

Id Cendoj: 28079130052008100781
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 259/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JESUS ERNESTO PECES MORATE
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x EFECTO INVERNADERO x
- x CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD x
- x MOTIVACIÓN (ACTO ADMINISTRATIVO) x
- x RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO x

Resumen:

Asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Límites de la potestad discrecional de la Administración. Principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de diciembre de dos mil ocho.

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 259 de 2005, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don Juan Luis Cárdenas Porras, en nombre y representación de la entidad Cales de Llierca S.A., contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 21 de enero de 2005, aprobatorio de la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007 a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del *Real Decreto Ley 5/2004, publicado aquél en el Boletín Oficial del Estado de 28 de enero de 2005*, y contra el acuerdo del propio Consejo de Ministros, de 2 de febrero de 2007, resolutorio del recurso de reposición deducido por Cales de Llierca S.A. contra el primero, habiendo comparecido, como demandado, el Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado, y, como demandada, la entidad Cementos Portland Valderribas S.A., representada por la Procuradora Doña Consuelo Rodríguez Chacón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de octubre de 2005, el Procurador Don Luis Cárdenas Porras, en nombre y representación de la entidad Cales de Llierca S.A., presentó escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de enero de 2005, publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 28 de enero del mismo año, por el que se aprobó la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007 a las instalaciones incluidas en el ámbito de aprobación del *Real Decreto-Ley 5/2004*, al que adjuntaba copias de poder, del recurso de reposición y de la comunicación de la asignación individualizada.

SEGUNDO.- Esta Sala, mediante providencia de 2 de diciembre de 2005, tuvo por personado y parte al Procurador comparecido en la representación ostentada y admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto, al mismo tiempo que ordenó requerir a la Administración demandada para que remitiese el expediente administrativo y practicara los emplazamientos previstos en la Ley.

TERCERO.- Con fecha 10 de mayo de 2006, compareció la Procuradora Doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de la entidad Cementos Portland Valderribas S.A., en calidad de codemandada, a la que se tuvo como tal mediante providencia de fecha 2 de octubre de 2006, en la que se

ordenó también entregar el expediente administrativo a la representación procesal de la entidad demandante para que, en el plazo de veinte días, presentase la demanda, lo que llevó a cabo con fecha 10 de noviembre de 2006, en la que, después de alegar los hechos relativos al procedimiento de asignación de gases, adujo, como motivos de impugnación del acuerdo de asignación, la vulneración de los límites de la discrecionalidad de la Administración, la falta de motivación del acuerdo y la vulneración del derecho a la libertad de empresa, dado que la Administración no ha respetado los elementos reglados dibujados por la *Ley 1/2005* y el *Real Decreto 1866/2004*, entre los que están que no se generen diferencias injustificadas entre sectores de actividad ni entre instalaciones, que sea coherente con las posibilidades técnicas y económicas de reducción de cada sector, que se hayan adoptado medidas de reducción antes del establecimiento del mercado de derechos de emisión y las previsiones de evolución de la producción, mientras que el *artículo 4. A. b. del Real Decreto 1866/2004* prevé que el periodo elegido para el cálculo no sea representativo porque se haya producido un aumento de capacidad de producción con posterioridad al 1 de julio de 2001, que suponga un incremento de, al menos, el 20% de sus emisiones, que es lo acontecido en este caso con la instalación, con posterioridad a esa fecha, de un horno regenerativo de flujo vertical con una capacidad de producción de 52.200 toneladas al año para sustituir a seis hornos verticales de tecnología anticuada con una capacidad conjunta de 20.600 toneladas de cal al año, hecho que ha sido admitido por la Administración, la que, sin embargo, ha efectuado los cálculos para la asignación de emisión de gases considerando que la capacidad productiva del nuevo horno es de 32.400 toneladas al año en lugar de 52.200 toneladas al año, por lo que no se ha tenido en cuenta la capacidad productiva de la instalación, según los cálculos que se efectúan en el propio escrito de demanda, de manera que la Administración, a la hora de reconstruir las emisiones de referencia de este segundo y nuevo horno ha considerado que el mismo tiene una capacidad de 32.400 toneladas al año en lugar de 52.200 toneladas al año, y mientras la cobertura de la ampliación del sector de gas ha sido, en 2005, de 119%, la entidad recurrente la ha recibido notablemente inferior, cuando más el 34% de las instalaciones del sector han obtenido una asignación superior a la misma hasta llegar en un 11'5% del sector a superar el 150% de la cobertura, lo que ha supuesto para la recurrente la necesidad de reducir su producción para no verse obligada a tener que comprar derechos de emisión, y, por otro lado, la entidad recurrente tiene una capacidad de reducción de emisiones muy limitada, ya que todas las medidas viables técnica y económicamente han sido adoptadas para sus instalaciones, lo que la sitúa en clara desventaja respecto de otras instalaciones de la competencia que aun no han introducido estas medidas y, por tanto, cuentan con grandes posibilidades de reducción de emisiones, por lo que su asignación no ha tenido en cuenta el criterio legal de las posibilidades técnicas y económicas de reducción de cada sector ni se han valorado las medidas de reducción que se adoptaron antes de establecimiento del mercado de derechos de emisión, mientras que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exige que la Administración justifique adecuadamente sus decisiones, pero, partiendo de la metodología establecida por el *Real Decreto 1866/2004* y de la información del expediente administrativo no resulta posible conocer cómo se ha realizado la asignación a la instalación por cuanto no se aportan los datos necesarios para reconstruir el análisis llevado a cabo por la Administración, todo lo que se traduce en la indefensión de la entidad recurrente, vulnerándose así lo establecido en el *artículo 54.1 de la Ley 30/1992*, al haberse limitado la Administración a expresar que «en la resolución se ha tenido en cuenta toda la información aportada por el solicitante. En particular, en relación con su alegación, le informamos que se ha recalculado su asignación individual siguiendo los criterios y metodologías establecidos 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», sin que el expediente administrativo proporcione más luz, y finalmente el *artículo 38* de la Constitución reconoce la libertad de empresa en la economía de mercado, por lo que la correcta asignación de derechos a las instalaciones reviste extraordinaria importancia, ya que, de lo contrario, se produce una importante distorsión en el mercado, pues una asignación insuficiente se traduce en un estrangulamiento o limitación de la capacidad de crecimiento de la instalación o bien un coste adicional por la compra de derechos, y así numerosas empresas del sector de cal han recibido derechos en cuantía muy superior a las emisiones reales de las instalaciones, lo que supone que dichas empresas no sólo no tendrán que reducir su producción o hacer frente a costes adicionales sino que, además, podrán vender los derechos sobrantes y conseguir de este modo ingresos adicionales pudiendo incluso llegar a abaratar sus productos, para terminar con la súplica de que se dicte sentencia por la que: «I Declare nula la asignación de derecho de emisión realizada a la instalación de Cales de Llierca mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 por el que se aprueban las asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007, confirmada por la desestimación tácita del recurso de reposición interpuesto. II Que se inste al Consejo de Ministros para que a la mayor brevedad posible proceda a realizar una nueva asignación de derechos de emisión de Cales de Llierca, suficiente para el normal desarrollo de su actividad. III En caso de estimar las pretensiones de esta parte, se acuerde imponer a la Administración demandada las costas del proceso», solicitándose el recibimiento del pleito a prueba y que, en su momento, se ordenase formular escrito de conclusiones, y adjuntándose tres documentos: el primero sobre el primer año de aplicación de la *Ley 1/2005*, el segundo un informe de cumplimiento del año 2005 y el tercero sobre emisiones verificadas

en el sector de la cal.

CUARTO.- Formalizada la demanda, se dio traslado por copia al Abogado del Estado para que, en el plazo de veinte días, la contestase, a cuyo fin se le hizo entrega también del expediente administrativo, lo que aquél llevó a cabo con fecha 18 de enero de 2007, mediante escrito, en el que, entre los hechos, contiene dos apartados, el primero dedicado a recoger y resumir el contenido del protocolo de Kioto, la normativa comunitaria y la regulación en España, en cuyo examen expone lo relativo a las instalaciones existentes y los nuevos entrantes, al mismo tiempo que detalla la metodología empleada, para pasar a relatar lo ocurrido con la entidad demandante Cales de Llierca S.A., donde se reconoce que en junio de 2001 aquélla instaló un nuevo horno, ampliando su capacidad de producción en 32.400 toneladas al año, ampliación superior al 20%, lo que se tuvo en cuenta en el cálculo de la asignación definitiva, como prevé el *Real Decreto 1866/04*, sin que en éste se contemple la posibilidad de tener en cuenta la previsión del aumento de la capacidad productiva para el periodo 2005-2007, razón por la que, como consecuencia de las alegaciones presentadas en el plazo concedido al efecto, se efectuó una asignación a Cales de Llierca S.A. en el acuerdo de aprobación definitiva de un ocho por ciento más de los derechos de emisión previstos en la propuesta de asignación provisional, mientras que, entre los fundamentos de derecho, se contienen cuatro apartados, expresándose en el primero que la asignación individual a la empresa demandante responde a la metodología detallada en el apartado 4.A. b del anexo del Plan Nacional de Asignación, que no permite atender al incremento de la actualización media de la capacidad de producción prevista por Cales de Llierca S.A. para 2005-2007, en el segundo se asegura que el acuerdo de asignación impugnado está debidamente motivado por contener todos los cálculos de la asignación en el expediente, con lo que se está ante una motivación "in allunde" expresamente reconocida por la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan de esta Sala del Tribunal Supremo, de manera que, si bien es cierto que el acuerdo no recoge la serie de cálculos técnicos, cuyo análisis no resulta sencillo para quienes carecen de una formación matemática y física, sin embargo dichos datos aparecen en la ficha destinada a la entidad demandante, que aparece en el expediente administrativo, sin que en la decisión administrativa impugnada se haya producido arbitrariedad alguna, se afirma en el tercer apartado, porque se han empleado los criterios generales establecidos para la asignación de derechos de emisión, ni tampoco se le ha hecho objeto a la recurrente de trato discriminatorio alguno, como lo demuestra que en su demanda no alude al término de comparación que pueda justificar dicho trato discriminatorio, para lo que no es suficiente demostrar las emisiones que unas u otras empresas del sector hayan producido, ya que esto depende de muy diversos factores dependientes de los planes de cada empresa, y, finalmente, se asegura que no existe vulneración del derecho a la libertad de empresa porque este derecho no impide que la ley regule el ejercicio de la actividad empresarial estableciendo límites o requisitos al mismo, afectando en este caso la limitación de la emisión de gases a todas las empresas del sector y de otros sectores que realizan las actividades recogidas en las normas internacionales y comunitarias europeas, terminando con la súplica de que se desestime la demanda por ser conforme a derecho la resolución impugnada, adjuntando a esta contestación un informe de la Cátedra de Medio Ambiente de la Universidad de Alcalá y una copia de la ficha que en el expediente existe para la empresa Cales de Llierca S.A.

QUINTO.- Mediante providencia de 23 de enero de 2007, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, y se dio traslado con entrega del expediente a la representación procesal de la entidad Cementos Portaln Valderribas S.A. para que, en el plazo de veinte días, contestase la demanda, lo que efectuó con fecha 23 de febrero de 2007, alegando que se adhería a los hechos relatados por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda y que la asignación de emisión de gases obedece a lo dispuesto en el protocolo de Kioto, habiéndose realizado tanto la solicitud como la asignación de derechos en relación con el promedio de las capacidades de producción con las correcciones previstas legalmente en atención a diferentes circunstancias, sin que la demandante haya explicado dónde está o en qué consiste la vulneración del límite de discrecionalidad que invoca, pues no puede limitarse a decir que no se le han asignado todos los derechos solicitados, asignación que parece suficiente a la vista de las emisiones que sus instalaciones han efectuado en el año 2005, figurando en los informes obrantes en el expediente los cálculos que han motivado la asignación, estando el derecho a la libertad de empresa matizado por requisitos medioambientales que aseguren un desarrollo sostenible, lo que afecta a todos los empresarios y ciudadanos del mundo, por lo que el protocolo de Kioto afecta por igual a todas las empresas que ejercen las actividades en él contempladas, terminando con la súplica de que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Cales de Llierca S.A., y que se den por reproducidos los documentos que obran en el expediente administrativo.

SEXTO.- Formalizada la contestación a la demanda por la representación procesal de la entidad mercantil comparecida como recurrida, se dictó auto, con fecha 15 de marzo de 2007, recibiendo el proceso a prueba para que, en el plazo de quince días, las partes pudiesen proponer las que les interesase, lo que efectuó exclusivamente la representación procesal de la entidad demandante interesando que se tuviesen por reproducidos los documentos presentados con la demanda, a lo que se accedió por providencia 21 de

mayo de 2007.

SEPTIMO.- Con fecha 13 de abril de 2007, la representación procesal de la entidad Cales de Llierca S.A. presentó escrito solicitando la ampliación del recurso contencioso-administrativo al acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 2 de febrero de 2007, por el que se desestimó expresamente el recurso de reposición deducido por dicha entidad contra el previo acuerdo de 21 de enero de 2005, al que se adjuntaba copia del indicado acuerdo desestimatorio del recurso de reposición, por lo que, una vez oídas las demás partes respecto de la ampliación solicitada, se acordó por providencia de 13 de julio de 2007 tener por ampliado el recurso contencioso-administrativo y se concedió a la representación procesal de la entidad Cales de Llierca S.A. el plazo de veinte días para que pudiese ampliar la demanda a la indicada resolución expresa, lo que llevó a cabo con fecha 19 de septiembre de 2007, en la que se insiste en la falta de motivación del acuerdo desestimatorio del recurso de reposición, en la vulneración del apartado 4. A. b. del Plan Nacional de Asignaciones, del principio de igualdad y de la libertad de empresa, debido a que el incremento de la capacidad de producción en más de un 20% anula la representatividad de las emisiones de referencia de la instalación, por lo que ha de seguirse para la asignación de derechos de emisión a la misma un procedimiento equivalente al utilizado para los nuevos entrantes, el cual empieza por establecer unos valores de referencia para sustituir a las emisiones históricas que no existen, de manera que, de acuerdo con el PNAI, las emisiones de proceso y de combustión se calculan a partir de la capacidad de producción de la instalación, la utilización media de la capacidad o factor de carga representativo del sector de que se trate y un factor de emisión específico, pero en ningún documento del expediente administrativo se aportan el valor correspondiente al factor de emisión específico, ni de proceso ni de combustión y ni siquiera han sido facilitados los datos de las emisiones históricas anuales medias del sector (proceso y combustión) para el periodo 2000-2002, ni la producción real anual media del sector para el periodo 2000-2002, lo que, en su caso, permitiría el cálculo del factor de emisión específico correspondiente, sin que tampoco se haya facilitado el dato relativo a las emisiones de combustión de referencia de la instalación, por lo que sería necesario conocer la suma de las emisiones de combustión de referencia, que incluye tanto las emisiones de combustión de instalaciones con referencia histórica como aquéllas que fue preciso reconstruir por corresponder a instalaciones nuevas, pero de un minucioso análisis de los valores de referencia considerados por la Administración se deduce que la Administración, al establecer dichos valores, consideró que la capacidad del nuevo horno instalado era de 32.000 toneladas de cal al año, cuando esa cifra representa únicamente la diferencia de capacidad respecto de los hornos que fueron sustituidos, de manera que la ausencia de cálculos realizados por la Administración dificultan enormemente a la recurrente para ejercer su derecho de defensa, pues no basta con señalar, como se hace en el acuerdo desestimatorio del recurso de reposición, que «la ampliación de la capacidad de 32.4000 toneladas al año se tuvo en cuenta en la asignación definitiva», sino que es preciso explicar cómo fue tenida en cuenta, sin que todas las instalaciones del sector haya recibido una proporción similar de derechos de emisión respecto a sus emisiones verificadas, de manera que la incorrecta aplicación del apartado 4. A. b del PNAI a Cales de Llierca S.A., unida a la entidad de las diferencias puestas de manifiesto, revelan una desigual aplicación de la metodología de asignación de derechos de emisión que no ha sido justificada debidamente, lo que contradice lo establecido en el apartado 4. A. del PNAI, y resulta evidente que si, debido a una incorrecta asignación, una instalación debe asumir costes adicionales derivados de la compra de derechos o se ve obligada, como Cales de Llierca S.A., a reducir su producción ante el temor de no poder asumir esos costes adicionales derivados de la compra de derechos, queda perjudicada en favor de otras que no tendrán que reducir la producción e incluso podrán vender los derechos sobrantes y conseguir así ingresos adicionales, lo cual conculca el derecho a la libertad de empresa, terminando con la súplica de que se dicte sentencia por la que: «I Declare nula la asignación de derechos de emisión realizada a la instalación de Cales de Llierca mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para trienio 2005-2007, confirmada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2007. II Que se inste al Consejo de Ministros para que a la mayor brevedad posible proceda a realizar una nueva asignación de derechos de emisiones a Cales de Llierca, en la cuantía solicitada. III En caso de estimar las pretensiones de esta Parte, se acuerde imponer a la Administración demandada las costas del proceso», a la que adjuntó tres documentos, emitidos por la Administración, el primero relativo a las emisiones verificadas frente a asignaciones en el año 2006, el segundo un informe de aplicación del año 2006 y el tercero un cuadro de asignaciones y emisiones verificadas en el sector de la cal para el año 2006.

OCTAVO.- De la ampliación de la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestase en el plazo de veinte días, lo que efectuó con fecha 7 de diciembre de 2007, alegando, después de reiterar lo expresado en su escrito de contestación a la demanda, que la falta de motivación denunciada no ha causado la indefensión de la entidad recurrente, que ha podido alegar y probar en el expediente, en el recurso administrativo y en este jurisdiccional cuanto ha considerado oportuno, y la resolución resolutoria del recurso de reposición cumple con el requisito de la motivación porque está contenida en el expediente, dada la complejidad de los datos y cálculos empleados, por lo que no se reproducen en la resolución,

debiendo tenerse en cuenta que los concretos datos que determinan la cifra de derechos de emisión asignada a Cales de Llierca S.A. se explican a la luz de las normas generales de aplicación en el expediente administrativo, y en la asignación individual a la empresa demandante se ha tenido en cuenta el aumento de la capacidad de producción por haber instalado un nuevo horno sustituyendo a seis anteriores, mientras que el aumento de la producción no es atendible conforme al *artículo 4. A. b del Anexo del Real Decreto 1866/04*, sin que cualquier disparidad de trato represente discriminación, y la recurrente no ha señalado un término de comparación que permita concluir si, ante supuestos iguales, se ha producido tratamiento desigual, y la asignación gratuita de derechos de emisión no implica limitación de la producción, pues para evitarlo está el sistema de comercio de derechos de emisión para poder adquirirlos y, si en el periodo 2005-2007 alcanzaron el valor de 30 # por derecho, en el momento actual su valor es de 0'15 #, afectando la normativa sobre emisión de gases de igual modo a la empresa recurrente que a las demás compañías del sector y de otros sectores que realizan actuaciones a las que se refieren las normas internacionales y europeas, terminando con la súplica de que se dicte sentencia desestimatoria de la ampliación de la demanda por ser conforme a derecho la resolución impugnada, adjuntando un gráfico sobre el precio de los derechos de emisión en el mercado.

NOVENO.- Mediante providencia de 11 de diciembre de 2007, se dio traslado de la ampliación de la demanda a la representación procesal de la entidad mercantil comparecida como codemandada para que, en el plazo de veinte días, la contestase, lo que no hizo, por lo que, en providencia de 14 de marzo de 2008, se declaró decaído su derecho.

DECIMO.- Mediante providencia de 14 de mayo de 2008, se declaró que no procedía acordar el recibimiento a prueba respecto de la ampliación de la demanda y se concedió a la representación procesal de la entidad demandante el plazo de diez días para que presentase escrito de conclusiones sucintas, lo que hizo con fecha 9 de junio de 2008, insistiendo en la falta de motivación de los acuerdos impugnados, sin que, en contra de lo alegado por el Abogado del Estado, aparezcan en el expediente los datos y cálculos que permitan conocer si es o no correcta la asignación de derechos de emisión a la entidad demandante, mientras que el incremento de la capacidad productiva realizado por Cales de Llierca S.A. ha sido incorrectamente considerado en el marco de la asignación de derechos de emisión, por lo que se ha vulnerado el *artículo 4. A. b del PNAI*, pues, no obstante lo manifestado por el Abogado del Estado, la ampliación de la capacidad de producción llevada a cabo por Cales de Llierca no ha sido considerada correctamente, pues el aumento de la capacidad de producción anula la representatividad de las emisiones de la instalación durante el periodo de referencia 2000-2002, por lo que la Administración debió establecer los valores de referencia, y, al hacerlo, incurrió en un error por entender que el nuevo horno instalado era de 32.000 toneladas cada año y no de 52.200 toneladas al año, pues tuvo en cuenta la diferencia entre la capacidad del nuevo horno y la de los seis hornos sustituidos (20.600 toneladas al año), de manera que la Administración consideró incorrectamente la capacidad productiva de la instalación, lo que constituye un dato esencial para el cálculo de los valores de referencia y, por tanto, para la asignación de derechos de emisión de acuerdo con la metodología establecida en el PNAI, pues, si hubiese tenido en cuenta correctamente la capacidad del horno nº 2 de 52.200 toneladas por año, la asignación a la instalación de la entidad demandante hubiese sido notablemente superior, y mientras a la instalación de Cales de Llierca S.A. le han faltado en 2006 2'76% de los derechos de emisión necesarios para cubrir sus emisiones verificadas, el sector de la cal ha recibido derechos de emisión que superan en un 19'1% las emisiones verificadas en dicho sector el año 2005 y un 11'4% en 2006, lo que demuestra la desigual aplicación de la metodología establecida por la ley para hacer las asignaciones sin justificarlo, resultando más desigual aun cuando la entidad demandante ya ha aplicado las posibilidades técnicas y económicas del sector para reducir emisiones, con lo que ha visto limitada su posibilidad de crecimiento, de modo que sólo le restaba o reducir la producción o asumir los costes derivados de la compra de derechos, mientras que otras instalaciones del sector no sólo no han sufrido ese estrangulamiento sino que han tenido la posibilidad de vender derechos sobrantes, lo que ha generado que Cales de Llierca S.A. no haya podido adoptar decisiones empresariales bajo las mismas condiciones y circunstancias que la mayoría de las instalaciones del sector, terminando con la súplica de que se dicte sentencia en los términos solicitados en la demanda y en la ampliación de la misma.

UNDECIMO.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 3 de julio de 2008, se acordó entregar copias a las demás partes y otorgarles el plazo de diez días para presentar conclusiones, lo que hizo el Abogado del Estado con fecha 9 de julio de 2008, dando por reproducido lo alegado en su contestación a la demanda y en la contestación a la ampliación de la demanda por estar planteado el litigio en los mismos términos, sin que la representación procesal de la entidad mercantil codemandada presentase escrito de conclusiones, por lo que se declaró caducado su derecho a hacerlo, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 18 de noviembre de 2008, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la

Ley.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Lo expuesto en los antecedentes evidencia una reiteración en las alegaciones de las partes sin prestar atención a la cuestión clave alegada por la contraria, de manera que no se precisan los concretos extremos del desacuerdo, frente a lo que el juzgador en un sistema contradictorio presidido por la escritura poco o nada puede esclarecer hasta el momento de la deliberación y dictado de la sentencia.

En ésta evitaremos perdernos en disquisiciones innecesarias o prolegómenos inútiles para afrontar la cuestión que efectivamente enfrenta a los contendientes, cual es si la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones de la entidad demandante se ha llevado a cabo respetando lo establecido en el apartado 4. A. b del anexo del *Real Decreto 1866/2004*, según el cual el incremento de, al menos, el 20% de emisiones por aumentos de la capacidad de producción, acometidos con posterioridad al 1 de julio de 2001, anula la representatividad de las emisiones de referencia, dado que, en el caso enjuiciado, la Administración admite que es así debido a la sustitución de seis hornos por uno nuevo regenerativo de flujo vertical, que aumentó la capacidad de producción de las instalaciones en 32.000 toneladas al año, y si el cálculo para llevar a cabo dicha asignación de derechos, teniendo en cuenta la falta de representatividad del periodo 2000- 2002, está suficientemente explicado, de manera que sea posible su entendimiento tanto para la entidad demandante como para este Tribunal.

Lo cierto es que la Administración, ante las insistentes alegaciones formuladas por la entidad demandante acerca de que no existe tal justificación, se ha limitado a afirmar que «esta ampliación de la capacidad superior al 20%, ya se tuvo en cuenta en el cálculo de la asignación definitiva por ser computable de acuerdo con la metodología prevista en el *Real Decreto 1866/2004* » y, en parecidos términos se recoge en el acuerdo resolutorio del recurso de reposición, en el que se expresa que «la instalación acreditó, en su escrito de alegaciones y reitera en el recurso de reposición interpuesto, la puesta en marcha de un nuevo horno con posterioridad al 1 de julio de 2001. Dicha ampliación de capacidad de 32.400 toneladas al año se tuvo en cuenta en la asignación definitiva, por ser computable de conformidad con la metodología prevista en el *Real Decreto 1866/2004* », y esto mismo se repite por el Abogado del Estado al contestar a la demanda y a la ampliación de ésta.

La entidad recurrente, sin embargo, en su demanda y en el resto de los escritos de alegaciones que ha presentado expresa claramente que la Administración, al realizar los cálculos para la asignación de derechos, ha incurrido en un error por computar una capacidad de producción del nuevo horno instalado de 32.400 toneladas al año, en lugar de las 52.200 que tiene, lo que explica con una serie de operaciones que realiza y que no han merecido otra contestación que la tantas veces reiterada de que el aumento de capacidad de producción en 32.400 toneladas al año ya se tuvo en cuenta en el cálculo de la asignación definitiva, pero sin aclarar la forma como se ha tenido en cuenta, lo que, como apunta la demandante, le impide ejercer su derecho a defensa.

SEGUNDO.- Según hemos declarado en nuestra Sentencia de fecha 1 de octubre de 2008 (recurso 264/2005), no cabe duda que, como certeramente apunta el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, «el acto administrativo hoy impugnado, en base a la normativa de aplicación, exige una serie de cálculos de carácter técnico, cuyo análisis no resulta sencillo para los que no tenemos una profunda formación matemática y física», pero en lo que no estamos de acuerdo es que en el expediente administrativo aparecen todos los datos que sirven para que las partes, debidamente asesoradas por los técnicos que consideren adecuados, puedan conocer con exactitud la motivación del acto administrativo y, en su caso, discutirla.

La falta o defecto de motivación de la asignación de derechos a las instalaciones para producción de cal de la entidad demandante resulta patente cuando, como hemos indicado, la representación procesal de aquélla en los sucesivos escritos de alegaciones presentados en este pleito insiste en que, al no ser representativas las emisiones del periodo 2000-2002, se ha llevado a cabo un cálculo equivocado por la Administración por considerar que la capacidad productiva del nuevo horno, instalado en sustitución de otros seis, es de 32.000 toneladas al año cuando en realidad es de 52.200 toneladas de cal al año, afirmación ésta que no ha recibido más respuesta por parte del representante de la Administración demandada que la genérica, contenida en los informes obrantes en el expediente administrativo y en el acuerdo desestimatorio del recurso de reposición, de que «la puesta en marcha del nuevo horno con posterioridad al 1 de julio de 2001 con una ampliación de capacidad de 32.400 toneladas al año se tuvo en

cuenta en la asignación definitiva por ser computable de conformidad con la metodología prevista en el *Real Decreto 1866/2004* ».

TERCERO.- Cabría plantearse la hipótesis de que la afirmación relativa al error de cálculo de la Administración sea puramente gratuita, pero este planteamiento es desechable porque la entidad mercantil recurrente basa su aseveración en diferentes cálculos comparativos, minuciosamente expuestos, que la hacen verosímil, a pesar de lo cual ni en los informes obrantes en el expediente administrativo, ni en los acuerdos impugnados ni en las alegaciones formuladas a lo largo del proceso por la Administración se aporta u ofrece un solo dato o elemento de juicio que permita desacreditar aquella afirmación o que avale la contraria, mantenida por la Administración, acerca del que el aumento de capacidad de producción ha sido realmente tenido en cuenta para la asignación definitiva de derechos de emisión.

La absoluta indefinición de la Administración demandada, así como las vagas y genéricas afirmaciones contenidas en los informes obrantes en expediente administrativo o en los acuerdos impugnados, relativas al correcto cumplimiento de la metodología señalada por el *Real Decreto 1866/2004*, no permiten llegar a otra conclusión jurídica que la sostenida por la entidad demandante acerca de la patente falta de motivación del acuerdo de asignación individual de derechos de emisión con la consiguiente indefensión de aquélla, lo que debe acarrear, como la misma pide, la anulación de los actos administrativos recurridos conforme a lo establecido en los *artículos 54.1 a) y f), 63.2 y 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con los *artículos 68.1 b), 70.2 y 71.1 a) y c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, lo que hace innecesario que examinemos los demás motivos de impugnación alegados en los escritos de demanda y de ampliación de ésta, según ya hemos procedido en nuestras sentencias anteriores, relativas a impugnaciones del mismo acuerdo de asignación individual, de fechas 23 y 24 de septiembre y 1 de octubre de 2008 (recursos 268, 269 y 264 de 2005).

Aun cuando no debamos entrar en el examen de los demás motivos de impugnación, no está de más recordar nuevamente la objeción, que se viene haciendo al acuerdo de asignación individual, acerca de que, contrariamente a lo establecido en el *artículo 17.2 c) de la Ley 1/2005*, sobre normas que han de regir la elaboración del Plan Nacional de Asignaciones, no se ha tenido en cuenta, para evitar diferencias injustificadas, que unas instalaciones han incorporado técnicas de producción menos contaminantes que otras, por lo que, de hecho, emiten menos gases, a pesar de lo cual a las que no se han modernizado, como sus emisiones históricas son superiores, se les asignan mayores derechos, lo que propicia que éstas, si actualizan sus sistemas de producción, tienen la posibilidad de emitir más gases de efecto invernadero sin tener que, a diferencia de las que ya eran antes más eficientes energéticamente, adquirirlos en el mercado, con lo que se propicia una desventaja competitiva, que, evidentemente, contradice lo dispuesto en el aludido *artículo 17.2 a) b) y c) de la Ley 1/2005*.

CUARTO.- Al no apreciarse mala fe ni temeridad en las partes litigantes, no procede hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas, como establece el *artículo 139.1 de la Ley* de esta Jurisdicción.

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo sostenido por el Procurador Don Juan Luis Cárdenas Porras, en nombre y representación de la entidad Cales Llierca S.A., contra los acuerdos del Consejo de Ministros, de 21 de enero de 2005, por el que se aprobó la asignación individual a dicha entidad mercantil de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007, y de 2 de febrero de 2007, por el que se desestimó el recurso de reposición deducido contra el anterior, por ser ambos acuerdos contrarios a derecho al no estar debidamente motivados en cuanto a la asignación individual a la entidad Cales de Llierca S.A., al mismo tiempo que ordenamos que el Consejo de Ministros proceda a realizar, a la mayor brevedad posible, una nueva asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a Cales Llierca S.A. suficientemente motivada, sin hacer expresa condena respecto 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. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

