

Id Cendoj: 28079130052009100596  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
 Sede: Madrid  
 Sección: 5  
 Nº de Recurso: 119/2004  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: CONTENCIOSO  
 Ponente: JESUS ERNESTO PECES MORATE  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x MEDIO AMBIENTE x
- x CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA x
- x GASES TÓXICOS x
- x RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO x

**Resumen:**

Recurso directo contra el Real Decreto que aprueba el Plan Nacional de emisión de gases de efecto invernadero. Anulación por infracción del principio de igualdad.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso contencioso-administrativo, que, con el número 119 de 2004, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de las entidades Electra de Viesgo Distribución S.L. y Viesgo Generación, S.L., hoy denominadas E.On Distribución S.L. y E. On Generación S.L., contra el apartado 4. A. a (Asignación de derechos a cada instalación. Sector eléctrico) del Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión, contenido en el Anexo del *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre*, habiendo comparecido como demandados la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado, y las entidades Cerámicas Jornet S.A., Endesa Generación S.A., Iberia, Líneas Aéreas de España S.A., Keraben S.A., B.P. Oil Refinería de Castellón S.A., Financiera Maderera S.A., Cogeneración del Noroeste S.L., Gallega de Cogeneración S.A., Cooperativas Ourenšanas Sociedad Cooperativa Galega (Coren), Fertimolina S.A., Industrias Papelera Nesa S.A., Hidroeléctrica del Cantábrico S.A., Gas Natural SDG S.A., Aceites Coosur S.A., Industrias Doy-Manuel Morate S.L., Juarez y Millas S.A., Solvay Química S.L., Lafarge Asland S.A., Cerámica Conca S.A., Atomix S.A., Atomizadota S.A., Cementos Portland Valderribas S.A., Holcim España S.A., Saint Gobain Crislateria S.A., Saint Gobain Vicasa S.A., Cogeneradores Vidrieros S.I.E., Saint Gobain Vetrotex S.A., Saint Gobain Mont Blanc S.A., Vidrieras Canarias, Saint Gobain La Granja S.L., Bormiolio Rocco S.A., Sulquisa S.A., Gallega de Residuos Ganaderos S.A., Taulell S.A., Nuevos Productos Cerámicos S.A., Boiro Energía S.A., Energías Especiales Alcoholeras S.A., Ence S.A., Solal Cogeneración A.I.E., Refractarios Andalucía S.L., Iberdrola Generación S.A., Cerámica Coruñesa S.A. y las Administraciones de las Comunidades Autónomas de Cantabria y de Madrid.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Con fecha 4 de noviembre de 2004, la representación procesal de la entidad Electra de Viesgo Distribución S.L. presentó escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra el *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre*, por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007, al que adjuntaba copia de la *disposición impugnada, que se remitió a la Sección Sexta* de esta Sala, la que lo admitió a trámite mediante providencia de 6 de junio de 2005, en la que se ordenó reclamar a la Administración el expediente administrativo con emplazamiento de los interesados, que se recibió con fecha 5 de septiembre de 2005, llevándose a cabo y publicándose edicto a tal fin el B.O.E. nº 218 de 12 de septiembre de 2005, al mismo tiempo que se envió a la Sala un listado de

posibles interesados que participaron en el trámite de audiencia, por lo que, por providencia de 3 de febrero de 2006, se acordó que fuesen emplazados conforme a lo dispuesto en el *artículo 49 de la Ley Jurisdiccional*, lo que se recordó mediante providencia de 9 de marzo de 2006, por lo que comparecieron ante esta Sala una serie de interesados asistidos de sus respectivos Procuradores, a los que se tuvo por comparecidos y parte mediante providencias de 18 de abril de 2006, 26 de abril de 2006, 31 de mayo de 2006, 13 de julio de 2006 y 31 de octubre de 2006.

**SEGUNDO** .- Por providencia de fecha 6 de septiembre de 2006 se concedió a la representación procesal de la recurrente el término que restaba para que dedujese la correspondiente demanda, lo que, como no llevase a cabo oportunamente, determinó que esta Sala (Sección Sexta) dictase, con fecha 28 de noviembre de 2006, auto declarando caducado el recurso contencioso-administrativo, el que se notificó a la representación procesal de la entidad recurrente, quien el mismo día de la notificación del indicado auto presentó escrito de demanda, por lo que, por providencia de 2 de febrero de 2007, se tuvo por formalizada aquélla oportunamente y se dio traslado al Abogado del Estado para que, en el plazo de veinte días, la contestase.

**TERCERO** .- La demanda presentada por la Procuradora Doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de Electra de Viesgo Distribución S.L. y del Viesgo Generación S.L., a la que se adjuntan una serie de documentos, aclara en un apartado previo que «se pretende discutir el epígrafe 4.A.a. del Plan Nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007 en cuanto regula cómo repartir los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignadas al sector eléctrico entre las concretas instalaciones que integran dicho sector, de manera que la acción ejercitada carece de interés para todos aquellos intervinientes personados como codemandados en autos cuya actividad no sea la generación eléctrica de servicio público, para seguidamente exponer el proceso de transmisión de activos de generación de Endesa Generación S.A. a favor de Viesgo Generación S.A., para lo que aquélla, en junio de 2001, constituyó la sociedad Viesgo Generación S.L. dentro del Grupo Endesa, transmitiéndose, como aportación de constitución, a Viesgo Generación S.L. una serie de centrales de producción eléctrica, todas centrales térmicas de carbón, de las que en ese momento Endesa hacía un uso inferior al que tenían el resto de instalaciones de su respectiva tecnología, por lo que el menor funcionamiento de las centrales y su inferior nivel de generación de electricidad implicaba unas menores emisiones de dióxido de carbono, dado que la emisión de este último gas de efecto invernadero está directamente relacionada con la combustión de carbón a través de la que se genera la electricidad, y con la perspectiva de que se podía aumentar el rendimiento de las citadas instalaciones mediante las oportunas inversiones y en virtud de la capacidad técnica de Enel, ésta adquirió las sociedades objeto de la desinversión de Endesa, cuyo cambio de control no tuvo lugar hasta el otorgamiento de la escritura de transmisión de participaciones el día 8 de enero de 2002, de manera que, dado lo complejo de la gestión de estas instalaciones, previo el inevitable periodo transitorio, el traspaso de control efectivo de forma íntegra desde Endesa no se efectuaría hasta bien avanzado el año 2002, a partir del cual Enel Viesgo comenzó el proceso de inversiones para la mejora de las instalaciones con el objetivo de continuar su explotación en mejores condiciones durante periodos duraderos, y así la evolución durante los siguientes años, una vez que Enel Viesgo se hubo desvinculado ya definitivamente de Endesa, reflejará un notorio incremento en el rendimiento de las centrales y un aumento de su cuota de funcionamiento, y, como consecuencia de la transposición de la *Directiva 2003/87 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003*, se promulgaron el *Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto*, tramitado después como *Ley 1/2005, de 9 de marzo*, que reguló el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y, en su virtud, desde el 1 de enero de 2005, las instalaciones dentro del ámbito de aplicación de la norma (en particular las eléctricas) quedarán obligadas a acreditar la titularidad de un número de derechos de emisión equivalentes a las emisiones de dióxido de carbono que hubiesen generado en el ejercicio de su actividad durante la anualidad precedente y se encomendó al Gobierno la aprobación de un Plan Nacional de asignación que estableciese el número total de derechos de emisión que se prevé asignar, así como el procedimiento de ampliación de tales derechos, cuya asignación tiene carácter gratuito para las entidades beneficiarias de los mismos, para lo que el Gobierno promulgó el *Real Decreto 1866/2004*, por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007, el que fijó en su apartado 3 el reparto de derechos por actividades, fijando en particular la cantidad de derechos de emisión que se asigna al sector eléctrico en su conjunto y señaló los criterios por los que esa asignación sectorial de derechos de emisión para el sector eléctrico 2005-2007 se repartiría singularmente entre los concretos titulares de las instalaciones, partiendo para ello de las emisiones reales de medias históricas del periodo 2000-2002 (apartado 4.A.a), mientras que para otros sectores industriales se prevé que el criterio de reparto individual, basado en emisiones históricas, pueda corregirse cuando las magnitudes históricas no resulten representativas para ciertas instalaciones (apartado 4.A.b), de modo que, cuando la instalación demuestre esas circunstancias, el tiempo de funcionamiento anormal no se tendrá en cuenta en el cálculo de las emisiones de referencia, corrección que no se admite cuando se regulan los criterios de asignación individual dentro del sector eléctrico, por lo que Enel Viesgo advirtió durante la fase de información pública del aludido Plan Nacional de asignaciones, con el fin de

conseguir un reparto neutral que no privilegiase más a unas instalaciones que a otras, que era preciso que el reparto se hiciese en función de la potencia o capacidad de generar electricidad que cada una poseyese, pues, de lo contrario, equivaldría a imponer a cada empresa eléctrica el mantenimiento de las mismas cuotas o umbrales de generación de electricidad que obtuvieron sus instalaciones durante el periodo histórico de referencia 2000-2002, privilegiando a los que se hubiesen colocado entonces en los primeros lugares de la producción y penalizando a los que pretendiesen ganar cuota de mercado, con la consiguiente distorsión de la competencia entre ellas, a pesar de lo cual el Plan Nacional de Asignaciones 2005-2007 se acabó aprobando sin acoger la advertencia de Enel Viesgo y mantuvo la alusión únicamente a las emisiones históricas como criterio de asignación individual de los derechos de emisión previstos para el sector eléctrico sin vincular tal criterio a otros más objetivos, con lo que, en definitiva, se vulnera la prohibición de general diferencias injustificadas entre instalaciones, dado que la *disposición impugnada pretende el mantenimiento durante el periodo 2005-2007 del mismo statu quo que existió entre esas instalaciones durante el periodo de referencia 2000-2002*, y, por consiguiente, los efectos del Plan Nacional de Asignación 2005-2007 inciden en la competencia entre operadores, al sujetar a Enel Viesgo a la cuota de producción baja por parte del operador histórico establecido, dado que el criterio de asignación individual adoptado para repartir entre las instalaciones del sector eléctrico los derechos de emisión reservados para el cumplimiento de este último significa que cada operador sólo reciba derechos de emisión GEI con que continuar su actividad durante 2005-2007 en un volumen proporcional (y siempre inferior) al que necesitaría si quisiera mantener la actividad de las instalaciones en los niveles que éstas tuvieron durante el periodo histórico 2000-2002 que se toma como referencia, y, por tanto, Enel Viesgo recibirá un número menor de derechos de emisión GEI sólo porque durante el periodo 2000-2002 su competidora en el mercado, Endesa, mantuvo un nivel de producción inferior al que las instalaciones podían mantener justo antes de venderlas por haber priorizado el funcionamiento de otras de sus instalaciones que iban a continuar en su poder, de manera que con el sistema de asignación previsto en el Plan Nacional para 2005-2007 a las instalaciones de Enel Viesgo se le reconocerá entre 2005 y 2007 menos derechos para producir que a otras instalaciones operadas por Endesa, y ello con independencia de que unas y otras puedan tener la misma potencia o capacidad de generación o de que generen realmente la misma energía y ello simplemente porque Endesa produjo poco con las instalaciones de Enel Viesgo cuando éstas le pertenecían, con lo que el Gobierno está condenando a Enel Viesgo a continuar en una posición subalterna en el mercado eléctrico, al negársele los derechos de emisión que necesitaría para remontar el bajo nivel de producción del periodo en que Endesa controlaba las centrales de Enel Viesgo, con lo que se penaliza a ésta para que no saque partido de sus condiciones de competitividad y le sea más difícil arrebatar cuota de mercado a las empresas que estaban establecidas en el mercado eléctrico español durante el periodo de referencia 2000-2002, a pesar de que el *artículo 17.2 del Real Decreto Ley 5/2004* (y la actual *Ley 1/2005*), exige que la metodología de asignación individual que adopte el Plan «no genere diferencias injustificadas..... entre instalaciones», señalando el mismo precepto que se considerarán injustificadas las diferencias entre instalaciones cuando «falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas», según rezan los *artículos 87 y 88 del Tratado de la Comunidad Europea*, a que alude el mencionado *artículo 17 del Real Decreto Ley 5/2004*, lo que no viene a ser sino una variante del principio general de prohibición de discriminaciones, y, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión. Recurso de Anulación, Asunto C-75/1997), procede apreciar falseamiento de la competencia prohibido por el *artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea* siempre que se mejora la situación competitiva de unas empresas en comparación con otras, en tanto «fortalece la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ésta», y la prueba de la discriminación que se produce en el sector eléctrico se tiene con el trato dado a las instalaciones del sector industrial en el Plan Nacional de asignaciones 2005-2007, que reconoce en el apartado 4.A.b del anexo la posible falta de representatividad de los datos del periodo 2000-2002 para el sector industrial mediante una cláusula de salvaguardia, y así establece que «cuando una instalación demuestre dichas circunstancias, el tiempo de funcionamiento anormal no se tendrá en cuenta en el cálculo de las emisiones de referencia», por lo que en otros sectores no eléctricos se ha tenido conciencia de que los datos procedentes del periodo 2000-2002 no pueden tomarse ciegamente para calcular sobre ellos los derechos de emisión para 2005-2007 y por ello se han arbitrado medidas para corregir la falta de representatividad de aquellos datos históricos de cara a su explotación hacia 2005-2007, a pesar de lo cual no se ha hecho lo mismo en el sector eléctrico, terminando con la súplica de que se dicte sentencia anulando el apartado 4.A.a (Asignación de derechos a cada instalación. Sector Eléctrico) del Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión, contenido en el Anexo del *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, solicitando en un segundo otrosí el recibimiento del proceso a prueba con señalamiento de los extremos sobre los que habría de versar*, y, en un tercero, la apertura de la fase de conclusiones escritas.

**CUARTO** .- Por providencia de 2 de febrero de 2007 se tuvo por formulada en tiempo la demanda y se dio traslado de la misma al Abogado del Estado para que, en el plazo de veinte días, la contestase, lo que efectuó con fecha 15 de marzo de 2007, alegando que la *Directiva 2003/87 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003*, trata de cumplir mejor los compromisos de la Unión

Europea y sus Estados miembros mediante un mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero eficaz, a través de facilitar la implantación del sistema previsto en el Protocolo de Kioto pero con la intención de anticiparse al año 2008, lo que en España se tradujo en una serie de normas estatales, entre ellas el *Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto*, que fijó una serie de criterios, a los que se ha atendido el *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre*, por el que se aprobó el Plan Nacional de derechos de emisión 2005-2007, en el que se establecen los criterios y metodologías de asignación individual, previéndose para la generación eléctrica una asignación de 86,40 Mt CO<sub>2</sub>/año, lo que supone un grado de cobertura respecto de las peticiones de 93,51%, siendo la propuesta de asignación objeto de publicación para información general y, de hecho, entre quienes realizaron alegaciones, aparece Enel Viesgo, y con base a todas las alegaciones formuladas por las empresas del Sector eléctrico se elaboró un documento, y así se consideran, a efectos de realizar las asignaciones individuales a las instalaciones, las emisiones históricas 2000-2002 de cada una, según las propias indicaciones de las empresas, obteniéndose los cuadros de asignación que aparecen en el expediente administrativo, por lo que se niegan los hechos de la demanda en cuanto no estén reflejados en dicho expediente, estando la metodología para la asignación de los derechos de emisión en el sector eléctrico perfectamente explicada en el aludido expediente mediante cálculos matemáticos a partir de las solicitudes de los interesados, siendo la asignación en función de las emisiones históricas uno de los criterios de asignación de derechos comúnmente aceptados, el que está admitido por la Unión Europea en sus Directrices de 7 de enero de 2004 y 22 de diciembre de 2005, siendo de común aplicación en los Estados miembros, por lo que no puede ser discriminatorio, mientras que el carecer de cláusula de salvaguardia, cuando las emisiones del sector eléctrico no sean representativas, no supone una discriminación, pues el término de comparación no pueden ser las empresas de otro sector, cual es el sector industrial, en el que existe tal cláusula, de modo que, al no estar ante situaciones absolutamente iguales, cabe un tratamiento desigual sin vulnerarse el principio de igualdad por ello, mientras que en el sector eléctrico se aplica sin más el reparto en función de las emisiones históricas, terminando con la súplica de que se desestime la demanda por ser conforme a derecho la regla impugnada.

**QUINTO** .- Mediante providencia, de fecha 26 de marzo de 2007, se acordó por la Sección Sexta de esta Sala remitir las actuaciones a la Sección Quinta de la misma de acuerdo con las vigentes normas de reparto, lo que se notificó a las partes, y, recibidas en dicha Sección, se dictó providencia, con fecha 6 de julio de 2007, teniendo por contestada la demanda por el Abogado del Estado y mandando dar traslado de la demanda a las representaciones procesales de las demás comparecidas como demandadas para que, en el plazo común de veinte días, la contestasen, lo que efectuó Hidroeléctrica del Cantábrico S.A. con fecha 17 de septiembre de 2007, alegando que el criterio de asignación en base a las emisiones históricas es procedente, aunque la asignación de derechos de emisión al sector eléctrico en su conjunto es injustificadamente reducida, lo que no concuerda con las previsiones de la propia norma, de manera que, aunque no se considera suficiente la asignación al sector eléctrico, no se comparten los argumentos empleados por la demandante en relación con el criterio de asignación con base en las emisiones históricas, ya que tal criterio de asignación no puede afirmarse que haya penalizado las instalaciones de aquella por cuanto entre 2000-2002 produjeron menos, terminando con la súplica de que se desestime el recurso contencioso- administrativo interpuesto por Electra de Viesgo Distribución S.L. y Viesgo Generación S.L., a cuyo escrito de demanda adjuntó otro de alegaciones que había presentado ante el Ministerio de Medio Ambiente.

**SEXTO** .- En la misma fecha, 17 de septiembre de 2007, contestó la demanda la entidad Taulell, S.A., adhiriéndose, sin más a la contestación del Abogado del Estado, lo mismo que hicieron las entidades Nuevos Productos Cerámicos S.A. con idéntica fecha y Sulquisa S.A. el 18 de septiembre de 2007.

**SEPTIMO** .- Con fecha 11 de septiembre de 2007 contestó a la demanda el representante procesal de la entidad Ence S.A., quien mostró su concordancia con la contestación a la demanda del Abogado del Estado, razonando que no existe discriminación en la aplicación de datos históricos muy recientes, como ha hecho el Plan Nacional, siguiendo así los criterios acogidos en la Unión Europea, solicitando que se desestime la demanda por ser ajustado a derecho el apartado 4.A.a. del Anexo del *Real Decreto 1866/2004*, sin que proceda recibir a prueba el proceso.

**OCTAVO** .- Con fecha de 7 de septiembre de 2007 contestó a la demanda la representación de la entidad Aceites Coosur S.A., que reiteró las mismas alegaciones que hizo el Abogado del Estado para oponerse a la demanda, pidiendo la desestimación íntegra de las pretensiones de la demandante, y otro tanto hizo, con fecha 11 de septiembre de 2007, la Letrada de los Servicios Jurídicos de Cantabria, en representación de la Administración de esta Comunidad Autónoma, mientras que las entidades Cerabrick Grupo Cerámico, S.A., Hispalyr, Unión Fenosa, Cogeneración del Ebro S.A., Fabricación de Ladrillos A. G.-2 S.L., Fabricación de Ladrillos A.G. Tecno-Tres, S.A., Azucarera Ebro S.L. solicitaron que se les tuviera por desistidos y apartados del proceso, mientras que las entidades Energía IDM S.L., Agropecuaria Casa

Angel S.L. y Solvay Química S.L. pidieron que se les tuviese por allanados a la demanda.

**NOVENO** .- La representación procesal de la entidad Industrias Doy-Manuel Morate S.L. pidió continuar como parte en el proceso absteniéndose de contestar la demanda, mientras que la empresa Keraben S.A. tampoco deseaba contestar, pero, por si le fuese adverso tal comportamiento procesal, se adhería a lo dicho por el Abogado del Estado, de manera que, por providencia de 8 de octubre de 2007, se tuvo por contestada la demanda por quienes habían formalizado la contestación hasta tal fecha, a los demás por desistidos, sin admitir los allanamientos al tratarse de impugnaciones encubiertas, procesalmente inadmisibles, y a la entidad Industrias Doy-Manuel Morate S.A. por decaída en su derecho, tiniéndose también por decaídos en el trámite de contestar la demanda a las entidades Energía Idm S.L., Agropecuaria Casa Angel S.L., Solvay Química S.L., Keraben S.A., Juárez y Millas S.A., Cerámicas Jornet S.A., Fertimolina S.A., Endesa Generación S.A., Iberia, Industrias Papelera Nesa S.A., Lafarge Asland S.A., Gas Natural sdg S.A., B.P. Oil Refinería de Castellón S.A., Cerámica Conca S.A., Cogeneración del Noroeste S.A., Financiera Maderera S.A., Gallega de Cogeneración S.A., Cooperativa Ourensana sdad., Cooperativa Galega (coren), Boiro Energía S.A., Gallega de Residuos Ganaderos S.A., Energías Especiales Alcoholeras S.A., Solal Cogeneración a.i.e., Comunidad de Madrid, Atomix S.A., Atomizadora S.A., Cementos Portland Valderribas S.A., Holcim España S.A., Iberdrola Generación s.a.u., Saint Gobain Cristalería S.L. y otras y Refractarios Andalucía de Ladrillos S.A..

**DECIMO** .- El 10 de octubre de 2007 presentó escrito de contestación a la demanda el Letrado de la Comunidad de Madrid, en representación de la Administración de ésta, alegando que se oponía a los hechos en ella relatados en cuanto no resulten del expediente, remitiéndose a las consideraciones efectuadas por el Abogado del Estado en cuanto a la inexistencia de la discriminación, por lo que pidió la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada (sic), escrito que se tuvo por presentado dentro de plazo en providencia de fecha 26 de octubre de 2007, dejando sin efecto el pronunciamiento relativo a tener por decaída a dicha Administración autonómica en la contestación a la demanda.

**UNDECIMO** .- Con fecha 31 de octubre de 2007, las representaciones procesales de las entidades Agropecuaria Casa Angel S.L. y IDM S.L. presentaron sendos escritos alegando que su voluntad no era impugnar, de forma encubierta, la *disposición general sino desistir de su personación, a lo que se accedió mediante providencia de 21 de noviembre de 2007*, cuya providencia se aclaró, a petición de la interesada, haciendo constar que el desistimiento lo formuló la entidad Energía IDM.

**DUODECIMO** .- Con fecha 30 de mayo de 2008 se dictó auto acordando el recibimiento del pleito a prueba y concediendo a las partes el plazo de quince días para que propusiesen los medios de prueba que tuviesen por conveniente, y el día 25 de octubre de 2007, la Procuradora Doña Nuria Munar Serrano, en la representación que tenía acreditada en autos de Iberdrola Generación, S.A.U., presentó escrito de contestación a la demanda, alegando que las instalaciones del sector eléctrico no necesitan asignación gratuita de derechos de emisión, y, en el caso de existir tal asignación, ésta debería favorecer a las tecnologías menos emisoras, existiendo criterios de asignación, como el de capacidad de producción instalada, que no desincentivan la inversión en tecnologías menos emisoras, pero con el Plan 2005-2007 se observa que los beneficios derivados de la asignación de derechos de emisión de una instalación de carbón son sensiblemente más altos que las instalaciones de ciclo combinado, terminando con la súplica de que se tenga por contestada la demanda, la que, mediante providencia de 3 de julio de 2008, se tuvo por unida a los autos y presentada al amparo de lo establecido en el *artículo 128.1 de la Ley Jurisdiccional*, mandando estar a lo acordado en el auto de fecha 30 de mayo de 2008.

**DECIMOTERCERO** .- Con fecha 30 de junio de 2008, la representación procesal de la entidad Viesgo Generación S.L. presentó escrito de proposición de prueba, a cuyo fin adjunto el informe titulado «El sistema eléctrico español. Informe 2006», elaborado por Red Eléctrica de España, y pidió documental pública, consistente en oficiar a la Administración del Estado para recabar certificación sobre cuatro extremos concretos, a lo que se accedió por providencia de 1 de octubre de 2008, mandando dar traslado de copia del documento presentado a las demás partes personadas, habiéndose practicado la prueba, al haberse recibido las certificaciones pedidas a la Administración del Estado, con fecha 12 de enero de 2009, las que quedaron unidas a las actuaciones.

**DECIMOCUARTO** .- Transcurrido los periodos de proposición y práctica de prueba, se declaró, mediante providencia de 15 de enero de 2009, terminados y conclusos dichos periodos y se ordenaron unir a los autos las practicadas, y, al no considerarse necesaria la celebración de vista, se concedió a la representación procesal de la actora el plazo de diez días para que presentase escrito de conclusiones sucintas de los hechos alegados y motivos jurídicos en que se basa, lo que efectuó con fecha 8 de febrero de 2009, alegando que el método adoptado para asignar derechos a la demandante lo ha sido en función de

la preferencia que otra empresa competidora mostró históricamente por sus propias centrales en perjuicio de las adquiridas por aquélla, sin que el argumento empleado para combatir el criterio de distribución haya sido que debieran ser tratadas como las instalaciones de otros sectores, sino simplemente demostrar que la adopción de *medidas correctoras* sobre la simple proyección de emisiones basadas en datos históricos es posible y lícita, de manera que la igualdad de trato la postulan respecto de sus iguales, es decir los competidores del propio sector eléctrico, pero, en cualquier caso, cabe preguntarse por qué en otros sectores, como el industrial, se reconoce el derecho a una asignación fiel a la realidad y correctora de discriminaciones y no ocurre lo mismo para el sector eléctrico, aunque la discriminación o trato desfavorable se produce por la adopción de un método sesgado, dirigido para beneficiar a otros competidores y perjudicar a las centrales de la demandante, terminando con la súplica de que se dicte sentencia estimatoria de acuerdo con la súplica de la demanda.

**DECIMOQUINTO** .- Se confirió, mediante diligencia de ordenación, de fecha 18 de febrero de 2009, traslado a la Administración del Estado demandada y a los otros 36 codemandados para que, en el plazo común de diez días, presentasen escrito de conclusiones sucintas, como así efectuaron mediante los escritos que aparecen unidos a las actuaciones, por lo que, por diligencia de ordenación de fecha 13 de abril de 2009, se tuvieron por presentados y se acordó hacer entrega de copia a las partes contrarias, y así se tuvo por evacuado el trámite de conclusiones por el Abogado del Estado, el Letrado de la Comunidad de Madrid, a Doña Ana Belén Gómez Murillo en representación de Cerámica Conca S.L., a Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta en representación de Taulell S.A. y de Nuevos Productos Cerámicos S.A., al Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, a Don Carlos Mairata Laviña en representación de Hidroeléctrica del Cantábrico S.A., a Don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal en representación de la Entidad mercantil ENCE S.A., a Don Federico José Olivares de Santiago en representación de Fertimolina S.A., a D<sup>a</sup> Ana Leal Labrador en representación de Aceites del Sur-Coosur S.A., y a D<sup>a</sup> Nuria Munar Serrano en representación de Iberdrola Generación S.A.U., mientras que se tuvo por decaídos a los restantes codemandados en su derecho a evacuar conclusiones, declarándose conclusas las actuaciones y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

**DECIMOSEXTO** .- Finalmente, se señaló para votación y fallo del presente recurso contencioso-administrativo el día 1 de julio de 2009, en que tuvo lugar, con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La entidad demandante cuestiona la legalidad del apartado 4.A.a del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007, aprobado por *Real Decreto 1866/2004 de 6 de septiembre*, por cuanto, al establecer la metodología para la asignación de tales derechos a las instalaciones del sector eléctrico no contiene una *cláusula de salvaguardia respecto de aquellas instalaciones en las que el periodo de referencia 2000-2002 no fuese representativo*, de manera que, al omitir tal *cláusula*, a diferencia de lo que sucede en el apartado 4 .A.b del mismo Plan respecto de las instalaciones del sector industrial, propicia la discriminación entre empresas del propio sector eléctrico, vulnerando así lo establecido por el *artículo 17.2 del Real Decreto-Ley 5/2004* (y de la actual *Ley 1/2005*), que requiere que la metodología para la asignación individual de derechos, que adopte el plan «no genere diferencias injustificadas entre instalaciones», pues el mismo precepto considera injustificadas las diferencias entre instalaciones cuando «falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas», según disponen los *artículos 87 y 88* del Tratado de la Unión Europea, a que alude dicho precepto, los que en definitiva no vienen sino a ser una variante del principio general de prohibición de discriminaciones, y, como expresa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras en su sentencia de 17 de junio de 1999 (Bélgica/Comisión. Recurso de Anulación. Asunto C-75/1997, párrafo 47), el falseamiento de la competencia, prohibido por el *artículo 87* del Tratado de la Unión Europea, existe siempre que se mejora la situación competitiva de unas empresas en comparación con otras, en tanto que se «fortalece la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ésta».

**SEGUNDO** .- El motivo de impugnación, que hemos dejado resumido, debe prosperar porque, en contra de lo alegado por el Abogado del Estado y las demás representaciones procesales de la entidades comparecidas como demandadas, no se trata de comparar el sector eléctrico con al sector industrial para encontrar un trato discriminatorio en la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones de aquél respecto a las de éste, sino la constatación de que la Administración del Estado no ha explicado la razón por la que, para el sector eléctrico, el periodo de referencia 2000-2002, tenido en cuenta para llevar a cabo la asignación de derechos, es siempre representativo de la productividad y de las

consiguientes emisiones, por lo que resulta innecesaria una *cláusula de salvaguardia, equivalente a la contenida en el apartado 4.A.b. del mismo Plan Nacional 2005-2007* respecto del sector industrial, a fin de evitar la desigualdad o tratamiento desigual entre las instalaciones de dicho sector eléctrico.

No quiebra, pues, la invocación del principio de igualdad por la incorrecta elección del término de comparación, sector eléctrico *versus* sector industrial, como aseguran los demandados, dado que la situación de discriminación, favorecedora de la posición de unas empresas respecto de otras que compitan en el mismo sector, se produce entre instalaciones o centrales eléctricas, al no ser representativo el periodo de referencia para algunas de ellas, entre otras circunstancias por las perfectamente descritas por la representación procesal de la demandante, cuya entrada como operadora en el sector eléctrico se produce en una coyuntura determinada, al adquirir las centrales de que otra gran operadora, ya establecida, se desprendió, durante cuyo periodo, coincidente con el elegido como referente 2000-2002, ésta mantuvo las centrales que deseaba transmitir con una productividad reducida o escasa, por debajo siempre de su potencial, de manera que el esfuerzo inversor de la adquirente no tendrá reflejo en la asignación de derechos de emisión, que habrán ido a parar, debido a la metodología de asignación establecida en el apartado 4.A.a del Plan Nacional 2005-2007, a las empresas competidoras por no contener el referido precepto la tan repetida cláusula de salvaguardia para el supuesto de que, como realmente sucedió, el periodo de referencia 2000-2002 no resulte representativo.

**TERCERO** .- Ni la Administración del Estado en la vía previa ni su representante procesal en sede jurisdiccional nos han explicado, y menos justificado, la razón por la que para las instalaciones del sector eléctrico no se hace necesaria la mentada *cláusula de salvaguardia por resultar, en cualquier caso, representativo el periodo de referencia elegido 2000-2002* .

No cabe duda que, como asegura el Abogado del Estado, el carácter técnico de la metodología incorporada al Plan Nacional 2005-2007 precisa de cálculos complejos, que pueden escapar a la comprensión, sin un especial asesoramiento, de este Tribunal, y que tal método - comúnmente conocido como *grandfathering* - está admitido por la Comisión Europea en sus Directrices de 7 de enero de 2004 y 22 de diciembre de 2005, siendo de común aplicación en los Estados miembros de la Unión, pero lo que ni siquiera han tratado de aclarar los defensores de la legalidad de esa metodología, establecida en el apartado 4.A.a del Plan Nacional de asignaciones 2005-2007, es la circunstancia o razón por la que las emisiones históricas 2000-2002 son *inexorablemente* representativas para todas las instalaciones del sector eléctrico, pues la demandante ha demostrado claramente que las emisiones de las centrales de producción de energía eléctrica por ella adquiridas a otra gran operadora en el mercado español estuvieron por debajo de sus posibilidades de producción como consecuencia de la estrategia empleada por aquella, quien las mantuvo a un bajo rendimiento para potenciar las demás instalaciones con las que iba a continuar, de manera que la adquirente de las centrales transmitidas se encuentra con una asignación de derechos de emisión inferior a la que les hubiese correspondido de haberse mantenido las instalaciones a un ritmo normal de producción y, como consecuencia de ello, en una situación de desventaja competitiva respecto de la operadora que propició la situación y de otras cuyas emisiones históricas sean *realmente* representativas.

Se podrá argüir que la empresa eléctrica demandante, al adquirir las instalaciones de las que se desprendía la operadora transmitente, debió conocer la situación del nivel de producción de las centrales que adquiriría para asumir los correspondientes riesgos derivados de la operación, pero lo que no se puede negar es que el índice de producción de esas centrales durante el periodo de referencia 2000-2002 no es representativo, por lo que, para que la metodología de asignación para el periodo 2005/2007 sea justa y equitativa, tiene que contemplar excepciones o cláusulas de salvaguardia equivalentes a las que contempla para las instalaciones del sector industrial en el apartado 4.A.b del propio Plan Nacional de asignaciones, pues, de lo contrario, se produce un falseamiento de la competencia a favor de la empresa eléctrica transmitente de las centrales, y, por consiguiente, estamos de acuerdo con la tesis de la demandante, según la cual el método establecido en el apartado 4.A.a del Plan Nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007, aprobado por *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, vulnera lo establecido en el artículo 17.2 a) del Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto* , al provocar diferencias injustificadas entre instalaciones del sector eléctrico, que falsean o amenazan con falsear la competencia, favoreciendo a operadoras competidoras de la entidad demandante.

**CUARTO** .- De lo expuesto se deduce que el apartado 4.A.a. del Plan Nacional de asignación de derechos de emisión, 2005- 2007, aprobado por *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre* , es contrario a derecho, por lo que, conforme a lo establecido concordadamente con los *artículos 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 68.1 b), 70.2, 71.1 a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, debemos declararlo nulo de pleno derecho con publicación de la parte dispositiva de esta nuestra sentencia y del precepto anulado en el Boletín Oficial del Estado.

**QUINTO** .- La estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto impide la condena a cualquiera de las partes al pago de las costas procesales causadas, al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad, de acuerdo a lo dispuesto en los *artículos 68.2 y 139.1 de la Ley* de esta Jurisdicción.

Vistos los preceptos citados y los *artículos 43 a 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* .

## **FALLAMOS**

Que, con estimación del recurso contencioso-administrativo sostenido por la Procuradora Doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de las entidades ahora denominadas E. On Distribución S.L. y E. On Generación S.L., debemos declarar y declaramos que el apartado 4.A.a. del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007, aprobado por *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre* , es nulo de pleno derecho, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, cuya parte dispositiva y disposición declarada nula se publicará en el Boletín Oficial del Estado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos , debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.