que para la mencionada anualidad le fueron adjudicados y, a su vez y como consecuencia de ello, estaban contabilizados en las adjudicaciones que el Estado español hizo para cada uno de los operadores industriales que necesitaban dichos derechos.

De lo expuesto, es cierto que los derechos son, pese a su compleja naturaleza, fungibles en cuanto, ya en aquella segunda fase del mercado, podían adquirirse en el mercado de derechos; pero con la importante limitación de que eran limitados no solo para las empresas, que los necesitaban para poder emitir gases de esta naturaleza, pero también para el propio Estado, que debía computarlos en la asignación anual que le hacía la Comisión, lo cual no deja de ser trascendente a los efectos de la progresiva reducción anual de dicha adjudicación. Así pues, si, como acontece en el caso de autos, se adjudicaron derechos que no procedían, en puridad de principios, el Estado estaba obligado a recuperar esos derechos a los efectos de realizar la correspondiente coordinación entre los derechos asignados y adjudicados en el mercado interno. En suma, los derechos son fungibles pero limitados y computados en la adjudicación general y particular.

Bien es verdad, y es donde surge el debate de autos, que la evolución de esa técnica administrativa (en la actualidad en cuarta fase) ha comportado, de entrada, la casi eliminación de las adjudicaciones gratuitas, siendo obligado adquirir los derechos en las correspondientes subastas que se celebran periódicamente; de otra parte, en la progresiva --con el tiempo, importante-- limitación de derechos que, por pura lógica económica, comporta un importante encarecimiento de esos derechos. De ahí que en la regulación actual --el Reglamento lo impone como se ha expuesto en su transcripción-- nada impide que puedan ser sustituidos los derechos por el importe económico de su importe en las subastas, por más que, como pone de manifiesto la Sra. Abogado del Estado, cuando resulte una adjudicación en exceso de derechos porque su adquisición lo será conforme a dichas adquisiciones onerosas.

Conforme a lo razonado ha de concluirse que, aun cuando debiera determinarse en el incidente de ejecución de sentencia, que se ha excluido, ni el principio de proporcionalidad ni la normativa vigente, autoriza a justificar que la devolución de los derechos se hiciese por su equivalente económico, dada la adjudicación que de los mismos se hizo a la ejecutante, por todo lo cual procede declarar que no ha lugar al presente recurso.

Finalmente y dando respuesta a la cuestión casacional suscitada en el recurso, debe declararse que, habida cuenta de la sentencia dictada en el proceso en que se suscita el presente incidente, desestimando el recurso, no es admisible que en trámite de ejecución de sentencia pueda determinarse la forma en que se ha de ejecutar el acto administrativo que fue objeto de impugnación en el proceso, sin perjuicio de que, por la forma en que le fueron adjudicados a la ejecutante, en su momento, los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, cuando ya había cesado en la actividad a que dichos derechos estaban vinculados, comporta que su devolución deberá realizarse mediante la entrega de los derechos correspondientes; sin que con ello se vea vulnerado el principio de proporcionalidad.

SEXTO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el *artículo 93-4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero. Que la respuesta a la cuestión casacional suscitada es la que se reseña en el último párrafo del fundamento quinto.

Segundo. No ha lugar al presente recurso de casación 832/2021, interpuesto por "Segura, S.L.", contra el auto que en trámite de ejecución de sentencia fue dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, mencionado en el primer fundamento.

Tercero. No procede hacer concreta imposición de las costas del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.