

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo: la anulación de asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y otras cuestiones ambientales

---

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

*Sumario*

|   | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| 1. Introducción .....   | 250           |
| 2. Inviolabilidad del domicilio y derecho constitucional a un medio ambiente adecuado: la jurisprudencia sobre el ruido .....     | 252           |
| 3. La clasificación de suelo y el medio ambiente «natural»: la evolución de la jurisprudencia sobre el suelo no urbanizable ..... | 258           |
| 4. Evaluación de impacto ambiental .....  | 264           |
| 4.1. La denegación de las solicitudes de medidas cautelares .....   | 265           |
| 4.2. Una matización a la interpretación extensiva de los procedimientos sujetos .....   | 266           |
| 4.3. La reafirmación del efecto invalidante de la omisión o realización gravemente defectuosa .....                               | 268           |
| 4.4. La impugnación autónoma de la decisión sobre la sujeción a evaluación de impacto ambiental .....                             | 272           |
| 4.5. Declaraciones ambientales vinculantes y compatibilidad con la legislación básica .....                                       | 275           |
| 5. Anulación de diversas asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero .....                    | 276           |
| 5.1. Planteamiento general: alcance y efectos de las sentencias estimatorias .....  | 276           |
| 5.2. El marco normativo .....   | 280           |

|  | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| 5.3. El deber de motivación .....  | 284           |
| 5.4. Un parámetro relevante: la adaptación previa de las instalaciones a las tecnologías menos contaminantes ..... | 289           |
| 5.5. La penalización de determinadas centrales térmicas por motivos ambientales .....                              | 290           |
| 5.6. El tratamiento específico de las instalaciones de cogeneración .....  | 291           |

\* \* \*

## 1. INTRODUCCIÓN

Si bien el presente trabajo se centra en las resoluciones judiciales emanadas de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo durante el año 2008, a las que se dedica la atención preferente, el criterio se ha flexibilizado para acoger sentencias y autos del año 2007 e, incluso, del año 2006 en algún caso, con la intención de situar las posiciones jurisprudenciales adoptadas por el Tribunal Supremo en un contexto más coherente y más preciso.

Como es habitual, el grupo más numeroso de pronunciamientos se refiere a las evaluaciones de impacto ambiental, respecto a las cuáles la evolución jurisprudencial parece haber llegado a una posición de equilibrio: si en los primeros años tras su introducción en nuestro ordenamiento la posición del Tribunal Supremo fue restrictiva en cuanto a su ámbito de aplicación y a los efectos de su realización irregular, para pasar con posterioridad a interpretaciones expansivas de su obligatoriedad y de los efectos de su omisión, la jurisprudencia actual es más matizada. Con todo, los pronunciamientos más significativos a mi juicio son los que reconocen la posibilidad de impugnación autónoma de la decisión administrativa sobre el sometimiento de un proyecto a evaluación de impacto ambiental. La argumentación formal se basa en el carácter de acto de trámite «cualificado» que tendría la decisión de la Administración pública sobre el carácter preceptivo de la evaluación de impacto ambiental de un determinado proyecto, lo que ha sido abordado en al menos cuatro ocasiones, entre las sentencias de 27 de marzo de 2007 y la de 23 de enero de 2008.

Sin embargo, la decisión jurisprudencial relacionada con el medio ambiente que más repercusión ha tenido en los medios de comunicación se relaciona con el ruido, concretamente con las molestias causadas por el trá-

fico aéreo del Aeropuerto de Barajas (Sentencia de 13 de octubre de 2008). No obstante, con ser una sentencia significativa, que entronca con una línea jurisprudencial volcada en la protección del medio ambiente urbano a través del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, no es el pronunciamiento con mayor transcendencia, a mi juicio. Tanto por sus efectos prácticos, como por ser el supuesto más habitual, el comentario se centrará en las sentencias que tienen por objeto la inactividad de la Administración frente a las perturbaciones provocadas por terceros y no tanto en los pronunciamientos, menos numerosos, que tienen por objeto ruidos provocados por la propia actividad administrativa, como es el caso de Barajas.

Se dedica también atención a la cuestión de la clasificación de suelo por el planificador urbanístico, un ámbito en el que creo apreciar un cierto sesgo ambientalista en las posiciones adoptadas por el Tribunal en los últimos años. El incremento en la exigencia de motivación de la clasificación como urbanizable de un suelo que con anterioridad había sido incluido en el suelo no urbanizable especialmente protegido presenta una cierta simetría con la flexibilidad con que se admite que un suelo urbanizable pueda pasar a ser no urbanizable, incluso aunque el paisaje agrícola tradicional presente una cierta degradación y sin que parezca necesario un especial esfuerzo de motivación.

Un último tema es el de la avalancha de sentencias, en su mayoría anulatorias, producidas por la impugnación de asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero durante el período 2005-2007. La cuestión no se aborda únicamente, ni siquiera predominantemente, desde el Derecho ambiental. Por el contrario, parece haber primado el derecho de la defensa de los interesados en un procedimiento administrativo, puesto que el grupo más nutrido de sentencias anulan el acto impugnado por defectos de motivación que habrían provocado una indefensión material, y junto a esto, consideraciones sobre la igualdad de trato de los operadores económicos, intentando evitar que de la actuación de la Administración se deriven ventajas competitivas no justificadas. Sin embargo, también hay argumentaciones con clara incidencia ambiental, como la consideración del Tribunal Supremo de que no puede hacerse de peor condición quien con carácter previo a la entrada en vigor del Plan nacional de emisiones se hubiese adaptado a la tecnología menos contaminante, o el refrendo de la posición de la Administración cuando restringe los derechos de emisión de determinadas centrales térmicas de lignito especialmente contaminantes.

En cuanto a la justicia cautelar, no ha sido objeto de tratamiento diferenciado, por entender que los pronunciamientos que podían reseñarse no eran

especialmente significativos. Sí se hace referencia a la cuestión en el primer apartado del epígrafe dedicado a la evaluación de impacto ambiental, reseñando cuatro autos del Tribunal Supremo –tres de ellos de 14 de mayo de 2008 y un cuarto de 21 de octubre de 2008–, todos ellos referidos a la construcción de líneas eléctricas aéreas de alta tensión, todos basados en graves irregularidades achacadas a la evaluación del impacto ambiental y todos ellos denegatorios de la medida cautelar. En todos ellos se aducen las necesidades del progreso económico y social como razón para la denegación, además de rechazar el carácter irreversible de los daños.

También se hace referencia en el epígrafe dedicado a las asignaciones de derecho de emisión de gases de efecto invernadero a varios autos, no correspondientes al año 2008, sino anteriores (de 23 de junio y de 6 y 7 de noviembre de 2006), en los que se deniegan las solicitudes de suspensión de un acuerdo de asignación de emisiones, que se basaba en los graves perjuicios que se derivarían en otro caso para las empresas, que podrían llegar a verse abocadas al cierre, según los demandantes, y se deniegan basándose en el superior interés de la protección el medio ambiente y en el carácter económicamente evaluable de los perjuicios que pudiesen derivarse del mantenimiento de la ejecutividad de la asignación.

Poniendo en relación unos y otros autos –aunque no procedan de la misma sección de la Sala–, lo que parece derivarse es una cierta reluctancia a suspender la eficacia de los actos administrativos, siendo el interés general en el desarrollo económico y social o el interés general en la protección del medio ambiente argumentos intercambiables.

## **2. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y DERECHO CONSTITUCIONAL A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO: LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL RUIDO**

Como ya se ha señalado, la prensa escrita y los medios de comunicación en general han dedicado una considerable atención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2008<sup>1</sup>, en la que se apreció una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria como consecuencia del ruido producido por el sobrevuelo de aviones durante la maniobra de aterrizaje en el Aeropuerto de Barajas. No es, ni mucho menos, la única sentencia reciente del Tribunal Supremo sobre el ruido y la inviolabilidad del domicilio, antes al contrario; pueden citarse las sentencias de 20 de marzo de

---

1. STS de la Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7ª, 13 de octubre de 2008 recurso de casación núm. 1553/2006, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

2006<sup>2</sup>, de 12 de marzo de 2007<sup>3</sup>, de 12 de noviembre de 2007<sup>4</sup>, de 26 de noviembre de 2007<sup>5</sup>, o de 2 de junio de 2008<sup>6</sup>, entre otras. En todas ellas se condena a las administraciones públicas demandadas y, si bien en algunos casos el origen de la perturbación estaba en la propia actividad de la Administración –por ejemplo, en las sentencias de 26 de noviembre de 2007, en que la contaminación acústica procedía de los servicios de limpieza municipal en horario nocturno, y la de 13 de octubre de 2008, relativa al Aeropuerto de Barajas–, es muy significativo que en la gran mayoría *lo que se condena es la inactividad de la Administración* frente a actuaciones abusivas de terceros.

En mi opinión, estamos ante las consecuencias jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004, caso *Moreno Gómez contra España*<sup>7</sup>, por la que se resolvió la demanda presentada por una ciudadana española contra el Reino de España por la pasividad de la Administración ante la contaminación acústica que venía padeciendo en su domicilio, consecuencia de los ruidos producidos por los bares y discotecas establecidos por la zona durante la noche. El Tribunal estimó la demanda y declaró la existencia de una violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se declara el derecho al respeto de la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. Este pronunciamiento ha recibido una gran atención de la doctrina española, resaltando diversos aspectos, desde la denuncia de un cierto activismo judicial<sup>8</sup>, a la «ecologización» de los derechos fundamentales<sup>9</sup>, pasando por el

2. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4<sup>a</sup>, de 20 de marzo de 2006, ponente Celsa Pico Lorenzo (RJ 2006, 5050).
3. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2007, recurso núm. 340/2003, ponente Eduardo Calvo Rojas.
4. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2007, recurso de casación núm. 255/2004, ponente Eduardo Calvo Rojas (RJ 2007, 8394).
5. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7<sup>a</sup>, de 26 de noviembre de 2007, recurso de casación núm. 1204/2004, ponente José Díaz Delgado (RJ 2007, 8552).
6. STS de la Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7<sup>a</sup>, de 2 de junio de 2008, recurso de casación núm. 10130/2003, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva.
7. STEDH Estrasburgo (Sección 3<sup>a</sup>) de 16 noviembre 2004, *Moreno Gómez contra España*, demanda núm. 4143/2002 (TEDH 2004, 68).
8. ARANA GARCÍA, E. (2005): «La flexible valoración de la prueba por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procesos sobre el ruido: el asunto *Moreno Gómez* de 16 de noviembre de 2004», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 14, pg. 292. En sentido coincidente se había pronunciado VELASCO CABALLERO, F. (1995): «La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *López Ostra contra España*», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 45, pg. 309-311, a propósito del caso *López Ostra contra España*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por Sentencia de 9 de diciembre de 1994.
9. Caracterización referida al conjunto de sentencias en cuya estela se situaría el caso *Moreno Gómez* en LOZANO CUTANDA, B. (2002): «La ecologización de los derechos

tratamiento dado a la carga de la prueba, en la que se opera una suerte de inversión<sup>10</sup>, pero en general resaltando su importancia<sup>11</sup>.

Pues bien, parece evidente que esta sentencia ha tenido una fuerte influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: basta contrastar la argumentación de la Sentencia de 8 de noviembre de 2004<sup>12</sup>, inmediatamente anterior al pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo, resolviendo las pretensiones de varios particulares contra la presunta inactividad del Ayuntamiento de Cullera frente al ruido nocturno, sentencia en la que con extremo formalismo se viene a afirmar que «no ha quedado demostrado que los ruidos provenientes de los cercanos locales afectaran al derecho a la intimidad personal o al de la inviolabilidad del domicilio del art. 18 de la Constitución» (FJ 11), con los pronunciamientos posteriores del mismo Tribunal. Aunque es preciso admitir que hay sentencias anteriores al 2004 que muestran una gran sensibilidad por el problema del ruido<sup>13</sup>, esa sensibilidad parece haber sido reforzada.

Al igual que los hechos del caso Moreno Gómez, los que están en el origen de la Sentencia de 20 de marzo de 2006 también tienen su origen en la ciudad de Valencia y el trasfondo de una zona acústica saturada, aunque el sentido del recurso sea el contrario. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana había desestimado el recurso contra la declaración de zona acústicamente saturada de un área de los Barrios de San José y Les Alqueries –lo que suponía la aplicación de un régimen especial de horarios, conforme a la normativa autonómica<sup>14</sup>–, sentencia que sería confirmada por el Tribunal Supremo. En la sentencia de este último se comienza por recor-

---

fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 1, pg. 175-205.

10. ARANA (2005) pgs. 293-295.
11. TUR AUSINA, Rosario (2004): «Contaminación acústica, derechos fundamentales y calidad de vida medioambiental: STEDH Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* núm. 4, pg. 157-176; y ALMODOVAR IÑESTA, María (2005): «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004 (asunto Moreno Gómez c. España)», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 7, pg. 161-165.
12. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7ª, de 8 de noviembre de 2004, recurso de casación núm. 462/2001, ponente Juan José González Rivas.
13. Por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 10 de abril de 2003, recurso de Casación núm. 1516/1999, ponente Nicolás Maurandi Guillén (RJ 2003, 4920), en que ante un caso de inactividad municipal ante el ruido, condena a una indemnización periódica a pagar por la Administración hasta el completo restablecimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio.
14. Ley 2/1991, de 18 de febrero, de Espectáculos, Establecimientos Públicos y Actividades Recreativas.

dar que en dos ocasiones anteriores se habían ya desestimado recursos de casación contra sendas sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana en las que se había declarado la legalidad del mismo acuerdo del Ayuntamiento, una de ellas anterior al caso Moreno Gómez<sup>15</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo cita también de forma expresa la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004, asunto Moreno Gómez contra España, extrayendo consecuencias de la declaración contenida en ella de que hubo violación del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el que se protege el respeto a la vida privada y familiar, en razón de la inactividad del Ayuntamiento de Valencia ante unas molestias sonoras por encima de los niveles autorizados, durante las horas nocturnas y prolongados durante años, hasta la adopción de medidas en principio adecuadas para proteger el respeto de los derechos garantizados: una ordenanza sobre ruidos y vibraciones y la declaración de zona acústicamente saturada, realizada por Acuerdo de 27 de diciembre de 1996, precisamente el objeto del recurso contencioso administrativo desestimado en instancia, confirmando el TSJ su legalidad y antecedente del recurso de casación que se resuelve.

En el recurso de casación se aducía que la Administración de la Comunidad autónoma habría conculcado el principio de legalidad sancionadora del art. 25 CE al aprobar normas que exceden del marco autorizado por el Parlamento Valenciano en la Ley 2/1991, normas inconstitucionales en las que se habría apoyado la Administración municipal. El Tribunal Supremo recuerda que, en lo que se refiera a la legislación autonómica, la última palabra corresponde al respectivo Tribunal Superior de Justicia. No obstante, también se alude, aunque en *obiter dictum*, a que en el Acuerdo impugnado se invocaban la Constitución, la Ley de Bases de Régimen Local o la Ley General de Sanidad, entre otras normas, no únicamente la normativa reglamentaria cuestionada.

Un pronunciamiento muy significativo, en el que también se encuentra interpelado el Ayuntamiento de Valencia, es el contenido en la Sentencia de 12 de marzo de 2007<sup>16</sup>. Es significativo porque se condena a la Administración pública por inactividad, pese a reconocerse que se adoptaron diversas medidas –que no dieron resultado–, aunque no todas las posibles y, entre ellas, no las solicitadas por los perjudicados. De alguna manera, se espera de la Administración que frente a las situaciones de afección del derecho a la

---

15. Sentencias de 3 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 602) y de 2 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1652), respectivamente.

16. Recurso núm. 340/2003, ponente Eduardo Calvo Rojas.

intimidad del domicilio por las inmisiones sonoras, «agote la diligencia», adoptando todas las medidas jurídicamente viables.

Un grupo de vecinos solicitó del Ayuntamiento la tramitación del procedimiento administrativo para declarar una nueva «zona acústicamente saturada» de acuerdo con una ordenanza del propio Ayuntamiento<sup>17</sup>. Ante la denegación tácita de su solicitud por silencio administrativo, recurren por la vía de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. La primera instancia les es adversa, al entender el Tribunal Superior de Justicia que lo planteado por los recurrentes era una cuestión de legalidad ordinaria. Sin embargo, el Tribunal Supremo invoca distintos precedentes jurisdiccionales, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>18</sup>, del Tribunal Constitucional<sup>19</sup>, como de su propia jurisprudencia<sup>20</sup>, para sintetizar la doctrina aplicable (FJ 4):

«Como domicilio inviolable ha de identificarse el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima, por lo que el objeto específico de protección en este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita.

Este derecho fundamental ha adquirido una dimensión positiva, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad.

Habida cuenta que el texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegu-

---

17. En concreto, con los art. 30 a 32 de la Ordenanza Municipal de Ruidos y Vibraciones de 28 de junio de 1996 (BOP de 23 de julio de 1996). En el art. 30 se establece lo siguiente: «1. Se definen como zonas acústicamente saturadas por efectos aditivos, aquellas zonas o lugares del municipio en los que se produce un elevado impacto sonoro debido a la existencia de numerosos establecimientos de los regulados en la Sección 2, del Capítulo II, del Título IV de la presente ordenanza, a la actividad de las personas que los utilizan y al ruido producido por los vehículos que transitan por dichas zonas, y con ello una acusada agresión a los ciudadanos.

2. Podrán ser declaradas zonas acústicamente saturadas (ZAS) aquellas en las que, aun cuando cada actividad individualmente cumpla con los niveles regulados en esta ordenanza, se sobrepasen dos veces por semana durante dos semanas consecutivas o tres alternas en un plazo de 35 días naturales, y en más de 20 dB(A), los niveles de perturbación por ruidos en el ambiente exterior establecidos en el Art. 8.

El parámetro a considerar será LAeq,1 durante cualquier hora del período nocturno (22 a 8 h) o LAeq,14 para todo el diurno (8 a 22 h).»

18. Cita las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powel y Rayner contra el Reino Unido, 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra España, y 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia.

19. Sentencia 119/2001, de 8 de junio.

20. Sentencias de 10 de abril de 2003 (recurso de casación 1516/99) y 29 de mayo de 2003 (casación 7877/99).

rar la protección del derecho fundamental de que se viene hablando no sólo frente a las injerencias de terceras personas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.

El ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente de permanente perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos (como lo acreditan las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental).

Ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar privándola del disfrute de su domicilio.

Debe merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la vida personal y familiar, en el ámbito domiciliario, una exposición prolongada a determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».

El Tribunal Supremo reconoce que no puede hablarse de pasividad o inactividad de la Administración, pues el Ayuntamiento de Valencia habría recabado informes técnicos y realizado diversas mediciones y otros controles del ruido, además de acordar varias medidas, como el cierre de tráfico rodado durante las noches de viernes y sábados, la revisión de los establecimientos con ambientación musical, el control de la colocación de mesas y sillas en la vía pública y del consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, además del cumplimiento del horario de cierre de los locales. Puede añadirse que éstas son, a grandes rasgos, las medidas previstas en el art. 32 de la Ordenanza para los casos de declaración de zona acústica saturada, y que con su aplicación no se habrían obtenido resultados tangibles, según la sentencia. Pese a ello, el Tribunal Supremo entiende que el Ayuntamiento ha incurrido en una vulneración de derechos fundamentales (FJ 6):

«... deban considerarse vulnerados en este caso los derechos a la vida privada, a la integridad física o moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 15, 18.1 y 18.2 de la Constitución), con el alcance que señala la jurisprudencia que antes quedó reseñada. Y ello porque en orden a la protección de aquellos derechos la respuesta del Ayuntamiento ha sido claramente insuficiente: se ha limitado a disponer unas medidas de cuya efectividad no hay constancia, y, en cambio, ha denegado sin justificación alguna, mediante el silencio, la petición de inicio del procedimiento para la declaración de zona acústicamente saturada, siendo así que tal reclamación venía respaldada por datos y mediciones que no han sido rebatidos y que justifican cuando menos la incoación de tal expediente.

En definitiva, la adecuada protección de los derechos fundamentales que invocan los recurrentes no exige que el Ayuntamiento adopte precisamente las medidas o iniciativas que éstos soliciten para combatir los ruidos excesivos; pero *si los interesados reclaman que se inicie un procedimiento específicamente previsto en la normativa municipal* –el expediente para la declaración de zona acústicamente saturada– *y esa petición viene respaldada por datos y mediciones que, al menos en principio, indican la procedencia de tal iniciativa, la respuesta negativa del Ayuntamiento, mediante el silencio, sin ofrecer explicación alguna que justifique la denegación, debe considerarse vulneradora de aquellos derechos fundamentales*.

Una práctica judicial que, en caso de generalizarse, podría tener una gran eficacia, es la fijación de una indemnización, calculada sobre el coste de alquiler de una vivienda con características similares, aplicando el criterio desde el momento de la formulación de la solicitud al Ayuntamiento para que pusiese fin a una situación de ruido abusivo, hasta la efectiva ejecución de la sentencia, haciendo cesar las perturbaciones al derecho a la inviolabilidad del domicilio. Esta solución fue ya aplicada en la Sentencia de 10 de abril de 2003, ya citada, pero de ella se ha hecho eco más recientemente la también citada Sentencia de 2 de junio de 2008. En esta última se rechaza el argumento de la sentencia de instancia de que un pronunciamiento similar, que había sido solicitado por los demandantes, entraría en el campo de la ejecución de sentencias, que es objeto de regulación específica en la Ley jurisdiccional. Por el contrario, de lo que se trataría es de dar efectividad al derecho, no sólo mediante la ejecución tardía de las medidas necesarias para poner fin a una situación de ilegalidad, sino resarciendo de la forma más completa posible a las víctimas.

Tiene también un gran interés la Sentencia de 12 de noviembre de 2007, porque se trata de la adaptación a la normativa y a la situación actual de canteras e industrias que llevaban más de cincuenta años funcionando. El Tribunal Supremo considera que ha existido inactividad de la Administración –un Ayuntamiento asturiano– y, en consecuencia, casa la sentencia de instancia y condena a la Administración, en un proceso tramitado conforme al procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales.

### **3. LA CLASIFICACIÓN DE SUELO Y EL MEDIO AMBIENTE «NATURAL»: LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL SUELO NO URBANIZABLE**

En la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo se afirma que «el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo

rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado». Esta afirmación tiene consecuencias en el articulado, entre ellas, que se introduzca como objetivo de la ordenación territorial y urbanística, además de la tradicional protección del paisaje, también el siguiente (art. 2.2, b):

«La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística».

Lo cierto es que el régimen jurídico del suelo no urbanizable ha sido tradicionalmente una de las asignaturas pendientes de nuestro Derecho urbanístico, una cuestión de escaso interés para un legislador que tenía preocupaciones más acuciantes<sup>21</sup>. No obstante, de una concepción de esta clase de suelo como un recurso barato que, por su falta de servicios, sólo es apto para determinados usos, se está pasando paulatinamente a concepciones en que se valoran los aspectos ambientales de esta clase de suelo, especialmente en lo que se refiere al suelo no urbanizable especialmente protegido, cuyo régimen jurídico va separándose paulatinamente del aplicable al ordinario o común. Una manifestación extrema de esa tendencia se manifestaría en la intangibilidad de los suelos integrados en la Red Natura 2000: sólo su degradación o «evolución natural, científicamente demostrada», permiten que, tras una información pública y el asentimiento de la Comisión Europea, pueda acordarse su descatalogación (Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad art. 48 y Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, artículo 13.4, párrafo segundo). Además de preverse, en términos más genéricos, que la utilización de los terrenos con valores ambientales, científicos o paisajísticos que sean objeto de protección estará sometida a la preservación de esos valores (Real Decreto Legislativo 2/2008, artículo 13.4, párrafo primero).

Sin embargo, la concepción tradicional está todavía claramente presente en sentencias del Tribunal Supremo como la de 28 de diciembre de 2005<sup>22</sup>. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había estimado el recurso de una empresa papelera contra la aprobación del proyecto básico de una depuradora de aguas residuales. La cuestión debatida era la interpretación de la norma que prevé la posibilidad de establecer construcciones e instala-

21. PAREJA LOZANO, C. (2006), «La evolución del derecho urbanístico en el suelo rústico o no urbanizable», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente* núm. 225, pgs. 295-322.

22. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, de 28 de diciembre de 2005, ponente Rafael Fernández Valverde (RJ 2006, 2043).

ciones de interés público en suelo no urbanizable<sup>23</sup>. Aunque consideraba evidente el interés público de la estación depuradora de aguas residuales, no sucede lo mismo con la necesidad de su emplazamiento en el medio rural, que el TSJ consideró insuficientemente justificada. Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia anterior y desestima el recurso contencioso-administrativo original. De acuerdo con su razonamiento, no resulta dudoso que una instalación de las características de las estaciones depuradoras deba ubicarse en suelo no urbanizable. Es más, el Alto Tribunal afirma que como regla general, urbanísticamente, la ubicación natural de las depuradoras será el suelo no urbanizable. Es significativo que el Tribunal Supremo entiende que, al hacer esta afirmación, está aplicando una doctrina jurisprudencial consolidada, citando supuestos como la ubicación de un centro penitenciario, en los que se liga la necesidad de emplazamiento en el medio rural no sólo a los casos en que la naturaleza de la actividad a desarrollar está conectada a los fines propios del suelo rústico, sino también, «por una vía indirecta, negativa o por consecuencia, cuando las características de la actividad de utilidad pública o interés social sean rechazadas por el suelo urbano»<sup>24</sup>.

El Tribunal Supremo refuerza su argumentación poniendo en relación las estaciones depuradoras con las reglas sobre distancias que establece la normativa sanitaria<sup>25</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo no cierra la posibilidad, aunque con carácter excepcional, de que una estación depuradora pueda situarse en suelo distinto del no urbanizable.

La sensibilidad cambia cuando se trata de suelo no urbanizable especialmente protegido: todas las sentencias relativas a este tipo de suelo ponen el

---

23. La norma en vigor era el art. 20.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, muy similar al art. 85 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril. En términos similares, en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, art. 13.1, párrafo segundo, se establece lo siguiente: «Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural».

24. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, de 22 de abril de 1992, recurso núm. 1622/1988, ponente Francisco Javier Delgado Barrio (RJ 1992, 3837).

25. Concretamente, el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que establece una distancia superior a 2000 metros desde el núcleo urbano más próximo para el emplazamiento de las industrias que deban ser consideradas como peligrosas o insalubres, categoría esta última en la que resultarían inequívocamente incluidas las estaciones depuradoras de aguas residuales.

énfasis en el carácter reglado de la clasificación, que en la mayor parte de los casos vendría dado por la legislación sectorial o las propias características físicas del suelo. De este punto de partida se extraen diversas consecuencias, señaladamente la necesidad de motivar específicamente el cambio de clasificación que rebaja el nivel de protección.

En la Sentencia de 3 de julio de 2007<sup>26</sup> se examinan varios supuestos de cambio de la clasificación de determinados ámbitos de suelo no urbanizable especialmente protegido, que pasan a convertirse en urbanizables. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la revisión de 1997 del Plan General de Madrid, anulando la reclasificación como urbanizable de ámbitos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección. En la sentencia de instancia se argumentaba que el art. 45 de la Constitución impone a los poderes públicos los deberes de defender y restaurar el medio ambiente y que toda la legislación debe interpretarse de acuerdo con estos deberes constitucionales, lo que comporta que la alteración por el planeamiento de las clasificaciones preexistentes de suelo que supongan un régimen de protección para el suelo no urbanizable no queda amparada por una genérica discrecionalidad, sino que debe recibir una motivación expresa apoyada en motivos de interés público. En el recurso se aducen varios argumentos: que la normativa urbanística en ningún momento establece que unos terrenos clasificados en determinado momento como suelo no urbanizable deban considerarse inmutables en su condición de tales; en la discrecionalidad de que goza el planificador a la hora de determinar el modelo de desarrollo urbano; el carácter de la Memoria del Plan, que no tiene por qué contener una motivación minuciosa de cada novedad introducida en el plan, sino una motivación amplia de los cambios; o, finalmente, que el carácter discrecional comporta que sea el recurrente quien haya de probar que los límites de la discrecionalidad se han sobrepasado.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha afirmado en varias ocasiones que la clasificación del suelo como no urbanizable especialmente protegido no es una decisión puramente discrecional, sino que «prima el criterio real en la clasificación»<sup>27</sup>. Es más, ya había afirmado que la reversión de la clasificación como Suelo No Urbanizable de Especial Protección requiere una espe-

---

26. Recurso núm. 3865/2003, ponente Segundo Menéndez Pérez.

27. Sentencia de 15 de noviembre de 1995, recurso de apelación núm. 3849/1990, ponente Pedro Esteban Alamo; en el mismo sentido, Sentencia de 3 de noviembre de 1998, recurso de apelación núm. 7296/1992, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero.

cial motivación, como se argumenta en la Sentencia de 17 de febrero de 2003 (FJ 5)<sup>28</sup>:

«El punto de partida es el de que se está en presencia de un suelo “especialmente protegido”, naturaleza otorgada en virtud de una decisión administrativa, cuya necesidad de modificación es necesario justificar. No ha de olvidarse que el “suelo especialmente protegido” tiene unas características propias que motivan esa clasificación. La modificación de esa clasificación es posible, pero exige acreditar que han desaparecido aquellas condiciones y características que dieron lugar, en su día, a la clasificación de “especialmente protegido” de un determinado suelo».

En un sentido similar va la argumentación de la Sentencia de 25 de octubre de 2006<sup>29</sup>, relativa a un suelo clasificado en función de su valor paisajístico (FJ 2):

«no le será posible al planificador modificar esa clasificación por otra que permita, ya o en el futuro, incluirlo en el desarrollo urbano, sin justificar antes, de modo razonado y suficiente, que aquel o aquellos valores, o no existían realmente, o son ya inexistentes, o no pueden seguir siendo protegidos, allí, en aquel suelo, por causas jurídicamente atendibles».

En la Sentencia de 3 de julio de 2007 se sigue la doctrina anterior, que incluso se refuerza con una consideración de carácter más general: cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación de colaboración con jueces y tribunales en el curso del proceso que consagra el art. 118 de la Constitución determina que esa parte esté especialmente obligada a aportarlas, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad (FJ 13). A partir de ahí, se argumenta que no basta con afirmaciones genéricas en cuanto al modelo urbano, cuando se hace una reconsideración que restringe los ámbitos de suelo no urbanizable especialmente protegido (FJ 17):

«La duda, como ya hemos dicho, perjudica a la Administración autora del Nuevo Plan General, pues en su Plan anterior consideró necesario proteger suelos que ahora desprotege y no debe, por no disponer ahí de una potestad meramente discrecional y sí, más bien, reglada, ampararse sólo en la presunción de racionalidad del nuevo planeamiento en su conjunto, que hubiera de ser combatida y destruida por el impugnante, sino justificar que aquella desprotección no conculca las normas jurídicas que rigen la clasificación de los suelos no urbanizables protegidos».

Aplicando los criterios anteriores, el Tribunal Supremo estudia uno por uno los diferentes ámbitos y, si bien estima parcialmente el recurso de casa-

---

28. Recurso de casación núm. 6221/1999, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero.

29. Recurso de casación 3713/2003, ponente Segundo Menéndez Pérez.

ción, mantiene la anulación de la desprotección de suelo operada en varios ámbitos de planeamiento.

A la inversa, el incremento de la protección y defensa del paisaje se considera un argumento suficiente para legitimar el paso de un suelo no urbanizable ordinario a la categoría de especial protección, como se hace en la Sentencia de 14 de febrero de 2007<sup>30</sup>. Ciertamente, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana había desestimado el recurso contencioso-administrativo y confirmado la legalidad de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Benicarló que dio una nueva clasificación a los terrenos de la entidad recurrente, que pasaron de suelo no urbanizable «común» a no urbanizable de «especial protección». Las razones parecen haber sido la protección de un yacimiento arqueológico ibero y, en lo que afectaba a la finca de la recurrente, la protección paisajística de un cerro rodeado por un extenso llano, configuración geográfica infrecuente en la provincia de Castellón. Pese a la existencia de informes que cuestionan la necesidad de esa protección por debajo de una determinada cota, se confirma la decisión administrativa. La sentencia de instancia, en argumento también recogido por el Tribunal Supremo, parte una vez más del carácter reglado de la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1995. Aunque la decisión de la Administración iría más allá de lo estrictamente indispensable para la finalidad perseguida, la importancia de la protección del paisaje llevaría a no aplicar criterios o reglas de afección mínima a los derechos de los particulares (FJ 4). En tal sentido se cita, no sólo la normativa regional, sino la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) para la protección de aquellos parajes o culturales que se considera que presentan «interés excepcional que exige que se conserven como elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera», por ser además «bienes único e irremplazables cualquiera que sea el país a que pertenezcan»; y, por otra parte, el Convenio Europeo del Paisaje, hecho en Florencia el 20 de octubre de 2000, que busca promover la implantación de políticas integrales de protección del paisaje que no se limite a la conservación de los parajes considerados de especial valor, o a la tutela indirecta a través de instrumentos ambientales, sino que proceda a establecer los instrumentos y los medios necesarios para acometer, de forma directa e integrada una política de «protección, gestión y ordenación de los paisajes».

---

30. Recurso núm. 5559/2003, ponente Rafael Fernández Valverde.

En el mismo sentido se invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>31</sup> y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>32</sup>.

En la misma línea, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia e, indirectamente, la decisión administrativa por la que se había clasificado un suelo como no urbanizable de especial protección paisajística y ambiental, frente a la pretensión del particular recurrente, que solicitaba que se considerase suelo no urbanizable de uso minero, con la argumentación de los valores ambientales a preservar y la discrecionalidad de la Administración para adoptar las decisiones más convenientes para su preservación<sup>33</sup>

Los pronunciamientos anteriores se verían complementados por el más reciente de 30 de septiembre de 2008<sup>34</sup>, en el que se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que había desestimado el recurso contra la revisión de las Normas subsidiarias de Arucas. Se trata de una desclasificación de suelo urbanizable, que pasa a convertirse en no urbanizable y frente a la que los recurrentes argumentan la ausencia de valores agrícolas que en la memoria del plan se dice querer proteger y la «realidad urbanística», que llevaría a su incorporación al proceso urbano. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza que el estado de abandono pueda considerarse determinante, puesto que la clasificación ha de tener en cuenta los valores a preservar y los campos de cultivo, incluso abandonados, pueden tener un alto potencial para una restauración medioambiental.

#### **4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

Uno de los campos en los que con más claridad se advierte la sensibilidad creciente del Tribunal Supremo por las cuestiones ambientales es el de las evaluaciones ambientales. Puede recordarse que se ha pasado de una jurisprudencia restrictiva en cuanto a su exigibilidad y a los eventuales efectos de su omisión o cumplimiento defectuoso a unas decisiones judiciales que en varios casos se han adelantado a la evolución de la legislación vigente, en ocasiones en conexión directa con las normas comunitarias y la jurispuden-

---

31. Sentencia 102/1995, de 26 de junio.

32. Sentencia de 25 de septiembre de 1996, Buckley contra el Reino Unido, y las cinco Sentencias de 18 de enero de 2001, asuntos Coster, Beard, Chapman, Lee y Jane Smith contra el Reino Unido.

33. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, de 21 de julio de 2008, recurso de casación 5380/2004, ponente Eduardo Calvo Rojas.

34. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, de 30 de septiembre de 2008, recurso de casación 5445/2004, ponente Pedro José Yagüe Gil. Tienen un objeto coincidente las sentencias de 24 y 25 de junio de 2008 (recursos de casación núm. 4726/2004 y 4268/2004).

cia del Tribunal de Luxemburgo. No obstante, el Tribunal Supremo parece aspirar a articular una jurisprudencia matizada, que tenga en cuenta los diversos intereses en presencia y no únicamente los ambientales.

#### 4.1. LA DENEGACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE MEDIDAS CAUTELARES

Aunque en diversas resoluciones del Tribunal Supremo se haga referencia a otros autos, sólo ha sido posible localizar cuatro relativos a solicitudes de medidas cautelares, pretensiones basadas, según se señala en los autos, en «una apariencia de buen derecho en el planteamiento de la demanda, especialmente el referido a la *ilegal tramitación del Estudio de Impacto Ambiental que debió llevarse a efecto en su conjunto y no de forma parcial*, habiéndose realizado variantes gratificables que requerirían una nueva evaluación»<sup>35</sup>. Sin embargo, en ambos casos la sección 3ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo denegó la suspensión solicitada, con la misma argumentación, en la que se contraponen intereses ambientales y económicos (FJ 2 del Auto 208/2008, incluido textualmente o citado en los restantes):

«En cuanto a la protección de los intereses en conflicto, tampoco es determinante de una resolución favorable a la suspensión, pues la finalidad que se pretende con la ejecución del proyecto no es otra que cumplir la obligación de “Red Eléctrica de España, SA” de transportar electricidad a los puntos de distribución, lo que representa un *interés de indudable carácter general*, mientras que el interés de protección del medio ambiente en el territorio, aunque es relevante, no queda suficientemente demostrado que se vaya a ver perturbado, pues los efectos desfavorables que en la salud de los ciudadanos y animales pudiera producir la ejecución del proyecto no hay evidencia científica que los avale, y, respecto a los que se produjeran en la fauna y flora, existen medidas adecuadas para su eliminación o atenuación, y en cualquier caso, si fueren determinantes de la nulidad del acto, serían temporales, hasta que se ejecute la hipotética sentencia estimatoria, y por ello difícilmente irreversibles. Por otra parte, las evaluaciones de impacto ambiental, aunque, según la tesis del recurrente, fueren ilegales por su parcialidad, contienen medidas dirigidas a

---

35. Autos de la Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª, de 14 de mayo de 2008, recurso núm. 208/2007, ponente Óscar González González (JUR 2008, 176317), referido a la línea eléctrica aérea a 400 kV «Soto de Ribera-Penagos», entre el Principado de Asturias y la Comunidad de Cantabria; auto de la misma fecha, recurso núm. 366/2006, ponente Eduardo Espín Templado (JUR 2008, 169920), relativo a la misma línea eléctrica y con texto sustancialmente idéntico; un tercer auto de la misma fecha, recurso núm. 209/2007, ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona (JUR 2008, 251331), también referido a la línea eléctrica aérea Soto de Ribera-Penagos, en el que se cita nominativamente el primero de los autos referidos; y de 21 de octubre de 2008, del mismo ponente (JUR 2008, 351243), línea eléctrica aérea a 400 kV, doble circuito, denominada Tordesillas-Segovia, en el que se contiene la misma cita.

precaver los posibles daños al medio ambiente. Aun en el supuesto de que, pese a todo, no se produjese su total eliminación, no por ello debería acordarse la suspensión, habida cuenta de que la instalación se dirige a mejorar el servicio eléctrico de una zona deficientemente atendida por las anteriores líneas de transporte y distribución. *No puede evitarse que en un Estado de Bienestar que la población demanda sean necesarios ciertos sacrificios, e incluso mínimos daños al medio, debiendo adoptarse un adecuado equilibrio entre la demanda de electricidad y la protección de la naturaleza*, correspondiendo a las autoridades medioambientales determinar en qué medida los efectos perjudiciales de la instalación pueden ser asumidos minimizando los riesgos de efecto invernadero. *Entender lo contrario sería tanto como paralizar el crecimiento económico y el desarrollo de la industria».*

En otros términos, el interés ambiental es susceptible de protección jurisdiccional, incluso cautelar, pero en el mismo nivel que otros intereses que puedan reconducirse al interés general, admitiéndose expresamente la posibilidad de que haya que aceptar daños al medio ambiente, aunque deberán minimizarse, en aras del crecimiento económico. En consecuencia, parece haber sido abandonada la postura de considerar el interés público en la protección del medio ambiente como siempre prevalente frente a consideraciones económicas, que había sido adoptada en algunas resoluciones del Tribunal Supremo a partir del Auto de 11 de mayo de 1989<sup>36</sup>, y que aunque se tratase de una postura matizada en otras resoluciones<sup>37</sup>, no había dejado de ser refrendada en pronunciamientos recientes, como los autos de la sección 5ª de 23 de marzo, 23 de junio, 6 y 7 de noviembre de 2006, a propósito de las asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (autos a los que se hace referencia en el epígrafe 5.1).

#### 4.2. UNA MATIZACIÓN A LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS SUJETOS

En los últimos años ha podido apreciarse una cierta tendencia del Tribunal Supremo a apreciar de forma expansiva la obligatoriedad de la declaración de impacto ambiental. Pueden citarse ejemplos como la Sentencia de 19 de julio de 2004<sup>38</sup> –relativa a un plan gestor de residuos– para aplicar un concepto amplio de «proyecto», tal como figura en el Anexo I del Real De-

---

36. Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1ª, de 11 de mayo de 1989, ponente Francisco González Navarro (RJ 1989, 3867).

37. GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2006), «Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en F. LÓPEZ RAMÓN, *Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, pgs. 276-277.

38. RJ 2004, 5405. Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, ponente Pedro José Yagüe Gil Recurso de Casación núm. 3080/2001.

creto 1131/88, en el que se hace referencia a «todo documento técnico que define o condiciona de modo necesario, particularmente en lo que se refiere a la localización, la realización de planes y programas, la realización de construcciones o de otras instalaciones y obras». De acuerdo con este razonamiento, es exigible la evaluación de impacto ambiental cuando la localización de una determinada instalación venga ya determinada en el Plan y el futuro proyecto no podría variarla en absoluto, ya que «es propio de la naturaleza de Estudios de Impacto Ambiental que especifiquen las distintas alternativas de la solución adoptada». En la Sentencia de 27 de junio de 2007<sup>39</sup>, también a propósito de la impugnación de un plan de residuos –concretamente, un Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal para la Gestión de Residuos Urbanos–, en el que se preveía *un emplazamiento concreto para el Centro de Tratamiento de Residuos Urbanos*, el Tribunal Supremo consideró aplicable e infringido el RAMINP, e incumplida la normativa que regula la evaluación de impacto ambiental, con la consecuencia inevitable de la declaración de nulidad.

No obstante, sería preciso matizar que la posición del Tribunal Supremo, si bien es proclive a una interpretación extensiva de la obligatoriedad de evaluar el impacto ambiental de determinadas actuaciones, no deja de establecer un contrapunto cuando tal extensión no le parece razonable. Sería éste el caso contemplado en la Sentencia de 31 de enero de 2008<sup>40</sup>: la construcción de una línea férrea de cinco kilómetros, entre el puerto de Marín y Pontevedra, aunque en este último punto enlazase con la red general, no estaba sometida a previa declaración de impacto ambiental. Los meros proyectos de construcción de vías o líneas de ferrocarril previstos en el Anexo II del Real Decreto Legislativo 1302/1986 están excluidos en principio de la evaluación de impacto, salvo decisión expresa en contra del órgano ambiental competente. El Tribunal Supremo razona la no aplicabilidad al caso de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de septiembre de 2004 (asunto C-227/01), en la que se declaró que las autoridades españolas habían realizado una aplicación incorrecta de la Directiva 85/337 por no haber sometido a evaluación ambiental las obras a realizar en un tramo de 13,2 kilómetros entre las localidades de Las Palmas y Oropesa, en el que la línea de ferrocarril existente se desdoblaba, («proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa»). El Tribunal europeo afirmó la sujeción a la Directiva de los proyectos de desdoblamiento

---

39. Recurso núm. 8668/2003, ponente Rafael Fernández Valverde.

40. RJ 2008, 378. STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3) de 31 de enero de 2008, recurso de casación núm. 8757/2003, ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona.

y, en cuanto al argumento de la escasa longitud del tramo, argumentó que dicho proyecto formaba parte de una línea férrea de 251 kilómetros entre Valencia y Tarragona, comprendida en el proyecto «Corredor del Mediterráneo», que comunica el Levante con Cataluña y la frontera francesa, por lo que «el efecto útil de la Directiva 85/337 podría quedar gravemente comprometido, puesto que bastaría con que las autoridades nacionales en cuestión fraccionaran un proyecto de una larga distancia en tramos sucesivos de pequeña importancia para que tanto el proyecto considerado en su globalidad como los tramos surgidos de dicho fraccionamiento pudieran eludir lo dispuesto en dicha Directiva». Sin embargo, puesto que el tramo Pontevedra-Marín no forma parte de un corredor ferroviario, ni hay peligro de que por la vía del fraccionamiento de proyectos sucesivos se quiera eludir la exigencia de la evaluación del impacto ambiental para una línea férrea o trayecto de largo recorrido, el tramo ha de ser examinado por sí mismo, no siendo exigible la evaluación ambiental.

#### **4.3. LA REAFIRMACIÓN DEL EFECTO INVALIDANTE DE LA OMISIÓN O REALIZACIÓN GRAVEMENTE DEFECTUOSA**

Es conocido que la imprecisa redacción de la normativa comunitaria y las dudas sobre el margen de apreciación que correspondía a los legisladores nacionales respecto a los proyectos incluidos en el Anexo II de la Directiva 85/337, generaron dudas aplicativas. El legislador español no se consideró vinculado por el mandato genérico del artículo 4.2 de la Directiva 85/337 y aprobó un Anexo II del Real Decreto Legislativo 1302/1986 en cuya redacción original<sup>41</sup> la relación de proyectos sometidos a evaluación iba poco más allá de la establecida en el Anexo I de la Directiva<sup>42</sup>. Esta posición fue avalada por el Tribunal Supremo en varios conflictos sobre la construcción de tendidos de energía eléctrica, a partir de la Sentencia de 2 de diciembre de 1994<sup>43</sup>, doctrina confirmada en pronunciamientos posteriores<sup>44</sup>, aunque la posición de los magistrados no fuese unánime<sup>45</sup>.

---

41. La redacción actualmente en vigor del Anexo II proviene de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental.

42. GARCÍA URETA, A. (1994): *Marco jurídico de la evaluación de impacto ambiental: el contexto comunitario y estatal*, Oñate, IVAP, pgs. 228 y ss.

43. (RJ 1994, 10023).

44. Entre otras, SSTS de 14 de abril de 1998 (RJ 1998, 3633) y de 1 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2127).

45. Como muestra el voto particular formulado por dos magistrados a la STS de 1 de febrero de 1999.

El cambio se produjo con las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2002<sup>46</sup>, en las que se hizo una interpretación extensiva del carácter preceptivo de la declaración. Es más, el Tribunal entendió que la omisión de la evaluación de impacto ambiental constituía un caso de nulidad de pleno derecho de las declaraciones de utilidad pública de una subestación eléctrica y de modificaciones en el trazado de una línea de alta tensión. Es decir, se pasó a una interpretación extensiva de la obligatoriedad de la evaluación ambiental y, quizá más significativo, a una consecuencia más drástica en los casos de incumplimiento<sup>47</sup>.

En ningún caso parece que los defectos de la declaración de impacto ambiental sean susceptibles de subsanación *a posteriori*. Por el contrario, «su carácter necesariamente previo y determinante de muchos aspectos de la autorización», además de «contenido material», que «puede determinar hasta la ubicación del proyecto», impiden «convalidar o subsanar a posteriori una aprobación del planeamiento llevada a cabo sin la, previa y necesaria, toma en consideración de la citada Declaración de Impacto Ambiental»<sup>48</sup>.

La declaración de impacto ambiental, razona el Tribunal Supremo, es la plasmación de un juicio prospectivo, técnico y jurídico, de los organismos competentes en medio ambiente, por medio del que se dilucida si un proyecto es conveniente desde un punto de vista ambiental y, de ser así, las condiciones que deban establecerse para la protección del medio ambiente y de los recursos naturales. Es esencial que este juicio técnico sea puesto a disposición del órgano de la Administración competente para la autorización del proyecto y, en todo caso, ha de hacerse público. El órgano competente

---

46. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 1 de abril de 2002, recurso contencioso-administrativo núm. 861/2000, ponente Oscar González González (RJ 2002, 9950). Esta sentencia es ampliamente citada en las otras dos de la misma fecha, Sala y Sección: la que tiene como origen el Recurso núm. 860/2000, ponente Francisco Trujillo Mamely (RJ 2002, 9410); y la que resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 1244/2000, ponente Segundo Menéndez Pérez (RJ 2002, 9885).

47. La declaración de nulidad radical ha sido criticada por la doctrina: FUERTES LÓPEZ, Mercedes (2002): «Evaluación de impacto ambiental e instalaciones eléctricas», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 114, pgs. 271-272. Esta autora aduce que, en ocasiones anteriores, el Tribunal Supremo había declarado una nulidad simple o anulabilidad. Cita en este sentido las sentencias de 13 de enero de 1988 (RJ 1988, 231), a propósito de una licencia municipal otorgada sin estudio de impacto, o de 31 de enero de 2000 (RJ 2000, 668), que anuló la realización de pistas forestales que podían afectar al oso pardo.

48. En este sentido pueden citarse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10522), de 13 y 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10506), 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1985), de 13 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8871) y 21 de enero de 2004 (RJ 2005, 5665).

para la autorización puede discrepar de la evaluación de impacto ambiental, tanto en lo referido a la conveniencia de ejecutar el proyecto, como en las condiciones a que haya de sujetarse, discrepancia que sería resuelta por el Consejo de Ministros o por el Consejo de gobierno de la Comunidad Autónoma. De acuerdo con el Tribunal Supremo, en su ya citada sentencia de 19 de julio de 2004:

«Resultan así, de aquel conjunto normativo, dos conclusiones que en buena lógica parecen imponerse, importantes sin duda para decidir sobre la cuestión que se examina: una de ellas es que la DIA no se configura propiamente como un acto autorizatorio más, que en concurrencia con otro u otros haya de obtenerse para que el proyecto pueda ser llevado a cabo; éste, en lo que ahora importa, queda sujeto a un único acto autorizatorio que integrará en su contenido las determinaciones de la DIA o del Consejo de Ministros u órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, según que no exista o exista aquella discrepancia (son las condiciones medioambientales que al final resulten, bien directamente de la DIA, bien de la decisión resolutoria de la discrepancia, las que han de formar un todo coherente con las exigidas para la autorización del proyecto –art. 18.2 del Real Decreto– y las que tendrán el mismo valor y eficacia que el resto del condicionado de la autorización –art. 27 de dicha norma reglamentaria–); y otra, que el contenido de la DIA no constituye, por tanto, la decisión última de la Administración, ni acerca de la conveniencia de ejecutar el proyecto, ni acerca tampoco de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse».

En lo que insiste el Tribunal Supremo es en la necesidad de motivar las decisiones discrepantes de las recomendaciones contenidas en la declaración de impacto ambiental, comportando la omisión de la motivación la declaración de invalidez de la resolución<sup>49</sup>.

Sin embargo, no cualquier irregularidad en la elaboración o formulación de la evaluación ambiental acarreará la nulidad de la resolución recaída en el procedimiento principal. Por el contrario, corresponde al impugnante argumentar la relevancia o influencia que hayan podido tener las irregularidades denunciadas. En la Sentencia de 20 de diciembre de 2006<sup>50</sup>, se examina el recurso de casación contra la Sentencia de 29 de noviembre de 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Junta de Castilla y León por la que se declaró de utilidad pública y se aprobó el proyecto de instalación de una línea eléctrica aérea de 132 KW. La demanda se basaba

---

49. STS (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª) de 30 de septiembre de 2008, ponente Pedro José Yagüe Gil, recurso de casación núm. 4675/2004.

50. Sala de lo contencioso-administrativo, sección 6ª. Recurso núm. 765/2004, ponente Margarita Robles Fernández.

en el carácter de evaluación «simplificada» de la que se había realizado, siendo que la exigible era la «ordinaria», lo que se plasmaba en la falta de estudio de alternativas técnicas y de trazado. Un párrafo muy significativo de la argumentación de la sentencia de instancia, transcrito por el Tribunal Supremo, sería el siguiente:

«la ausencia de alternativa no siempre supone la nulidad del procedimiento sino que habrá de estarse a cada caso concreto, ya que obviamente deberá elegirse la forma de explotar y trasladar los recursos naturales de la manera más racional posible y que menos perjuicios ocasione al medio ambiente, de forma tal que de ser posible optar entre un espacio de especial interés y otro degradado, se elija siempre este último para la realización de determinadas actividades; lo que no comporta que siempre existan tales alternativas y que si estas no se presentan no pueda tramitarse la solicitud. Significativas son a este respecto las sentencias de los TSJ del País Vasco de 19 de mayo de 1999 que hace recaer en la parte recurrente la carga de acreditar la existencia de dichas alternativas al trazado, y la de TSJ de Asturias de 18 de junio de 2002, que se expresa en similar sentido».

El Tribunal Supremo se adscribe a esta posición, aunque formulándola en términos más genéricos, en sus Sentencias de 14 de abril de 1998<sup>51</sup> y 11 de febrero de 2004<sup>52</sup>: la prueba del impacto ambiental negativo corresponde al recurrente, siendo insuficiente una mera cita de los preceptos legales que se consideran infringidos, cuando se haga sin precisar cual es la concreta vulneración que se considera producida. Además, el juicio sobre el cumplimiento de los requisitos procedimentales mínimos deberá hacerse con criterios estrictamente jurídicos y no de oportunidad o conveniencia: que hubiese una tramitación preferible no convierte en anulable las alternativas, como se resalta en la Sentencia de 16 de mayo de 2008<sup>53</sup>.

Por otra parte, la anulación de la aprobación de un proyecto por omisión de la evaluación de impacto ambiental no comporta la invalidez de las actuaciones realizadas conforme al procedimiento aplicable, siendo perfectamente válido someter el proyecto a una nueva evaluación de impacto ambiental una vez subsanadas las deficiencias observadas, como se señala en la Sentencia de 29 de enero de 2008<sup>54</sup>.

51. Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª, ponente Fernando Ledesma Bartret. Recurso núm. 305/1995.

52. Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. Recurso núm. 204/2002.

53. RJ 2008, 4094. STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3) de 16 de mayo de 2008, ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona. Recurso de Casación núm. 858/2006.

54. RJ 2008, 453. Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. Recurso de casación núm. 9628/2003.

Una declaración de impacto ambiental extemporánea, posterior a la aprobación de un plan parcial urbanístico, aunque anterior a la del proyecto de urbanización, es elemento determinante en la anulación del plan en el conocido caso de Las Navas del Marqués, aunque en este caso la sentencia corresponda a un Tribunal Superior de Justicia, estando aún pendiente la casación ante el Tribunal Supremo<sup>55</sup>. Debe tenerse en cuenta que se trataba de un suelo no urbanizable especialmente protegido por su valor paisajístico-forestal, próximo a zonas de anidación de especies protegidas, como el águila imperial o la cigüeña negra. Según algún autor, una consecuencia indeseada de pronunciamientos como éste sería el recurso a la aprobación legislativa de lo que no son sino planes urbanísticos, con el fin de blindar las decisiones políticas del control jurisdiccional<sup>56</sup>.

#### **4.4. LA IMPUGNACIÓN AUTÓNOMA DE LA DECISIÓN SOBRE LA SUJECCIÓN A EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

Es una doctrina jurisprudencial bien establecida que la declaración de impacto ambiental es considerada un acto de trámite y que, como tal, no resulta susceptible de ser impugnada de forma autónoma. Esta jurisprudencia fue iniciada con la fundamental Sentencia de 17 de noviembre de 1998<sup>57</sup>, caso de la presa de Itoiz, reiteradamente citada en pronunciamientos posteriores: es jurisprudencia reiterada y constante que la declaración de impacto ambiental no es susceptible de recurso contencioso-administrativo independiente o autónomo de la decisión final autorizatoria<sup>58</sup>. La razón de ello residiría en la naturaleza y efectos de la declaración de impacto ambiental, puesto que «no se trata de un informe vinculante ni determinante de la decisión adoptada», como se dice en la citada sentencia de 20 de noviembre de 2007. Sin embargo, el Tribunal Supremo sí admite «explícita y taxativamente la

---

55. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede de Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), de 29 de septiembre de 2006 Recurso contencioso-administrativo núm. 535/2003 (RJCA 2007, 174).

56. BOUAZZA ARIÑO, O. (2008): «Desclasificación por Ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales: el caso de la Ciudad del Medio Ambiente», en Revista Española de Derecho Administrativo núm. 138, pgs. 259-273.

57. RJ 1998, 10522. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) de 17 de noviembre de 1998, ponente Segundo Menéndez Pérez. Recurso de casación número 7742/1997.

58. Pueden citarse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10019 y 10506), de 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 185), de 13 de octubre de 2003 (recurso número 4269/1998 [RJ 2003, 8871]), de 24 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8618), de 21 de enero de 2004 (RJ 2005, 5665), de 12 de abril de 2005 (RJ 2005, 4445), de 19 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 171) o de 20 de noviembre de 2007 (recurso núm. 9184/2003 [RJ 2008, 199]).

viabilidad de la impugnación jurisdiccional de las declaraciones de impacto ambiental cuando se recurran los actos de aprobación de los proyectos correspondientes»<sup>59</sup>.

Sin embargo, la solución cambia cuando se trata de decidir si el impacto ambiental de un proyecto debe ser sometido a evaluación. De acuerdo con el actual art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 enero, los proyectos del Anexo II, así como los proyectos no incluidos en el Anexo I pero que pueden afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Natura 2000, sólo deberán someterse a evaluación de impacto ambiental cuando lo decida el órgano ambiental en aplicación de los criterios contenidos en el Anexo III, todo ello sin perjuicio de las previsiones de la legislación autonómica. Cuando se plantee la cuestión de la sumisión a evaluación de impacto, puede plantearse que la decisión de la Administración pública competente sobre el carácter preceptivo o no de la evaluación de impacto ambiental para un determinado caso adquirirá el carácter de acto de trámite «cualificado» –y, por tanto, susceptible de recurso autónomo–, problema que ha sido abordado en las sentencias de 13 y 27 de marzo, de 26 de junio de 2007 y de 23 de enero de 2008<sup>60</sup>. En los dos primeros casos, la Junta de Andalucía había recurrido en el contencioso la decisión del Ministerio de Medio Ambiente de no someter a evaluación ambiental la construcción de sendos tramos de carreteras, habiendo sido inadmitidos mediante auto los recursos por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sin embargo, el Tribunal Supremo otorga la razón a la recurrente y ordena la retroacción de las actuaciones, en la segunda sentencia con cita expresa de la primera. La tercera sentencia se refiere a la ampliación de unas instalaciones mineras, que fue sometida a evaluación de impacto ambiental, pero que ya había caducado, por lo que la Comunidad de Madrid exigió su sometimiento a nueva evaluación. Finalmente, en la cuarta, la recurrente es también la Junta de Andalucía frente a la

---

59. STS (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3) de 7 de mayo de 2008, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. Recurso de casación núm. 1166/2005. En los mismos términos, STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3) de 16 de mayo de 2008, ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona, recurso de casación núm. 858/2006 (RJ 2008, 4094).

60. Sentencia de 13 de marzo de 2007, recurso de casación núm. 1717/2005, ponente Rafael Fernández Valverde (RJ 2007, 1846); Sentencia de 27 de marzo de 2007, recurso núm. 8704/2004, ponente Segundo Menéndez Pérez (RJ 2007, 3148); Sentencia de 26 de junio de 2007, recurso núm. 8536/2007, ponente Pedro José Yagüe Gil; y Sentencia de 23 de enero de 2008, ponente Jesús Ernesto Pérez Morate (RJ 2008, 1588). La primera de las sentencias citadas ha sido comentada en RÁZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2008): «La impugnabilidad de los actos dictados en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos en la reciente jurisprudencia», en Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia núm. 2/2008 (BIB 2008, 373).

decisión de la Administración General del Estado de no someter a evaluación ambiental, en este caso, un proyecto de trasvase de arenas en el Puerto de Huelva. Es decir, en las dos primeras sentencias y en la cuarta se reconoce la posibilidad de impugnar los actos por los que se declara que no es precisa la realización de EIA, mientras que en la tercera por orden cronológico se hace lo mismo, pero para la resolución en que se declara la necesidad de realizar la previa evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal Supremo reconoce que en su propia jurisprudencia se establece que la evaluación de impacto ambiental no es susceptible de impugnación autónoma, pero entiende que esta doctrina no es aplicable a la decisión de someter o no un determinado proyecto a evaluación ambiental. Como se admite de forma expresa en la Sentencia de 13 de marzo de 2007, la jurisprudencia reputa como acto de trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional autónoma la declaración de impacto ambiental, pero se matiza esa doctrina con el siguiente argumento (FJ 4)

«a diferencia de la doctrina establecida en relación con los actos aprobatorios de las evaluaciones de impacto ambiental –en los que su revisión jurisdiccional ha de quedar diferida al momento posterior de revisión del acto aprobatorio del proyecto en el que se integra–, en el supuesto de autos la decisión sobre la mencionada innecesariedad de la evaluación, cuenta, por sí misma, con un efecto inmediato, cual es, justamente, la ausencia de evaluación; decisión, pues, necesariamente previa a la evaluación y adoptada con criterios propios e independientes, que en modo alguno alcanza a integrarse en la decisión aprobatoria del proyecto».

Esta posición se basa en la doctrina general sobre impugnación de actos de trámite (FJ 5):

«el legislador ha ampliado para el ámbito jurisdiccional las condiciones de impugnación de los actos de trámite, añadiendo a las condiciones previstas para la vía administrativa las de que “decidan directa o indirectamente el fondo del asunto” –ya implícita en la jurisprudencia de referencia– y la de que los actos de trámite que producen “perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”, que constituye la auténtica novedad del artículo 25.1 LRJCA. Esta expresión, a su vez, es introducida en el nuevo artículo 107 LRJPA, según la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero».

La doctrina anterior está emparentada con la posibilidad del Consejo de Ministros o el órgano autonómico equivalente de, por motivos excepcionales, excluir proyectos del trámite de evaluación de impacto ambiental (Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 enero, disposición adicional segunda, que ha sustituido el mecanismo análogo previsto en igual disposición del Real Decreto Legislativo 1302/1986). Puede recordarse que en la Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 8317), el Tribunal Supremo revocó la sen-

tencia de instancia en la que se había acordado la inadmisión de recurso contra un acuerdo de la Comunidad de Madrid que por el que se había decidido excluir determinados proyectos de la evaluación.

#### **4.5. DECLARACIONES AMBIENTALES VINCULANTES Y COMPATIBILIDAD CON LA LEGISLACIÓN BÁSICA**

En el origen de la Sentencia de 27 de febrero de 2007<sup>61</sup> está la denegación por la Comunidad Autónoma de Madrid de la conversión de un permiso de investigación para yacimientos yesíferos en concesión minera, en función de una declaración negativa de impacto ambiental debida a la afección al Parque Regional del Sureste. Concretamente, la concesión de explotación fue denegada en aplicación del art. 9.2 de la Ley madrileña 10/1991, para la Protección del Medio Ambiente (posteriormente sustituida por la Ley 2/2002, de 19 de junio): «2. En los supuestos del Anexo II *las Declaraciones de Impacto Ambiental tiene carácter vinculante para el órgano de Administración con competencia sustantiva si dichas declaraciones fueran negativas* o impusieran medidas correctoras».

La declaración de impacto ambiental fue desfavorable porque las 5 cuadrículas para las que se solicitaba la concesión de la explotación están situadas en torno a los cursos bajos de los ríos Manzanares y Jarama, zona calificada en el art. 29 de la Ley 6/1994, de 28 de junio, como «zona degradada a regenerar», con prohibición de «todas aquellas actividades que produzcan nuevos o mayores deterioros...».

Por los recurrentes se alegaba la contradicción con la normativa básica estatal, por cuanto el Real Decreto Legislativo 1302/1986, con carácter básico en su integridad, establecía que, en caso de discrepancia entre el órgano ambiental y el sustantivo, la decisión quedase para el Consejo de Ministros o Consejo de Gobierno autonómico (artículo 4). Pese a la discrepancia, la legislación madrileña habría respetado la normativa básica, según el Tribunal Supremo (FJ 4):

«Lo que sucede, sin embargo, es que ni la Ley 10/1991 de la Comunidad de Madrid (hoy sustituida por la Ley 2/2002, de 19 de junio) contravenía la normativa estatal ni ha sido interpretada en contra de lo establecido en ésta. En efecto, el artículo 9, apartado 1, de la misma atribuía a las declaraciones de impacto ambiental sobre los proyectos, obras y actividades incluidas en el Anexo I los efectos previstos en la legislación básica estatal. Pues bien, tales actuaciones enumeradas en el citado Anexo I eran precisamente las que se especificaban en la legislación estatal básica en el momento en que se adopta-

---

61. Recurso 4630/2004, ponente Eduardo Espín Templado.

ron las resoluciones impugnadas (...). De esta manera la citada Ley de la Comunidad de Madrid respetaba las exigencias de la legislación estatal básica ya que, en los supuestos determinados por ésta los efectos de una declaración ambiental eran los determinados por dicha normativa.

Lo que hacía el apartado 2 del citado artículo 9 de la Ley madrileña era modificar tales efectos en supuestos no contemplados por la normativa estatal básica, en los que la necesidad de una declaración de impacto venía determinada por la propia legislación autonómica en el Anexo II de la propia Ley. Así pues, *en un ámbito de proyectos, obras y actividades especificados por la propia normativa madrileña –lo que sí constituye, frente a lo que sostiene la actora, una protección ambiental sustantiva añadida–, la Comunidad Autónoma tiene capacidad para otorgar a una declaración ambiental negativa unos efectos vinculantes que excedan los previstos en la normativa estatal o que supongan una diferencia procedimental respecto a aquélla, como la de prescindir de la remisión de la decisión al órgano de gobierno en caso de discrepancia entre los órganos medioambiental y sustantivo».*

Es decir, que el carácter vinculante de los juicios hechos por el órgano ambiental vienen a suponer un incremento de la protección ambiental lo que constituye, precisamente, el campo propio del legislador autonómico.

## **5. ANULACIÓN DE DIVERSAS ASIGNACIONES INDIVIDUALES DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO**

Desde finales de septiembre de 2008, en diversas sentencias del Tribunal Supremo se han venido anulando las asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el período 2005-2007 a diversas empresas, retrotrayendo las actuaciones en la mayoría de los casos, aunque, en algunos supuestos se han reconocido unos derechos de emisión superiores a los establecidos en su momento por el Consejo de Ministros. Aunque en las argumentaciones construidas por el Tribunal Supremo lo ambiental no haya sido sino una cuestión secundaria –la sentencias se centran en los derechos de la defensa de los interesados en los procedimientos administrativos y en el razonamientos próximos al derecho de la competencia–, esta serie de sentencias merece ser tratada con un cierto detenimiento, dada la importancia ambiental del tema de fondo.

### **5.1. PLANTEAMIENTO GENERAL: ALCANCE Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS**

En la mayor parte de los casos, las consideraciones que han llevado a la anulación han sido fundamentalmente formales: la falta de una motivación suficiente, tanto desde los parámetros de la legislación general de procedimiento común, como desde los propios de la asignación de emisiones, que supondrían un deber reforzado de motivación, dado su carácter técnico y los

intereses en juego. Las sentencias encuadrables en este grupo se limitan por lo general a anular el acto administrativo y retrotraer las actuaciones, reconociendo el derecho a una nueva asignación debidamente motivada<sup>62</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo no se contenta con el dato formal de la falta de motivación en la resolución, sino que exige que se haya producido una indefensión en sentido material, lo que le lleva a desestimar el recurso en algún caso, por estimar que la parte recurrente sí había llegado a conocer los motivos de la asignación<sup>63</sup>.

Por otra parte, en algunos de los pronunciamientos anulatorios se introduce un elemento sustantivo adicional a la falta de motivación, si bien en *obiter dicta*: la necesidad de tener en cuenta que las instalaciones previamente adaptadas a tecnologías menos contaminantes tienen un margen mucho menor de reducción de sus emisiones, dato que, de no ser tenido en cuenta, perjudicaría gravemente a las empresas titulares frente a sus competidores<sup>64</sup>.

Pueden encontrarse también anulaciones por motivos sustantivos, como es el no haber tenido en cuenta el aumento de producción derivado de nuevas instalaciones, lo que se plasma en una estimación parcial, defiriendo a la ejecución de sentencia la fijación de las unidades de emisión que corresponda, tras la realización de una prueba pericia<sup>65</sup>.

Yendo más allá, en varios casos el Tribunal Supremo ha estimado que respecto a las instalaciones de cogeneración regiría una normativa especial, que privilegia a estos emisores respecto a otros, lo que se plasmaría en una regla de suficiencia de los derechos de emisión asignados, lo que lleva no sólo a anular la asignación, sino a reconocer la situación jurídica individualizada, realizando una asignación nominativa de derechos de emisión conforme con

---

62. Sentencias de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo (sección 5ª) de 23 de septiembre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 268/2005 (RJ 2008, 4552); de 24 de septiembre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 269/2005, ponente Pedro José Yagüe Gil (RJ 2008, 4572); de 1 de octubre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 86/2005, ponente Pilar Teso Gamella, (JUR 2008, 343309.)

63. Sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo, sección quinta, del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2008, recurso núm. 311/2005, ponente M. del P. Teso Gamella; y de 1 de diciembre de 2008, recurso núm. 320/2005, ponente Eduardo Calvo Rojas.

64. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (sección 5ª) de 1 de octubre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 264/2005, ponente Jesús Ernesto Peces Morate (RJ 2008, 7455); y de 2 de diciembre de 2008, recurso núm. 259/2005, ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

65. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo Tribunal Supremo (sección 5ª), de 3 de diciembre de 2008, recurso núm. 322/2005, ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

las pretensiones del recurrente<sup>66</sup> o estableciendo criterios específicos para un nuevo cálculo de la asignación<sup>67</sup>.

En cuanto a otros pronunciamientos favorables o parcialmente favorables a la Administración, debe reseñarse que también resultó impugnado el Real Decreto 60/2005, de 21 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007 (norma reglamentaria que se aprobó en la misma sesión del Consejo de Ministros que la asignación individual de derechos de emisión, acto administrativo de aplicación del mismo). No obstante, este recurso no fue estimado al entender el Tribunal Supremo que la única alegación en que se basaba la impugnación –que «la metodología de la resolución impugnada incumple el principio de justificación clara, transparente y objetiva», pues que «la imprecisión de la resolución en cuanto a la metodología que ha empleado a la hora de asignar los derechos limita de facto la facultad del público de realizar observaciones que puedan tenerse debidamente en cuenta»–, chocaba con el hecho de que en el Real Decreto impugnado no introdujese ninguna modificación respecto a tales cuestiones, siendo la finalidad del mismo mejorar la calidad de las evaluaciones estimaciones y la asignación de derechos en cada sector aprovechando las solicitudes presentadas y las realizadas en el trámite de información pública<sup>68</sup>.

Otro pronunciamiento favorable a la Administración, con un contenido ambientalmente relevante, se refiere a una central eléctrica, que emplea un combustible con el mayor factor de emisión de todas las centrales térmicas de carbón, por lo que se le atribuyen unos mínimos derechos de emisión, penalizando las emisiones históricas, con lo que se pretende favorecer las centrales que presentan menor factor de emisión y llevan a cabo una generación eléctrica menos contaminante<sup>69</sup>.

---

66. Sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (sección 5ª) de 1 de octubre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 99/2005, ponente Jesús Ernesto Peces Morate (RJ 2008, 56129); y de 6 de octubre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 100/2005, ponente Eduardo Calvo Rojas (RJ 2008, 5993).

67. Sentencia de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo (sección 5ª) de 6 de octubre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 303/2006, ponente Eduardo Calvo Rojas (JUR 2008, 336350).

68. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5), de 27 de noviembre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 44/2005, ponente Pilar Teso Gamella (RJ 2008, 7022).

69. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5), de 30 de septiembre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 244/2005, ponente Rafael Fernández Valverde.

En cuanto a las consecuencias prácticas de estas anulaciones de asignaciones concretas de derechos de emisión contenidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, en algunos fallos se hace referencia expresa únicamente al deber de emitir una motivación adecuada, mientras que en otros –los más numerosos– se realiza una anulación del acuerdo recurrido con retroacción de las actuaciones y, finalmente, en algunos casos se estima el recurso en cuanto al fondo y se hace una nueva asignación o se ordena su realización. Parece lógico entender que las estimaciones deberán traducirse en indemnizaciones (aunque según algunas informaciones de prensa, el Gobierno se estaría planteando simplemente emitir una nueva «motivación»;<sup>70</sup> en todo caso, tal cosa es imposible en los casos de recursos estimados en cuanto al fondo). Las asignaciones anuladas se refieren a un período de tiempo ya transcurrido, no cabe reconocer derechos de emisión con efectos retroactivos y el Tribunal Supremo, en todos los casos en que se plantearon, denegó las solicitudes de suspensión del acuerdo, basándose en el carácter superior de los intereses ambientales y en la posibilidad de indemnizar los perjuicios sufridos en caso de estimación del recurso contencioso-administrativo<sup>71</sup>. Como se señala en el Auto de 6 de noviembre de 2006, FJ cuarto:

«En cuanto a la pérdida de la finalidad del recurso, si se estimase la pretensión ejercitada por la entidad recurrente, por haberse visto obligada ésta a cerrar parte de sus instalaciones industriales, que devendrían obsoletas, con el consiguiente despido de personal, no lo consideramos razón suficiente para acceder a la medida cautelar interesada por cuanto, como apunta el Abogado del Estado, existe un mercado en el que cabe adquirir derechos de emisión de CO<sub>2</sub> por encima de la cantidad asignada por la Administración, y, ante todo, porque *de la ponderación del interés de la entidad en continuar contaminando como hasta ahora y el general en que se reduzca la contaminación, consideramos éste como más digno de protección*, ya que, en el supuesto de estimarse la acción ejercitada por la entidad demandante, *resultaría posible resarcirla* de los perjuicios

70. Por ejemplo, Diario Información.es de 23 de octubre de 2008, artículo en el que se citan fuentes del «Ministerio de Medio Ambiente» (<http://www.diarioinformacion.com/>).

71. Autos de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 6 de noviembre de 2006, recurso núm. 309/2005, ponente Pedro José Yagüe Gil (JUR 2007, 52261) –el recurso sería estimado por la Sentencia de 1 de octubre de 2008, ponente Rafael Fernández Valverde (RJ 2009, 54)– y de 7 de noviembre de 2006, recurso núm. 303/2005, ponente Pedro José Yagüe Gil (JUR 2007, 37901). En ambos se cita el Auto de 23 de marzo de 2006, que no ha sido posible localizar, aunque sí el Auto de 23 de junio de 2006, que resolvió el recurso de súplica confirmando el anterior (recurso núm. 322/2005, ponente Jesús Ernesto Peces Morate (JUR 2006, 251103), además de haber podido identificar la Sentencia de 3 de diciembre de 2008, del mismo ponente, por la que se ha estimado el recurso contencioso-administrativo.

causados con la limitación de las emisiones de CO<sub>2</sub>, mientras que, de permitirle continuar contaminando en los niveles que hasta ahora lo hacía, se produciría un perjuicio al interés general de imposible reparación, lo que nos lleva a rechazar su petición de permitirle emitir las mismas toneladas que hasta ahora venía produciendo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley de esta Jurisdicción».

Esto no obstante, el Tribunal Supremo ha rechazado pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos en que tal cosa se había planteado, entendiendo la pretensión extemporánea por prematura. En la Sentencia de 30 de septiembre de 2008, recurso núm. 244/2005 (FJ sexto) se afirma:

«Obviamente no es el momento de proceder a adoptar decisión alguna sobre la ejecución de la presente sentencia, como reclama la recurrente, para el supuesto de imposibilidad de ejecutarla en sus propios términos, aventurando que, llegado dicho momento, los derechos de emisión que se le reconocen ya no existirían, debiendo, pues rechazarse la pretensión de exigencia de responsabilidad patrimonial deducida».

## 5.2. EL MARCO NORMATIVO

Aunque se trate de una regulación bien conocida, parece lógico hacer una breve referencia cronológica a las normas aplicables en esta materia, sin perjuicio de remitir a los estudios especializados que se han publicado sobre esta cuestión<sup>72</sup>.

---

72. GONZÁLEZ DIEGO, C. (2005), «El Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007: implicaciones para la industria española», en *Información Comercial Española* núm. 822, pgs. 109-130; JUNCEDA MORENO, J. (2005), *Comentarios a la Ley 1/2005, de 9 de marzo, de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y a la normativa complementaria de aplicación del Protocolo de Kyoto*, Madrid, Thomson-Civitas; SANZ RUBIALES, I. (2005), «Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 125, pgs. 31-64; CANALS I AMETLLER, D. (2006): «Las administraciones locales ante el cumplimiento del Protocolo de Kyoto. El mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y otros instrumentos», en J. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, pgs. 561-592; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (coord.) (2006), *Gases de efecto invernadero*, número monográfico de *Noticias de la Unión Europea* núm. 258; SARASIBAR IRIARTE, M. (2007), «El procedimiento de emisión de gases de efecto invernadero», en J. F. ALENZA GARCÍA y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, *Organización y procedimientos administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Pamplona, Gobierno de Navarra y Thomson-Aranzadi, pgs. 625-653; SANZ RUBIALES, I. (dir.) (2007), *El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Madrid, Lex Nova, especialmente CARO-PATÓN CARMONA, I. y SANZ RUBIALES, I., «La asignación de cuotas como actividad administrativa», pgs. 133-222. También se trata algún tema relacionado, como la cogeneración, en SANZ RUBIALES,

Los derechos de emisión están medidos en toneladas métricas de dióxido de carbono o CO<sub>2</sub>. Cada uno de ellos permite a su titular emitir a la atmósfera una tonelada de dióxido de carbón durante un período temporal concreto. Estos derechos son comerciables en el seno de la Unión Europea.

El origen último estaría en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, desarrollada en 1997 por el Protocolo de Kyoto, por el que se limitaron las emisiones de gases de efecto invernadero para los países desarrollados y con economías en transición. En virtud de este Protocolo, estos países asumen el compromiso de reducir sus emisiones de determinados gases de efecto invernadero, lo que en el quinquenio 2008-2015 debería plasmarse en una disminución de un 5%, al menos, de las emisiones.

En el ámbito comunitario europeo, el Protocolo de Kyoto fue objeto la Decisión del Consejo de 25 de abril de 2002 (2002/358/CE) relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. El Protocolo de Kyoto fue ratificado por la Unión Europea y los Estados miembros el 31 de mayo de 2002 y entró en vigor el 16 de febrero de 2005 y, en lo que al Derecho comunitario se refiere, se ha visto complementado por la Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 2006 por la que se determinan los respectivos niveles de emisión asignados a la Comunidad y a cada uno de sus Estados miembros con arreglo al Protocolo de Kyoto de conformidad con la Decisión 2002/358/CE del Consejo (2006/944/CE).

La adhesión de la Unión Europea al Protocolo de Kyoto llevó a la aprobación de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61 /CE (la mencionada Directiva 2003/87 /CE fue luego modificada por la Directiva 1001/2004 / CE del Parlamento y del Consejo, de 27 de octubre, así como por la Directiva 1/2008, del Parlamento y del Consejo, de 15 de enero).

No obstante, antes de su entrada en vigor en 2005, se había acordado iniciar una política europea de prevención del cambio climático, a lo que respondió la Directiva 2003/87/ CE, de 13 de octubre, como instrumento para establecer el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de

---

I. (2008), «La reducción de gases de efecto invernadero y la política energética», en Noticias de la Unión Europea núm. 284, pgs. 95-104.

efecto invernadero. En virtud de esta Directiva, el comercio de emisiones empezó antes del primer período de cumplimiento del Protocolo de Kyoto, fijado en 2008.

Concretamente, la Directiva 2003/87/CE estableció un sistema comunitario para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero a partir del 1 de enero de 2005, para un período inicial de tres años, de 2005 a 2007. En consecuencia, en el art. 11 de la Directiva 2003/87 se establece una primera fase de 2005 a 2007, como «primer período de asignación», por tanto anterior al primer período previsto en el Protocolo de Kyoto, y una segunda fase, que va de 2008 a 2012, como «segundo período de asignación», en realidad el primer período de compromisos.

La Directiva indicada fue transpuesta 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 (convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 16 de septiembre de 2004), posteriormente remplazado por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, aunque era el Decreto-ley 5/2004 la norma de rango legal que estaba en vigor en el momento de la adopción por el Consejo de Ministros del acuerdo de 21 de enero de 2005, por el que se asignaban los derechos de emisión y seguidamente impugnado.

La asignación y expedición de derechos, prevista en la Directiva y en la Ley, se concreta en un «Plan Nacional de Asignación» que cada Estado de la Comunidad está obligado a aprobar con carácter previo al inicio de cada período de cumplimiento (Directiva artículo 9 y Ley 1/2005 artículos 14 a 19).

Es por medio del Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión, 2005-2007, se determina el número global de derechos de emisión que se asignarán y el aprovechamiento aplicable para su asignación. En el Plan Nacional previsto para 2005-2007 se establecía una asignación gratuita de 172,31 millones de derechos en promedio anual. En el Plan se establece también una metodología de asignación individual a cada instalación. Concretamente, se establecen los criterios que habrán de ser tomados en consideración para determinar las perspectivas energéticas, la incidencia de las energías renovables, la estimación del consumo, el crecimiento previsible de la demanda en relación con el PIB, el consumo de carbón, petróleo, gas natural y, en fin, energía eléctrica de origen nuclear, entre otros aspectos.

Finalmente, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, se aprobó la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión<sup>73</sup>.

En la misma sesión del Consejo de Ministros se aprueba el Real Decreto 60/2005, de 21 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión, 2005-2007. Este Real Decreto entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE (es decir, el 22 de enero de 2005), pero con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2005. Mediante el artículo único de este Real Decreto se modificó el anexo del Plan nacional de asignación de derechos de emisión, 2005-2007, que había sido aprobado por el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, alterando el cuadro resumen incluido en el apartado 1 del Plan nacional de asignación de derechos de emisión, que resultó modificado en seis apartados, cambiando los tantos porcentuales de las emisiones de CO<sub>2</sub>; el apartado 2.C del Plan nacional; el cuadro de reparto de derechos por actividades incluidos en el apartado 3 del Plan; el párrafo quinto del apartado 3.a, relativo al sector cerámica; el último párrafo del apartado 4.A), a), sobre el sector eléctrico; y el párrafo segundo del apartado 6.B, nuevos entrantes. De acuerdo con la parte expositiva del Real Decreto (párrafo cuarto), se pretendía mejorar las asignaciones «dado que en los últimos tres meses se ha dispuesto de dos fuentes de información importantes para mejorar la calidad de las estimaciones y la asignación de derechos correspondiente a cada sector: la presentación de solicitudes de asignación gratuita de derechos por parte de las instalaciones afectadas y el trámite de información pública de 20 días hábiles al que se ha sometido el listado con la propuesta de asignación individual».

Como ya se ha señalado, tanto el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, como el Real Decreto 60/2005, del mismo día, han sido objeto de diversos recursos contencioso-administrativos ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Además de por el Real Decreto 60/2005, de 21 enero, posteriormente el Plan Nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007 sería modi-

---

73. Mediante Resolución de 26 de enero de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del 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, por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, el citado acuerdo fue publicado en el BOE núm. 24, de 28 de enero de 2005.

ficado por el Real Decreto 777/2006, de 23 junio. Este Real Decreto tuvo su origen en la Decisión de la Comisión Europea de 27 de diciembre de 2004, relativa al Plan nacional de asignación de derechos de emisión presentado por España. De acuerdo con esta decisión, resultaba imprescindible incorporar a su ámbito de aplicación todas las instalaciones de combustión de más de 20 MW de potencia térmica nominal. Además, la Comisión afirmaba que «el plan nacional de asignación podrá modificarse cuando la enmienda consista en modificar los derechos asignados a determinadas instalaciones dentro de la cuota total que deba asignarse a las instalaciones enumeradas en el plan como consecuencia de la mejora de la calidad de los datos».

Con el fin de abrir un nuevo plazo para la solicitud de autorización y derechos para las instalaciones antes mencionadas y habilitar al Consejo de Ministros para modificar el plan vigente, se añadió por medio del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, un apartado 2 a la disposición transitoria primera de la Ley 1/2005, facultando al Consejo de Ministros para modificar el Plan, y un apartado 3 a la disposición transitoria segunda, en el que se estableció el procedimiento a seguir en relación con estas instalaciones.

Finalmente, por medio del Real Decreto 1370/2006, de 24 noviembre, el Gobierno aprobó el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012. Este segundo Plan también ha debido ser modificado, por medio del Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio, como consecuencia de la Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007, relativa al Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para 2008-2012 presentado por España, que condicionó su aprobación a la introducción de determinadas modificaciones (además de a la remisión de información relativa al modo en que los nuevos entrantes pueden acceder al mercado una vez agotada la reserva y del listado completo de instalaciones con su asignación individualizada de derechos). Las modificaciones exigidas se referían a un recorte del 0,28% de la cantidad total de derechos que asigna el Gobierno y a la reducción del porcentaje de créditos procedentes de mecanismos del Protocolo de Kioto de los que pueden hacer uso las empresas en función de su asignación individualizada.

### **5.3. EL DEBER DE MOTIVACIÓN**

La falta de motivación es un elemento común a las sentencias en las que el Tribunal Supremo examina las distintas impugnaciones contra el Acuerdo de 21 de enero de 2005.

Aunque la referencia a la falta de motivación sea un elemento común, en algunas sentencias se detalla de forma más expresiva las carencias observadas en el expediente administrativo y en la resolución que puso fin al procedimiento. Entre éstas, la Sentencia de 1 de octubre de 2008, recurso núm. 86/2005, en la que se detallan las omisiones de la resolución y las del expediente, pero además se hace referencia a la existencia de un deber reforzado de motivación.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, por el que se aprobó 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, se acompañó de un Anejo en el que dio respuesta de modo conjunto a las diversas observaciones formuladas por las empresas a propósito de la propuesta de asignación sometida a información pública. Pues bien, el Tribunal Supremo rechaza que tal cosa sea motivación suficiente (FJ cuarto):

«El contenido del expresado Acuerdo pone de manifiesto una falta de motivación de dicho acto administrativo, pues en el Anejo del mismo no se cita a los que han formulado observaciones, no se da respuesta concreta, aunque fuera de forma sucinta, a cada uno individualmente o por bloques determinados y concretos, ni, en fin, se alude a las específicas operaciones que han concluido en el cantidad asignada para el período en cuestión».

A las carencias de la resolución se unen las del expediente, pese a que durante la tramitación del mismo ya se hubiesen denunciado esas insuficiencias y omisiones por diversos interesados. Es decir, que no se trataría de una falta de motivación meramente formal, sino que iría acompañada de la omisión en los expedientes administrativos de datos esenciales. En este sentido, en otro pronunciamiento, la Sentencia de 1 de octubre de 2008, recurso 264/2005, se recoge la alegación del demandante sobre la relación de datos que habría sido necesario conocer –el factor de emisión específico, el de proceso y el de combustión, los datos de las emisiones históricas anuales medias del sector, las del proceso o las de combustión del período 2000-2002, la producción real anual media del sector para el período 2000-2002, y un largo etcétera–, alegación que es acogida expresamente (FJ tercero). Frente a la alegación del Abogado del Estado de que los datos determinantes estarían recogidos en el expediente, el Tribunal Supremo afirma de los datos que figuraban en el expediente que:

«... tales datos no permiten, ni con la ayuda o asesoramiento de un técnico o especialista en física o matemáticas desentrañar o esclarecer las operaciones realizadas para obtener esa asignación, en contra del parecer del Abogado del Estado, razón por la que debemos estimar que el acto administrativo impugnado, como sostiene la demandante, carece de suficiente motivación y con ello se le ha causado indefensión...».

Es decir, que aunque el Tribunal Supremo estima, con bastante flexibilidad, que no existe falta de motivación si las razones de la decisión pueden conocerse estudiando el expediente, éste también era insuficiente. Desde luego, el Tribunal Supremo no ha sido formalista. En sentencias como la de 1 de octubre de 2008, recurso núm. 86/2005, se admite expresamente, no sólo que la motivación puede realizarse por referencia a informes o dictámenes cuando se incorporen al texto de la misma (Ley 30/1992 artículo 89.5), sino también que «si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica “in aliunde” satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración» (se citan en apoyo de esta posición las Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990). Sin embargo, los informes incorporados al expediente no contendrían sino «consideraciones generales y explicación genérica sobre la asignación individual, que no desciende de ese plano general al caso concreto», por lo que no cabe apreciar de ninguna manera esa eventual motivación «in aliunde».

Siguiendo con la Sentencia de 1 de octubre de 2008, recurso núm. 86/2005, anteriormente citada, en ésta se afirma que en casos como el examinado se daría una exigencia de motivación «intensificada» (FJ quinto). Esta mayor intensidad derivaría de varios elementos, siendo uno de ellos el tratarse de una «actividad de reciente creación», aunque también un elemento sustantivo, el control de los tratos discriminatorios de los que pudiesen derivarse perjuicios a la competencia, y la propia dificultad de la materia, cuyo carácter técnico no puede llevar a la indefensión de los interesados.

El Tribunal Supremo muestra su preocupación por una motivación que permita comprobar el carácter no discriminatorio de las decisiones adoptadas:

«...han de evitarse diferencias injustificadas entre sectores de actividad o entre instalaciones, impidiendo la aparición de posiciones de ventaja. La proscripción, por tanto, de perjuicios a la competencia, la observancia del principio de no discriminación reclaman una *motivación que permita comprobar el respeto escrupuloso a tales principios*. Del mismo modo que la transparencia de este mercado de emisión emerge como un principio poderoso cuya aplicación precisa también de una motivación suficiente».

No obstante, debe tenerse en cuenta que la normativa, tanto comunitaria como nacional, ya contenía pronunciamientos en tal sentido. En el artículo 9.1 de la Directiva 2003/87 se especifica que el Plan Nacional de Asignación que deberá elaborar cada Estado «se basará en criterios objetivos y

transparentes [...], teniendo debidamente en cuenta las observaciones del público». Desarrollando esta idea, en la exposición de motivos del RD Ley 5/2004 señala que la metodología de asignación individual que establezca el Plan «deberá evitar la generación de diferencias injustificadas entre sectores de actividad o entre instalaciones, que supongan una posición de ventaja entre sectores o entre instalaciones», además de ser «coherente con las posibilidades técnicas y económicas de reducción de cada sector», lo que se plasmaría en la toma en consideración de «las previsiones de evolución de la producción» y de «las medidas de reducción adoptadas antes del establecimiento del mercado de derechos de emisión».

Además, en el propio Plan nacional de asignación de derechos de emisión, aprobado por Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, se especifica para el «reparto de derechos por actividades», que «si se han usado metodologías diferentes en distintos sectores, haya que justificar detalladamente que no hay discriminación» (apartado 3, A), además se señalar en el apartado dedicado a la «asignación de derechos a cada instalación», que «si se han usado metodologías diferentes para diferentes instalaciones, hay que justificar detalladamente que no hay discriminación», «si se han utilizado emisiones históricas, hay que indicar las directrices utilizadas y si los datos han sido verificados», además de la «indicación de si se ha considerado la acción temprana y se ha dado un tratamiento específico a las tecnologías limpias» (apartados 4, A, B y C).

Es más, en varias sentencias, como la de 1 de octubre de 2008, recurso núm. 86/2005, se invoca una Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Comunidades Europeas, Sala 3, de 7 de noviembre de 2007, recurso de anulación T-374/2004, por la que se anuló la Decisión de la Comisión relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero notificado por Alemania al entender que la Comisión habría incumplido el deber de motivación al no justificar la aplicación del principio de igualdad de trato.

Finalmente, un elemento adicional que reforzaría el deber de motivación derivaría de la índole técnica y de la complejidad de la materia, por lo que «ha de aumentarse el esfuerzo por establecer una *explicación razonable, sucinta pero asequible*, y en todo caso que el destinatario del acto impugnado haya llegado a conocer las *razones por las que le ha correspondido una concreta asignación* de derechos de emisión». La razón última es que la complejidad técnica no puede traducirse en indefensión de los interesados:

«La complejidad de la operación de asignación no puede, en modo alguno, comportar la exención de motivación, o la devaluación de tal exigencia,

sino, por el contrario, ha de estimular la búsqueda de fórmulas concretas de exteriorización de las razones de la decisión, que sean específicas en relación con el destinatario del acto administrativo. De manera que *las motivaciones comunes que sirven a una pluralidad indeterminada de empresas, que se encuentran en diferente posición en el mercado, no puede ser una motivación suficiente*, pues sitúa a la parte en una *zona de indefensión al impedir combatir en plenitud la resolución administrativa*».

El Tribunal Supremo no se ha basado en una aplicación formalista del requisito de la motivación, sino que ha estimado los recursos contencioso-administrativos cuando entendía que la ignorancia sobre los motivos de una concreta asignación de derechos de emisión provocaba la indefensión del interesado. Cuando lo aducido eran cuestiones planteadas en el recurso eran de fondo, como en los casos de plantas de cogeneración examinadas más adelante, ha entrado en el fondo del asunto. Cuando, como consecuencia de la interposición de un recurso de reposición previo al contencioso-administrativo, el recurrente ha llegado a conocer las causas de la denegación de su solicitud, al haberse introducido razones específicas en la denegación del mismo, el Tribunal Supremo no anula la resolución, aunque entienda que la decisión inicial no estaba suficientemente motivada. En este sentido, la Sentencia de 1 de diciembre de 2008, recurso núm. 320/2005 (FJ quinto):

«las carencias de motivación del acuerdo del Consejo de Ministros originario no son aquí determinantes de la invalidez del acto al no haber causado indefensión, entendida ésta en sentido material, pues la representación de la entidad demandante ha demostrado conocer el criterio aplicado por la Administración para realizar la asignación individual; y es precisamente ese criterio el objeto central de impugnación en sus escritos de demanda y de conclusiones, por más que en esos escritos la parte actora aduzca otros argumentos, y, entre, ellos el de la falta de motivación del acto impugnado».

Un planteamiento equivalente, pero con la peculiaridad de que no consta que el Consejo de Ministros contestase el recurso de reposición, sino que el conocimiento de la motivación se desprende de las propias alegaciones de la parte recurrente, aparece recogido en la Sentencia de 27 de noviembre de 2008, recurso núm. 311/2005. En esta sentencia se reconoce expresamente los defectos en la motivación del acto recurrido —«es cierto que el Acuerdo impugnado no constituye un modelo de lo que, con carácter general, ha de ser la motivación de un acto administrativo»—, pero no basta un defecto de forma para anular el acto administrativo, sino que será necesario que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, o dé lugar a indefensión de los interesados. En consecuencia:

«debemos tener en cuenta que la finalidad que cumple la motivación de los actos que no es otra que dar a conocer al destinatario del mismo las razones

concretas de la decisión administrativa adoptada, para que con tal conocimiento, el interesado pueda acudir ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE. Acorde con tal finalidad debemos concluir, en este caso, que la parte recurrente ha tenido cumplido conocimiento de las razones por las que la Administración ha realizado la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la cuantía que lo ha hecho, ha entendido la justificación de tal asignación y, en fin, *combate de forma coherente la interpretación de las normas de aplicación que ha realizado la Administración como presupuesto lógico a su asignación*».

#### 5.4. UN PARÁMETRO RELEVANTE: LA ADAPTACIÓN PREVIA DE LAS INSTALACIONES A LAS TECNOLOGÍAS MENOS CONTAMINANTES

Como se ha señalado, el Tribunal Supremo considera que ha existido un defecto general de motivación en las asignaciones de emisiones, lo que le lleva a estimar en todos los casos las pretensiones de anulación planteadas por los demandantes. Al ser una cuestión formal, es de pronunciamiento preferente, de acuerdo con la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, sin embargo en algunos casos el Tribunal ha querido consignar su opinión sobre alguna de las alegaciones de fondo formuladas por los recurrentes, sin duda como advertencia a la Administración para que los tenga en cuenta a la hora de hacer una nueva asignación en ejecución de la sentencia.

El Tribunal Supremo ha sido sensible al argumento de algunos recurrentes, que aducen haberse adaptado a tecnologías menos contaminantes antes de la entrada en vigor del actual marco normativo, lo que les deja un margen mucho menor para reducir sus emisiones. Se trata de una pretensión muy razonable, tanto desde el punto de vista de la protección del medio ambiente, como por criterios de justicia material. Además, tiene un claro reflejo en la normativa aplicable. Debe recordarse que en el art. 17. 2 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, dedicado a los criterios de asignación, se recogen entre otros, los siguientes:

«El plan establecerá la metodología de asignación individual que en todo caso deberá tener en cuenta la normativa comunitaria y, en particular, los siguientes criterios:

- a) Que no genere diferencias injustificadas entre sectores de actividad ni entre instalaciones, de conformidad con los artículos 87 y 88 del Tratado de la Comunidad Europea.
- b) Que sea coherente con las *posibilidades técnicas y económicas de reducción* de cada sector.

c) Las medidas de reducción adoptadas *antes del establecimiento del mercado* de derechos de emisión.

d) Las previsiones de evolución de la producción.

Podrán asimismo tenerse en cuenta el promedio de emisiones por producto y el potencial de reducción en cada actividad».

El Tribunal Supremo declara específicamente la aplicabilidad de este precepto en algunos casos, como es el resuelto en la Sentencia de 1 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7455) y en la de 2 de diciembre de 2008. Pueden transcribirse las consideraciones del Tribunal Supremo en la primera de ellas (FJ tercero, *in fine*):

«No obstante, aun cuando no proceda analizar los otros motivos en que se basa la acción ejercitada por la demandante, debemos hacernos eco de la cuestión que ésta plantea cuando afirma que, entre los cálculos para llevar a cabo la asignación de derechos de emisión en cumplimiento de lo establecido en el ordenamiento jurídico que lo regula, y, en concreto, en el artículo 17.2 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*».

### **5.5. LA PENALIZACIÓN DE DETERMINADAS CENTRALES TÉRMICAS POR MOTIVOS AMBIENTALES**

En la Sentencia de 30 de septiembre de 2008, recurso núm. 244/2005, se abordan dos pretensiones muy diferentes planteadas en la demanda. En la primera de ellas, relativa a una central de ciclo combinado que adelanta su puesta en marcha sobre las previsiones iniciales, lo que es comunicado a la Administración en el trámite de alegaciones del procedimiento de asignación de derechos de emisión, el Tribunal Supremo se pronuncia a favor de la parte demandante, aplicando a sensu contrario una previsión normativa establecida para los supuestos de retrasos en el inicio de las actividades. Lo cierto es que la Subdirección General de Planificación Energética ya había emitido un informe durante la tramitación del recurso de reposición proponiendo la estimación, lo que no había sido tenido en cuenta por el Consejo de Ministros. De acuerdo con lo que se recoge en la sentencia, el informe se fundamentaba en la interpretación a contrario sensu del apartado 3 de la

Disposición transitoria tercera de la Ley 1/2005, idéntica a la contenida en el Real Decreto-ley 5/2004, en el que se contemplaba el supuesto de retraso de entrada en funcionamiento para las instalaciones previstas a partir de 1 de enero de 2005, supuesto en el que «en la transferencia de derechos a la cuenta de haberes del titular se descontará la parte proporcional al retraso». El Tribunal Supremo invoca dicho informe, considera «plenamente coherente con el principio de proporcionalidad» si se tiene en cuenta las dificultades de prever con exactitud el momento de la puesta en funcionamiento de una central eléctrica, dadas las dificultades tanto técnicas como jurídicas. En consecuencia (FJ cuarto):

«...si la propia norma apela al principio de proporcionalidad para reducir los derechos de emisión en los supuestos de retraso en el funcionamiento, lógico será, apelar al mismo principio en el supuesto contrario de adelanto de funcionamiento de las instalaciones y consiguientes emisiones, como en el supuesto de autos ha acontecido».

No obstante, resulta más relevante desde la perspectiva del Derecho ambiental el tratamiento dado a la otra pretensión, relativa a una central térmica alimentada con carbón, más concretamente, con lignito pardo, al parecer un combustible muy contaminante. Las consideraciones ambientales llevan al Tribunal Supremo a dar por buenas las consideraciones de la Administración, aplicando una fuerte penalización sobre las emisiones históricas de la central (FJ quinto):

«...debiendo, en consecuencia *aceptarse las explicaciones expresadas en el informe de la Administración [...] en el sentido de que con la fórmula empleada –consistente en el establecimiento de una penalización máxima del 55 % de las emisiones históricas de 2000/2002– se pretende favorecer a aquellas centrales que presentan un menor factor de emisión, y, por tanto, llevan a cabo una generación eléctrica menos contaminante.* La entidad recurrente acepta que la Central eléctrica que nos ocupa, debido al combustible que emplea (carbón lignito pardo), presenta *el mayor factor de emisión de todas las centrales térmicas de carbón peninsular*, por lo que, en consecuencia, y de conformidad con el criterio razonable utilizado, proporcionalmente le corresponderían unos *mínimos derechos de emisión*; dicho criterio se vio modulado al establecerse, para la asignación definitiva, el citado límite de emisiones (del 55 %) sobre el total de las emisiones históricas, el cual se obtuvo en función de los porcentajes que se obtenían en la asignación final de las centrales más contaminantes, entre las que se encontraba, la de autos (Meirama), junto con otras cuatro».

## **5.6. EL TRATAMIENTO ESPECÍFICO DE LAS INSTALACIONES DE COGENERACIÓN**

En el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007, aprobado por Real Decreto 1866/2004, apartado 4, se contienen las explica-

ciones sobre la «asignación de derechos a cada instalación». Dentro de este apartado, en el punto 4, A) b), referido a los «sectores industriales», se dedica uno de los incisos a la «cogeneración»<sup>74</sup>. En el Plan se destacan sus características de ahorro energético y de eficiencia tecnológica, con la consiguiente disminución de las emisiones. Por ello, en el Plan Nacional se les da un tratamiento específico en la asignación de derechos: «un factor de cumplimiento igual a 1 independiente del sector en que se integre la instalación de cogeneración (cobertura total de las emisiones esperadas)». El inciso del Plan Nacional referido a las instalaciones de cogeneración concluye señalando que lo anterior «se traduce en una asignación *suficiente* a las cogeneraciones, pues se les otorgan tantos derechos como emisiones se prevén».

De entre las sentencias dedicadas a la asignación de derechos de emisión, destaca la argumentación contenida en la primera de ellas, la Sentencia de 1 de octubre de 2008, recurso núm. 99/2005, de la que resulta especialmente significativo el fundamento de derecho cuarto. La discrepancia entre la Administración y la demandante se centraba en la interpretación del apartado 4, A), b) del Plan nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007. El demandante –y el perito procesal– defendían que el tratamiento

74. «Cogeneración: La cogeneración se considera una tecnología multisectorial que transforma la energía primaria en final con un alto rendimiento de transformación. Las medidas de ahorro a través de la cogeneración son debidas a:

–Implantación de nuevas instalaciones de cogeneración con mejor eficiencia tecnológica.

–Modificación de los equipos de las instalaciones ya existentes y aumento de la utilización de la planta en operación.

En la Planificación 2002-2011 la cogeneración es considerada por sus ventajas de ahorro energético, económicas y de disminución de emisiones como *una tecnología eficiente*. En el año 2002 la potencia instalada para esta tecnología se estimaba en 5752 MW con una generación aproximada del 11 % de la energía eléctrica.

La metodología de asignación que se utiliza para las instalaciones de cogeneración es conceptualmente similar a la que ya se ha expuesto para el resto de instalaciones. *Dado el indudable atractivo que estas instalaciones presentan desde el punto de vista medioambiental, se ha estimado oportuno darles un tratamiento específico en la asignación de derechos. Dicho tratamiento consiste en aplicar un factor de cumplimiento igual a 1 independiente del sector en el que se integre la instalación de cogeneración (cobertura total de las emisiones esperadas)*. De esta forma se garantiza un tratamiento equitativo entre cogeneraciones de distintos sectores industriales y se promueve el desarrollo de estas instalaciones. Así pues, la fórmula a utilizar sería:

$$A_i^{\text{cog}} = PE_s \times E_i^{\text{cog}}$$

siendo PEs un factor que representa la evolución de las emisiones desde el período de referencia al año 2006. Nótese que el segundo miembro de esta ecuación representa las emisiones esperadas de la instalación suponiendo una evolución de sus emisiones históricas de referencia conforme a la tendencia prevista en el sector en que da servicio la cogeneración. *La ecuación anterior se traduce en una asignación suficiente a las cogeneraciones, pues se les otorgan tantos derechos como emisiones se prevén*».

singular a la tecnología de cogeneración comportaba que a esas instalaciones se les asignasen tantos derechos como emisiones se prevían. Sin embargo, la Administración defendía que en el Plan no se establece que las asignaciones a las plantas de cogeneración tengan que cubrir todas las emisiones reales que se produzcan en el período 2005-2007, sino que la previsión que utiliza el Plan nacional de asignaciones es la del sector de la cogeneración, sin introducir previsiones de evolución en el nivel de instalación, sino que el tratamiento favorable que establece el Plan iría dirigido a la cogeneración en su conjunto y no a cada una de las instalaciones del sector.

Sin embargo, el Tribunal Supremo hace referencia a que la regla «asignación suficiente a las cogeneraciones, pues se les otorgan tantos derechos como emisiones se prevén» se encuentra en el apartado 4 del Plan nacional de asignaciones, que lleva el título de «Asignación de derechos a cada instalación», y se refiere insistentemente a las instalaciones. Por ello, en la sentencia citada se concluye lo siguiente:

«Es decir, la norma prevé, en contra de lo que opina la Administración, una asignación suficiente para cada instalación de cogeneración, otorgándoles tantos derechos como emisiones se prevén [...], de modo que el referido tratamiento singular a las instalaciones de cogeneración implica que, salvo que se justificase por la Administración la imposibilidad de asignarles tantos derechos como emisiones tuviesen previstas debido a que ese tratamiento favorable a la cogeneración tendría como consecuencia una penalización excesiva de las instalaciones del sector que no dispongan de esa tecnología, la regla nos parece que no deja lugar a dudas al establecer que “se les otorgan tantos derechos como emisiones se prevén” para cada instalación y no, como sostiene la propia Administración, en atención a las previsiones de todo el sector, en el que da servicio la cogeneración, o en su conjunto».

Como consecuencia, el Tribunal Supremo procede a estimar la pretensión de la demanda en cuanto al fondo y asigna directamente en el fallo una determinada cantidad de derechos de emisión.

