



Roj: **STS 6963/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:6963**

Id Cendoj: **28079130052010100501**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **07/12/2010**

Nº de Recurso: **173/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo nº 173/2007, el que se acumularon los recursos nº 193/2007 y 9/2008, interpuestos por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de "Iberdrola, S.A.", contra el Real Decreto 1030/1007, de 20 de julio, sobre asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

Han sido partes demandadas la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y también, "EON Generación S.L.", representada por la Procuradora de los Tribunales María Jesús Gutiérrez Acebes, e "Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A." representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El presente recurso contencioso-administrativo y acumulados se interpusieron contra el Real Decreto 1030/1007, de 20 de julio, el Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre, sobre asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 2 de noviembre de 2007, que realiza la asignación individual de gases de efecto invernadero 2008-2012.

**SEGUNDO** .- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

Se fundamenta el recurso en la falta de motivación de la asignación realizada, respecto de la asignación individual de derechos de emisión. Y respecto de los reales decretos, también impugnados, se aduce que se ha producido discriminación en la metodología utilizada por el Plan para asignar los derechos del sector de la producción de energía, y, además, que no se han incorporado las modificaciones exigidas por la Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007.

**TERCERO** .- Habiéndose dado traslado a la Administración General del Estado del escrito de demanda, por el Abogado del Estado se presenta el correspondiente escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso y se declare que el acto administrativo recurrido es conforme a Derecho. Del mismo modo que también presenta escrito de contestación la representación procesal de "Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A".

Sin embargo, no presentó escrito de contestación a la demanda la representación de "EON. Generación, S.L.", por lo que se tuvo por decaído el trámite, mediante providencia de 26 de enero de 2010.

**CUARTO** .- Mediante Auto de esta Sala, de 10 de febrero de 2010, se acuerda recibir el pleito a prueba. Seguidamente se propusieron y practicaron las pruebas admitidas por la Sala y cuyo resultado consta en las actuaciones.



**QUINTO** .- Se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones, que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

Señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso el día 1 de diciembre de 2010, fecha en la que tuvo lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Mediante el presente recurso contencioso-administrativo nº 173/2007, al que se acumularon otros dos recursos, con nº193/2007 y nº 9/2008, interpuestos por la misma recurrente, se impugnan las siguientes disposiciones y actos.

1. Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio , por el que se modifica el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre , por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012 (recurso contencioso administrativo nº 173/2007).

2. Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre , por el que se modifica el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre , por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012 (recurso contencioso administrativo nº 193/2007).

3. Acuerdo del Consejo de Ministros, de 2 de noviembre de 2007, que aprueba la asignación individual de gases de efecto invernadero a las instalaciones incluidas en el Plan Nacional de Asignación 2008-2012 (recurso contencioso administrativo nº 9/2008).

**SEGUNDO.-** El planteamiento que hace la parte recurrente en las tres demandas interpuestas es sustancialmente igual, con una salvedad. En la demanda presentada en el recurso contencioso administrativo seguido contra la asignación individual de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero se aduce, en primer lugar, la falta de motivación del acuerdo de asignación y, luego, se aducen los mismos motivos de impugnación que se alegan en los otros dos recursos en que se impugnan sendos Reales Decretos --1402/2007 y 1030/2007-- de modificación del Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre , por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012. Es decir, se aduce que se ha producido una discriminación en la metodología utilizada por el Plan para asignar los derechos de emisión en el sector de la producción de energía, y, además, que no se han incorporado las modificaciones exigidas por la Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007.

De manera que la acumulación acordada nos plantea, antes de nada, una cuestión relativa al orden al que ha de sujetarse nuestro examen. Pues bien, a pesar de que con carácter general la falta de motivación de un acto administrativo, como es la resolución de asignación de gases de efecto invernadero, precisa de un análisis previo a la cuestión de fondo, sin embargo, en este caso, la solución ha de ser precisamente la contraria. Y esto es así --prescindiendo de la secuencia temporal que tiene lugar por la impugnación primero de los reales decretos de modificación del Plan y luego del acto de asignación-- porque la estimación de las impugnaciones sobre la conformidad a Derecho del Plan de Asignación, que constituye una disposición general, dejaría huérfano de cobertura normativa al posterior acto de asignación, de modo que ya poco sentido tendría indagar sobre si está o no motivado, con la motivación "in aliunde" a que se alude por la Administración General del Estado, un acto que carece de amparo normativo porque ha sido declarada la nulidad de la norma de cobertura.

**TERCERO** .- Nuestro enjuiciamiento sobre la legalidad de los reales decretos impugnados que modifican el Plan Nacional de Asignación, periodo 2008-2012, y el acto de asignación de tal periodo, debe arrancar del marco normativo en el que se integra, como último eslabón, los citados Reales Decretos 1402/2007 y 1030/2007.

Este enmarque discurre en tres planos diferentes, como señalamos en nuestras Sentencias de 1 de octubre de 2008 (recurso contencioso administrativo nº 86/2005 ), sendas Sentencias 27 de noviembre de 2008 (recursos contencioso administrativo nº 44/2005 y 311/2005), de 17 de julio de 2007 ( recurso contencioso administrativo nº 103/2005 ) y de 11 de junio de 2010 (recurso contencioso administrativo nº3/2008 ). Se inicia en el Derecho internacional, se asume y concreta en el Derecho comunitario y concluye en nuestro Derecho interno.

El origen debemos situarlo, en el plano **internacional** , en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, desarrollada en 1997 por el denominado Protocolo de Kioto, que limita las emisiones de gases de efecto invernadero para los países desarrollados y con economías en transición. En virtud de este Protocolo, los citados países asumen el compromiso de reducir, durante el quinquenio 2008-2015, al menos un 5% de sus emisiones de determinados gases de efecto invernadero.



El mentado Protocolo fue aprobado, en relación con la **Unión Europea**, mediante la Decisión 2002/358/ CE, de 25 de abril de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la citada Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. Dicho Protocolo entró en vigor el 16 de febrero de 2005.

No obstante, una vez ratificado dicho Protocolo por la Unión Europea y los Estados miembros, el 31 de mayo de 2002 y antes de su entrada en vigor en 2005, se acuerda iniciar una política europea acorde con el riesgo derivado del cambio climático. Es la Directiva 2003/87 / CE, de 13 de octubre, el instrumento normativo encargado de establecer un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y en virtud de la cual el comercio de dichas emisiones empieza antes del primer periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, fijado en 2008.

De este modo la Directiva 2003/87 /CE estableció un sistema comunitario para el comercio de los derechos de emisión de tales gases que comenzó el 1 de enero de 2005, por un periodo inicial de tres años, de 2005 a 2007. Téngase en cuenta que la Directiva 2003/87 establece una primera fase que va de 2005 a 2007, como "primer período de asignación" anterior al primer período de compromisos previsto por el Protocolo de Kioto, seguida de una segunda fase que va de 2008 a 2012, como "segundo período de asignación", que se corresponde con el primer período de compromisos (artículo 11 de la Directiva 2003/87).

Los derechos de emisión medidos en toneladas métricas de dióxido de carbono (CO2), permiten a su titular emitir una tonelada durante un periodo temporal concreto, y son comerciables en el seno de la Unión Europea.

La Directiva indicada ha sido traspuesta en nuestro **Derecho interno** en virtud de una Ley, concretamente el Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto, que regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

La asignación y expedición de derechos, prevista en la Directiva y en la Ley, se concreta en torno a un Plan Nacional de Asignación de cada Estado de la Unión (artículo 9 de la Directiva y artículos 14 y siguientes del Real Decreto Ley 5/2004), que está obligado, por tanto, a aprobar previamente al inicio de cada periodo de cumplimiento, el mentado plan.

Aparece, en este mismo plano y como su último eslabón, los sucesivos planes nacionales de asignación de derechos de emisión de los diferentes periodos. Así, podemos citar, en primer lugar, el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, que aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007, en el que se determina el número global de derechos de emisión que se asignarán y el aprovechamiento aplicable para su asignación. Este plan fue impugnado ante esta Sala en el recurso contencioso administrativo nº 119/2004, en el que se dictó sentencia de 15 de julio de 2009.

La anterior disposición general fue modificada por Real Decreto 60/2005, de 21 de enero, que también fue objeto de diferentes impugnaciones ante esta Sala, habiendo recaído sentencia de 27 de noviembre de 2008, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 44/2005, y sentencia de 2 de abril de 2009, recaída en el recurso nº 48/2005.

Finalmente, comienza el siguiente periodo 2008-2012, que ahora nos interesa, y se aprueba nuevo Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión mediante el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre. Este Plan se notifica a la Comisión Europea en cumplimiento del artículo 9 de la Directiva 2003/87 /CE.

Mediante Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007, se acordó su aprobación si bien condicionándola a la introducción de determinadas modificaciones, con remisión de información complementaria. En cumplimiento de lo señalado por la citada Decisión se modifica el Plan, mediante RD 1030/2007, de 20 de julio. También se modifica el Plan Nacional de Asignación aprobado, mediante RD 1402/2007, de 29 de octubre.

Precisamente estos dos últimos reales decretos constituyen el objeto de esta impugnación, además del acto administrativo de asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Así es, la aplicación de las citadas normas sirve de fundamento a la Resolución que también se recurre aquí, esto es, al Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 2 de noviembre de 2007, que aprobó la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

**CUARTO.**- Enlazando el enmarque normativo expresado con las posiciones procesales de las partes, debemos señalar que, en el escrito de demanda, la discriminación en que incurren los dos reales decretos impugnados y, por ello, la asignación realizada a la mercantil recurrente, se fundamenta, en dos razones.

De un lado, se indica que la metodología empleada para realizar la asignación de los derechos de emisión no se ajusta a lo que dispone la Directiva 2003/87 /CE del Parlamento y del Consejo, pues se ha establecido un trato de favor para las centrales de carbón y las centrales que han llevado a cabo desulfuración, en detrimento



de las centrales de gas de ciclo combinado. Desventaja que se pone de manifiesto en función de dos criterios, a saber, las horas de utilización y el factor de emisión.

Y de otro, en que esa misma Directiva impone un procedimiento que da intervención a la Comisión Europea que en su Decisión de 26 de febrero de 2007 que advertía sobre la posible discriminación y, no obstante, los decretos impugnados no atendieron tal advertencia. Así mismo se vulnera el artículo 17.2 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo .

Por el contrario, el Abogado del Estado considera que no se ha producido ningún trato de favor o ventaja entre los diversos sectores, concretamente entre las centrales de carbón y las de cogeneración, aunque en su escrito de demanda se aluden a otras cuestiones que afectan a los nuevos entrantes que no hace al caso.

Por su parte, la recurrida que contestó a la demanda, Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., postulando que el Plan de 2008-2012 debe asegurar el funcionamiento de las centrales de carbón ambientalmente más eficientes, y debe asegurar el consumo de todo el carbón nacional, por lo que, a pesar de su posición procesal como recurrida, solicita en el suplico de su contestación, no la nulidad de determinados apartados de los reales decretos, sino que relaciona las modificaciones que, a su juicio, deben hacerse en el Plan Nacional. La otra recurrida, "Eon Generación, S.L.", no contestó a la demanda, por lo que, mediante providencia de 26 de enero de 2010, se tuvo por decaído el trámite para evacuar tal contestación.

**QUINTO** .- El sistema alumbrado en los términos examinados, y estructurado en los diversos planos normativos expuestos en el fundamento tercero, responde a una idea fundamental, que expresa la propia Directiva 2003/87 /CE por la que se establece el régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y es que nace con la finalidad de fomentar " *la utilización de tecnologías más eficientes desde el punto de vista energético, incluida la tecnología de producción combinada de calor y electricidad, que genera menos emisiones por unidad de rendimiento, mientras que la futura Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía promoverá concretamente la tecnología de producción combinada de calor y electricidad* ", según expresa el considerando veinte de la indicada norma comunitaria.

Esta Directiva ha sido traspuesta mediante 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, en cuyo artículo 1 , al definir el objeto y ámbito de aplicación, dispone que su objetivo es " *establecer un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz y de manera económicamente eficiente* " .

De modo que conviene retener que la *finalidad* de la ley es fomentar dicha reducción de gases, pues estamos ante un sistema concebido y articulado precisamente para restringir y limitar las emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático. La limitación que se pretende alcanzar es una reducción del 8 % de las emisiones de gases este tipo para el período comprendido entre 2008 y 2012.

Téngase en cuenta que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobada mediante la Decisión 94/69/ CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1993 , relativa a la celebración de la Convención Marco sobre el Cambio Climático , era lograr, como indica la Directiva de 2003/87 /CE, una estabilización de las concentraciones de estos gases nocivos para el medio ambiente.

**SEXTO**.- La puesta en práctica de este sistema debe respetar una serie de principios que, por lo que ahora interesa, han de concentrarse en la prohibición de discriminación, de modo que la distribución de tales limitaciones entre sectores o entre instalaciones no lesione el principio de igualdad.

Este principio ha sido recogido por la propia Directiva 2003/87 / CE en cuyo anexo III sobre " *los criterios aplicables a los Planes Nacionales de Asignación* ", al que remite el artículo 9 de la misma, se señala , concretamente en el criterio 5, que de acuerdo con los requisitos del Tratado, en particular de sus artículos 87 y 88 , el plan " *no distinguirá entre empresas o sectores de modo que se favorezca indebidamente a determinadas empresas o actividades* ". Se impone, en este sentido, a los Estados miembros la aprobación de un Plan Nacional que determinará la cantidad total de derechos de emisión que prevé asignar durante dicho período y el procedimiento de asignación. Este plan se basará en criterios objetivos y transparentes, incluidos los enumerados en el anexo III a los que acabamos de referirnos.

En el mismo sentido, la Exposición de motivos de la citada Ley 1/2005 declara que la metodología de asignación individual que se establezca, en todo caso, debe evitar la generación de diferencias injustificadas entre sectores de actividad o entre instalaciones, que *supongan una posición de ventaja entre sectores o entre instalaciones incluidas en una misma actividad* . Además, se señala que tal metodología tendrá que ser coherente con las posibilidades técnicas y económicas de reducción de cada sector, y podrá tener en cuenta





tanto las previsiones de evolución de la producción como las medidas de reducción adoptadas antes del establecimiento del mercado de derechos de emisión, respetando los arts. 87 y 88 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Establece al respecto, el artículo 17.2 , apartado a), como criterio de asignación, que " *no genere diferencias injustificadas entre sectores de actividad ni entre instalaciones, de conformidad con los arts. 87 y 88 del Tratado de la Comunidad Europea* ".

Nos corresponde, por tanto, examinar si la metodología seguida en las normas impugnadas respetan y se ajustan el indicado principio de igualdad, una vez reconocida su especial intensidad y especificidad en el sistema de limitación de los gases de efecto invernadero. Es importante destacar que sobre tal limitación de gases se ha construido un régimen de comercio de derechos de emisión de tales gases cuya traducción económica es evidente, no sólo porque afecta al propio volumen de producción del sector o de la instalación, sino también porque sobre tales emisiones, se crea un singular e innovador *mercado de derechos de emisión* , que tiene innegables repercusiones sobre los sectores económicos, como es el industrial o el eléctrico, y puede afectar a la toma de decisiones empresariales relativa a la estrategia de inversiones o a los niveles de producción.

**SÉPTIMO** .- La discriminación se centra, en definitiva, en el diseño de la metodología y los criterios de asignación, previstos en los reales decretos impugnados, de derechos de emisión entre las centrales de gas de ciclo combinado y las centrales de carbón. Y cifra el origen de la diferencia, como señala la prueba pericial practicada en el proceso y que ahora valoramos, por la utilización del carbón nacional, por la realización de inversión en desulfuración, por la referencia a las horas de funcionamiento consideradas para las centrales de gas y para las de carbón, porque la utilización del carbón duplica a la del gas, y, en fin, por la utilización de un factor de emisión para las centrales de carbón igual a 0,92 TCO<sub>2</sub>/MWh.

Al margen de las repercusiones económicas que el citado informe pericial se detiene en cuantificar, nos interesa destacar que la discriminación aparece como injustificada desde el punto de vista medioambiental en que nos encontramos, aunque pudieran concurrir otras legítimas justificaciones ajenas a la órbita medioambiental de limitación y reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

Téngase en cuenta la finalidad del Plan Nacional que surge en el marco que hemos descrito en el fundamento tercero y según los objetivos que fija la Directiva 2003/87 /CE, es decir, se pretende fomentar, como ya hemos señalado y ahora insistimos, dicha reducción de gases, pues estamos ante un sistema concebido y articulado precisamente para restringir y limitar las emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático. De modo que el apoyo al carbón, en general, y al nacional, en particular, resulta ajeno al medio ambiente, pues no se corresponde con tal finalidad premiar a las centrales que realicen más emisiones de CO<sub>2</sub>.

El apoyo al carbón nacional, en definitiva, encuentra su sede natural en el Plan de la Minería y en las ayudas de Estado, pero es ajeno al Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión y resulta contradictorio con su propia finalidad y fundamento.

Del mismo modo la inversión en desulfuración se enmarca en la Directiva 2001/80 /CE sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión, lo que aunque relacionado con el medio ambiente también es ajeno a la reducción de gases de efecto invernadero, lo que empaña el cumplimiento de los fines a que sirve el Plan Nacional, mediante su mezcla con el dióxido de azufre.

En fin, respecto de las horas de funcionamiento, inferiores a la media europea, y los factores de emisión, al tomar en consideración no el " *factor de emisión medio* " (para las centrales de carbón), sino el relativo a la " *mejor tecnología disponible* " (centrales de gas), comporta una desventaja, como ya temía la Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007, para estas últimas. En este sentido, el informe pericial citado, señala que " *la comparación del PNA español con los PNA de los principales países europeos revela que estos últimos contemplan un número de horas de utilización de las centrales de gas por encima de las 5.000 horas, mientras que la previsión del PNA español se sitúa por debajo de las 3.000 horas* ".

En consecuencia, del fundado informe técnico se infiere, como se destaca en las conclusiones del mismo, que se ha producido un trato de favor de las centrales de carbón en perjuicio de centrales de gas, que no tiene ninguna justificación en el ámbito de las reducciones de emisiones de CO<sub>2</sub> a que nos referimos.

**OCTAVO** .- En esta misma línea de razonamiento, conviene destacar que el procedimiento que ha de seguirse para la elaboración del Plan Nacional consta de dos fases diferenciadas. De un lado, cada Estado ha de aprobar dicho plan mediante el instrumento normativo correspondiente a su ordenamiento interno, que en el caso español es el RD 1370/2006, de 24 de noviembre. Y, de otro, la Comisión Europea, tras la notificación de plan, adopta una decisión, nos referimos a la Decisión de 26 de febrero de 2007, y en cumplimiento de la misma



se dictan los reales decretos impugnados, que intentan resolver las dudas que la indicada Comisión puso de manifiesto en la expresada Decisión.

Así es, la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 26 de febrero de 2007, relativa al plan nacional de asignación notificado por España, señala que la metodología por la cual que tiene previsto asignar los derechos de emisión en el sector de producción de la energía puede constituir una ventaja indebida. Concretamente en el apartado 8 se indica que a las instalaciones de producción de energía que utilizan el carbón como combustible le son asignados derechos en base a un factor de emisión medio de estas instalaciones, mientras que a las turbinas de gas de ciclo combinado, les son asignados derechos en base a un factor de emisión que corresponde a la mejor tecnología disponible, lo cual puede resultar una ventaja para el primer grupo, por lo que concluye que " *el carbón produce mas emisiones que el uso del gas, por ello, un trato de favor otorgado al primer grupo (carbón) no necesariamente redundará en beneficio de los objetivos de la Directiva 2003/87/CE y no se puede descartar que esa ventaja sea indebida*". Del mismo modo, en el apartado 9, advierte sobre las diferencias entre instalaciones cuando se trata del uso de carbón doméstico, respecto del carbón importado, lo que " *no puede justificarse desde el punto de vista medioambiental*".

El Consejo de Estado en el dictamen de la Comisión Permanente, adoptado en sesión de 28 de junio de 2007, al proyecto de Real Decreto por el que se modifica el RD 1370/2006 de aprobación del Plan Nacional ya señalaba, siguiendo los criterios fijados en la antes citada Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 26 de febrero de 2007, concretamente en la consideración quinta sobre la "falta de cierre" del Plan Nacional, al considerar " *conveniente revisar hasta qué punto el especial trato de favor que recibe el carbón (versus el ciclo combinado) ofrece riesgo de ser considerado ayuda de Estado*".

**NOVENO** .- No está de más que insistamos en que las razones de política económica en general, o aquellas de carácter industrial o social en particular, pueden representar efectivamente un potente interés general. Ahora bien, tales razones son ajenas al interés medioambiental, de reducción de emisiones de CO<sub>2</sub>, al servicio del que se dicta la Directiva 2003/87 / CE, en cuyo criterio nº 5 del Anexo III , señala que se ha de fomentar o favorecer la " *utilización de tecnologías más eficientes desde el punto de vista energético, incluida la tecnología de producción combinada de calor y electricidad*".

Téngase en cuenta, a estos efectos, la finalidad que se persigue con la asignación de derechos emisión que comporta la limitación de las emisiones de los gases de efecto invernadero, en atención al contexto internacional en el que surgen y que nos hemos detenido en describir antes. De modo que las legítimas razones de carácter económico que pueden avalar el fomento de determinadas energías ha de obtenerse mediante otros instrumentos diferentes a los ahora enjuiciados que tienen una finalidad y alcance muy concretos y específicos.

**DÉCIMO**.- En definitiva, de lo expuesto por referencia a la Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007, al dictamen del Consejo de Estado de 28 de junio de 2007, al contundente resultado de la prueba pericial, en relación con el régimen jurídico que hemos expuesto al que están sujetos los reales decretos impugnados, esta Sala considera que se ha producido una diferencia de trato entre las centrales de carbón y de gas de ciclo combinado proscrita por la Directiva 2003/87 / CE. Y que tal diferencia supone una desventaja para estas segundas que no está justificada.

La proscripción de la cualquier discriminación, trasunto del principio general de igualdad, demanda que no se traten de una manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones distintas a menos que se halle objetivamente justificada. La infracción del principio de igualdad precisa además de ese tratamiento diferente a situaciones comparables, que concurra una justificación, y esta no puede apreciarse cuando se advierte una desventaja para uno de los términos de comparación entre los que se hace la operación de contraste, en los términos que hemos señalado en los fundamentos anteriores

La diferencia sólo está justificada cuando se basa en un criterio objetivo y razonable, es decir, cuando está en relación con un *fin legalmente admisible* perseguido por la legislación en cuestión, y esta diferencia es *proporcionada* al objetivo perseguido por dicho trato. Y lo cierto es que la finalidad de las ventajas a las centrales de carbón es como insistentemente señalamos ajenas a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en cuyo ámbito se dictan los reales decretos impugnados.

En este sentido se viene pronunciando el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas, como señala el Tribunal de Primera Instancia de Comunidades Europeas, en Sentencia de 2 de marzo de 2010 (T16/2004), al citar las Sentencias (del Tribunal de Justicia) de 5 de julio de 1977, Bela-Mühle Bergmann, 114/76, Rec. p. 1211, apartado 7; de 15 de julio de 1982, Edeka Zentrale AG, 245/81, Rec. p. 2745, apartados 11 y 13; de 10 de marzo de 1998, Alemania/Consejo, C-122/95, Rec. p. I-973, apartados 68 y 71, y de 23 de marzo de 2006, Unitymark y North Sea Fishermen's Organisation, C-535/03, Rec. p. I-2689, apartados 53, 63, 68 y 71).



**UNDÉCIMO** .- No podemos concluir sin citar lo que ya dijimos en Sentencia de 4 de marzo de 2010 (recurso contencioso administrativo nº 21/2007), en la que declaramos la nulidad de determinados apartados e incisos --4.A.a, 5.B.a, 5.A y 7.C-- del Plan Nacional aprobado por RD 1370/2006.

Entonces advertimos, respecto de la desulfuración, que << *no se corresponde con la finalidad de la Ley ni con su ámbito de regulación la previsión contenida en el apartado 4 .A.a Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2008-2012, dentro del punto correspondiente a "centrales térmicas de carbón", en el párrafo relativo a las "centrales térmicas de generación con carbón que han realizado inversiones medioambientales para reducir las emisiones de SO2 y NOX". No se cuestiona que la Administración pueda, o incluso deba, fomentar la reducción de los porcentajes de azufre y que a tal fin promueva o estimule la instalación de dispositivos de desulfuración; pero es contrario a derecho que el logro de tal objetivo se inserte en una regulación nacida para una finalidad distinta, legalmente definida, que consiste en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, entre los cuales no se incluye el referido dióxido de azufre* >>. Y respecto del carbón nacional, concluimos que << *Vemos entonces que el Plan Nacional de Asignación dispensa al carbón nacional un tratamiento específico y que la Comisión Europea no duda en calificarlo como "trato de favor", aunque luego dicha Comisión no extrae de esa apreciación consecuencias inmediatas. Y, siendo ello así, la demandante pretende un trato aún más beneficioso para el carbón autóctono (...). Pues bien, la aplicación de un mismo factor de emisión a todos las centrales generadoras de electricidad a partir del carbón resulta plenamente respetuosa con ese criterio establecido en el artículo 17.2.a/ de la Ley 1/2005. Por el contrario, si para calcular la asignación de los derechos de emisión correspondientes a cada instalación se aplicase un coeficiente o factor de emisión distinto según que el carbón utilizado fuese o no de procedencia nacional, sería entonces cuando se introduciría un trato diferenciador difícilmente justificable con arreglo a lo previsto en los artículos 87 y 88 del tratado de la Comunidad Europea* >>.

**DUODÉCIMO** .- En consecuencia, la lesión al principio de no discriminación por los Reales Decretos impugnados --1402/2007 y 1030/2007-- de modificación del Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012, comporta la estimación del recurso contencioso administrativo.

Ahora bien, como quiera se trata de tres recursos acumulados, procede declarar la nulidad únicamente, de conformidad con los suplicos de las demandas de los recursos 173 y 193 de 2007, de la cuantía de las toneladas asignadas globalmente al sector eléctrico, prevista en los artículos impugnados. Esto es, en los apartados Uno b), Cuatro a) y Cinco del artículo único del RD 1030/2007. Y los apartados Uno b), Tres a) del artículo único del RD 1402/2007.

Del mismo modo que se anula la asignación de los derechos de emisión, acordada por Resolución del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007, pues tal acto administrativo de aplicación carece de cobertura normativa respecto de la metodología seguida para la fijación de la asignación, una vez declarados nulas las normas citadas de los reales decretos impugnados.

**DÉCIMO TERCERO** .- No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales del presente recurso contencioso administrativo (artículo 139.1 de la citada LRJCA).

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso administrativo, y acumulados, interpuesto por la representación de "Iberdrola, S.A.", **primero**, contra el Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012 (recurso contencioso administrativo nº 173/2007), **segundo**, contra el Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012 (recurso contencioso administrativo nº 193/2007), y, **tercero**, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 2 de noviembre de 2007, que aprueba la asignación individual de gases de efecto invernadero a las instalaciones incluidas en el Plan Nacional de Asignación 2008-2012 (recurso contencioso administrativo nº 9/2008), debemos acordar lo siguiente:

1.- Declarar la nulidad de los apartados Uno b), Cuatro a) y Cinco del artículo único del citado RD 1030/2007, de 20 de julio, únicamente en lo relativo a la reducción de la cuantía de las toneladas globalmente al sector eléctrico.



2.- Declarar la nulidad de los apartados Uno b) y Tres a) del artículo único del RD 1402/2007, de 29 de octubre, únicamente en lo relativo a la reducción de la cuantía de las toneladas globalmente al sector eléctrico.

3.- Declarar la nulidad de la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero realizada para la recurrente por el expresado Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007.

No se hace imposición de las costas procesales ocasionadas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excmo. Sra. D<sup>a</sup> Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ