

Id Cendoj: 28079130052008100551
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 100/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x EFECTO INVERNADERO x
- x EMISIONES DE CO2 x
- x CONSEJO DE MINISTROS x
- x PRÁCTICA DE LA PRUEBA x

Resumen:

Medio ambiente: asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Instalaciones de cogeneración. Método de cálculo aplicable.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil ocho.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo nº 100/05 interpuesto por la Procuradora D^a María Isabel Torres Ruiz en representación de FORANETO, S.L contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 -luego confirmado en reposición por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2007- por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto*, por el que se regula el régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Se ha personado en las presentes actuaciones, como parte demandada, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido el recurso y previos los oportunos trámites la parte actora formalizó su demanda mediante escrito presentado el 5 de octubre de 2006 en el que, tras exponer los datos y las razones en los que fundamenta su discrepancia con la asignación que se hace en el acuerdo recurrido de 46.750 toneladas/año de CO2 para el período 2005 a 2007 (140.250 toneladas para el conjunto de los tres años), termina solicitando que se dicte sentencia estimatoria del recurso con los siguientes pronunciamientos:

1. Anule parcialmente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto*, en lo referente a los derechos asignados a la demandante y, en su lugar, declare el derecho de Foraneto, S.L. a que se le otorguen, gratuitamente, para su planta de cogeneración instalada en Tarragona los derechos adicionales de emisión correspondientes a 35.318 toneladas de CO2 para el período 2005 a 2007 (a razón de 11.772#6 toneladas adicionales por año).

2. Subsidiariamente, y para el supuesto de que la Administración general del estado carezca de derechos de emisión atribuibles gratuitamente a la demandante, declare el derecho de Foraneto, S.L. a una indemnización equivalente a la suma de los valores medios anuales que haya alcanzado el derecho de emisión en el comercio durante los años 2005 a 2007, ambos inclusive, aplicados a la diferencia entre los asignados por el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado y los que se declare en la sentencia.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 13 de diciembre de 2006 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 27 de febrero de 2007 la representación de la recurrente solicitó la ampliación del recurso contencioso-administrativo, inicialmente dirigido contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, para dirigirlo también contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2007 que desestimó el recurso de reposición formulado contra aquél. Mediante providencia de 9 de mayo de 2007 se tuvo por ampliado el recurso.

CUARTO.- Habiendo sido acordado por auto de 16 de enero de 2007 el recibimiento a prueba, fueron admitidas y se practicaron, con el resultado que obra en las actuaciones, las pruebas documental y pericial propuestas por la parte actora. La segunda de ellas se materializó en el informe emitido por el Ingeniero Industrial D. Eugenio , que fue aportado con la demanda y ratificado luego ante esta Sala, en periodo de prueba, según queda documentado en el acta de ratificación fechada a 23 de mayo de 2007 y en la grabación de la vista celebrada al efecto que obra unida a las actuaciones.

QUINTO.- Cerrado el período de prueba se emplazó a las partes para que formularan sus conclusiones, siendo cumplimentado este trámite mediante sendos escritos presentados el 25 de julio y el 27 de septiembre de 2007.

SEXTO.- Quedaron entonces las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fijándose finalmente al efecto el día 17 de septiembre del presente año, fecha en que se inició la deliberación, que continuó luego en sesiones sucesivas hasta que tuvo lugar la votación y votación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo lo dirige la representación de la entidad FORANETO, S.L contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 -luego confirmado en reposición por Acuerdo de del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2007- por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto* , por el que se regula el régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

SEGUNDO.- Para una adecuada delimitación de la controversia aquí planteada procede dejar aquí reseñados los siguientes datos:

1. La adhesión de la Unión Europea al Protocolo de Kyoto -instrumento anexo a la Convención de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático por el que los estados y organizaciones internacionales firmantes adquieren el compromiso para el periodo 2008-2012 de reducción de las emisiones de gases con efecto invernadero en determinados porcentajes- determinó que en el seno de la Unión Europea se promulgase la *Directiva 2003/87 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003* , por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la *Directiva 96/61 /CE*

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

3. Por *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre* , se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión, conforme a lo establecido en el *artículo 15 del Real Decreto Ley 5/2004* . El citado *Real Decreto 1866/2004* contiene un cuadro resumen en el que se recogen los principios básicos del Plan Nacional de Asignación en el que se determina la cantidad total de derechos de emisión que se asignan en el periodo al que se refiere. La fijación de esta cantidad total de los derechos de emisión se realiza a partir de la información proveniente de diversos órganos de la Administración (Registro Estatal de emisiones y fuentes contaminantes, Registro de instalaciones de producción de energía eléctrica y bases de datos del Inventario Nacional de emisiones de gases a la atmósfera) así como de los cuestionarios remitidos por las organizaciones y asociaciones patronales de los sectores de generación eléctrica y sectores industriales recogidos en el anexo I de la Directiva.

4. Tras la determinación de la cantidad total de derechos de emisión, el Plan Nacional distribuye por sectores los derechos de emisión que habrán de asignarse. El Anexo A del citado Real Decreto contiene el borrador del listado de instalaciones.

5. La Comisión Europea aprobó el Plan Nacional de Asignación con la objeción relativa a la definición de instalación de combustión incluida en el ámbito de aplicación del *Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto*, instando a que se incluyan todas las instalaciones de combustión con una potencia térmica nominal superior a 20 MW. Siguiendo esa indicación de la Comisión Europea, por *Real Decreto 60/2005 de 21 de enero*, 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, y se realiza una reasignación de las cuotas correspondientes a los distintos sectores.

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

7. Por resolución de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y del Cambio Climático de 7 de septiembre de 2004 (BOE del 10 de septiembre) se dio publicidad al listado provisional de instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto-Ley 5/2004*. Dicha resolución dispone que toda instalación en la que se desarrolle alguna de las actividades y que genere las emisiones especificadas en el Anexo I del citado Real Decreto-ley deberá contar con una autorización de emisión y podrá solicitar asignación de derechos con arreglo a lo dispuesto en el Plan Nacional de Asignación 2005-2007 aprobado por *Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre* (modificado luego en algunos aspectos por el *Real Decreto 60/2005, de 21 de enero*).

8. Foraneto S.L. cuenta con una instalación de cogeneración que da servicio a la fábrica de Barcelona de FMC Foret, S.A., instalación destinada a la fabricación de productos químicos industriales (silicatos, metasilicatos, sulfuro y sulfhitrato sódicos, sulfuro de carbono, derivados de azufre, etc.) y que suministra a industrias varias en los sectores de detergentes, papel, textil, curtidos, fitosanitarios y químico. La actividad de Foraneto, S.L. afectada por la normativa antes reseñada e incluida en el Plan Nacional de Asignaciones es la referida a la cogeneración de energía eléctrica y gases calientes para la producción de vapor. Según manifiesta la recurrente, sin que los datos hayan sido contradichos, las emisiones de CO₂ generadas en la planta de Foraneto, S.L. son únicamente las procedentes de la combustión de gas natural en la turbina y en el quemador de combustión, sin que existan emisiones de proceso ni se procese en sus instalaciones ninguna materia prima cuya conversión origine emisiones de CO₂.

9. La planta de cogeneración de Foraneto, S.L. fue puesta en marcha el 15 de octubre de 1997 como instalación de producción de energía eléctrica acogida al régimen especial, de conformidad con lo previsto en el *Real Decreto 2366/1994, de 12 de marzo (quedó inscrita en el Registro correspondiente con el número RE-97D-382)* y optó por vender la energía eléctrica excedentaria a un distribuidor, de manera que desde 1997 y hasta abril de 2003 ofertaba a FECSA, S.A. sus excedentes. En el año 2003, y de conformidad con lo previsto en el *Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto*, Foraneto, S.L. pasó a vender directamente sus excedentes en el mercado de producción de energía eléctrica a través de un agente vendedor.

10. Foraneto, S.L. ha ido ajustando las horas de funcionamiento de su instalación y, consecuentemente, su producción de energía eléctrica y vapor -y, con ello, su consumo de gas natural y sus emisiones de CO₂- por razones de estrategia empresarial, en función de los cambios de regulación y de las condiciones del sector eléctrico. Así, tras las medidas liberalizadoras del mercado primario de electricidad introducidas por la *Ley 54/1997*, que determinaron un aumento en el número de empresas distribuidoras y comercializadoras y una bajada de los precios de la electricidad, y debido también a la subida del precio del gas, Foraneto, S.L. decidió acogerse al régimen de paradas de fin de semana conforme al tipo-4 de discriminación horaria previsto en la Orden de 12 de enero de 1995 (la planta paraba el viernes a las 24#00 horas hasta el lunes a las 8#00 horas). La planta estuvo operando en este régimen desde mayo de 2001 hasta junio de 2002. Tanto antes como después de ese período, es decir, desde 1997 hasta abril de 2001 y luego, a partir de julio de 2002, la empresa operó al tipo-3 de discriminación horaria, sin paradas de fin semana y, por tanto, con más horas de funcionamiento.

11. Foraneto, S.L. presentó con fecha 30 de septiembre de 2004 solicitud de asignación individual de derechos de emisión en la que se interesaba la asignación de unos derechos de emisión que cifra en 58.522#6 toneladas/año de CO₂. Los cálculos que dan lugar a esa magnitud se realizan a partir de los siguientes datos:

A. Producción de los años anteriores (2000-2002) en función de las horas de funcionamiento:

- año 2000: 88.995 MWh/año
- año 2001: 75.606 MWh/año
- año 2002: 78.469 MWh/año

B. Emisiones de CO2

- año 2000: 50.421#4 toneladas
- año 2001: 42.517 toneladas
- año 2002: 42.898#8 toneladas

Partiendo de tales datos, Foraneto, S.L. expone en su solicitud el escenario futuro de emisiones teniendo en cuenta que éstas están asociadas a la producción y al consumo de combustible previstos para los años 2005-2007, período en el que tales valores habrán de ser superiores a los producidos entre mayo de 2001 y julio de 2002, cuando la planta estuvo operando en régimen de parada de fin de semana. De ahí que para el período 2005-2007 solicite la asignación de derechos de emisión en la cuantía ya señalada de 58.522#6 toneladas/año de CO2.

12. Con fecha 29 de noviembre de 2004 se hizo pública la propuesta de asignación individual de derechos a las instalaciones solicitantes, en la que para el período 2005-2007 corresponden a Foraneto, S.L. 46.750 toneladasCO2/año (140.250 toneladas CO2 para el conjunto del período 2005-2007).

13. Dentro del plazo para la formulación de alegaciones frente a la propuesta de asignación la entidad ahora recurrente presentó escrito con fecha 2 diciembre de 2004 en el que muestra su disconformidad con la asignación individual contenida en la propuesta, reiterando que los datos históricos correspondientes a los años 2001 y 2002 son netamente inferiores a los del año 2000 (aproximadamente un 15% inferiores) debido a que entre mayo de 2001 y julio de 2002 la planta operó en el régimen de parada de fin de semana; y los datos de 2001 y 2002 son también inferiores a los de los años 2003 y 2004, al haber retornado al régimen de funcionamiento continuado según se explica en el siguiente cuadro:

- año 2001: 6.744 horas (77% del tiempo)
- año 2002: 6773 horas (77#3% " ")
- año 2003: 8.443 horas (96#4% " ")
- año 2004: 8410 horas (96% " ")

Por todo ello solicita que sea revisada la asignación dado que el año histórico (2002) que ha servido como referencia no es representativo del funcionamiento de la planta.

14. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 se aprueba la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto-ley 5/2004*, figurando incluida la entidad recurrente en el listado de instalaciones con la asignación individualizada de 140.250 toneladas de CO2 para el período 2005- 2007 (46.750 toneladas de CO2 por cada año). El acuerdo no especifica los datos a partir de los cuales realiza el cálculo para cuantificar esta asignación.

15. El citado acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 fue publicado por resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia de 26 de enero de 2005 (BOE del 28 de enero de 2005).

16. La representación de Foraneto, S.L. interpuso recurso potestativo de reposición mediante escrito presentado el 17 de marzo de 2005 en el que, entre otras alegaciones, amplía el ámbito temporal de los datos históricos para poner de manifiesto que los correspondientes a los años 2001 y 2002 no son representativos del funcionamiento de la planta. Así, las horas de funcionamiento en los años 2001 (6.744 horas, 77% del tiempo) y 2002 (6773 horas, 77#3% del tiempo) son sensiblemente inferiores a las de los años 1998 (8.502 horas, 97%), 1999 (8.232 horas, 94%) 2000 (8.160 horas, 93#1%), 2003 (8.433 horas, 96# 4%) y 2004 (8.445 horas, 96#4%).

17. El recurso de reposición es desestimado -previos los informes emitidos por la Oficina Española del Cambio Climático y la Subdirección General de Planificación Energética de la Secretaría General de Energía- por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2007. En este acuerdo se explica que los datos de emisión correspondientes al año 2002 son una referencia válida pues se desvían solo un 4#9% del valor medio del período 2000-2002. Los datos en los que se basa esta conclusión se reflejan en el siguiente cuadro:

- año 2000..... 50.963 toneladas CO2
- año 2001..... 42.510 " "
- año 2002..... 43.372 " "
- promedio 2000-2002... 45.615 toneladas CO2

Así, con relación a ese valor medio de 45.615 toneladas CO2 en el período 2000-2002, el dato de las emisiones correspondientes al año 2002 (43.372 toneladas) supone una desviación en menos del 4#9%. De ahí se concluye que el dato del año 2002 debe considerarse significativo, lo que conduce a la desestimación del recurso de reposición.

18. Con fecha 28 de marzo de 2005 la representación de Foraneto, S.L. interpuso recurso contencioso-administrativo contra acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, ampliándolo luego para dirigirlo también contra la desestimación presunta, por silencio, del recurso de reposición dirigido contra el mencionado acuerdo. Producida más tarde la desestimación expresa del recurso de reposición, mediante el acuerdo del Consejo de Ministros ya citado de 2 de febrero de 2007, también se hizo extensivo a este acuerdo el recurso contencioso-administrativo, habiéndolo acordado así la Sala en providencia de 9 de mayo de 2007 .

TERCERO.- El Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007, aprobado por *Real Decreto 1866/2004* , después de una "introducción" en la que se exponen las directrices del propio Plan (apartado 1), dedica los siguientes apartados a hacer una exposición sobre "la cantidad total de derechos que se asignan" (apartado 2) y el "reparto de derechos por actividades" (apartado 3). En el apartado 4 se desarrollan luego las explicaciones sobre la "asignación de derechos a cada instalación"; y dentro de este apartado, en el punto 4.A.b referido a los "sectores industriales" se dedica un inciso a la "cogeneración" destacando las virtualidades de esta clase de instalaciones desde el punto de vista del ahorro energético y de la eficiencia tecnológica con la consiguiente disminución de las emisiones. Por tales razones, que allí se califican de indudable atractivo desde el punto de vista medioambiental, el Plan Nacional aplica a esta clase de instalaciones un tratamiento específico en la asignación de derechos "que consiste en aplicar un factor de cumplimiento igual a 1 independiente del sector en que se integre la instalación de cogeneración (cobertura total de las emisiones esperadas". De esta forma -explica el *Real Decreto 1866/2004* - se garantiza un tratamiento equitativo entre cogeneraciones de distintos sectores industriales y se promueve el desarrollo de estas instalaciones. Así, después de enunciar la fórmula matemática que plasma este procedimiento específico de asignación, el inciso del Plan Nacional referido a las instalaciones de cogeneración concluye señalando que tal ecuación <<...se traduce en una asignación "suficiente" a las cogeneraciones, pues se les otorgan tantos derechos como emisiones se prevén>>.

Esa ordenación contenida en el Plan General aprobado por *Real Decreto 1866/2004* encuentra luego reflejo en la Propuesta de Asignación Individual de derechos de emisión para el período 2005-2007, documento éste que tiene un apartado específicamente referido a la asignación de derechos a las instalaciones de cogeneración (anexo-I), donde se distingue entre las "cogeneraciones grupo-a régimen especial" y las del "grupo-b régimen especial".

En lo que se refiere a las del primer grupo (cogeneraciones grupo-a régimen especial), al que pertenece la planta de la recurrente, la Propuesta de Asignación Individual enuncia, a efectos del cálculo de los derechos de emisión, cuatro tipologías o modalidades que son:

- Tipología-1: instalaciones que disponen de datos en el período de referencia 2000/2002 y los datos del año 2002 se consideran significativos.

- Tipología-2: instalaciones que disponen de datos en el período de referencia 2000/2002 y los datos del año 2002 no se consideran significativos.

- Tipología-3: instalaciones que no disponen de datos en el período de referencia 2000/2002 pero sí disponen de datos en el año 2003 o 2004.

- Tipología-4: instalaciones cuya puesta en funcionamiento es posterior a 1 de enero de 2005.

En el caso de la tipología-1 el cálculo se realiza mediante un procedimiento que consta de cuatro pasos que allí se definen y en el que se toman como referencia los datos del año 2002 (el valor señalado para ese año por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, o, en su caso, el indicado por el peticionario si fuere menor que aquél). Pero será así únicamente si los datos del año 2002 se consideran significativos; y el propio documento de la Propuesta de Asignación define cuándo el dato del año 2002 se consideran significativo: cuando esté situado en el + 10% de la media del período 2000/2002.

La tipología-2 entra en juego si los datos del año 2002 no resultan significativos, y el método consiste en que se reconstruye el año de referencia 2002 a partir de los datos facilitados por el peticionario y a partir de ahí se aplica el proceso de cálculo establecido para la tipología-1.

La tipología-3 opera, según hemos indicado, cuando se trata de instalaciones que no disponen de datos en el período de referencia 2000/2002 pero sí disponen de datos en el año 2003 o 2004. En tal caso, se utilizan los datos existentes del año 2003 ó 2004 deflactándolos con un factor 1#0218 hasta el año 2002, y a partir de ahí se aplica el proceso de cálculo establecido para la tipología-1.

Por último, la tipología-4 diseña un procedimiento singular para el caso de instalaciones cuya puesta en funcionamiento es posterior a 1 de enero de 2005, pero no nos detendremos en este punto pues el supuesto no concurre en el caso que examinamos.

En el caso presente la Administración ha considerado de aplicación la tipología-1; y la controversia planteada en el proceso se centra precisamente en determinar si la aplicación de esa tipología es o no ajustada a derecho. Ahora bien, para resolver esta cuestión las previsiones de la Propuesta de Asignación Individual acerca de cuándo se aplica una u otra tipología deben necesariamente conjugarse con las determinaciones del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión aprobado por *Real Decreto 1866/2004*, y muy especialmente con aquellos apartados del Plan Nacional que antes hemos reseñado y que vienen específicamente referidos a las instalaciones de cogeneración.

CUARTO.- En el fundamento segundo, apartado 17, hemos visto que, según se explica en el acuerdo desestimatorio del recurso de reposición, la Administración ha aplicado a la planta de cogeneración de Foraneto, S.L. el procedimiento de cálculo previsto como tipología-1; y ello por considerar que los datos de emisión correspondientes al año 2002 son una referencia válida pues se desvían solo un 4#9% del valor medio del período 2000-2002 y que, por tanto, esos datos del año 2002 son significativos. En principio, esta conclusión parece acomodarse a las previsiones contenidas en la Propuesta de Asignación Individual para delimitar los supuestos en que se aplica una y otra tipología y, en concreto, a la indicación que allí se hace para determinar cuándo los datos del año 2002 han de considerarse significativos. Sin embargo, en el caso que examinamos concurren circunstancias que no pueden ser ignoradas.

Tanto en las distintas fases de la vía administrativa -solicitud inicial, escrito de alegaciones y recurso de reposición- como en el curso de este proceso -escritos de demanda y de conclusiones- la representación de Foraneto, S.L. ha venido señalando que los datos históricos correspondientes a los años 2001 y 2002 no son representativos pues son netamente inferiores a los de los años anteriores (1998, 1999, 2000) y posteriores (2003 y 2004) debido a que entre mayo de 2001 y julio de 2002 la planta operó en el régimen de parada de fin de semana.

Es cierto que, según el método descrito en la Propuesta de Asignación Individual, para saber si los datos del año 2002 son o no significativos el elemento de contraste es el promedio de los años 2000-2002, de manera que el dato de 2002 se considera significativo cuando esté situado en el + 10% de la media del período 2000/2002. Ahora bien, en el caso que examinamos los datos aportados por la demandante -que no han sido desvirtuados ni rebatidos por la Administración- ponen de manifiesto que el valor medio de ese trienio 2000-2002 es anormalmente bajo -por las razones ya explicadas- y, por tanto, no es representativo del volumen de actividad de la empresa en los años anteriores (1998 y 1999) y posteriores (2003 y 2004) a ese período de referencia. Estando eso acreditado, la rígida aplicación del método previsto en la Propuesta de Asignación -que sin duda no está concebido para un supuesto como éste, donde es la media de los años 2000-2002 la que no resulta representativa- no sólo denota un excesivo formalismo sino que se aparta de las pautas fijadas en el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005- 2007. Y es indudable -ya lo hemos señalado- que las indicaciones y procedimientos de cálculo contenidos en la Propuesta de

Asignación Individual deben ser interpretadas y aplicadas en concordancia con las determinaciones del mencionado Plan Nacional de Asignación, por ser esta la norma en la que de manera directa se sustenta aquella Propuesta.

Por lo pronto, Plan Nacional de Asignación aprobado por *Real Decreto 1866/2004 contempla expresamente en su apartado 4 .A.*a la posibilidad de que una instalación disponga de emisiones históricas representativas que no cubren todo el período 2000-2002, ello debido a circunstancias excepcionales, como pudiera ser una parada prolongada para el mantenimiento de los equipos. Para tales supuestos el Plan Nacional determina que <<...cuando la instalación demuestre dichas circunstancias, el tiempo de funcionamiento anormal no se tendrá en cuenta en el cálculo de emisiones de referencia>>. En esta misma línea, el acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 por el que se aprueba la asignación individual de derechos (acto aquí recurrido), al ofrecer un resumen sistematizado de las alegaciones formuladas en el período de información pública y la respuesta dada a las mismas, incluye el siguiente apartado: << (...) f) Período de referencia 2000-2002. Falta de representatividad. Algunas instalaciones plantean situaciones objetivamente excepcionales durante el período de regencia, de forma que la asignación basada en un prorrateo según emisiones históricas conduciría a una asignación claramente insuficiente. Cuando puede producirse este efecto, el plan nacional de asignación prevé la aplicación de una cláusula de salvaguardia que evitará una carga excesiva para estas instalaciones>>. Partiendo de que aquella alusión del Plan Nacional de Asignación a una parada prolongada para el mantenimiento de los equipos se hace a título de mero ejemplo, también cabe reconocer ese carácter excepcional a otras situaciones que, aun debidas a razones diversas y presentándose de forma discontinua, producen igualmente una distorsión en los datos relativos a la actividad de la instalación en el período de referencia.

Pero, en todo caso, al margen de la posible apreciación de una situación excepcionalidad, hemos visto que el Plan Nacional de Asignación aprobado por *Real Decreto 1866/2004* quiere promover el desarrollo de las instalaciones de cogeneración y con ese objetivo formula para ellas un procedimiento específico de asignación de derechos de emisión, procedimiento que, según determina el citado Plan Nacional, debe conducir a una asignación "suficiente" y está presidido por la idea de otorgar a esta clase de instalaciones "tantos derechos como emisiones se prevén". Pues bien, difícilmente puede considerarse compatible con estas determinaciones del Plan Nacional de Asignación una decisión como la aquí recurrida que, haciendo una aplicación literal y formalista de las formulaciones contenidas en la Propuesta de Asignación Individual, toma como base de cálculo unos valores que no reflejan el volumen real de actividad de la empresa ni, desde luego, sus previsiones para el futuro.

QUINTO.- Las consideraciones expuestas en el apartado anterior nos llevan a concluir que la asignación de derechos de emisión impugnada no es ajustada a derecho, lo que obliga entonces a decidir qué criterio o método de cálculo debe aplicarse en este caso.

Según hemos explicado, los datos del año 2002 no son significativos; y tampoco el valor promedio del trienio 2000-2002 es representativo del volumen real de actividad de la planta de generación. En consecuencia, deben considerarse inaplicables los métodos de cálculo previstos en las tipologías 1 y 2, siendo entonces procedente aplicar el método de la tipología-3 que, como ya quedó señalado, es la indicada cuando se trata de instalaciones que no disponen de datos en el período de referencia 2000/2002 pero sí disponen de datos en el año 2003 o 2004. En tal caso, la metodología prevista en la Propuesta de Asignación Individual consiste en utilizar los datos existentes del año 2003 ó 2004 pero deflactándolos con un factor 1#0218 hasta el año 2002, aplicando a partir de ahí cálculo establecido para la tipología-1.

En la prueba pericial practicada el Ingeniero Industrial informante señala que la metodología de asignación aplicada por la Administración no ha tenido en cuenta la posibilidad contemplada en el Plan Nacional de Asignaciones de considerar la existencia de circunstancias excepcionales y tampoco ha tenido en cuenta las determinaciones del citado Plan Nacional en las que se da un tratamiento favorable a la cogeneración que se traduce en asignar a las instalaciones de cogeneración tantos derechos como emisiones se prevean. El informe pericial pone también de manifiesto en sus conclusiones que el período de referencia 2000-2002 no es representativo del funcionamiento de Foraneto, S.L., por haber concurrido en ese período circunstancias excepcionales, y que las previsiones de la demandante son objetivamente verosímiles. Por tales razones el Perito descarta la aplicación de las tipologías 1 y 2, pues ambas se basan en un período de referencia que en este caso no es representativo; pero el informe no se limita a aplicar entonces la tipología-3, cuyo contenido ya hemos descrito, sino que el Perito propone hasta cinco métodos de cálculo alternativos.

Uno de estos procedimientos de cálculo que propone el Perito -el que denomina "alternativa 4"- se corresponde con la tipología- 3 de las previstas por la Administración en la Propuesta de Asignación

Individual.

El Perito explica que con tres de las alternativas contempladas en su informe (alternativas 1, 3 y 5) se obtiene como resultado una asignación de derechos de emisión igual a la solicitada en su día por Foraneto, S.L (58.522 toneladas CO2/año), mientras que con las otras dos (alternativas 2 y 4) la asignación resultante (58.319 y 58.136 toneladas CO2/año, respectivamente) es ligeramente inferior a la solicitada, pero en todo caso significativamente superior a la asignación acordada por el Consejo de Ministros (46.750 toneladas CO2/año).

El informe pericial incurre en un error, pues el valor promedio de las cinco alternativas no es el que señala el Perito (58.222) sino 58.404#2 toneladas CO2/año. Pero este error aritmético resulta a la postre irrelevante, pues el Perito no se atiene al valor promedio de las cinco alternativas sino que, ante la proximidad de las cifras resultantes de esos cinco procedimientos de cálculo, y dando todas ellas como resultado una cifra igual o similar a la asignación solicitada en su día por la entidad demandante, termina concluyendo que la aplicación correcta de los criterios del Plan Nacional de Asignación hubiese dado lugar a una asignación coincidente con la solicitada por Foraneto. S.L.

Las explicaciones que el Perito ofrece a lo largo de su informe van en la línea y sirven de sustento a lo que hemos expuesto en apartados anteriores. Sin embargo, la conclusión final no es asumible en un punto. En efecto, de lo razonado en los apartados anteriores, y en el propio informe del Perito, se deriva la procedencia de calcular la asignación de derechos de emisión a la entidad demandante siguiendo el método previsto en la tipología-3 de la Propuesta de Asignación Individual. No hay razón, por tanto, para acudir a ningún otro método de cálculo alternativo; y tampoco procede acoger la asignación solicitada por la demandante (58.522 toneladas CO2/año), pues aunque su cuantía sea similar a la resultante de aplicar la tipología-3 (58.136 toneladas CO2/año), es esta última la que debe prevalecer.

En definitiva, siguiendo el método de la tipología-3, que es la que procede aplicar aquí, se obtiene un resultado 58.136 toneladas CO2/año, según los cálculos realizados por el mismo Perito, lo que supone un total de 174.408 toneladas CO2 para el periodo 2005-2007. Por tanto, en esos términos debe quedar cifrada la asignación de derechos de emisión a Foraneto, S.L. para el mencionado periodo 2005-2007.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley* reguladora de esta Jurisdicción, no procede imponer de este proceso a ninguno de los litigantes.

FALLAMOS

Estimando en lo sustancial el recurso contencioso-administrativo nº 100/05 interpuesto en representación de FORANETO, S.L contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 -luego confirmado en reposición por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2007- por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto*, por el que se regula el régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, dejamos sin efecto los referidos acuerdos en lo que se refiere a la asignación individual a favor de la mencionada empresa, declarando el derecho de Foraneto.S.L. a una asignación de 58.136 toneladas CO2/año en concepto de derechos de emisión para el período 2005-2007, lo que supone un total de 174.408 toneladas CO2 para el conjunto de los tres años. No se imponen las costas de este proceso a ninguno de los litigantes.

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