

Roj: STS 514/2011  
Id Cendoj: 28079130052011100033  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 130/2008  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE  
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

**MEDIO AMBIENTE:** GASES EFECTO INVERNADERO. APLICACIÓN DE LAS EXIGENCIAS SECTORIALES DE ELECTRICIDAD: IMPROCEDENCIA. EMISIONES HISTÓRICAS.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil once.

Visto, por la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo (Sección Quinta) el Recurso Contencioso- Administrativo número **130/2008** en el que interviene como demandante la entidad **ARTABRA, S. A.** representada por el Procurador D. Jaime Gafas Pacheco y asistida por Letrado, y como Administración demandada la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE)** representada y asistida por el Abogado del Estado; versando el recurso sobre impugnación de Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 2 de noviembre de 2007, por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones de la titularidad de la entidad recurrente, incluidas en los apartados b) y c) del Epígrafe 1 el Anexo I de la *Ley 1/2005, de 9 de marzo*, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases efecto invernadero.

Ha sido fijada como indeterminada la cuantía del recurso, y se ha seguido el procedimiento ordinario previsto en la *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA)*).

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La representación de la entidad actora, en fecha de 4 de febrero de 2008, interpuso, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, recurso contencioso administrativo contra el mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 2 de noviembre de 2007, por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones de la titularidad de la entidad recurrente, incluidas en los apartados b) y c) del Epígrafe 1 el Anexo I de la *ley 1/2005, de 9 de marzo*, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases efecto invernadero.

En relación con tal Acuerdo debemos, desde ahora, dejar constancia de que:

a) La referida asignación se refería a la instalación "*Artabra*" perteneciente al Sector Combustión (1.b y 1.c) sita en Arteixo (A Coruña).

b) La solicitud de la misma fue llevada cabo en fecha de 15 de enero de 2007, en el marco del proceso extraordinario de asignación a las instalaciones afectadas por la ampliación del ámbito de la *Ley 1/2005, de 9 de marzo*, previsto en el *apartado segundo de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley*, y correspondía al Plan Nacional de Asignación (PNA) 2008/2012, habiéndole sido asignado, con anterioridad, los derechos correspondientes al PNA 2005/2007.

c) La asignación definitiva ascendió a 43.635 de derechos para 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.

**SEGUNDO** .- La entidad mercantil recurrente formalizó demanda, en fecha de 24 de junio de 2009, con la súplica de que se dicte sentencia por la que:

*"Se anule la asignación individual de derechos de emisión atribuida a esta actora en el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones incluidas en el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012, y en su lugar declare el derecho de esta actora a recibir mayor asignación de derechos de emisión, en las cantidades solicitadas formuladas en vía administrativa en sus solicitudes de fecha 29 de diciembre de 2006".*

**TERCERO** .- La Administración demandada contestó a la demanda, en fecha de 10 de febrero de 2010, oponiéndose a ella e interesando una sentencia por la que se procediera a la desestimación del recurso interpuesto por la recurrente contra el Acuerdo impugnado al ser conforme a Derecho la resolución del Consejo de Ministros impugnada, con imposición de costas a la empresa demandante.

**CUARTO** .- Por Auto de fecha 7 de abril de 2010 fue acordado el recibimiento del recurso a prueba, período procesal en el que se practicaron las que propuestas por las partes fueron declaradas pertinentes, con el resultado que consta en autos.

**QUINTO** .- Abierto, por Providencia de 15 de septiembre de 2010, el trámite de conclusiones, en sus respectivos escritos la recurrente y la demandada reiteraron las argumentaciones efectuadas y pretensiones ejercitadas en los escritos de demanda y contestación.

**SEXTO** .- Mediante Providencia de fecha 14 de diciembre de 2010, se señaló para votación y fallo el día 12 de enero de 2011, fecha en que efectivamente tuvo lugar la reunión del Tribunal designado al efecto.

**SEPTIMO** .- Aparecen observadas en el presente recurso las formalidades esenciales de tramitación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se cuestiona, en concreto, en el presente recurso contencioso-administrativo la legalidad del mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 2 de noviembre de 2007, por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones de la titularidad de la entidad recurrente, incluidas en los apartados b) y c) del Epígrafe 1 el Anexo I de la *Ley 1/2005, de 9 de marzo*, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases efecto invernadero, que no han recibido asignación con anterioridad.

Dicho Acuerdo debe entenderse impugnado en el particular relativo a la asignación referida a la instalación "*Artabra*" perteneciente al Sector Combustión (1.b y 1.c) sita en Arteixo (A Coruña).

La asignación expresada fue la respuesta a la solicitud de la recurrente, llevada cabo en fecha de 15 de enero de 2007, en el marco del proceso extraordinario de asignación a las instalaciones afectadas por la ampliación del ámbito de la *Ley 1/2005, de 9 de marzo*, previsto en el *apartado segundo de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley*, y correspondiente al Plan Nacional de Asignación (PNA) 2008/2012, habiéndole sido asignado, con anterioridad, los derechos correspondientes al PNA 2005/2007.

La asignación definitiva discutida ascendió a 43.635 de derechos para 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.

(Por "*derecho de emisión*" debe entenderse "*el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado*", según señala el *artículo 3º de la Directiva 2003/87 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003*, a la que enseguida aludiremos; debiendo, a su vez, considerarse como "*tonelada equivalente de dióxido de carbono*", en concreto, "*una tonelada métrica de dióxido de carbono (CO2) o una cantidad de cualquier otro gas de efecto invernadero contemplado en el anexo II con un potencial equivalente de calentamiento del planeta*").

**SEGUNDO** .- Es normativa que debe tomarse en consideración en el supuesto de autos la que a continuación reseñamos:

A) El *Real Decreto Ley 5/2004, 27 de agosto*, por el que se regula el régimen de comercio de

derechos de emisión de gases de efecto invernadero, así como el *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre* , por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación (PNA) de derechos de emisión 2005/2007, y el *Real Decreto 60/2005, de 21 de enero* , por el que se modifica el anterior.

**B)** *Ley 1/2005, de 9 de marzo* , por la que se regula el régimen de concesión de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, publicada en el BOE nº 59, de 10 de marzo de 2005; esta Ley sería modificada por el *Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo* , sobre Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, dictado, a su vez, como consecuencia de la aprobación de dos decisiones comunitarias: la (1) Decisión de la Comisión Europea de 27 de diciembre de 2004, relativa al Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión presentado por España y el (2) *Reglamento (CE) núm. 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004* , relativo a un régimen normalizado y garantizado de registros de conformidad con la *Directiva 2003/87 / CE del Parlamento y del Consejo y la Decisión 280/2004 /CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo).

(Dichas normas internas españolas ---*Ley 1/2005 y Real Decreto Ley 5/2005* --- constituyen la transposición de 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 se modifica la *Directiva 96/61 / CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996* ).

(La transposición española de la citada Directiva, llevada a cabo por las normas internas de referencia fue tardía, por cuanto el *artículo 31 de la Directiva* --- "*Incorporación al Derecho interno*"--- señalaba que "*Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 31 de diciembre de 2003* ").

(La citada *Directiva 2003/87 / CE ha sido modificada por las Directivas (1) 101/2004 / CE del Parlamento y del Consejo, de 27 de octubre* , por la que se modifica *Directiva 2003/87 / CE, de 13 de octubre* , que establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad con respecto a los mecanismos de proyectos del Protocolo de Kioto; así como (2) *1/2008, del Parlamento y del Consejo, de 15 de enero, sobre Prevención y control integrado de la contaminación*).

**C)** A su vez, una y otra normativa ---comunitaria e interna española--- traen causa del Protocolo de Kioto. Efectivamente, en el BOE de 8 de febrero de 2005 (nº 33) se publicó el Instrumento de Ratificación, de 10 de mayo de 2002, del Protocolo de Kioto al *Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Kioto el 11 de diciembre de 1997* . El objetivo de la citada Convención es lograr "*la estabilización de las concentraciones de gases efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático*".

Una ratificación similar, en relación con el mismo Protocolo, había sido llevada a cabo con anterioridad, por parte de la Unión Europea, mediante la aprobación de la Decisión del Consejo *2002/358/CE, de 25 de abril de 2002* , relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo .

En concreto, en dicho ámbito europeo, fue el Sexto Programa de Acción Comunitario en materia de **Medio Ambiente** --- establecido mediante la Decisión nº 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo--- el que define el cambio climático como una prioridad de acción y contempla el establecimiento de un régimen comunitario de comercio de derechos de emisión para 2005. Este Programa reconoce que la Comunidad se ha comprometido a conseguir una reducción del 8 % de las emisiones de gases de efecto invernadero para el período comprendido entre 2008 y 2012 respecto a los niveles de 1990 y que a más largo plazo las emisiones mundiales de estos gases tendrán que disminuir aproximadamente un 70 % respecto a los niveles de 1990.

En síntesis, con la finalidad "*de promover el desarrollo sostenible*" , las Partes (los Estados firmantes del Protocolo) incluidas en el Anexo I del mismo Protocolo de Kioto, aceptan el cumplimiento de una serie de compromisos cuantificados de limitación y reducción de emisiones, de conformidad con lo que se establece en el *artículo 3º del Protocolo*: Las Partes incluidas en el anexo I, en relación con sus emisiones antropógenas agregadas, se comprometen "*a reducir el total de sus emisiones de esos gases a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012*".

**D)** Desde una perspectiva mas concreta, y para situarnos en la específica normativa de aplicación al supuesto de autos, debemos abundar en la modificación ---a la que antes hemos hecho referencia en el apartado B)--- llevada a cabo por el *Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo*, sobre Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, en el texto original de la *Ley 1/2005, de 9 de marzo*, por la que se regula el régimen de concesión de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.ç

Esta modificación consistió, por lo que aquí respecta, en la introducción por parte del *Real Decreto Ley (artículo 33.4) de un nuevo apartado (el 2º)* en el *Disposición Transitoria Primera de la inicial Ley 1/2005*, según la cual:

*«El Gobierno, mediante Real Decreto a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de **Medio Ambiente** y previa consulta a las Comunidades Autónomas, aprobará, antes del 31 de diciembre de 2005, una modificación del Plan nacional de asignación de derechos de emisión, 2005-2007. Dicha modificación tendrá por finalidad establecer la cantidad adicional de derechos de emisión necesaria para asignar derechos a las instalaciones a las que hace referencia el apartado tercero de la disposición transitoria segunda, de acuerdo con los criterios y la metodología de asignación recogidos en 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».*

Dichas nuevas instalaciones que el mismo *Real Decreto Ley incluía en el Anexo I (Apartado I, Actividades energéticas)*, de la anterior Ley, consistieron en:

*"b) Instalaciones de cogeneración con independencia del sector en el que den servicio.*

*c) Otras instalaciones de combustión con una potencia térmica nominal superior a 20 MW no incluidas en los apartados 2 a 9".*

Y, en relación con las mismas nuevas instalaciones, el *Real Decreto Ley* establecía la siguiente forma de proceder:

*"3. Las instalaciones existentes incluidas en los apartados 1.b) y c) del anexo I que no hubieran recibido asignación de derechos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley:*

*a) Deberán solicitar autorización de emisión de gases de efecto invernadero.*

*b) Podrán solicitar asignación gratuita de derechos de emisión de acuerdo con lo establecido en el artículo 19, a excepción de lo dispuesto en sus apartados 2 y 3. La solicitud deberá ser acompañada de la documentación a la que hace referencia el apartado 2 de esta disposición transitoria.*

*Las solicitudes de autorización y de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero deberán presentarse en los dos meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley.*

*Las demás obligaciones contenidas en esta Ley serán exigibles a las instalaciones a las que hace referencia el párrafo anterior a partir de 1 de enero de 2006".*

Pues bien, la reforma y adecuación fue llevada a cabo a través del *Real Decreto 777/2006, de 23 de junio*, por el que se modifica 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, que en su Preámbulo explica, con claridad, la razón de ser de dicha modificación del PNA 2005/2007:

*"La Decisión de la Comisión Europea de 27 de diciembre de 2004, relativa al Plan nacional de asignación de derechos de emisión presentado por España, estableció que, para considerarlo conforme al Derecho comunitario, resultaba imprescindible incorporar al ámbito de aplicación de la ley española todas las instalaciones de combustión de más de 20 MW de potencia térmica nominal, no incluidas con arreglo a la interpretación inicialmente adoptada por España e instó a las autoridades españolas a adoptar las decisiones pertinentes para hacerlo. Asimismo, de conformidad con la decisión de la Comisión «el plan nacional de asignación podrá modificarse cuando la enmienda consista en modificar los derechos asignados a determinadas instalaciones dentro de la cuota total que deba asignarse a las instalaciones enumeradas en el plan como consecuencia de la mejora de la calidad de los datos».*

*La mencionada Decisión de la Comisión Europea se tradujo en el ámbito interno en la inclusión en el*

*Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo , de Reformas Urgentes para el Impulso a la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública, de varias modificaciones en la Ley 1/2005 sobre el régimen de comercio de derechos de emisión.*

*Así, a fin de abrir un nuevo plazo para la solicitud de autorización y derechos para las instalaciones antes mencionadas y habilitar al Consejo de Ministros para modificar el plan vigente, se añadió un apartado 2 a la disposición transitoria primera de la Ley 1/2005 , facultando al Consejo de Ministros para modificar el Plan, y un apartado 3 a la disposición transitoria segunda , en el que se estableció el procedimiento a seguir en relación con estas instalaciones.*

*De conformidad con el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 1/2005 , le corresponde al Gobierno aprobar una modificación del Plan nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007, mediante real decreto a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de **Medio Ambiente**.*

*Dicha modificación tendrá por objeto establecer la cantidad adicional de derechos de emisión, precisa para asignar derechos a las instalaciones que deben incluirse en el Plan nacional de asignación 2005-2007 conforme a lo exigido por la Comisión Europea, de acuerdo con los criterios y la metodología de asignación recogidos en el Real Decreto 1866/2004 , que aprueba el citado Plan.*

*Resulta, por tanto, necesario acometer la reforma del Plan nacional de asignación 2005-2007. La reforma abordada se centra en la modificación del cuadro que, en el punto 3 de dicho Plan, recoge el escenario de asignación para los sectores industriales. Así,*

*a) Se ajustan las cuantías de derechos y categorías de actividades a la ampliación efectuada en el ámbito de aplicación de la Ley 1/2005, de 9 de marzo , tras la modificación introducida por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo .*

*b) Se unifica la reserva para nuevos entrantes.*

*c) Se incrementan los topes sectoriales de la asignación, con cargo a la reserva, para aquellos sectores en los que se encuentran incluidas instalaciones respecto de las cuales se han estimado recursos de reposición.*

*Este Real Decreto se dicta de conformidad con el capítulo IV de la Ley 1/2005, de 9 de marzo , y previa consulta a la Comisión de coordinación de políticas de cambio climático".*

**E)** Con posterioridad sería aprobado el *Real Decreto 1370/2006 , de 24 de noviembre* , por el que fue aprobado el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2008-2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 25 de noviembre de 2006. El mismo sería objeto de una doble modificación: por el *Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre* , por el que fue modificado el anterior *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre* , y por el *Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio* , por el que, también, fue modificado el anterior *Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre* , por el que había sido aprobado el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2008-2012.

Efectivamente, este PNA 2008/2012 (*Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre* ) se notifica a la Comisión Europea en cumplimiento del *artículo 9 de la Directiva 2003/87 / CE*, y mediante *Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007* , se acordó su aprobación si bien condicionándola a la introducción de determinadas modificaciones, con remisión de información complementaria. En cumplimiento de lo señalado por la citada Decisión se modifica el Plan, mediante el citado *Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio* . También se modifica el Plan Nacional de Asignación aprobado, como sabemos mediante el *Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre* .

Pues bien, en aplicación de esta normativa se dicta el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007, que aquí se impugna.

**TERCERO** .- Del examen de la demanda podemos deducir diferentes argumentaciones en apoyo de la pretensión anulatoria del mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros.

Expone la recurrente que, en su instalaciones sitas en Arteixo ---dedicadas a la transformación de subproductos animales, cárnicos y de pescado, para obtener harinas animales y derivados grasos--- se utiliza la energía aportada mediante vapor de agua que se obtiene de los generadores que tiene instalados, empleándose dos grupos de instalaciones diferenciadas:



a) Unas instalaciones de *cogeneración* asociadas a actividades industriales (previstas en el Epígrafe 1.b del Anexo I de la *Ley 1/2005, de 9 de marzo*, por la que se regula el régimen de concesión de derechos de emisión de gases de efecto invernadero).

b) Y otras instalaciones de *combustión* (previstas en el Epígrafe 1.c del Anexo I de la misma *Ley*): *en concreto, tres generadores de vapor, uno de 15 MW y dos de 6,8 MW.*

Obviamente, con el funcionamiento de ambas instalaciones se emiten a la atmósfera gases de efecto invernadero ---para lo cual la recurrente se encuentra autorizada por la Junta de Galicia---, discrepando, sin embargo, de la asignación realizada ---antes concretada--- de conformidad con el PNA 2008/2012.

Las discrepancias son diferentes respecto de cada una de las dos instalaciones.

**CUARTO**.- Por lo que hace referencia, en primer lugar, a las instalaciones de *cogeneración* expone la recurrente que se utiliza una tecnología que combina la producción de energía térmica y eléctrica con un aprovechamiento de la energía muy superior a la de las centrales eléctricas convencionales, tratándose de una MDT (Mejor Tecnología Disponible) que mejora la eficiencia energética de los sectores que la utilizan, contribuyendo de una forma relevante a la reducción de las emisiones totales de CO<sub>2</sub>, en comparación con otras tecnologías de generación alternativas.

La recurrente pone de manifiesto que la Comisión Europea ha reconocido el valor de la cogeneración como elemento básico de su estrategia energética (Considerando 1 de la *Directiva 2004/8 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004*, relativa al fomento de la de la cogeneración, y por la que se modifica la *Directiva 92/42/CEE*), habiendo sido ello igualmente reconocido por la normativa interna española (*Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo*, sobre fomento de la cogeneración, y *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo*, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial). En síntesis, con dicha normativa se deseaba que la energía producida por cogeneración en España se incrementara mas allá de los valores que alcanzaba en 2005 (31.400 GWh), debiendo llegar, según la planificación energética oficial, al menos, a 40.000 GWh (es decir, un 27% mas).

Insiste la misma parte en que para la producción de energía mediante cogeneración prevista (110.712 MWh) estimaba necesarios derechos de emisión equivalentes a 67.621,20 toneladas anuales, habiendo recibido en el PNA 2005/2007 un total de 40.097 derechos de emisión; sin embargo, sus derechos se han visto reducidos en mas de un 25%, alcanzando solo 32.042 derechos. Y ello ha sido debido ---según expone--- a que en la asignación realizada la Administración se ha limitado a combinar los datos del pasado (producción energética promedio de 2003 y 2004 mas las emisiones promedio de 2005 por cada megavatio de energía producida dicho año), reconociendo, de forma expresa, no haber tenido en cuenta las medidas de fomento de la cogeneración aprobadas por la normativa de precedente cita.

Por todo ello la entidad recurrente considera que, con la asignación individual discutida correspondiente a las instalaciones de cogeneración, se ha vulnerado el *artículo 17.1.c) y 17.2.d) del Ley 1/2005*, por cuanto, según expresa, de conformidad con el Apartado 4.A.b del PNA 2008/2012 "*Al incremento de misiones producidas por el uso de la cogeneración para producir electricidad se les asigna también el 100% de las emisiones previstas*". Sin embargo la asignación individual no es coherente con la normativa mencionada, europea y estatal, limitándose a la atribución de los períodos antiguos sin tomar en consideración los incrementos, que se citan en los preceptos mencionados, cuando mencionan, respectivamente, "*los demás instrumentos legislativos y políticos comunitarios*" y "*las previsiones de evolución de la producción*".

Tales argumentaciones no pueden ser acogidas.

La cuestión, en términos similares a la planteada, ha sido resuelta por esta Sala en su STS de 20 de julio de 2010 (RCA 22/2008), en la que hemos expuesto:

*"Otro de los reproches que se hace al acuerdo de asignación individualizada de derechos de emisión de gases de efecto invernadero es que desconoce el principio general de primar la cogeneración de alta eficiencia establecido en el propio Plan de Asignación de Derechos de Emisión 2008-2012, recogido, siguiendo las Directrices de la Unión Europea, en el Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre Fomento de la Cogeneración, y en la exposición de motivos del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.*

*La resolución combatida del Consejo de Ministros no ha conculcado ni desconocido dicho principio,*

*pues, como en la misma se expresa, la instalación de la demandante ha recibido el especial tratamiento previsto en el Plan Nacional de Asignación para la cogeneración, lo que no implica, como después veremos al examinar otro de los motivos de impugnación, que haya que asignar a las instalaciones de cogeneración derechos equivalentes a la totalidad de las emisiones, que producen, de gases de efecto invernadero, debido a que existe un límite de derechos a distribuir entre los diferentes sectores productivos y que, aun cuando al sector de cogeneración se le asigne el cien por cien de las emisiones estimadas necesarias para la producción, ello no implica, como apunta el Abogado del Estado al contestar la demanda, que a cada instalación de cogeneración se le deban asignar derechos equivalentes a la totalidad de sus emisiones.*

*La prima al sector de cogeneración aparece perfectamente reflejada en el cálculo que aparece en el expediente administrativo, al que repetidamente nos hemos referido, y así se señala que «dado que la emisión de referencia del sector 1 b (cogeneración) es mayor que la asignación sectorial indicada en el Plan Nacional de Asignación 2008-2012, la propuesta de asignación final a las instalaciones individuales se ha de prorratear con el factor 0,92211 para que la suma de las asignaciones individuales sea AS», es decir, no supere la asignación del sector de cogeneración.*

*Por tanto, el acuerdo de asignación individual respeta completamente lo establecido en el Plan Nacional de Asignación 2008-2012.*

*Cuestión distinta es que la demandante no comparta los criterios de dicho Plan, pero lo que debería, en tal caso, haber combatido son las determinaciones contenidas en esa norma o disposición de carácter general, lo que no ha hecho al amparo de lo establecido en el artículo 26 de la vigente Ley Jurisdiccional, razón por la que este motivo de impugnación también debe ser desestimado".*

*A ellos hemos de añadir, que, como se expone en el Preámbulo del Real Decreto 616/2007, de precedente cita "El fomento de la cogeneración de alta eficiencia sobre la base de la demanda de calor útil es una prioridad para la Unión Europea y sus Estados Miembros, habida cuenta de los beneficios potenciales de la cogeneración en lo que se refiere al ahorro de energía primaria, a la eliminación de pérdidas en la red y a la reducción de las emisiones, en particular de gases de efecto invernadero, contribuyendo así al cumplimiento de los objetivos del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático", añadiéndose que "además, el uso eficaz de la energía mediante la cogeneración contribuye eficazmente a la seguridad y diversificación del abastecimiento de energía y a la situación competitiva de nuestra industria", habiéndose promulgado para la consecución de tales finalidades la Directiva 2004/8 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE, transpuesta al derecho interno español por el Real Decreto citado.*

*En consecuencia, la citada norma interna española ---de conformidad, además con lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico--- lo que realiza es el análisis y la "evaluación del potencial nacional de cogeneración de alta eficiencia, de las barreras que dificultan su desarrollo y de las medidas necesarias para facilitar el acceso a la red de unidades de cogeneración y centrales de microgeneración y cogeneración a pequeña escala, al tiempo que se definen los métodos de determinación del ahorro energético para las unidades de cogeneración de alta eficiencia".*

*Pues bien, con tal finalidad, en el artículo 9 del mismo Real Decreto señala para el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la obligación de elaborar un análisis del potencial de aplicación de la cogeneración de alta eficiencia, incluida la microcogeneración de alta eficiencia, imponiéndose al mismo que, en el documento de análisis que realice cumpla "los criterios enumerados en el anexo IV del presente Real Decreto", entre los que se encuentra la obligación de tener en "cuenta los compromisos nacionales en materia de lucha contra el cambio climático aceptados por la Comunidad con arreglo al Protocolo de Kyoto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático".*

*Algo similar acontece con el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que vino a sustituir al Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y da una nueva regulación a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, manteniendo la estructura básica de su regulación.*

*En concreto, el marco económico establecido en este Real Decreto desarrolla los principios recogidos en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, garantizando a los titulares de instalaciones en régimen especial una retribución razonable para sus inversiones y a los consumidores eléctricos una asignación también razonable de los costes imputables al sistema eléctrico, si bien se incentiva la*

participación en el mercado, por estimarse que con ello se consigue una menor intervención administrativa en la fijación de los precios de la electricidad, así como una mejor y más eficiente imputación de los costes del sistema, en especial en lo referido a gestión de desvíos y a la prestación de servicios complementarios. Así se señala en su Preámbulo que *"La sociedad española actual, en el contexto de la reducción de la dependencia energética exterior, de un mejor aprovechamiento de los recursos energéticos disponibles y de una mayor sensibilización ambiental, demanda cada vez más la utilización de las energías renovables y la eficiencia en la generación de electricidad, como principios básicos para conseguir un desarrollo sostenible desde un punto de vista económico, social y ambiental"*, añadiéndose que *"Además, la política energética nacional debe posibilitar, mediante la búsqueda de la eficiencia energética en la generación de electricidad y la utilización de fuentes de energía renovables, la reducción de gases de efecto invernadero de acuerdo con los compromisos adquiridos con la firma del protocolo de Kyoto"*.

Se trata, pues, la citada de una normativa sectorial que se produce en el marco del tratamiento evolutivo y de modernización de la energía eléctrica, y que, como acabamos de comprobar con la citas que hemos realizado, se limita a la específica regulación de la citada materia, con una breve referencia, en ambos Reales Decretos, a la toma en consideración de los compromisos adquiridos con la firma del Protocolo de Kioto. Sin embargo, la consecución de los mencionados compromisos, se articula a través de los denominados Planes Nacionales de Asignación, con cuya aplicación se lleva acabo las asignaciones individuales como las que aquí nos ocupan. En consecuencia, la citada normativa, tanto europea como interna española, tendente a la mejora de la producción de energía eléctrica en los términos de eficiencia que en las citadas normas se expresa, debe de tomar en consideración los señalados compromisos medioambientales que el Protocolo implica, pero sin que tales planteamientos de eficiencia energética deban implicar ---necesariamente--- en el ámbito medioambiental la obtención gratuita total de las asignaciones de emisión de gases efecto invernadero solicitadas, ya que, la concreción de estas ha de venir modulada y mediatizada por las reglas que se contienen en la normativa medioambiental y en los correspondientes Planes Nacionales de Asignación.

Pues bien, como hemos expuesto, para el cálculo correspondiente a estas instalaciones se ha utilizado ---según consta en el expediente--- la metodología expuesta en el *apartado 5.C.a del PNA 2008/2012, correspondiente a la asignación para instalaciones existentes del epígrafe 1 .b)*, calculando las emisiones de referencia utilizando (1) la intensidad de emisión de las instalaciones del año 2005 seleccionado por la recurrente (0,651 tCO<sub>2</sub>/MWh) y, por otra parte, (2) la producción de referencia promediada de los años igualmente seleccionados por la recurrente como representativos ---2003 y 2004--- (esto es 53.355 MWh); pero como quiera que la emisión de referencia del sector es mayor que la emisión sectorial indicada en el PNA 2008/2012, las propuestas de asignación individuales ---como la que aquí nos ocupa--- se ha de prorratear a la baja para que la propuesta de asignación total coincida con la prevista en el PNA. Tal desarrollo no ha tenido una concreta impugnación en el supuesto de autos, la cual, como hemos expuesto, se sitúa, mas bien en el terreno de dos normativas sectoriales, que no resultan de aplicación prioritaria, y cuya coordinación debe realizarse en el ámbito de la gestión política, ajena a este orden jurisdiccional.

**QUINTO** .- En relación, en segundo lugar, con las otras instalaciones de *combustión* de la recurrente ---Epígrafe 1.c), consistentes en tres generadores de vapor, uno de 15 MW y dos de 6,8 MW---, la misma parte expone que, experimentalmente, habían utilizado de forma transitoria grasa animal como combustible, de carácter provisional, por cuanto las instalaciones se habían aplicado a la retirada de animales considerados como "materiales de categoría 1ª" (afectados por Encefalopatías Espongiformes Transmisibles); sin embargo, concluida tal practica, las instalaciones que nos ocupan retomaron la utilización de fuelóleo, el cual ---a diferencia de la grasa animal--- sí lleva asociada la emisión de gases afecto invernadero.

Pues bien, pretendía la recurrente que tal circunstancia fuera tenida en cuenta para llevar a cabo las asignaciones correspondientes a 2008/2012, lo cual, según expone, no ha acontecido, habiéndosele asignado los derechos de emisión (11.734 tCO<sub>2</sub>) equivalentes al promedio de las emisiones atribuidas a dichos dispositivos durante 2001 (18.930) y 2002 (4.538); años en los que (1) las mencionadas instalaciones consumieron únicamente combustible que lleva asociada emisiones de gases efecto invernadero (2001), o que (2) consumieron principalmente grasa animal (2002) ---que no lleva asociada emisiones--- y, en pequeña cantidad, fuelóleo ---que sí la llevan asociada---.

En síntesis, pues, la queja de la recurrente se centra en que las emisiones históricas tomadas en consideración para el PNA 2008/2012 no eran representativas (por haberse utilizado como combustible la grasa animal), considerando, en consecuencia, que se ha vulnerado el *artículo 17.2.c) de la Ley 1/2005*, que obliga a tener en cuenta la emisiones históricas representativas, sin perjudicar al que no efectuó emisiones en el período de referencia.



Tampoco esta segunda alegación podemos tomarla en consideración.

Como en el supuesto anterior, ahora la metodología utilizada es la expuesta en el apartado 5.D.a del PNA 2008/2012, correspondiente a la asignación para instalaciones existentes del epígrafe 1.c), calculando las emisiones de referencia utilizando (1) la intensidad de emisión de las instalaciones de los años 2001 y 2002 seleccionados por la recurrente (0,307 tCO<sub>2</sub>/MWh) y, por otra parte, (2) la producción de referencia promediada de los años igualmente seleccionados por la recurrente como representativos ---2001 y 2002--- (esto es 38.170 MWh); pero como quiera que la emisión de referencia del sector es mayor que la emisión sectorial indicada en el PNA 2008/2012, las propuestas de asignación individuales ---como la que aquí nos ocupa--- se ha de prorratear a la baja para que la propuesta de asignación total coincida con la prevista en el PNA.

Tal desarrollo no ha tenido una concreta impugnación en el supuesto de autos, habiendo sido la propia recurrente la que ha designado las anualidades a las que hemos hecho referencia y que han servido como precedentes históricos ajustados a la normativa expuesta.

Como hemos expuesto en las recientes SSTs de 7 y 29 de diciembre de 2010 *"No está de más que insistamos en que las razones de política económica en general, o aquellas de carácter industrial o social en particular, pueden representar efectivamente un potente interés general. Ahora bien, tales razones son ajenas al interés medioambiental, de reducción de emisiones de CO<sub>2</sub>, al servicio del que se dicta la Directiva 2003/87 / CE, en cuyo criterio nº 5 del Anexo III , señala que se ha de fomentar o favorecer la "utilización de tecnologías más eficientes desde el punto de vista energético, incluida la tecnología de producción combinada de calor y electricidad"*.

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

**SEXTO .-** Por todo ello hemos de proceder a la desestimación del recurso contencioso-administrativo al no resultar de recibo el planteamiento jurídico en el que fundamenta su pretensión, sin existan razones que aconsejen una condena en costas (artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ).

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

## FALLAMOS

**1º.-** Que desestimamos el presente recurso contencioso administrativo número 130/2008 interpuesto por la entidad **ARTABRA, S. A.** contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 2 de noviembre de 2007, por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones de la titularidad de la entidad recurrente, incluidas en los apartados b) y c) del Epígrafe 1 el Anexo I de la ley 1/2005, de 9 de marzo , por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases efecto invernadero, y, en consecuencia, declaramos al mismo ajustado al Ordenamiento jurídico.

**2º.-** No hacemos condena en las costas del presente recurso contencioso administrativo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.