Id Cendoj: 28079130052010100101
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 21/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 2008-2012. El recurso contencioso-administrativo directo contra el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el mencionado Plan Nacional. Declaración de nulidad de algunas determinaciones, con desestimación de las restantes pretensiones de la demandante. Estimación en parte del recurso contencioso-administrativo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil diez.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo nº 21/2007 interpuesto por la Procuradora Dª María Jesús Gutiérrez Aceves en representación de E.ON **GENERACIÓN**, S.L. (antes **VIESGO GENERACIÓN**, S.L.) contra el *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre (Boletín Oficial del Estado nº 282 de 25 de noviembre de 2006*) por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 2008-2012. Ha sido parte demandada, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado; y se ha personado en las presentes actuaciones, como parte codemandada, IBERDROLA, SA representada por el Procurador D. José Luis Martín Jaurequibeitia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido el recurso contencioso-administrativo contra 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, y previos los oportunos trámites, formalizó demanda mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2009, en el que, en síntesis, se plantean las siguientes cuestiones y argumentos de impugnación:

1. La asignación de derechos de emisión de CO2 por haber reducido las emisiones de CO2 vulnera el *artículo 1 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo* , e incurre en desviación de poder.

2. La asignación de derechos de emisión para las centrales peninsulares de carbón aplicando para el cálculo un factor de emisión fijo (0#92 toneladas de CO2 por MWh) vulnera el *artículo 17.2.a/ de la Ley 1/2005, de 9 de marzo* .

3. La regulación de "nuevos entrantes" y la reserva de derechos para ellos prevista en el Plan Nacional de Asignación 2008-2012 vulneran la *Ley 1/2005, de 9 de marzo* , en un doble aspecto:

A. En los apartados 5.A y 7.C del Plan Nacional de Asignación se atribuye la condición de nuevo entrante a las instalaciones que tengan prevista su entrada en funcionamiento con posterioridad al 30 de junio de 2007 siendo así que, según el *artículo 2 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo* , la condición de nuevo entrante corresponde a todas aquellas instalaciones, independientemente de la fecha de entrada en funcionamiento, que no tuvieran la autorización de emisión prevista en el Capítulo II de la Ley en el momento en que se hubiera remitido el plan de asignación a la Comisión Europea, cosa que ocurrió el 30 de noviembre de 2006.

B. Se incumple lo dispuesto en el *artículo 18 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo* , que dispone que en los planes de asignación se debe establecer una reserva de derechos para nuevos entrantes, pues la reserva prevista en el apartado 7.B del Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012 es ínfima y resultará claramente insuficiente para los nuevos entrantes de dicho período.

El escrito de demanda termina solicitando que se dicte sentencia declarando la nulidad de los siguientes apartados o determinaciones del Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012 aprobado por *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre* :

1/ Del apartado 4.A.a, y dentro del punto correspondiente a "centrales térmicas de carbón", el párrafo relativo a las "centrales térmicas de **generación** con carbón que han realizado inversiones medioambientales para reducir las emisiones de SO2 y NOX". (en dicho párrafo se dispone: "... *Para estos grupos que han instalado desulfuración o han modificado sus calderas para poder quemar carbón de muy bajo porcentaje de azufre, se asignan derechos de emisión correspondientes a las emisiones de las centrales de carbón, estimadas de acuerdo con un factor de emisión de 0,92 tCO2/MWh, una producción mínima anual equivalente a 4.500 horas de funcionamiento a plena carga y afectadas por un coeficiente de ajuste según se determina en el apartado 5.B.a"*).

2/ Del apartado 5.B.a, y dentro del punto correspondiente a "reparto de la asignación de derechos a las centrales térmicas de carbón entre dichas instalaciones", el párrafo relativo a " *Criterio 2, aplicable a centrales con bajos niveles de SO2, estén o no incluidas en el ámbito de aplicación del criterio 1"* .

3/ Del apartado 5.A, el último párrafo en el que se dispone: " *Para aquellas nuevas instalaciones que reuniendo las condiciones para ser consideradas existentes, tenga prevista su entrada en funcionamiento con posterioridad al 30 de junio de 2007 se efectuará una asignación provisional con cargo a la reserva de nuevos entrantes que quedará confirmada, o corregida a la baja en la parte proporcional al retraso, en caso de que se produjera, una vez comunicada la fecha de entrada en funcionamiento por el órgano autonómico competente* ".

4/ El apartado 7.B, condenando a la Administración a la determinación de una nueva reserva de derechos para nuevos entrantes acorde con los datos conocidos sobre nuevos entrantes en el periodo 2008-2012.

5/ Del apartado 7.C, el inciso *"... así como aquellas instalaciones que tengan prevista su entrada en funcionamiento con posterioridad al 30 de junio de 2007* ".

6/ Cualquier otra mención contenida en el Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012 que haga referencia a las determinaciones anteriores cuya nulidad se postula.

Pese a lo alegado en la parte argumentativa del escrito (véase el apartado 2/ de los argumentos de impugnación antes reseñados), en el suplico de la demanda no se formula una pretensión de nulidad referida a otros puntos o párrafos que, dentro del epígrafe "centrales térmicas de carbón" del apartado 4.A.a, también recogen la determinación que utiliza para realizar los cálculos un factor de emisión fijo de 0#92 toneladas de CO2 por MWh, con independencia del tipo de carbón utilizado.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 5 de junio de 2009 en el que, en primer lugar, ofrece una amplia exposición sobre los antecedentes normativos con los que se relaciona o de los que trae *causa el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, así como acerca de la metodología contemplada en el Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012* para realizar la asignación individualizada de derechos de emisión. En esa exposición se alude a los aspectos cuestionados por la demandante (asignación de derechos a las centrales de carbón que han realizado inversiones medioambientales para reducir las emisiones *de SO2 y NOX* ., definición de nuevos entrantes y reserva de derechos para nuevos entrantes), pero el escrito de la Abogacía del Estado no examina los concretos puntos de discordancia que la demandante alega entre el Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012 y la *Ley 1/2005, de 9 de marzo. Termina* la contestación a la demanda solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo por ser conforme a derecho la resolución administrativa impugnada, con imposición de las costas a la demandante.

TERCERO.- En el mismo trámite de contestación a la demanda la representación de Iberdrola, S.A. presentó escrito con fecha 30 de junio de 2009 en el que únicamente se opone a lo argumentado por la demandante en relación la determinación que consiste en utilizar para la realización de los cálculos conducentes a la asignación individual de derechos de emisión un factor de emisión fijo de 0#92 toneladas

de CO2 por MWh, con independencia del tipo de carbón utilizado. Señala la representación de la codemandada que en el Plan Nacional de Asignación existe, ciertamente un trato diferenciador, pero no en perjuicio sino a favor de las centrales térmicas de carbón nacional, lo que motivó determinadas objeciones por parte de la Comisión europea, y que, además, el factor fijo de 0#92 toneladas de CO2 por MWh dista mucho de representar "la mejor tecnología disponible", habida cuenta las tasas de emisión existentes en otros países europeos, por lo que de ningún modo cabe admitir que se utilice para las centrales que utilizan carbón nacional un factor de emisión más alto. Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia en la que se desestime la solicitud de nulidad del apartado 4.A.a del Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012.

CUARTO.- Habiendo sido acordado por auto de 21 de julio de 2009 el recibimiento a prueba, fueron admitidas y se practicaron, con el resultado que obra en las actuaciones, las pruebas documentales propuestas por la parte actora. La Administración demandada y la parte codemandada no propusieron prueba alguna.

QUINTO.- Se emplazó a las partes para que formulasen sus conclusiones; y con fechas 6, 17 y 30 de noviembre las tres partes personadas presentaron sus correspondientes escritos.

SEXTO.- Practicado lo anterior quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fijándose finalmente al efecto el día 23 de febrero de 2010.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo lo dirige la representación de E.on **Generación**, S.L. (antes **Viesgo Generación**, S.L.) contra el *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre (Boletín Oficial del Estado nº 282 de 25 de noviembre de 2006*) por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 2008- 2012.

SEGUNDO.- Hemos expuesto una síntesis de las cuestiones que plantea y pretensiones que formula la parte actora en su escrito de demanda (antecedente primero), así como de la respuesta dada por la Administración y la parte codemandada en sus respectivos escritos de contestación (antecedentes segundo y tercero). Pero antes de abordar el examen de tales cuestiones y pretensiones procede que expongamos la génesis y la secuencia cronológica de las diferentes disposiciones que integran el marco normativo que habremos de tomar en consideración. Veamos:

1. La adhesión de la Unión Europea al Protocolo de Kyoto -instrumento anexo a la Convención de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático por el que los estados y organizaciones internacionales firmantes adquieren el compromiso para el periodo 2008-2012 de reducción de las emisiones de gases con efecto invernadero en determinados porcentajes- determinó que en el seno de la Unión Europea se promulgase 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 (la mencionada *Directiva 2003/87* /CE fue luego modificada por la *Directiva 1001/2004 / CE del Parlamento y del Consejo, de 27 de octubre* , así como por la *Directiva 1/2008, del Parlamento y del Consejo, de 15 de enero*).

2. En España, la transposición de la mencionada *Directiva 2003/87* al ordenamiento nacional se produjo mediante el *Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto* , por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero que recoge, con algunas variantes, la regulación establecida en la *Directiva 2003/87* .

3. Por *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre* , se aprobó el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005- 2007, luego modificado, siguiendo las indicaciones de la Comisión Europea, por *Real Decreto 60/2005 de 21 de enero* .

4. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 se aprobó la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto-Ley 5/2004. El citado acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005* fue publicado por resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia de 26 de enero de 2005 (BOE del 28 de enero de 2005).

5. La *Ley 1/2005, de 9 de marzo* , sustituyó al *Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto* , como norma de transposición de la *Directiva 2003/87* /CE al ordenamiento español (esta *Ley 1/2005* fue luego

modificada en algunos aspectos por el *Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo* , y por la *Ley 22/2005, de 18 de noviembre*).

6. **Por** *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre (Boletín Oficial del Estado nº 282 de 25 de noviembre de 2006*) **,** se aprueba el **Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2008-2012.** Contra este Real Decreto se dirige el recurso contencioso- administrativo que da origen a las presentes actuaciones.

7. De conformidad con lo previsto en el *artículo 9 de la Directiva 2003/87* , el mencionado *Real Decreto 1370/2006 fue notificado a la Comisión Europea el 30 de noviembre de 2006* .

8. La Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007, relativa al Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2008-2012, estableció su aprobación si bien condicionándola a la introducción de determinadas modificaciones y a la remisión de información complementaria.

9. Siguiendo esas indicaciones de la Comisión Europea, por *Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio (BOE nº 174 de 21 de julio de 2007*) se modificó el *Real Decreto 1370/2006 que aprueba el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión 2008-1012* , alterándose determinados apartados del mismo.

10. Una nueva modificación del Plan Nacional de Asignación 2008-2012 vino dada por el *Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre (BOE nº 260 de 30 de octubre de 2007*), debido a que, una vez sometida a información pública la propuesta de asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones afectadas, la estimación de algunas de las alegaciones repercutía en determinadas asignaciones sectoriales, lo que llevó a modificar el Plan Nacional de Asignación.

11. El *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre* , que aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2008- 2012 contiene un cuadro resumen en el que figura la cantidad total de derechos de emisión que se asignan en el periodo al que se refiere 144,848 Mt CO2/año y una reserva adicional del 5#40% para nuevos entrantes, resultando así una asignación total de 152,673 Mt CO2/año). Tras la determinación de la cantidad total de derechos de emisión, el Plan Nacional establece la asignación de los derechos de emisión a los distintos sectores distinguiendo dos grupos básicos -sector de **generación** eléctrica y sector industrial- señalando que ambos bloques no son comparables en cuanto a potencial de reducción y exposición a la competencia internacional.

12. Dentro de cada sector, la asignación de derechos de emisión a cada concreta instalación se realiza mediante acto de aplicación ulterior (Acuerdo del Consejo de Ministros). En el caso que nos ocupa la impugnación no se dirige contra ningún acto de aplicación individualizada sino contra las determinaciones del Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012.

TERCERO.- En el presente litigio la demandante cuestiona, en primer lugar, algunas determinaciones del apartado 4 ("reparto de derechos por actividades") del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2008-2012, y, más específicamente, dentro del apartado 4.A.a, determinados aspectos de la regulación referida a las "centrales térmicas de carbón". Fuera ya de ese epígrafe, la demandante cuestiona también la delimitación que se hace de los "nuevos entrantes" y la cuantía de la reserva de derechos que se hace para esos nuevos entrantes.

El primer apartado de la controversia se desdobla, a su vez, en dos puntos: de un lado, el tratamiento que se dispensa a las centrales térmicas de **generación** con carbón que han realizado inversiones medioambientales para reducir las emisiones de SO2 y NOX.; de otra parte, el que para el cálculo de asignación de derechos de emisión correspondientes a las centrales de carbón se contemple la aplicación de un factor de emisión fijo (0#92 toneladas de CO2 por MWh) sin atender a la procedencia del carbón utilizado, siendo así que el carbón nacional genera mayores emisiones.

CUARTO.- Tiene razón la demandante cuando señala que la finalidad de reducir las emisiones de SO2 (dióxido de azufre) es ajena a los objetivos de la *Ley 1/2005, de 9 de marzo* . El objetivo de dicha *Ley, según señala su artículo 1* , es el de "... establecer un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para fomentar reducciones de las de estos gases de forma eficaz y de manera económicamente eficiente"; y, según especifica el mismo *artículo 1 en su párrafo segundo, la regulación legal contenida en la Ley* es de aplicación "... a las emisiones de los gases incluidos en el anexo I generadas por actividades a las que se refiere dicho anexo". Pues bien, en la relación de gases de efecto invernadero del mencionado anexo I de la *Ley 1/2005, de 9 de marzo, no figura incluido el mencionado SO2* .

Así las cosas, 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.

Más aún, dado que la *Ley 1/2005, de 9 de marzo* , marca las pautas a las que luego ha de atenerse el Plan Nacional de Asignaciones a la hora de establecer los criterios y variables a considerar para la asignación de derechos a cada concreta instalación, resulta contrario a derecho que para cuantificar la asignación de derechos el Plan Nacional incluya entre los factores a considerar el haber realizado inversiones mediombientales para reducir las emisiones de SO2, pues éste es un dato ajeno al objetivo y finalidad de la Ley.

Así lo expresa también la Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007, a la que nos hemos referido en el punto 9/ del fundamento de derecho segundo, y que fue aportada a las actuaciones como documento nº 2 de la demanda. En concreto, el apartado 9 de la Decisión viene a señalar que "... no se puede descartar que el posible trato de favor otorgado a las instalaciones que han invertido en reducir sus emisiones de SO2 y NOx sea indebido ya que no redunda en beneficio de los objetivos de las Directivas 2003/87/ *CE y 2001/80* /CE".

En consecuencia, del apartado 4.A.a del Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012, dentro del punto correspondiente a "centrales térmicas de carbón", debe ser declarado nulo el párrafo relativo a las "centrales térmicas de **generación** con carbón que han realizado inversiones medioambientales para reducir las emisiones de SO2 y NOX". Y dado que dicho párrafo del apartado 4.A.a se remite expresamente a lo dispuesto en el apartado 5.B.a, también debe ser declaradas nulas, en ese apartado 5.B.a , dentro del punto correspondiente a "reparto de la asignación de derechos a las centrales térmicas de carbón entre dichas instalaciones", el párrafo relativo a " *Criterio 2, aplicable a centrales con bajos niveles de SO2, estén o no incluidas en el ámbito de aplicación del criterio 1", así como aquellas otras* menciones y referencias que en dicho apartado se hacen a las centrales con bajos niveles de emisión de SO2 o que han realizado inversiones medioambientales para reducir las emisiones de SO2.

QUINTO.- No puede ser acogida, en cambio, la pretensión de la demandante de que se declare nula o se anule la determinación en la que, para el cálculo de asignación de derechos de emisión correspondientes a las centrales de carbón, se contempla la aplicación de un factor de emisión fijo (0#92 toneladas de CO2 por MWh), sin atender a la procedencia del carbón utilizado.

Según la demandante, dado que el carbón nacional genera mayores emisiones de CO2, la aplicación de un factor de emisión fijo resulta gravosa para aquellas instalaciones que utilizan carbón de esa procedencia, pues respecto de ellas ese factor fijo aplicado resulta ilusorio ya que el carbón autóctono tiene un factor de emisión más alto. Pues bien, el planteamiento de la demandante no puede ser acogido en este punto.

Ante todo, debe quedar señalado que la utilización de carbón nacional es objeto de atención específica en el Plan Nacional de Asignación aprobado por el Real Decreto aquí recurrido. Así, a la hora de fijar los criterios y la metodología para la asignación de derechos a cada instalación, en el apartado correspondiente al sector eléctrico (apartado 5.B), y, más concretadamente, en el punto referido al "reparto de la asignación de derechos a las centrales térmicas de carbón entre dichas instalaciones", el Plan Nacional de Asignación articula una metodología dividida en dos etapas y formula para la primera de esas etapas dos criterios de asignación alternativos dependiendo, entre otros factores, de que la central utilice o no carbón adquirido de acuerdo con el Plan de la Minería del Carbón para el período 2006-2012 aprobado por el Consejo de Ministros de 31 de marzo de 2006.

La constatación de que el Plan Nacional de Asignación dispensa un trato de favor al carbón nacional es precisamente la que determina que en la Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007 se formulen ciertas reservas y objeciones. Así, en el apartado 9 antes citado de la Decisión se indica que "... no se puede descartar que el trato de favor otorgado a las instalaciones de producción de energía que utilizan carbón doméstico sea indebida, puesto que no puede justificarse desde un punto de vista medioambiental". Y más adelante, al final de ese mismo apartado 9, la Decisión de 26 de febrero de 2007 se expresa en los

siguientes términos: "...Por ello la Comisión no puede excluir por ahora que, si determinadas ayudas se analizaran de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 87 y 88* del Tratado, podrían resultar incompatibles con el mercado común. Por otra parte, la Comisión por el momento no puede descartar que las asignaciones vinculadas al uso de carbón doméstico constituyan un beneficio indirecto para el sector minero español. Sin embargo, este aspecto deberá ser objeto de análisis más detallado cuando se apliquen las obligaciones del *reglamento (CE) nº 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002* , sobre las ayudas estatales a la industria del carbón".

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.

En la demanda se invoca lo dispuesto en el *artículo 17.2 de la Ley 1/2005* , en cuya virtud el Plan Nacional de Asignación debe establecer una metodología de asignación que deberá tener en cuenta la normativa comunitaria y que en todo caso debe observar, entre otros criterios que allí se enumeran, el siguiente: " a*/ Que no genere diferencias injustificadas entre sectores de actividad ni entre instalaciones, de conformidad con los artículos 87 y 88 del tratado de la Comunidad Europea* (...)". 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.

SEXTO.- En lo que se refiere a la regulación de los "nuevos entrantes", la demandante alega que las determinaciones del Plan Nacional de Asignación 2008-2012 vulneran la *Ley 1/2005, de 9 de marzo* , en cuanto se definen aquéllos en términos distintos a como los configura la norma legal. Esta alegación de la parte actora, siendo sustancialmente certera, debe sin embargo ser matizada.

El *artículo 2.k/ de la Ley 1/2005* define como nuevo entrante: " *toda instalación que lleve a cabo una o más actividades indicadas en el anexo-I a la que se conceda una autorización de emisión de gases de efecto invernadero por tratarse de una nueva instalación o una renovación de la autorización debido a un cambio en el carácter o el funcionamiento de la instalación o una ampliación de ésta, con posterioridad a la notificación a la Comisión Europea del Plan Nacional de Asignación* ". Ya vimos que esta notificación a la Comisión Europea se llevó a cabo el 30 de noviembre de 2006. Por tanto, según la definición legal, tienen la consideración de nuevos entrantes aquellas instalaciones o ampliaciones de instalaciones que, con independencia de la fecha prevista para su entrada en funcionamiento, no tuvieran la autorización de emisión en la fecha señalada de 30 de noviembre de 2006. Y la asignación de derechos de emisión correspondientes a esos nuevos entrantes habrá de realizarse con cargo a la reserva de derechos de emisión regulada en el *artículo 18 de la propia Ley 1/2005* .

El Plan Nacional de Asignación 2008-2012 aprobado por *Real Decreto 1370/2006* no contiene una definición de nuevos entrantes que contradiga de forma directa aquella definición legal; pero sí alberga unas determinaciones que producen un efecto equivalente. Así, al abordar el procedimiento para la asignación de los derechos a cada instalación (apartado 5 del Plan Nacional), el subapartado 5.A enuncia unos criterios generales, concretándose luego, en los subapartados 5.B y siguientes, la metodología de asignación aplicable a cada uno de los sectores o tipos de instalaciones. Pues bien, en el último párrafo de aquel subapartado 5.A se dispone: "(...) *Para aquellas nuevas instalaciones que reuniendo las condiciones para ser consideradas existentes, tenga prevista su entrada en funcionamiento con posterioridad al 30 de junio de 2007 se efectuará una asignación provisional con cargo a la reserva de nuevos entrantes que quedará confirmada, o corregida a la baja en la parte proporcional al retraso, en caso de que se produjera, una vez comunicada la fecha de entrada en funcionamiento por el órgano autonómico competente* ". Y más adelante, después de quedar cuantificada en el apartado 7.B la reserva de derechos de emisión a la que luego volveremos a referirnos, el apartado 7.C del Plan Nacional viene específicamente referido a los nuevos entrantes, y en su párrafo primero establece: " *Tendrán acceso a la reserva las instalaciones nuevas y las ampliaciones de capacidad nominal de las instalaciones existentes, así como aquellas instalaciones que tengan prevista su entrada en funcionamiento con posterioridad al 30 de junio de 2007* ".

El tenor de esas determinaciones del Plan Nacional de Asignación que acabamos de transcribir (apartados 5.A y 7.C) pone de manifiesto que hay instalaciones que no encajan en la definición legal de nuevos entrantes *(artículo 2.K de la Ley 1/2005*), siendo, por tanto, por tanto, "instalaciones existentes", a

las que, sin embargo, el Plan Nacional equipara a los nuevos entrantes, estableciendo que la asignación de derechos a tales instalaciones se hará con cargo a la reserva derechos prevista en el *artículo 18 la Ley* para esos nuevos entrantes. En concreto, quedan afectadas por esa equiparación aquellas instalaciones que ya tuvieran autorización de emisión el 30 de noviembre de 2006 -que según la *Ley 1/2005 son instalaciones existentes- pero tengan prevista su entrada en funcionamiento con posterioridad al 30 de junio de 2007* .

Vemos así que, aun sin modificar abiertamente la definición legal de nuevos entrantes, el Plan Nacional aprobado por *Real Decreto 1370/2006* conduce a un resultado equivalente al que se obtendría modificando aquella definición. Y, precisamente por ello, el Plan Nacional de Asignación debe ser declarado nulo en ese punto, pues la equiparación que realiza entre las instalaciones que tengan prevista su entrada en funcionamiento después del 30 de junio de 2007 y los nuevos entrantes se aparta de lo previsto en la norma con rango de Ley y supone la aplicación a aquellas instalaciones de una metodología y unos criterios de asignación que no son los que corresponden a las instalaciones existentes sino los previstos para los nuevos entrantes.

SÉPTIMO.- Aduce por último la demandante que la reserva de derechos prevista en el apartado 7.B del Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012 (equivalente al 5#40% de los derechos de emisión asignados a las instalaciones incluidas en el Plan) es de una cuantía ínfima y resulta claramente insuficiente para los nuevos entrantes de dicho período, por lo que, a su entender, resulta vulnerado el *artículo 18 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo* , que dispone que en los planes de asignación se debe establecer una reserva de derechos para nuevos entrantes.

Ante todo debemos precisar que esa cuantía de la reserva establecida apartado 7.B (equivalente al 5#40%) ha sido objeto de modificaciones ulteriores. Primero, por el *Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio* , que la elevó ligeramente hasta el 5#42%; posteriormente, por el *Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre* , que vino a reducirla atribuyéndole un valor equivalente al 4#30% de los derechos de emisión asignados a las instalaciones incluidas en el Plan. Ambas modificaciones de la cuantía de la reserva se había producido ya cuando se formalizó el escrito de demanda -9 de febrero de 2009- aunque la parte actora no alude a ellas y tampoco las menciona en el escrito de conclusiones que presentó el 6 de noviembre de 2009. Ahora bien, esos cambios de cuantificación no alteran el sentido de la controversia en este punto, pues la reducción producida en la segunda de esas modificaciones no hace sino agudizar la insuficiencia que la demandante reprocha a la reserva.

Como respaldo de su planteamiento la demandante reseña un párrafo del informe de la Secretaría General de la Energía fechado a 6 de septiembre de 2006 (carpeta 1, documento 11, folio 194, del expediente administrativo) en el que se alude a la insuficiencia de la reserva para nuevos entrantes. Y, junto a ello, en período de prueba la demandante aportó (documento nº 2) copia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de marzo de 2009 "por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión al segundo conjunto de instalaciones que solicitan asignación como nuevos entrantes del período 2008-2012....". Dicho acuerdo del Consejo de Ministros incorpora una tabla que refleja la cantidad de derechos de emisión asignada a cada una de las instalaciones que integran ese segundo grupo de nuevos entrantes, especificando el sector al que pertenece la instalación y la cuantía de la asignación correspondiente a cada uno de los cinco años del período 2008-2012.

Con esos datos la demandante pretende haber acreditado que la asignación de derechos a los nuevos entrantes es no sólo insuficiente sino ínfima, y que, en definitiva, debe considerarse vulnerada la previsión legal *(artículo 18 de la Ley 1/2005*) de que el Plan Nacional contenga una reserva de derechos para nuevos entrantes. Sin embargo, no podemos dar por buenas esas conclusiones de la parte actora.

Puesto que el *artículo 18 de la Ley* no establece un porcentaje mínimo ni hace indicación alguna sobre el montante de la reserva, para poder afirmar que ese precepto ha sido vulnerado debería haber quedado acreditado que la insuficiencia de la reserva es tan acusada que aquella previsión legal queda virtualmente vaciada de contenido, con el consiguiente quebranto de los principios de no discriminación y de libre competencia en perjuicio de las instalaciones a las que se hace asignación con cargo a dicha reserva. Ahora bien, tales extremos no pueden considerarse acreditados pues, en primer lugar, la documentación aportada no ofrece una información completa sino parcial, ya que únicamente se refiere al "segundo conjunto de instalaciones que solicitan asignación como nuevos entrantes del período 2008-2012", y, además, nada nos dice acerca de la asignación que pretendía o las estimaciones que había presentado el titular de cada una de esas instalaciones, lo que impide calibrar la verdadera dimensión de la insuficiencia que se alega. En segundo lugar, y esto es quizá lo más relevante, por que esa escueta documentación no viene acompañada de ningún otro elemento de prueba (informe técnico, estudio comparativo,...) que ponga de manifiesto las diferencias de asignación resultantes y, en definitiva, la entidad de la discriminación derivada de la insuficiencia de la reserva de derechos de emisión.

En consecuencia, debe ser desestimada la pretensión de nulidad referida a este concreto apartado 7.B del Plan Nacional de Asignación.

OCTAVO.- Por razón de lo expuesto el presente recurso contencioso-administrativo debe ser estimado, si bien se trata de una estimación sólo en parte pues, según hemos visto, algunas de las pretensiones de la demandante no pueden ser acogidas.

NOVENO.- No procede imponer las costas procesales a ninguno de los litigantes de conformidad con lo previsto en el *artículo 139.1 de la Ley* reguladora de esta Jurisdicción.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo nº 21/2007 interpuesto en representación de E.ON **GENERACIÓN**, S.L. (antes **VIESGO GENERACIÓN**, S.L.) contra el *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre (Boletín Oficial del Estado nº 282 de 25 de noviembre de 2006*) por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 2008-2010, con los siguientes pronunciamientos:

A/ Se declara la nulidad de las siguientes determinaciones del Plan Nacional de Asignación 2008-2012 aprobado por *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre* :

1. Del apartado 4.A.a, dentro del punto correspondiente a "centrales térmicas de carbón", se declara nulo el párrafo relativo a las "centrales térmicas de **generación** con carbón que han realizado inversiones medioambientales para reducir las emisiones de SO2 y NOX".

2. Del apartado 5.B.a, dentro del punto correspondiente a "reparto de la asignación de derechos a las centrales térmicas de carbón entre dichas instalaciones", se declara nulo el párrafo relativo a " *Criterio 2, aplicable a centrales con bajos niveles de SO2, estén o no incluidas en el ámbito de aplicación del criterio 1",* así como aquellas otras menciones y referencias que en dicho apartado se hacen a las centrales con bajos niveles de emisión de SO2 o que han realizado inversiones medioambientales para reducir las emisiones de SO2.

3. Del apartado 5.A se declara nulo el último párrafo en el que se dispone: "(...) *Para aquellas nuevas instalaciones que reuniendo las condiciones para ser consideradas existentes, tengan prevista su entrada en funcionamiento con posterioridad al 30 de junio de 2007 se efectuará una asignación provisional con cargo a la reserva de nuevos entrantes que quedará confirmada, o corregida a la baja en la parte proporcional al retraso, en caso de que se produjera, una vez comunicada la fecha de entrada en funcionamiento por el órgano autonómico competente* ".

4. Del apartado 7.C se declara nulo el siguiente inciso del párrafo primero: "... *así como aquellas instalaciones que tengan prevista su entrada en funcionamiento con posterioridad al 30 de junio de 2007* ".

B/ Se desestimas las demás pretensiones formuladas en la demanda.

C/ No se imponen las costas procesales a ninguno de los litigantes.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Calvo Rojas, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Secretario, certifico.