



Roj: **STS 4626/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4626**

Id Cendoj: **28079130052010100321**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **20/07/2010**

Nº de Recurso: **22/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JESUS ERNESTO PECES MORATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso contencioso-administrativo, que, con el número 22 de 2008, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de la entidad Neopas Cogeneración S.L., contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 2 de noviembre de 2007, por el que se aprobó la asignación individualizada de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones incluidas en el Plan Nacional de Asignaciones 2008-2012, en el cual se han asignado a la instalación Leche Pascual España S.L., perteneciente al sector "Combustión (1.b - 1.c)", situada en Aranda de Duero (Burgos) un total de 220.050 derechos de emisión, a razón de 44.010 derechos para cada uno de los años 2008-2012, ambos inclusive, habiendo comparecido, en calidad de demandado, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de enero de 2008, el Procurador don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de la entidad Neopas Cogeneración S.L., y la Procuradora doña Aurora Gómez Villaboa y Mandri, en nombre y representación de la entidad Leche Pascual España S.L., presentaron conjuntamente escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de 2 de noviembre de 2007, por el que se aprueba la asignación individualizada de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones incluidas en el Plan Nacional de Asignación 2008-2012, mediante el cual se asignó a la instalación "Leche Pascual España S.L.", perteneciente al sector "Combustión (1.b-1.c)", situada en Aranda de Duero (Burgos), un total de 220.050 derechos de emisión, a razón de 44.010 derechos para cada uno de los años del periodo 2008-2012 inclusive, en el que también alegaban las transmisiones de bienes y derechos que le entidad Leche Pascual España S.L. convino con Neopas Cogeneración S.L., entre los que estaba la Planta de Cogeneración a base de gas natural, sita en Aranda de Duero, al que adjuntaban una serie de documentos, entre otros copia de poder para pleitos, copia del acuerdo impugnado, copia de la autorización para emitir gases de efecto invernadero por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León a la empresa Leche Pascual España S.L. y otros relativos a la aludida transmisión de bienes y derechos.

SEGUNDO.- Esta Sala, mediante providencia de 25 de abril de 2008, ordenó requerir a las entidades recurrentes para que compareciesen con una misma defensa y representación y para que aportasen certificación del acuerdo del órgano social de cada una de esas sociedades que, según los Estatutos, tengan la facultad de ejercitar acciones y hayan decidido ejercitar la concreta que ahora se ejercita, lo que cumplieron con fecha 21 de mayo de 2008, en que el Procurador Don Aníbal Bordallo Huidobro compareció en nombre y representación de ambas entidades, según copias del poder de una y otra que aportó, y presentó sendas certificaciones, en las que se hacía constar que los Consejos de Administración de una y otra habían decidido, con fechas 7 y 8 de mayo de 2008, interponer recurso contencioso-administrativo contra el aludido acuerdo de asignación de derechos de emisión del Consejo de Ministros, de fecha 2 de noviembre de 2007.



TERCERO.- Cumplido lo anterior, se tuvo por personado al Procurador Don Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de las entidades Neopás Congeneración S.L. y Leche Pascual España S.L., admitiendo a trámite el recurso contencioso-administrativo en nombre y representación de ambas entidades y se ordenó requerir a la Administración demandada para que remitiese el expediente administrativo y practicase los emplazamientos previstos en la Ley de esta Jurisdicción.

CUARTO.- Recibido el expediente administrativo en esta Sala y después el acreditamiento de haberse practicado los oportunos emplazamientos, se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado en la representación que le es propia y se mandó entregar el expediente al Procurador personado para que, en el plazo de veinte días, dedujese la correspondiente demanda, si bien, con fecha 25 de mayo de 2009, el referido Procurador personado interesó de esta Sala que se requiriese a la Administración demandada para completar dicho expediente administrativo, a lo que esta Sala accedió mediante providencia de 28 de mayo de 2009, en la que ordenó suspender el plazo para formalizar la demanda, otorgando a la Administración demandada un plazo de diez días para completar el expediente administrativo, quien hizo saber a esta Sala que los documentos interesados estaban en poder de la Administración autonómica por ser la competente para otorgar las autorizaciones de emisiones de gases de efecto invernadero, de manera que, por providencia de fecha 21 de julio de 2009, esta Sala ordenó dirigir comunicación a la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León para que, en el plazo de diez días, completase el expediente, como así se hizo, recibido el cual, se ordenó por providencia de 15 de septiembre de 2009 entregarlo a la representación procesal de las actoras para que, en el plazo que le restaba, formalizase la demanda.

QUINTO.- Transcurrido el plazo legal sin haberse presentado escrito de demanda, se declaró caducado el trámite por auto de fecha 4 de noviembre de 2009, si bien, al haberse presentado dicho escrito de demanda a las 11,15 horas del día siguiente al de la notificación del mencionado auto de caducidad, esta Sala, mediante providencia de fecha 19 de noviembre de 2009, la tuvo por formalizada en tiempo.

SEXTO.- En el escrito de demanda, formulada por la representación procesal de las entidades actoras, se aduce que únicamente la entidad Neopás Cogeneración S.L. persiste en el ejercicio de la acción al ser la actual titular de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero en virtud de resolución, de fecha 23 de julio de 2008, de la Dirección General de Prevención Ambiental y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León, para seguidamente invocar la vulneración por el acuerdo recurrido del principio general de primar la cogeneración de alta eficiencia, según se recoge en el propio Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión y en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, a pesar de lo cual no se ha atendido, al efectuar la asignación individualizada, el referido principio; y, asimismo, se alega la infracción de lo establecido en el artículo 17.2.d de la Ley 1/2005, al no tener en cuenta las previsiones de evolución de la producción en el periodo 2008-2012, en contra de lo dispuesto también en el artículo 4.A.b del Plan Nacional de Asignación aprobado por Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, como tampoco las necesidades de calor de las instalaciones, todo lo que se puso de manifiesto en la solicitud de asignación, llegando a producirse una reducción injustificada respecto de los derechos asignados en el periodo 2005-2007, lo que coarta el crecimiento de la actividad de la empresa, salvo que adquiriese las cuotas en el mercado, lo que le causaría grave perjuicio económico; imputándose también al acuerdo de asignación impugnado la conculcación de la metodología de asignación individual, para las instalaciones del epígrafe 1B) de la Ley 1/2005, establecida en el apartado 5. C.a del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 2008-2012, ya que los datos del año 2005 no son suficientemente representativos para el cálculo de la intensidad de producción, por lo que deberían haberse tomado como referencia los datos de los años posteriores, y, finalmente, el acuerdo del Consejo de Ministros no está suficientemente motivado, pues no dio respuesta a las alegaciones formulada por la solicitante sino que lo hizo de forma genérica para todos los interesados, y concretamente no respondió al alegato relativo a la necesidad de incremento de los derechos de emisión dadas las necesidades de calor, por lo que se ha vulnerado lo establecido en el artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, terminando con la súplica de que se deje sin efecto el acto recurrido imponiendo a la Administración las costas del recurso, y solicitando el recibimiento a prueba que deberá versar sobre la insuficiencia de los derechos de emisión, e interesando la formulación de conclusiones, adjuntando copia de la resolución que autorizó la emisión de gases de efecto invernadero a la demandante para el periodo 2008-2012 en su instalación de Aranda de Duero y copias de facturas de gas.

SEPTIMO.- Presentada la demanda dentro de plazo por haberlo sido a la 11'15 horas del día siguiente al de la notificación del auto declarando la caducidad, se tuvo por formulada en tiempo y se dio traslado de ella al Abogado del Estado, para que, en el plazo de veinte días, la contestase, al que se hizo entrega también del expediente administrativo.

OCTAVO.- El Abogado del Estado presentó su contestación a la demanda con fecha 23 de diciembre de 2009, y, en ella, después de alegar una serie de consideraciones generales en relación con el protocolo de Kioto, la



normativa comunitaria y la regulación en España, respecto del Real Decreto aprobatorio del Plan Nacional de Asignación 2005-2007 y de su modificación así como del Real Decreto 1370/2006, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación 2008-2012, se relatan los hechos de la asignación individual objeto del pleito y aduce respecto de los tres primeros motivos de impugnación esgrimidos por la demandante que el apartado 4.A.b del Plan Nacional de Asignación recoge los criterios seguidos para calcular el techo correspondiente al sector de la cogeneración pero no la asignación de cada concreta instalación de cogeneración, por lo que no cabe acudir a ese apartado al Plan para pedir que la asignación individual tenga que cubrir el cien por cien de las emisiones de una instalación en particular, mientras que las previsiones de evolución de la producción son tenidas en cuenta en el proceso de asignación, al ser una variable en el cálculo del techo de asignación sectorial, de modo que están indirectamente incluidas en la asignación individual, pero, en el caso enjuiciado, el aumento de producción por la instalación de la nueva turbina no fue tenida en cuenta al ser un Nuevo Entrante que, al momento de la asignación, no cumplía con los requisitos para recibir asignación, de modo que no se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 17.2 d) de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, pues la instalación tuvo unas emisiones verificadas en el periodo 2005-2007 por debajo de las emisiones asignadas, de manera que la asignación para 2008- 2012 se ha realizado teniendo en cuenta el dato histórico de emisiones 2000-2005, de los que la instalación debía seleccionar los dos años que consideraba más representativos y la cantidad asignada resulta de aplicar la metodología de cálculo y el déficit respecto a la cantidad solicitada sin incluir el nuevo dispositivo, y sin que la asignación gratuita implique que la empresa tenga que ajustar sus emisiones a la cantidad de derechos asignados sino que tienen que entregar tantos derechos como emisiones consten en su informe verificado de emisiones, basándose la lógica del sistema de comercio de derechos de emisión en que las empresas pueden decidir cuánto emitir adquiriendo en el mercado los derechos de emisión necesarios para cubrir sus emisiones verificadas en lo que excedan de la asignación gratuita, y, finalmente, en cuanto a la aducida falta de motivación del acuerdo impugnado, sólo acarrea la anulación de éste cuando produce indefensión, lo que en este caso no ha sucedido, a cuyo fin se citan y transcriben sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional demostrativas de haberse cumplido suficientemente en el caso enjuiciado la exigencia de motivación, terminando con la súplica de que se desestime la demanda por ser conforme a derecho la resolución del Consejo de Ministros impugnada, con imposición de costas a la empresa demandante.

NOVENO.- La Sala acordó recibir el proceso a prueba mediante auto de fecha 22 de enero de 2010, habiendo propuesto la demandante que los documentos ya aportados se tuviesen por reproducidos, a lo que se accionó en providencia de 5 marzo de 2010, en la que se declaró terminada la fase de prueba y se concedió a la representación procesal de la demandante el plazo de diez días para que presentase escrito de conclusiones sucintas, lo que efectuó con fecha 30 de marzo de 2010, reiterando resumidamente lo alegado en la demanda para terminar con la súplica de que sea estimada ésta con imposición de costas a la parte demandada.

DECIMO.- Evacuado el traslado para conclusiones por la representación procesal de la demandante, mediante diligencia de ordenación de 7 de abril de 2010 se entregaron sus copias a la representación procesal de la Administración demandada, otorgando al Abogado del Estado el plazo de diez días para que presentase las suyas, lo que realizó con fecha 16 de abril de 2010, dando por reproducidas las alegaciones que hizo en su contestación a la demanda y lo mismo respecto de lo suplicado en ésta.

UNDECIMO.- Mediante diligencia de ordenación de 21 de abril de 2010 quedaron concluidas las actuaciones y pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo fin se fijó el día 6 de julio de 2010, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de iniciar el examen de los motivos de impugnación, esgrimidos por la representación procesal de la entidad demandante, frente al acuerdo del Consejo de Ministros que lleva a cabo la asignación individualizada de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a dicha entidad para el periodo comprendido entre los años 2008 a 2012 inclusive, hay que poner de manifiesto que, en contra de lo que sería esperable, la representación procesal de aquélla se limita a ejercitar una acción de nulidad, contemplada en el artículo 31.1 de la Ley Jurisdiccional, sin formular pretensión alguna de plena jurisdicción, prevista en el apartado 2 del mismo precepto, para el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el pleno restablecimiento de la misma, ya que no pide que, de anularse el referido acuerdo impugnado, se le reconozcan determinados derechos de emisión de gases de efecto invernadero para los años 2008 a 2012, posiblemente derivado de que no ha realizado cálculo alguno alternativo en relación con esos derechos, al haberse limitado a denunciar las infracciones que, a su parecer, se han cometido al asignar menor cantidad de derechos de emisión a su instalación, comprendida en el sector de la cogeneración, que la que le correspondía, por lo que,



en definitiva, habría que entender que su petición de anulación del acto impugnado lleva implícita la de reponer las actuaciones para que se vuelva a efectuar la asignación individualizada de derechos que le correspondan respetándose los preceptos y principios que asegura se han vulnerado con el acuerdo recurrido.

SEGUNDO.- Previamente también al análisis de los motivos de nulidad alegados, debemos declarar probado que en el expediente administrativo remitido a esta Sala por la Administración demandada, después de los escritos y documentos presentados junto a la solicitud de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a la instalación de la que en la actualidad es titular la entidad demandante y con anterioridad a la resolución de asignación que le fue notificada, aparece en los folios 26 a 27 del mencionado expediente administrativo un cálculo de la asignación llevada a cabo en el acuerdo impugnado, en el que se hace constar que se dispone de datos representativos durante el periodo de referencia 2000-2005 considerado para la asignación de derechos en el Plan Nacional de Asignación de Emisiones 2008-2012, para seguidamente rechazar que deba tenerse en cuenta para la asignación la nueva turbina de 7,5 MW que se tiene previsto poner en marcha en el año 2009 por tratarse de un nuevo entrante que no cumple los criterios para recibir asignación de momento, por lo que no se asignan derechos a esa nueva instalación sino a la existente.

Después se consignan las emisiones históricas de la instalación existente en el periodo 2000-2005 y la estimación de la evolución de emisiones de la instalación en el periodo 2006-2012, que se dejan reflejadas en un cuadro adjunto, y se hace constar que las emisiones estimadas por la propia solicitante para 2008 a 2012 coinciden con las solicitadas por la titular para la instalación sin ampliar con la nueva turbina de gas de 7,5 MW, prevista arrancar en 2009, y ascienden a 47.728 t CO₂.

Del indicado cuadro se aprecia, y así lo resalta el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, que las emisiones verificadas t CO₂ en el periodo 2005-2007 están por debajo de los derechos de emisión asignados durante esos tres años.

Seguidamente se afirma que se utiliza la metodología expuesta en el apartado 5. C.a del Plan Nacional de Asignación correspondiente a la asignación para instalaciones existentes con datos históricos del epígrafe 1.b de la Ley 1/2005 (sector de la cogeneración) para, a continuación, efectuar una serie de cálculos, de los que deduce que el número de derechos solicitados sin tener en cuenta la ampliación de la nueva turbina (47.728) es inferior a las emisiones de referencia calculadas para la instalación, por lo que, según el criterio establecido, hay que considerar la menor de las dos cantidades y, por tanto, se toma como emisión de referencia la cantidad de derechos solicitados para cada año sin tener en cuenta la nueva turbina.

Como 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 no sobrepase la asignación del sector.

Finalmente, teniendo todos los indicados datos en cuenta, se propone una asignación de toneladas de CO₂ anuales durante el periodo 2008-2012 para la instalación de la entidad demandante de 44.010.

TERCERO.- Los cálculos que acabamos de exponer en el precedente fundamento jurídico, obrantes en el expediente administrativo, no sólo no han sido objeto de un informe contradictorio a propuesta de la entidad demandante, quien no los comparte, sino que tampoco los ha rebatido en sus respectivos escritos de alegaciones, en los que se ha limitado a invocar los preceptos que, en su opinión, han sido vulnerados al realizar la asignación individual, y ello a través de meras consideraciones de carácter general, cual son las que hemos dejado recogidas en el antecedente sexto de esta nuestra sentencia, en el que hemos resumido lo aducido por su representación procesal.

CUARTO.- Partiendo de lo hasta aquí expuesto, vamos a examinar cada uno de los motivos de impugnación invocados en la demanda y reiterados en conclusiones, comenzando por el denunciado defecto de motivación del acto impugnado con infracción por ello de lo establecido en el artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No cabe duda de que la resolución del Consejo de Ministros de asignación definitiva de 44.010 derechos de emisión para cada uno de los años 2008 a 2012, notificada a la entidad solicitante, es genérica e inexpresiva de las razones justificativas de la misma, al igual que otras que, hasta ahora, hemos enjuiciado, por lo que carece de la exigible motivación requerida por el precepto de la Ley 30/1992 invocado como infringido, pero, a diferencia de otros casos, aparece en el expediente administrativo el concreto cálculo de la asignación individual, al que la resolución se remite en el párrafo segundo del fundamento tercero de la misma bajo el epígrafe «Metodología general», en el que literalmente se expresa: « *La asignación individual de derechos de emisión para cada instalación de cogeneración se basa en las emisiones y producciones históricas de cada instalación durante el periodo 2000-2005 y en la asignación para el sector ya determinada. Utilizando*



la intensidad de emisiones y la producción de referencia representativa de la instalación se determinan sus emisiones de referencia. El último paso en la determinación de la asignación individual tiene por objeto que no se sobrepase el techo de asignación sectorial que establece el Plan, por lo que se hace necesario prorratear la cantidad sectorial total entre los solicitantes ».

Tal argumento es una síntesis del cálculo que antes hemos dejado reflejado en el fundamento jurídico segundo y que aparece en el expediente administrativo, que la entidad demandante tuvo a su disposición para formular la demanda, respecto del que, a su vez, en la comunicación que recibió la solicitante de la asignación se le indicaba expresamente que « a través de esta carta la Administración General del Estado les notifica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se lleva a cabo la asignación a su instalación, que se adjunta, con los criterios que han servido de base para la adopción de la resolución de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ».

Es cierto que a la indicada carta no se adjuntó, como lógicamente debiera haberse hecho, una copia del cálculo antes referido, pero éste aparece en el expediente y ha sido perfectamente conocido por la representación procesal de la demandante al elaborar la demanda, de manera que nos encontramos ante un supuesto de la denominada motivación *in aliunde* o de aceptación expresa de informes que aparecen en el expediente administrativo, que la jurisprudencia de esta Sala viene aceptando como motivación suficiente de un acuerdo administrativo, al interpretar concordadamente lo dispuesto en los artículos 54.1, 89.3 y 5 de la mencionada Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de fechas 10 de febrero de 2010 -recurso ordinario 161/2007-, 10 de marzo de 2010 -recurso ordinario 613/207-, 14 de junio de 210 -recurso ordinario 166/2008- y 9 de julio de 2010 -recurso ordinario 1/2008 -), razón por la que no cabe apreciar la aducida motivación insuficiente del acuerdo impugnado de asignación individualizada.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- Alega la representación procesal de la entidad demandante que la asignación individual llevada a cabo en el acuerdo impugnado del Consejo de Ministros vulnera lo dispuesto en el artículo 17.2. d de la Ley 1/2005 y en el apartado 4.A .b del Plan Nacional de Asignación 2008-2012, aprobado por el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, al no haber tenido en cuenta las previsiones de evolución de la producción para dicho periodo de la instalación y haberse producido una reducción totalmente injustificada en relación a las asignaciones que le fueron otorgadas en el periodo 2005-2007.



La articulación de este motivo de impugnación demuestra que la representación procesal de la demandante mantiene en sede jurisdiccional unas objeciones sin atender a las razones expresadas en el cálculo de asignación que aparece en el expediente administrativo.

La previsión de ampliación de la instalación con una nueva turbina en 2009, lo que generará, sin duda, una mayor producción, no ha sido tenida en cuenta por tratarse de un Nuevo Entrante que, de momento, no cumple los criterios para recibir asignación, por lo que sólo se asignan derechos a la instalación existente, sin perjuicio, por tanto, de la previsión en el Plan Nacional de Asignación para los Nuevos Entrantes.

En cuanto a la disminución de las emisiones asignadas respecto de las que se le asignaron a la instalación en el periodo 2005- 2007, tampoco tiene en cuenta que el periodo de referencia establecido es el de 2000 a 2005 y que las emisiones verificadas en el 2005 fueron de 47.007 toneladas de CO₂, inferior, por tanto, a la asignada para ese mismo año, que fue de 55.063 toneladas de CO₂.

A partir de aquel dato y de la producción de energía eléctrica por cogeneración en el mismo año 2005, se ha calculado la intensidad de emisión de la instalación, para después obtener la producción de referencia promedio de los dos años seleccionados por el propio titular de la instalación, de donde se llega a unas emisiones de referencia de la instalación de 49.584 toneladas de CO₂, cantidad superior a la solicitada por la titular de la instalación sin contar la nueva turbina de gas, que ya se indicó que constituye un Nuevo Entrante.

Pues bien, al ser el número de derechos solicitados por la titular de la instalación, sin atender a la instalación de la turbina en 2009, menor que la emisión de referencia calculada para la instalación, se debe, según el criterio establecido, tomar como emisión de referencia la cantidad de derechos solicitados para cada año sin contar el Nuevo Entrante, que ascendía a 47.728 toneladas de CO₂, que prorrateado con el factor de corrección 0,92211, a fin de que las asignaciones individuales no superen la total asignación en el Plan Nacional de Asignación 2008-2012 al sector, arroja como resultado la asignación anual de 44.010 toneladas de CO₂, que han sido las asignadas en el acuerdo combatido.

No obstante, la representación procesal de la entidad demandante, en lugar de discutir o cuestionar los cálculos concretos, se limita a comparar las asignaciones individuales de la instalación en el periodo anterior sin atender la situación actual contemplada por dicho acuerdo de asignación, que, para llevar a cabo la asignación, ha de tener en cuenta tanto las referencias históricas de la instalación concreta como las determinaciones del Plan Nacional de Asignación aprobado por Real Decreto 1370/2006, razones todas justificativas de que el motivo de impugnación examinado tampoco pueda prosperar.

SEPTIMO.- Finalmente, la demandante achaca al acuerdo del Consejo de Ministros recurrido la vulneración de la metodología de asignación individual a las instalaciones del epígrafe 1 B de la Ley 1/2005 (sector de cogeneración) establecida en el apartado 5. C. a del Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero 2008-2012, porque considera que no se debió tener en cuenta, para el cálculo de la intensidad de las emisiones, los datos de producción en el año de 2005, pues, de haberse tenido en cuenta los años posteriores, la intensidad de las emisiones hubiese sido mucho más alta.

Aparte de que la última afirmación no es exacta, puesto que la producción de energía eléctrica por cogeneración en el año 2005 fue de 58.424 MWh, mientras que en el año 2007 fue de 55.300 MWh, lo cierto es que para calcular la intensidad de emisión de la instalación hubo que tener en cuenta las emisiones totales verificadas en el año 2005 y, por tanto, la producción de energía eléctrica de cogeneración en el año 2005 fue la indicada de 58.424 MWh, pero, en cualquier caso, para calcular las emisiones de referencia de la instalación, se tuvo en cuenta también la producción de referencia promedio de la instalación con arreglo a los dos años seleccionados por el titular de la instalación, que fueron el 2001, en que se alcanzó la producción de 57.780 MWh, y el año 2002, en que se alcanzó la mayor producción de energía eléctrica del sistema de cogeneración con 65.475 MWh

En definitiva, la representación procesal de la entidad demandante no ha reparado en los cálculos efectuados por los técnicos de la Administración demandada para hallar u obtener su asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y, por tal razón, ni los discute ni ha pretendido la práctica de una prueba que demostrase su error o equivocación, sino que se limita a afirmar gratuitamente que no se ha seguido la metodología establecida para las instalaciones de cogeneración en el apartado 5.C.a del Plan Nacional de Asignación aprobado por Real Decreto 1370/2006, para rechazar lo cual la Administración demandada afirma en el propio acuerdo impugnado y en el referido cálculo haber utilizado la metodología expuesta en el mentado apartado 5.C.a del Plan Nacional de Asignaciones, lo que, evidentemente, no hubiera sido suficiente para que aceptásemos su tesis, pero no se ha limitado meramente a sostener, sin datos, la corrección de su proceder, a diferencia de la demandante, sino que desarrolla y explica el cálculo que ha realizado, lo que conlleva la desestimación de este cuarto y último motivo de impugnación esgrimido contra el acuerdo recurrido.



OCTAVO.- A pesar de ser desestimable el recurso contencioso-administrativo interpuesto, no hay méritos para imponer las costas procesales causadas a cualquiera de las partes, al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad, según establece el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 25 a 72 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo sostenido por el Procurador Don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de la entidad Neopas Cogeneración S.L., contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 2 de noviembre de 2007, por el que se aprobó la asignación individualizada de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a la instalación, entonces de Leche Pascual España S.L. y hoy de la referida demandante, situada en Aranda de Duero, por un total de 220.050 derechos de emisión, a razón de 44.010 para el año 2008, 44.010 para el año 2009, 44.010 para el año 2010, 44.010 para el año 2011 y 44.010 para el año 2012, al ser dicho acuerdo impugnado ajustado a derecho, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas.

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