



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# Los Planes Nacionales de Asignación de Derechos de Emisión en Estonia y en España: su enjuiciamiento por el Tribunal de Primera Instancia de la UE y el Tribunal Supremo (\*)

por Juan Ignacio Gorospe Oviedo

Profesor Agregado de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad CEU San Pablo

y Enrique de Miguel Canuto

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universitat de Valencia

1. Introducción.
2. Elaboración del Plan Nacional: competencias.
3. Principio de buena administración.
4. Determinación de las emisiones: base de cálculo y método de previsión de su evolución.
5. Cómputo de las reservas de emisiones.
6. Concepción de la competencia de la Comisión.
7. Manifestaciones o consecuencias.
8. Los Planes españoles y su jurisprudencia.
9. Conclusiones.

## 1. Introducción

Con el fin de limitar las emisiones de gases de efecto invernadero, 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 del Consejo sobre Comercio de Emisiones, establece que cada Estado miembro deberá elaborar un Plan Nacional de Asignación, que habrá de ser aprobado por la Comisión europea, en el que se determinen la cantidad total de derechos a asignar durante un periodo y el procedimiento de asignación aplicado (1). Los periodos establecidos hasta ahora han sido dos. Uno de tres años de duración que dio lugar al PNA I (2005-2007) y otro de cinco años por el que se aprobó el PNA II (2008-2012).

En poco tiempo se ha desarrollado en España el marco jurídico necesario para

dar cobertura a todos los elementos de este mecanismo: la Ley reguladora del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (Ley 1/2005, de 9 de marzo), el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (aprobado el vigente por el RD 1370/2006, de 24 de noviembre, modificado por el RD 1402/2007), y el Registro Nacional de Derechos de Emisión (RD 1264/2005, de 21 de octubre), por el que se regulan su organización y funcionamiento.

Esta normativa se ha visto afectada por la aprobación, entre noviembre de 2008 y abril de 2009, de las Directivas 2008/101/CE y 2009/29/CE, que revisan la Directiva 2003/87/CE, reformando el régimen europeo de comercio de derechos de emisión y extendiendo su ámbito de aplicación (2). Los cambios han obligado a modificar la Ley 1/2005, a través de la Ley 13/2010, de 5 de julio, con dos variaciones sustanciales a partir del 1 de enero de 2013. De un lado, se suprimen los PNA adoptándose un enfoque comunitario para determinar el volumen total de derechos de emisión y su metodología de asignación. Se sustituyen por los denominados periodos de comercio, con una duración de ocho años. De

(\*) Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación "El control del ordenamiento tributario español desde la óptica constitucional y comunitaria", con referencia DER 2009-13199, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, "La tributación del comercio de derechos de emisión y su problemática legal y contable", con referencia USP-BSCH-04/08, financiado por el Banco Santander Central Hispano y "Fiscalidad y cambio climático", con referencia DER 2010-14799, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

(1) Aunque no hay una opinión unánime sobre las causas determinantes del cambio climático, la Comunicación "Ganar la batalla contra el cambio climático mundial", COM (2005) 35, de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 9 de febrero de 2005, parte de la realidad del mismo y de una opinión científica mayoritaria que considera que factor humano como causa de las emisiones de gases de efecto invernadero, y menciona la necesidad de utilizar y reforzar los instrumentos basados en el mercado (como el comercio de derechos de emisión). Sobre estas cuestiones puede verse Secretaría de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre cambio climático (1995-2005): Textos de la Convención Marco y del Protocolo de Kioto y Decisiones de la Conferencia de las Partes, [www.unfccc.int/](http://www.unfccc.int/); ESTEVE PARDO, J., Derecho del medioambiente, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 247 y ss.; LUCHENA MOZO, G.M., y PATÓN GARCÍA, G., "Las líneas actuales de gravamen en la tributación ambiental", QF, núm. 18, 2005, p. 6 y ss.; RUBIO DE URQUÍA, J., "Las negociaciones internacionales sobre el cambio climático", ICE, núm. 822, 2005, p. 13 y ss., quien pone de manifiesto la dimensión internacional de la cuestión y su aproximación a largo plazo; ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., "Las políticas públicas frente al cambio climático: el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero", *Noticias de la Unión Europea* núm. 271-272, 2007, p. 59 y ss.; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "La nueva política de la Unión Europea sobre cambio climático y comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *Noticias de la Unión Europea* núm. 295, 2009, pp. 21-53; y GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., "La política de cambio climático en España", *Noticias de la Unión Europea* núm. 295, 2009, p. 59 y ss., quien señala que es esencial que cada sector económico busque los medios para actuar de modo más razonable ya que se consume mucha más energía que la necesaria siendo básico el establecimiento de unos límites.

(2) Son la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, cuyo objeto es reducir el impacto en el cambio climático atribuible a la aviación, mediante la inclusión de

otro, se reemplaza el sistema de gestión mediante Registros Nacionales de Derechos de Emisión por un Registro Comunitario único.

En este estudio se analiza la regulación vigente en los dos PNA aprobados hasta el momento.

El punto de partida jurídico es que para realizar actividades que impliquen la emisión de gases de efecto invernadero habrá que contar con los permisos de emisión concedidos por la autoridad competente -de acuerdo con el PNA- al titular de la instalación o adquiridos posteriormente, el cual, a 30 de abril de cada año, deberá entregar un número de derechos de emisión equivalente a las emisiones de la instalación "verificadas de conformidad" en el año natural anterior. El derecho de emisión puede nacer del PNA de España u otro Estado miembro de la UE, de una reducción certificada de emisión o una unidad de reducción de emisiones procedentes de los mecanismos de desarrollo limpio o de aplicación conjunta, o de un tercer país con compromiso de reducción o limitación de emisiones que sea parte del Protocolo de Kioto y la Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio Climático, siempre que exista previo reconocimiento en un instrumento internacional.

La asignación inicial no es una verdadera licencia administrativa (no hay una actividad administrativa previa y se puede emitir sin tener los derechos si se adquieren luego en la fecha de entrega) ni una concesión demanial (la atmósfera no es un bien demanial, no hay un uso exclusivo del bien objeto de concesión y puede transmitirse sin previa autorización). Se trata, por tanto, de una simple habilitación para emitir determinados gases, como ha explicado la doctrina (3).

Con base en dichos Planes, los Gobiernos de cada país fijan la cantidad total de derechos de emisión, estableciendo un límite máximo de emisión, y los asignan a las diferentes instalaciones cubiertas por el régimen del comercio de emisiones. Al establecer este límite máximo, los PNA constituyen un aspecto esencial de las estrategias de

los Estados miembros para alcanzar sus objetivos de emisión en el marco del Protocolo de Kioto, objetivos que hay que cumplir durante el vigente período 2008-2012, de modo que las emisiones promedio no excedan en más del 15% las emisiones del año base (1990) (4), aunque el exceso de derechos previsto en el primer Plan de Asignación hizo que no tuviera la efectividad pronosticada (5).

Las actividades que deben cumplir con las obligaciones que impone la Directiva y que han de participar en el mercado de CO<sub>2</sub> son las instalaciones de combustión de potencia térmica superior a 20 MW, instalaciones de producción de energía eléctrica con potencia superior a 20 MW, refinerías, coquerías, cemento, cal, cerámica, vidrio, siderurgia, papel y cartón. La Ley 13/2010 incluye nuevos sectores como la aviación (6). De acuerdo con

la Directiva 2003/87/CE, durante los dos primeros periodos de asignación de derechos de emisión, un determinado porcentaje de derechos de emisión será asignado de forma gratuita entre las instalaciones que emiten CO<sub>2</sub>. En concreto, las instalaciones deben recibir gratuitamente al menos un 95% del total de los derechos asignados en el periodo 2005-2007 y un 90% en el periodo 2008-2012.

La decisión de entregar derechos de emisión de forma gratuita durante los periodos 2005-7 y 2008-12 fue una decisión política sobre cómo distribuir entre productores y consumidores la renta que genera la asignación inicial de derechos de emisión, con objeto de familiarizar al mercado con este tipo de instrumentos y evitar distorsiones en el mercado (7). A partir del año 2013, el método básico de asignación será la subasta (8).

las emisiones de las actividades de este sector en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión, y la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, que revisa en profundidad el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión -según se expone en el texto-, al tiempo que se incluyen sectores industriales nuevos (véase nota 6). Por último, se suprime la posibilidad de formar agrupaciones de instalaciones a partir de 2013.

- (3) La autorización requiere la previa comprobación de adecuación de la actividad al interés general, mientras que las cuotas se asignan sin verificar la conformidad del proyecto de emisiones a la ley. Y tampoco es obligatoria su tenencia antes de emitir, bastando con tener las cuotas suficientes cuando haya que entregar los derechos; ni se prevé actuación administrativa alguna sobre la cuota (poder de anulación y/o revocación). Tampoco cuadra con su naturaleza "autorizatoria" que puedan transmitirse a sujetos no autorizados para emitir Gases de Efecto Invernadero (GEI). En suma, la calificación de las cuotas como autorizaciones puede servir para explicar su origen público pero no explica satisfactoriamente el libre intercambio de estos derechos.

De otra parte, la atmósfera no es un bien demanial, un bien de dominio público que pueda conceder otorgando un derecho real, sino un bien colectivo. Además, la compraventa de cuotas permite que los derechos asignados en España (y afectados a la atmósfera "española") se consuman en otro Estado miembro, con lo que la atmósfera afectada no sería la española. Tampoco hay un uso exclusivo en el aprovechamiento del bien, como ocurre en las concesiones, que impiden a los demás el ejercicio del derecho de usar la cosa, mientras que aquí podrán usarla todos los que no perjudiquen gravemente el medio ambiente atmosférico. En realidad la "titularidad originaria" de la AGE sobre las cuotas no responde a la que se ejerce sobre un bien susceptible de concesión, sino que se trata de asegurar las competencias del Estado en la asignación de cuotas a las empresas instaladas en España. Cfr. AA.VV. (dir. SANZ RUBIALES, I.), *El mercado de derechos a contaminar (Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 195 y ss. Según estos autores, desde la perspectiva del asignatario es una "simple habilitación para emitir determinados gases" (pág. 200).

- (4) Señala RODRÍGUEZ LÓPEZ que tiene el objetivo ambicioso de cambiar la tendencia de emisiones de gases de efecto invernadero. Cfr., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., "Los gases de efecto invernadero: análisis económico del plan nacional de asignación español", *Noticias de la UE*, núm. 258, 2006, p. 76.
- (5) YÁBAR STERLING critica con acierto la escasez de medidas internas adoptadas en España y el carácter escasamente restrictivo del PNA 2005-2007 pues dificulta el cumplimiento de los compromisos de reducción de España. Véase "La extraterritorialidad en el control de emisiones de CO<sub>2</sub> y el Plan Nacional de Asignaciones de España (2005-2007)", *Observatorio Medioambiental*, núm. 7, 2004, p. 243 y ss.
- (6) También se incluyen sectores industriales como la producción de aluminio, cobre, zinc y metales no féreos en general, el secado y calcinado de yeso, la producción de ácido nítrico, ácido adipico, glicol y ácido glioxálico, amoníaco, compuestos orgánicos de base, hidrógeno y carbonato sódico, y la captura, transporte por tubería, y almacenamiento de CO. Asimismo, aparecen por primera vez en el ámbito de aplicación gases distintos del CO<sub>2</sub>: los perfluorocarburos en la producción de aluminio, y el óxido nítrico en la fabricación de algunos productos en la industria química.
- (7) Por ejemplo, si se subastan en un país y se asignan gratuitamente en otro. Ver RAMOS VILLAR, I., "La concertación de derivados *over the counter* sobre derechos de emisión europeos", *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 1, 2007, pág. 337.
- (8) Conforme al artículo 14.1 Ley 13/2010, la subasta será el método básico de asignación de derechos a partir del periodo 2013-2020. No obstante, se mantiene la asignación gratuita debiendo distinguir tres tipos

La elaboración del PNA es competencia de cada Estado miembro, que debe prever los derechos a asignar, fijar el procedimiento de asignación y respetar los criterios comunes para la asignación contenidos en la Directiva de 2003.

En los siguientes epígrafes se analizarán diversas cuestiones relativas a los PNA, como su elaboración por los Gobiernos y su control por la Comisión, el principio de buena administración en la actuación de la Comisión, la determinación de las emisiones y el cómputo de las reservas de nuevos entrantes, haciendo especial énfasis en las competencias de la Comisión en su labor de control. Para ello, analizaremos la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 (asunto T-263/07), que enjuició la Decisión de la Comisión que consideraba el PNA de Estonia para el período 2008-2012 incompatible con determinados criterios contenidos en la Directiva de 2003/87.

Estonia notificó a la Comisión el PNA de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el período 2008-2012, y la Comisión adoptó la Decisión de 4 de mayo de 2007, considerando el Plan incompatible con determinados criterios contenidos en la Directiva de 2003/87, previendo una reducción del 48,8% de las cuotas de emisión propuestas por Estonia. La Comisión señaló sus puntos de discrepancia indicando las modificaciones que consideraba debían ser introducidas para subsanar la incompatibilidad.

La pretensión de Estonia en el recurso era la anulación de la decisión de la Comisión y la conclusión del Juez fue la anulación de la decisión en su totalidad.

El mejor modo de dar a conocer la estructura de la Sentencia consiste en efectuar un análisis que distinga las tres razones fácticas envueltas en los dos motivos jurídicos acogidos por el Juez, examinando individualizadamente cada uno de estos cinco elementos, que pueden ser distinguidos a efectos expositivos.

Los dos motivos que son acogidos son el exceso en el ejercicio de su compe-

tencia por la Comisión y la vulneración del principio de buena administración. Las tres razones fácticas que son asumidas se refieren a la base de cálculo de las emisiones, el método para determinar la evolución de las emisiones y el cómputo de las reservas de emisiones.

Será también interesante apreciar la jurisprudencia que nuestro Tribunal Supremo está vertiendo al hilo de los recursos presentados contra la asignación de derechos y los Reales Decretos que aprobaron los PNA, lo que será objeto del último apartado de este trabajo. Ello es relevante en cuanto que si la Comisión debe efectuar un control de legalidad, sometido al enjuiciamiento del Juez comunitario, que supone el examen de la conformidad del Plan de emisiones con los criterios y condiciones recogidos en la Directiva, pudiendo rechazar el Plan caso de incompatibilidad con ellos, por su parte, el Tribunal Supremo efectúa un juicio integral de legalidad del PNA reglamentado, por comparación con la Ley 1/2005, fallando, en su caso, la nulidad de los artículos del Decreto de aprobación que contravengan lo dispuesto en la norma legal.

Todas estas cuestiones se tratarán en los siguientes epígrafes. Los seis primeros examinarán el procedimiento de asignación estudiando la **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la UE de 23 de septiembre de 2009**, siguiendo los cinco elementos expositivos mencionados, finalizando con la respuesta del Juez a los argumentos vertidos en el recurso. A continuación se abordará lo acaecido con los PNA españoles y su control por la Comisión, haciendo especial hincapié en la doctrina del Tribunal Supremo, particular-

mente en la **Sentencia de 4 de marzo de 2010**. Por último, se señalarán las conclusiones que, a juicio de quienes escriben, cabe apreciar tras el análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia vertidas sobre esta materia.

## 2. Elaboración del Plan Nacional: competencias

El artículo 9 de la Directiva 2003/87 dispone en su apartado 1 que *"para cada período contemplado en los apartados 1 y 2 del artículo 11, cada Estado miembro elaborará un Plan Nacional que determinará la cantidad total de derechos de emisión que prevé asignar durante dicho período y el procedimiento de asignación. El Plan se basará en criterios objetivos y transparentes, incluidos los enumerados en el Anexo III, teniendo debidamente en cuenta las observaciones del público. Para el segundo período 2008-2012 y siguientes el Plan se publicará y se notificará a la Comisión y a los demás Estados miembros al menos dieciocho meses antes del principio del período correspondiente"*.

Y añade en su apartado tres que *"en el plazo de tres meses a partir de la notificación del Plan Nacional de Asignación de un Estado miembro de conformidad con el apartado 1, la Comisión podrá rechazar dicho Plan, o cualquiera de sus elementos, por razón de su incompatibilidad con el artículo 10 -que prevé el método de asignación, gratuita al menos en un 90% para el segundo período- o con los criterios que figuran en el Anexo III. La Comisión deberá motivar sistemáticamente su decisión de rechazar un Plan o cualquiera de sus elementos" (9)*.

de instalaciones según el grado de asignación gratuita que reciban. A los generadores de electricidad y las instalaciones de captura, transporte y almacenamiento geológico de carbono no se les otorgará asignación gratuita. Las instalaciones de sectores y subsectores expuestos a fugas de carbono tendrán el 100% de asignación gratuita. Finalmente, el resto de instalaciones tendrán un 80% de asignación gratuita en 2013. El porcentaje de gratuidad seguirá una senda lineal descendente hasta alcanzarse el 30% en 2020.

(9) Con arreglo a la Decisión 280/2004/CE, la Comisión debe llevar a cabo una evaluación anual de las emisiones reales previstas de los Estados miembros, tanto en su totalidad como por sector y por gas. Estas evaluaciones se preparan en estrecha cooperación con los Estados miembros.

La Comunicación "Orientaciones para los Estados miembros sobre la aplicación de los criterios del anexo III de la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo", COM(2003) 830 final, de 7 de enero de 2004, afirma: *"No habrá coherencia si un Estado miembro tiene la intención de asignar una cantidad total de derechos superior a las emisiones reales o previstas de las instalaciones reguladas según figuran en la evaluación del período correspondiente"*.

Entre los criterios de determinación recogidos en el Anexo III de la Directiva están los relativos a la Decisión 2002/358, sobre cumplimiento conjunto de compromisos y el Protocolo de Kioto, la coherencia con las evaluaciones del progreso real en relación con la Decisión 93/389, la consideración del potencial tecnológico de reducción y la información sobre "nuevos entrantes" (10).

En consecuencia, el procedimiento consiste en notificación a la Comisión del Plan aprobado y posibilidad de rechazo de la Comisión por incompatibilidad con los criterios de determinación de los derechos o por incumplir la garantía de asignación gratuita.

La elaboración del Plan presupone un reparto de competencias entre la Comisión y el Estado miembro. La problemática de la atribución de competencias es analizada en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009, *Estonia/Comisión*.

La Sentencia aborda inicialmente las competencias de la Comunidad y después las competencias de Estonia.

## 2.1. Competencias de la Comisión

La doctrina relativa a las Competencias de la Comisión se mueve en la línea de la doctrina del caso *Alemania/Comisión*, resuelto por Sentencia de 7 de noviembre de 2007.

Se parte de distinguir entre competencias compartidas y competencias exclusivas.

El principio de subsidiariedad supone que en el ámbito de las competencias compartidas la Comunidad intervendrá caso de no poder alcanzarse por el Estado miembro de manera suficiente los objetivos de la acción pretendida. En principio, cuando la Directiva en cuestión no establece la forma y los medios para obtener un resultado particular, la libertad de acción del Estado miembro respecto de la elección de las formas y los medios apropiados para obtener dicho resultado es completa. No obstante, los Estados miembros

tienen la obligación de elegir, en el marco de la libertad que les reconoce el párrafo tercero del artículo 249 CE, las formas y los medios más adecuados para garantizar el efecto útil de las Directivas (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009, *Polonia/Comisión*).

La primera consecuencia es que en el ámbito de las competencias compartidas recae sobre la Comunidad la carga de la prueba de demostrar en qué medida las competencias del Estado están limitadas por los criterios del Anexo III y las condiciones del artículo 10 de la Directiva. Esto presupone que el ejercicio de la competencia comunitaria limita la competencia del Estado. Y que, además, la potestad de interpretar la limitación es de la Comunidad bajo control judicial.

La segunda consecuencia es que incumbe a la Comisión, en ejercicio de su facultad de control, demostrar que son contrarios al Derecho comunitario los instrumentos empleados por el Estado para la obtención del resultado exigido por la Directiva. Ello a falta de norma comunitaria clara y precisa sobre la forma y medios a emplear por el Estado. Su fundamento está en la libertad de acción del Estado comunitario en cuanto a la forma y medios.

¿Cuáles son las facultades de la Comisión? Dos elementos las configuran: en primer lugar, la Comisión debe efectuar un control de legalidad, que supone el examen de la conformidad del Plan de emisiones con los criterios y condiciones recogidos en la Directiva y poder rechazar el Plan caso de incompatibilidad con ellos. En segundo lugar a la Comisión se reconoce un margen para efectuar apreciaciones económicas y ecológicas con vistas a reducir las emisiones en el ámbito del mercado europeo de derechos.

En todo caso, la Comisión deberá demostrar suficientemente que los instrumentos empleados por el Estado miembro a tal fin son contrarios al Derecho comunitario.

Además, de la jurisprudencia comunitaria resulta que la facultad de la Comisión de examinar y rechazar los PNA, con arreglo al artículo 9, apartado 3, de la Directiva, está muy limitada, tanto material como temporalmente. Por una parte, este control está limitado al examen, por parte de la Comisión, de la compatibilidad del PNA con los criterios del Anexo III y el artículo 10 de la Directiva y, por otra parte, debe ejercerse en un plazo de tres meses a partir de la notificación de dicho PNA por el Estado miembro (Auto del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2007, *EnBW Energie Baden Württemberg/Comisión*, apartado 104; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 2007, *Alemania/Comisión*, apartado 116; y Sentencia de 23 de septiembre de 2009, *Polonia/Comisión*, apartado 36).

El papel del Juez comunitario consiste, positivamente, en efectuar un control de legalidad, que es un control completo sobre la aplicación de las normas del Derecho comunitario, y, negativamente, el Juez no puede sustituir las apreciaciones complejas económicas y ecológicas de la Comisión. Así, se tipifican como facultades del Juez poder identificar errores manifiestos, desviación de poder, exceso en las facultades de apreciación y vulneración de las garantías de procedimiento. En línea con la Sentencia de 7 de noviembre de 2007, caso *Alemania/Comisión*.

## 2.2. Competencias del Estado

El Juez razona que el Estado comunitario, en la adopción del Plan de emisiones, debe realizar complejas apreciaciones políticas, económicas y ecológicas, que tienen naturaleza prospectiva o anticipatoria relativas a la evolución previsible de las emisiones en su territorio con varios años de antelación. Ello con base en los datos disponibles en el momento de la adopción del Plan.

(10) Una mención a los Planes Nacionales de Asignación de derechos de emisión en los distintos países de la UE puede verse en FERNÁNDEZ DE SOTO Y BLASS, "Fiscalidad verde y derechos de emisión: experiencias de Derecho comparado", en BILBAO ESTRADA, GARCÍA PRATS y CORNEJO PÉREZ (coord.), *La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro*, IEF, Madrid, 2010, p. 554 y ss.

A partir de esta premisa, el Estado está obligado a elegir, en primer lugar, por lo que respecta a las políticas y medidas a adoptar; en segundo lugar en lo relativo al método que pretende utilizar y, en tercer lugar, a los datos a partir de los que se efectúa el análisis destinado a anticipar la evolución previsible en las emisiones de que se trata.

Tales elecciones -según señala la Sentencia del Tribunal de 1ª Instancia- no son correctas ni incorrectas en términos absolutos, al poder admitirse como válidos diversos métodos y datos diferentes.

Por lo tanto, *"al controlar dichas elecciones del Estado miembro la Comisión debe respetar el margen de maniobra que se le reconoce a éste y, en la medida en que éste se base en datos y parámetros creíbles y suficientes teniendo en cuenta los criterios del Anexo III, la Comisión no puede rechazar su Plan de asignación de derechos"*.

En cambio, *"es competencia de la Comisión, en particular, examinar la fiabilidad y la coherencia de todos los elementos del Plan elaborado por el Estado miembro y controlar si dichos elementos constituyen el conjunto de factores que han de tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si pueden basarse en ellos las conclusiones que se deducen de los mismos"* (F. 69).

De estos principios el Juez extrae tres consecuencias para la delimitación negativa de los cometidos de la Comisión.

En primer lugar, la Comisión no puede sustituir el análisis del Estado por su propio análisis. En segundo lugar, la Comisión no puede suplantar al Estado en la determinación de la cantidad de derechos a asignar. Por último, en el control de legalidad del Plan de asignación en el ejercicio de las propias apreciaciones económicas y ecológicas la Comisión no puede modificar el reparto de competencias (F. 56).

La conclusión es que la Comisión incurre en exceso en el ejercicio de las competencias de control, al rechazar el Plan en la medida en que la cantidad de derechos sobrepasa el umbral máximo

señalado por la propia Comisión considerado incompatible con la Directiva.

### 3. Principio de buena administración en la actuación de la Comisión

El principio de buena administración es un parámetro de legalidad relativo a la actuación de la Comisión, que es empleado por el Juez.

El principio de buena administración supone formular el siguiente interrogante: ¿La Comisión, en su actuación, cumplió con su deber de analizar o examinar detenidamente y con imparcialidad todos los elementos pertinentes para el caso de autos?

Los razonamientos del presente caso, resuelto por Sentencia de 23 de septiembre de 2009, giran en torno a la inclusión de las reservas de derechos en la cuantía total de derechos a asignar según el Plan estonio.

El desarrollo de la dialéctica procesal se centra en torno a dos posturas: Por una parte, la posición de Estonia, que considera errónea la declaración de la Comisión de incompatibilidad del Plan con el Criterio nº 3 de la Directiva, en cuanto a la no inclusión de la reserva de derechos en la cuantía total de derechos a asignar, porque la reserva de derechos sí que estaba incluida en la cuantía total de derechos. Por otra parte, la postura de la Comisión, que considera que la información de Estonia no es suficientemente clara y además es contradictoria, y que la suma de las cantidades mencionadas en el Plan no permite considerar que las reservas estén incluidas en la cuantía total de derechos.

La apreciación del Juez es que las cifras de Estonia parecen coherentes y comprensibles y que la interpretación conjunta de los Anexos y Cuadros del Plan permite identificar las autorizaciones relativas a las reservas y también la inclusión de las reservas en la cuantía total de derechos.

En armonía con otro pasaje de la Sentencia (F. 69) en que se dice que la

Comisión debe examinar la coherencia y fiabilidad de los elementos del Plan y controlar si dan base para apreciar una situación compleja y para dar fundamento a sus conclusiones.

El Juez sólo reprocha a Estonia que en el cálculo final de la última página del Anexo 1 se recoge como cantidad total una cifra de la que se ha deducido 153.505 toneladas de dióxido de carbono, y el Anexo no explicita por qué debe deducirse esta cantidad, lo que supone una ambigüedad imputable a Estonia. Ahora bien, la cantidad a deducir se corresponde con la parte de reserva del artículo 3 apartado 1 (reserva pre-Plan) que debía compensarse de manera indirecta con instalaciones no identificadas. Por lo cual, en lo esencial, no cambia las cosas.

¿Qué vulneración del principio de buena administración es la que se ha producido?

La Comisión no ha demostrado que los cálculos del Plan estonio adolecieran de error, dado que la Comisión no ha dado explicaciones exactas de las lagunas del Plan y no ha dado explicaciones exactas de los errores que imputa a Estonia. La Comisión no ha explicado sobre qué base llegó a la conclusión de que las reservas de derechos no estaban incluidas en la cantidad total de derechos consignados en el Plan estonio.

Corresponde reseñar que Estonia no sólo alegó el vicio atinente al cómputo de las reservas en la cantidad total sino que también alegó el vicio relativo a la señalización de un límite máximo a la cantidad total de derechos a asignar, desde la óptica del principio de buena administración. Sin embargo, el Juez no abordó el segundo vicio, por considerar que la estimación del motivo atinente al reparto de competencias Estado-Comisión hacía innecesario pronunciarse sobre él.

En suma, el Juez entiende que la Comisión no examinó con el detenimiento y la imparcialidad debida la cuestión de la inclusión de las reservas en el Plan presentado por Estonia, con vulneración del principio de buena administración.

#### 4. Determinación de las emisiones: base de cálculo y método de previsión de su evolución

En el caso *Estonia/Comisión* se ponen en cuestión, en el terreno fáctico, la base de cálculo consistente en las cifras relativas a las emisiones del año 2005, que es el año o periodo histórico de base, y el método de previsión de la evolución de las emisiones para el periodo 2005-2010.

Respecto de la base de cálculo, en primer lugar, la Comisión fija ella misma la cifra de emisiones para el 2005, cuando lo que debió hacer es tomar las cifras del Plan de Estonia y efectuar un control de legalidad, examinando el respeto del margen de maniobra respecto a la Directiva de 2003. En segundo lugar, la Comisión rechaza el uso de estimaciones para otros años con el fin de atenuar "sucesos particulares", por entenderse que se operaría una compensación a lo largo del propio año. Sin embargo, preguntada sobre este punto por el Juez en la vista, la Comisión no facilitó datos que permitieran fundamentar su propia tesis. En tercer lugar, entiende el Juez que los datos del año escogido por la Comisión no son los más representativos, atendidos los valores de referencia sobre la base de los últimos años, en que las emisiones fueron muy elevadas.

Todo ello en el contexto de que la Comisión incurre en error de Derecho al rechazar la cifra tomada como base, sin justificación suficiente y sin respeto al margen de maniobra que corresponde a Estonia.

En cuanto al método de previsión de la evolución de las emisiones, en relación con el potencial tecnológico de reducción, la Comisión tomará como centro el cálculo de las emisiones para el periodo 2005-2010.

La Comisión parte de las cifras de emisiones en 2005. Su adaptación, para el periodo mencionado, la lleva a cabo por medio de dos parámetros. La tasa de crecimiento del Producto Interior

Bruto (PIB) en 2005-2010 y la tasa de mejora de la intensidad de las emisiones por unidad de PIB en 2005-2010.

En primer lugar, se pone de relieve la insuficiencia del modelo PRIMES utilizado por la Comisión, basado en parámetros económicos y ecológicos, que, sin embargo, desconoce el carácter estratégico asignado a la reserva de determinados recursos en el ámbito de la política energética nacional estonia. En particular, las reservas de esquistos bituminosos junto a las dificultades de abastecimiento por el Estado de origen de las importaciones de gas natural.

Respecto a la previsión de crecimiento del PIB en 2005-2010, la Comisión no utilizó, a juicio del Juez, los mejores datos disponibles.

La Comisión, reconociendo que el Documento European Energie de 2005 no era el más reciente, modificó las previsiones para 2006-2008, atendiendo al Documento Economic Forecasts de 2006; sin embargo mantuvo las cifras para 2009-2010 conforme al documento European Energie.

Por su parte, Estonia elaboró sus previsiones de crecimiento del PIB conforme a los datos de su Ministerio de Hacienda, que eran más recientes que el Documento European Energie de 2005 y más cercanos a los contenidos en el Documento Economic Forecasts de 2006, sin que la Comisión diera justificación al rechazo de los datos utilizados por Estonia.

En lo relativo a la tasa de mejora de la intensidad de las emisiones de carbono por unidad de PIB para el periodo 2005-2010, la Comisión no utilizó los mejores datos disponibles, porque utilizó una tasa incorrecta de crecimiento del PIB, y porque -según se desprende de los datos aportados- las cifras relativas al año 2005 tampoco eran las correctas. Si las cifras utilizadas por el modelo son incorrectas, los demás datos resultantes se verán falseados, como reconoce la Comisión en la vista.

Todo ello en el contexto de que la Comisión al utilizar el modelo PRIMES sin justificar la insuficiencia del método empleado por Estonia, ha vulne-

rado el respeto debido al margen de maniobra propio de Estonia.

#### 5. Cómputo de las reservas de emisiones

La Comisión entendió que en la cantidad total de derechos previstos en el Plan estonio no estaban incluidas las reservas de derechos relativas a "actividades de proyectos". De la lectura del acto impugnado desprendermos que aquí está implicada la causa nuclear del rechazo por la Comisión Europea del Plan estonio. El cómputo por separado de las emisiones "reservadas" conduce a un notable exceso de emisiones según las cuentas de la Comisión.

La clarificación de la cuestión empieza por distinguir entre las dos clases de reservas, que los Estados pueden incluir en sus Planes de asignación para actividades de proyecto, tipificadas en la Decisión de 2006. Ambas reservas deben estar ubicadas en el Plan, pero el supuesto a que refieren es distinto.

Por una parte, las reservas del artículo 3, apartado 1º, para el caso de publicación de cartas de aprobación como país de acogida y el compromiso de expedir "unidades de reducción de emisiones" y "reducciones certificadas de emisiones", antes del vencimiento del plazo de notificación del Plan a la Comisión (reserva pre-Plan).

Por otra parte, la reserva "adicional" del apartado 2, del artículo 3, para el caso de previsión de publicación de cartas de aprobación como país de acogida después de tomar la decisión sobre la cantidad de derechos asignados para el periodo, decisión derivada del Plan Nacional (reserva post-Plan).

Las unidades de reducción de emisiones se expiden de conformidad con el artículo 6 del Protocolo de Kioto, en el ámbito de la transferencia entre Partes de derechos de emisión relativos a proyectos de reducción o de absorción por sumideros. Las reducciones certificadas de emisiones, se expiden de conformidad con el artí-

culo 12 del Protocolo de Kioto, para beneficiar a quienes no son Partes o para ayudar a las partes a cumplir sus compromisos.

El examen de esta cuestión por el Juez puede esquematizarse en tres puntos: En primer lugar, señala que la interpretación conjunta del Anexo I y los Cuadros que figuran en el Anexo III del Plan permiten identificar los importes y conceptos de cada una de las reservas. En segundo lugar, que de los Anexos se desprende que los derechos de emisión deben ser compensados con reducción de emisiones en instalaciones todavía no identificadas. *“La asignación de derechos a reservas es neutra por lo que respecta a la cuantía total de derechos por asignar”*. En tercer lugar, si los derechos incluidos en dichas reservas no se deducen de la cantidad total de derechos ha de concluirse que están incluidos en la cantidad total.

## 6. Concepción de la competencia de la Comisión

El *quid* de la solución dada en la Sentencia de 23 de septiembre de 2009 está en la concepción del Juez sobre la competencia de la Comisión, que está asentada en tres premisas:

1ª La Comisión dispone de una facultad de control y de rechazo mientras que el Estado miembro es competente para elaborar un Plan Nacional y para decidir sobre la asignación de derechos.

2ª El Estado miembro dispone de cierto margen de maniobra para la elección de las medidas mejores para alcanzar el resultado exigido por la Directiva en el contexto del mercado energético nacional.

3ª La Comisión, en el marco de su facultad de control, tiene un margen de apreciación de las dimensiones económica y ecológica, estando su actuación orientada al objetivo de reducir las emisiones en el mercado europeo de derechos de emisión, de una manera que sea eficaz y eficiente (F. 55).

Por otra parte, el Juez concibe el con-

trol de legalidad que él mismo ejerce como un control completo de la cuestión de derecho relativa a la aplicación errónea de las disposiciones pertinentes. Sin embargo, la consideración del margen de maniobra de Estonia y el margen de maniobra de la Comisión a efectos de su competencia de control, únicamente son pertinentes a los efectos del control judicial para determinar el alcance del ejercicio de las competencias propias de cada uno (F. 56).

Cabe desprender de la Sentencia que el Juez comunitario concibe la competencia de la Comisión a semejanza de su propia competencia judicial, como un control de legalidad, que puede llevar al rechazo del Plan, pero que no debe inmiscuirse en el margen de apreciación del Estado controlado.

Siendo que, caso de rechazo de la Comisión al Plan, *“el Estado sólo tomará una decisión si la Comisión acepta las enmiendas propuestas”* (art. 9 de la Directiva) el interrogante que se suscita es si en este caso la Comisión tiene sólo una competencia de control y rechazo o si, más bien, la necesidad de aceptación de la Comisión supone una modalidad de codecisión.

## 7. Manifestaciones o consecuencias

La presencia de esta concepción se visibiliza también en la respuesta dada por el Juez a dos de los argumentos vertidos en el recurso, como lo son la alegación sobre el principio de igualdad de trato y la alegación sobre la cantidad ofertada y el precio de los derechos.

La Comisión acude al principio de igualdad de trato para justificar la solución dada a la base de cálculo y al modelo económico seguido, basada en el mismo criterio de elección de cifras y los mismos parámetros empleados con otros Estados. La respuesta del Juez es que debe prevalecer la Directiva atributiva de competencia al Estado para elaborar el Plan y computar los derechos, frente a las diferencias en la

apreciación de datos y el método de análisis empleados por la Comisión. Además, el Juez acoge la alegación de Estonia de que la Comisión puede garantizar el igual trato a los Estados miembros examinando el Plan con el mismo grado de diligencia, si bien este argumento, entendemos, se entrecruza con la alegación relativa al principio de buena administración.

Respecto a la cantidad ofertada y el precio de los derechos, Reino Unido alegó en el recurso que caso de que la Comisión fuese vencida había riesgo de bajada del precio de los derechos en la siguiente fase, consecuencia del exceso de oferta de derechos, lo que anularía los efectos de la Directiva como herramienta para reducir las emisiones. Este Estado postula que la Comisión impida que los Estados fijen umbrales contrarios al aumento del precio de venta de los permisos de emisión, ello con vistas a estimular la reducción de emisiones.

Sin embargo, según recoge la Sentencia, la república de Estonia recuerda acertadamente en respuesta a los argumentos del Reino Unido que, en una comunidad de Derecho, los actos administrativos deben adoptarse respetando las competencias atribuidas a las diferentes instancias administrativas. De este modo, aun suponiendo que esté fundada la tesis del Reino Unido, según la cual la anulación de la decisión impugnada tiene repercusiones negativas sobre el buen funcionamiento del régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, dicha declaración no puede justificar que se mantenga en vigor la Decisión impugnada si dicho acto fue adoptado vulnerando las competencias atribuidas por la Directiva respectivamente a los Estados miembros y a la Comisión.

## 8. Los Planes españoles y su jurisprudencia

En España, el Segundo Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012 (PNA), aprobado por el

Real Decreto 1370/2006 (11), de 24 de noviembre, establece para el quinquenio 2008-2012 la cantidad total de derechos que se prevé asignar a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (12).

También establece la metodología de cálculo para la asignación individual de derechos, determina la cantidad correspondiente a la reserva de nuevos entrantes y las reglas para su asignación.

De conformidad con el artículo 9 de la Directiva 2003/87, el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, fue notificado a la Comisión Europea el 30 de noviembre de 2006, aunque el plazo de presentación había finalizado el 30 de junio de 2006 (13).

La Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007, relativa al Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para 2008-2012 presentado por España, establece su aprobación, condicionándola a la introducción de determinadas modificaciones y a la remisión de información complementaria:

- Un recorte del 0,28% de la cantidad total de derechos que asigna el Gobierno,
- Información sobre el modo en que los nuevos entrantes pueden acceder al mercado una vez agotada la reserva.
- Remisión del listado completo de instalaciones junto con su asignación individualizada de derechos.
- Reducción del porcentaje de créditos procedentes de mecanismos del Protocolo de Kioto de los que pueden hacer uso las empresas en función de su asignación individualizada (14).

La reforma del PNA solicitada por la Comisión Europea fue llevada a cabo mediante la aprobación del Real Decreto 1030/2007, de 20 de Julio, cuyos principales elementos fueron una pequeña minoración del volumen total de derechos objeto de asignación y la reducción del porcentaje de créditos procedentes de mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto de

los que pueden hacer uso las empresas para el cumplimiento de sus obligaciones de entrega.

Posteriormente, tras diversas alegaciones en el trámite de información pública que finalizó el 25 de agosto de 2007, se aprobó el RD 1402/2007, de 29 de octubre, aumentando ligeramente la asignación de los sectores de generación eléctrica, cogeneración, combustión, siderurgia, cal, ladrillos y tejas, azulejos y baldosas, y papel, y reduciendo correlativamente el número de derechos de emisión de la reserva de nuevos entrantes, manteniendo constante el volumen total de derechos de emisión.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2.010, resuelve un recurso directo interpuesto por E.ON GENERACIÓN, contra el RD 1370/2006 (15), por el que se aprobó el PNA 2008-2012 y plantea algunas cuestiones relativas al cálculo y determinación de las emisiones que es interesante destacar:

En primer lugar, se anula el apartado 4.A.a del RD, en lo relativo a *"las centrales térmicas de generación con carbón que han realizado inversiones medioambientales para reducir las emisiones de SO<sub>2</sub> y NO<sub>x</sub>"*, pues en la relación de gases de efecto invernadero del Anexo I de la Ley 1/2005, de 9 de

marzo, no figura incluido el mencionado dióxido de azufre, SO<sub>2</sub> (FJ 4º), cuya reducción resulta así ajena a los objetivos de la Ley. La propia Comisión, en la ya citada Decisión de 26 de febrero de 2007, señaló que *"no se puede descartar que el posible trato de favor otorgado a las instalaciones que han invertido en reducir sus emisiones de SO<sub>2</sub> y NO<sub>x</sub> sea indebido, ya que no redundaría en beneficio de los objetivos de las Directivas 2003/87/CE y 2001/80/CE"*.

También se cuestiona en el recurso, en relación con las centrales de carbón, que para el cálculo de la asignación de derechos se contemple en la norma aplicar un factor de emisión fijo, sin atender a la procedencia del carbón, lo que, según la actora, conduce a un resultado más gravoso para las instalaciones que utilizan carbón nacional. Sin embargo, la Comisión europea, en decisión de 26 de febrero de 2007, constató que, en realidad, el Plan dispensa un trato de favor al carbón nacional, por lo que la tesis de la actora supondría un trato aún más beneficioso para el carbón autóctono. Razón por la cual el Juez, en línea con la posición mantenida por la parte codemandada -Iberdrola SA- rechaza este motivo del recurso.

En tercer lugar, se anulan los apartados 5.A y 7.C del RD 1370/2006 por la equiparación que realiza entre las

- (11) Dado el carácter de prestación patrimonial de carácter público que supone la obligación de entrega de derechos por el volumen de emisiones realizado, debería aprobarse por ley su contenido esencial. En tal sentido, MELCHOR LLOPIS postula que una ley regule la elección del método de asignación para el porcentaje de libre disposición, las reglas que van a utilizarse en el procedimiento de asignación y las reglas de trato para los nuevos entrantes y las medidas tempranas. Cfr. "Aspectos administrativos del régimen del comercio de los derechos de emisión", en BILBAO ESTRADA, GARCÍA PRATS y CORNEJO PÉREZ (coord.), *La fiscalidad de los derechos de emisión...*, ob.cit., p. 140. También indagan sobre esta cuestión BILBAO y otros en "El principio de reserva de ley y la problemática de la incorporación a los ordenamientos español, italiano y francés de la obligación de entrega de derechos de emisión de CO<sub>2</sub>", en el mismo libro, p. 191 y ss., quienes ponen de manifiesto la inexistencia de una reserva de ley en el Derecho comunitario que sí existe en cambio, aunque con especial flexibilidad en la cuantificación de determinadas prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario -como las tasas-, en la Constitución española.
- (12) El Plan Nacional de Asignación 2008-2012 indica que España tiene que adquirir 289,39 millones de reducciones de emisión de carbono durante este periodo. De estas emisiones, el Gobierno va a asumir el 55% del total. Por lo tanto, tiene que adquirir 159,15 millones de las emisiones.
- (13) Previamente se había enviado un borrador del PNA que España hizo público el 12 de julio de 2006. La Comisión lo consideró insuficiente y envió una carta de emplazamiento (primer paso del procedimiento de infracción comunitario) para que se remitiese el plan definitivo.
- (14) El objetivo del Plan 2008-2012 es que las emisiones no superen en más de un 37% las del año base, sumando al 15% del objetivo de Kioto, un 2% adicional a través de la absorción por los sumideros y la adquisición del equivalente a un 20% de créditos de carbono procedentes de los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto. Ciertamente parece muy elevado este último porcentaje.
- (15) Según el TS en Sentencia de 25 de febrero de 2010, esta norma completa el régimen jurídico general sobre el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, en el que se determina el número total de derechos de emisión que se asignarán en cada periodo, así como el procedimiento aplicable para su asignación, erigiéndose en guía general de las aplicaciones posteriores, concretamente, de las concretas adjudicaciones de derechos de emisión que se realizan mediante resoluciones del Consejo de Ministros.

instalaciones que tengan prevista su entrada en funcionamiento después del 30 de junio de 2007 y los llamados "nuevos entrantes", cuyo concepto legal hace referencia a autorizaciones concedidas con posterioridad a la notificación del Plan a la Comisión, lo que tuvo lugar el 30 de noviembre de 2006. El TS razona que si bien el RD de 2006 no contiene una definición formal de nuevo entrante, lo cierto es que conforme a su regulación, se prevé la asignación de derechos a instalaciones que no encajan en la definición legal de nuevo entrante, y ello con cargo a la reserva prevista para los nuevos entrantes. Lo que, en suma, supone que la regulación del RD conduce a un resultado equivalente al que se obtendría modificando la definición legal, al sustraer, a favor de otras instalaciones, derechos que están legalmente reservados para los "nuevos entrantes".

Por último, la demandante aduce que la reserva de derechos para nuevos entrantes resulta claramente insuficiente (5,40% de los derechos de emisión asignados) llegando a calificarla de ínfima. El Tribunal deniega la pretensión, con base en "que el artículo 18 de la Ley no establece un porcentaje mínimo ni hace indicación alguna sobre el montante de la reserva, añadiendo que 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" (FJ 4º). En la documentación aportada la información sólo es parcial, y no va acompañada de prueba técnica que dé fundamento a la alegación de insuficiencia legal.

En la Sentencia se destaca la atención prestada a la Decisión de la Comisión de 26 de febrero de 2007, relativa al Plan de emisiones español y a la conexión que guardan determinadas normas reglamentarias españolas con esta Decisión comunitaria. Llama la atención que no se considere injustificado tratar de igual modo al carbón

autóctono y al foráneo, pese al mayor número de emisiones del primero, atendido que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 16 de diciembre de 2008 señaló que la inclusión de las instalaciones del sector siderúrgico y exclusión de las instalaciones de los sectores químicos y de los metales no féreos, no vulneraba el principio de igualdad de trato, por darse una diferencia sustancial entre los niveles de emisiones directas de los dos sectores, que justificaba el distinto trato. Habría que ver si no hay también una diferencia sustancial de emisiones en el caso planteado ante el Supremo.

Respecto del Primer PNA, periodo 2005-2007, encontramos varias Sentencias del Tribunal Supremo que vale la pena reseñar:

La Sentencia de 15 de julio de 2009 declara la nulidad del método de asignación al no prever para las instalaciones del sector eléctrico una cláusula de salvaguardia respecto de aquellas instalaciones en las que el período de referencia 2000-2002 no fuera representativo, como sí prevé para el sector industrial.

Lo propio falla la STS de 1 de octubre de 2008, anulando la asignación individual a una empresa química, y la de 6 de octubre del mismo año, anulando la asignación individual a una empresa titular de una planta de cogeneración.

En suma, la omisión de una cláusula de salvaguardia propicia la discriminación entre empresas del 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, lo que en definitiva no viene en su perjuicio a ser una variante del principio general de prohibición de discriminaciones.

## 9. Conclusiones

Conforme a la Directiva de comercio de emisiones, cada Estado miembro deberá elaborar un Plan Nacional de Asignación -sustituidos por los periodos de comercio y el régimen de subasta como método básico de asignación, a partir de 2013-, que habrá de ser aprobado por la Comisión europea, en el que se determinen la cantidad total de derechos a asignar durante un periodo y el procedimiento de asignación a aplicar.

Ello plantea la cuestión relativa a las competencias de la Comisión para el control de dichos Planes Nacionales. Del principio de subsidiariedad se desprende que es la Comisión, en ejercicio de su facultad de control, quien debe demostrar que son contrarios al Derecho comunitario los instrumentos empleados por el Estado para la obtención del resultado exigido por la Directiva.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 *Estonia/Comisión*, analizada en este trabajo, y otros pronunciamientos (Sentencia de 23 de noviembre de 2005 *Reino Unido/Comisión*; Auto de 30 de abril de 2007, *EnBW Energie Baden Württemberg/Comisión*; Sentencia de 7 de noviembre de 2007, *Alemania/Comisión*; Sentencia de 23 de septiembre de 2009, *Polonia/Comisión*) ponen de manifiesto que la facultad de la Comisión de examinar y rechazar los PNA está muy limitada, tanto material como temporalmente.

Por un lado, este control está limitado al examen, por parte de la Comisión, de la compatibilidad del PNA con los criterios del Anexo III y el artículo 10 de la Directiva. En tal sentido la Comisión no puede sustituir el análisis del Estado por su propio análisis, ni puede suplantar al Estado en la determinación de la cantidad de derechos a asignar. Por otro lado, debe ejercerse en un plazo de tres meses a partir de la notificación de dicho PNA por el Estado miembro.

A la hora de controlar la cuantificación de los derechos, por lo que refiere a la

base de cálculo, la Comisión no puede determinarla ella misma, sino que debe tomar las cifras del Plan Nacional aportado y efectuar sobre ellas un control de legalidad. Y respecto al método de previsión de la evolución futura de las emisiones, la Comisión debe utilizar los mejores datos disponibles y no puede desconocer los objetivos estratégicos de la Política energética nacional.

Consecuencia de todo ello es que las Sentencias del Tribunal comunitario han anulado las Decisiones de la Comisión en ejercicio del control de legalidad de los diversos PNA.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha realizado un juicio de legalidad integral de los Decretos aprobatorios de los Planes, que desarrollan la Ley 1/2005, contando con la mayor claridad de la Ley frente a la Directiva. Así, en las Sentencias de 1 de octubre de 2008, 6 de octubre de 2008 y 15 de julio de 2009, que anulan el método de asignación previsto en el Primer Plan, del periodo 2005-2007, al no prever una cláusula de salvaguardia respecto de las instalaciones en las que el periodo de referencia 2000-2002 no fuera representativo. En la interesante Sentencia de 4 de marzo

de 2010, caso "E.ON Generación SL", también analizada en este trabajo, el TS ha anulado diversos preceptos del RD, que regula el Plan Nacional del periodo 2008-2012, por asignarse derechos en función de la reducción de productos químicos ajenos al objetivo legal perseguido por el Plan, y por sustraerse, a favor de otras instalaciones, derechos que estaban legalmente reservados a instalaciones consideradas como "nuevos entrantes". El TS coadyuva a conseguir el pleno respeto a la normativa comunitaria en materia de derechos de emisión.

