



Roj: **SAN 2360/2015 - ECLI: ES:AN:2015:2360**

Id Cendoj: **28079230042015100150**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/06/2015**

Nº de Recurso: **65/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso: 0000065 / 2011**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 01043/2011**

**Demandante: BIZKAIA ENERGÍA, S.L**

**Demandado: MINISTERIO DE INDUSTRIA Y ENERGÍA**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a diez de junio de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo n<sup>o</sup> **65/2011** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **BIZKAIA ENERGÍA, S.L** representada por el Procurador D. Jaime Briones Méndez y asistida del Letrado D. Francisco Javier García Sanz frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 7 de enero de 2011, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 22 de julio de 2010, por la que se determinan las obligaciones de pago de dicha empresa en aplicación de la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, por la que se regula, para el año 2008 y el primer semestre de 2009, la minoración de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de los derechos de emisión de gases efecto invernadero.



## I ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 23 de febrero de 2011, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite, con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 15 de julio de 2011, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: «(...) dicte sentencia, por la que se acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia: i. Anule la resolución dictada por la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio del Ministerio de Industria, Turismo y comercio, por delegación del Ministro, de 7 de enero de 2011, que confirma expresamente la desestimación del recurso de alzada interpuesto por BESL contra resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 22 de julio de 2010, por la que se determinan las obligaciones de pago del BESL, correspondientes al primer semestre del año 2009, en aplicación de la Orden ITC/1722/2009; ii. Condene a la Administración demandada a reintegrar, o a realizar las actuaciones precisas para que le sea reintegrada la cantidad de 3.669515 euros impuesta en cumplimiento de las resoluciones anteriores, así como los intereses legales devengados, desde que se realizó el pago hasta que en ejecución de sentencia se devuelva su importe; ///'. Anule la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio por la que se regula, para el año 2008 y el primer semestre de 2009, la minoración de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de los derechos de emisión de gases efecto invernadero; (...)».

**TERCERO.-** La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 22 de septiembre de 2011, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

**CUARTO.-** Tras presentarse por las partes escrito de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 14 de marzo de 2012, el cual fue suspendido por providencia de 15 de marzo, acordándose oír a las partes sobre la pertinencia de suspender el presente recurso hasta que se resolvieran las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo mediante Autos en fecha 19 de octubre de 2011, 20 de octubre de 2011 y 24 de octubre de 2011 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación del artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE, y en concreto si puede ser interpretado en el sentido de que no obsta a la aplicación de unas medidas legislativas nacionales como son las examinadas en este proceso, cuyo objeto es minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente durante el periodo correspondiente. Y solicitaba que se suspendiera el curso de los autos hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciara sobre la citada cuestión prejudicial.

**QUINTO.-** Tras oír a las partes se dictó Auto en fecha 26 de abril de 2012 suspendiendo los autos hasta que recayera sentencia en las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo.

**SEXTO.-** Por providencia de 1 de septiembre de 2014 se acordó alzar la suspensión a la vista de la Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2010, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el art. 10 de la Directiva 2003/87/CE, quedando los autos conclusos para votación y fallo, lo cual se señaló para el día 21 de enero de 2015; señalamiento que fue suspendido por las razones que obran en autos, fijándose nuevamente para el día 3 de junio de 2015, fecha en que ha tenido lugar.

**SÉPTIMO.-** La cuantía del recurso asciende a 3.669.515,00 €.

Siendo Magistrado Ponente la lma. Sra. Da ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Bizkaia Energía, S.L interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 7 de enero de 2011, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 22 de julio de 2010, por la que se determinan las obligaciones de pago de dicha empresa en aplicación de la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, por la que se regula, para el año 2008 y el primer semestre de 2009, la minoración de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de los derechos de emisión de gases efecto invernadero.

Indirectamente, impugna también la citada Orden, al considerar que tanto ésta como el RDL 11/2007, vulneran el principio de gratuidad impuesto en el artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE; han introducido en el ordenamiento jurídico español medidas que inciden en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión sin respetar las exigencias materiales y procedimentales del artículo 95 del TCE.



Subsidiariamente, la Orden ITC/1722/2009 es nula de pleno derecho al regular cuestiones que se encuentran constitucionalmente sometidas al principio de reserva de ley, vulnerando los artículos 33, 38 y 53.1 de la Constitución Española; subsidiariamente, el RDL 11/2007 constituye una norma de rango legal que infringe preceptos constitucionales, como el artículo 86, el artículo 33 CE en relación con el artículo 10.2; y los artículos 33, 38 y 53-1, al regular materias reservadas a la Ley. Además, la Orden ITC/1722/2009, ha sido dictada en un plazo desmedido y en aplicación de una norma formalmente derogada.

**SEGUNDO.-** El análisis de la cuestión suscitada en el presente recurso hace necesario poner de manifiesto los siguientes antecedentes fácticos y jurídicos:

1º.- La Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, procedió a establecer un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, con el fin (artículo 1º) de fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de forma eficaz en relación con el coste, y que fuera económicamente eficiente. El objetivo declarado por la Directiva era alcanzar una reducción del 8% de las emisiones de tales gases para el periodo comprendido entre 2008 y 2012, con respecto de los niveles de 1990, y más adelante de un 70%. Todo ello se producía en el marco del Programa Europeo sobre el Cambio Climático, el Sexto Programa de Acción Comunitaria en materia de Medio Ambiente (Decisión 1600/2002/CE) y el Protocolo de Kioto.

La Directiva define el derecho de emisión como «el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado, válido únicamente a efectos del cumplimiento de los requisitos de la presente Directiva, siendo este derecho transferible de conformidad con las disposiciones de la Directiva» (art. 3 a). El artículo 12 regula la transferencia, de los derechos de emisión, tanto entre personas de la Unión como entre personas de la Unión y personas e instalaciones situadas en terceros países en los que tales derechos de emisión fueran asimismo reconocidos. También se establece la obligación de Estados miembros de velar por que, a más tardar el 30 de abril de cada año, el titular de cada instalación entregue un número de derechos de emisión equivalente a las emisiones totales de esa instalación durante el año natural anterior, y por que dichos derechos se cancelen a continuación; pudiendo también cancelarse en cualquier momento a petición de su titular.

Para todo ello se prevé la creación y el mantenimiento, por parte de los Estados Miembros, de un registro que permita llevar cuenta exacta de la expedición, la titularidad, la transferencia y la cancelación de derechos de emisión (art. 19), que será accesible al público y constará de cuentas separadas donde se registrarán los derechos de emisión de que sea titular cada persona a la que se expidan o transfieran, o de la que se transfieran derechos de emisión.

Se establece, asimismo, la prohibición de que a partir del 1 de enero de 2005 ninguna instalación lleve a cabo ninguna actividad de las previstas en el anexo I, que de lugar a las emisiones señaladas, sin un permiso de emisión expedido por la autoridad competente (arts. 5, 5 y 6), que conceda autorización para emitir gases de efecto invernadero.

También se prevé que cada Estado Miembro elabore un Plan nacional de Asignación de Planes Nacionales que determine la cantidad total de derechos de emisión que prevea asignar durante cada periodo, el procedimiento para ello y las empresas finalmente receptoras (art. 9)

La Directiva establecía dos periodos de asignación de derechos de emisión, en los que un porcentaje de los derechos sería asignado de forma gratuita. En concreto el artículo 10, dispone:

«Para el período de tres años que comenzará el 1 de enero 2005 los Estados miembros asignaran gratuitamente al menos el 95% de los derechos de emisión. Para el período de cinco años que comenzará el uno de enero de 2008 los Estados miembros asignaran gratuitamente al menos el 90% de los derechos de emisión».

2.- En nuestro país, se aprobó el Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 agosto, que procedió a regular el régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en nuestro país.

Este Real Decreto Ley, en su artículo 4 -en relación con su Anexo I -, contemplaba, entre las instalaciones sometidas a autorización de emisión, las de generación de energía eléctrica.

En su artículo 14 regulaba la naturaleza y los contenidos del Plan Nacional de Asignación. En el art. 21 preveía la transmisión de los derechos de emisión. Y en el 16 incidía en la misma previsión de gratuidad inicial que estaba prevista por la Directiva; cosa que hacía con el siguiente tenor:

«1. La asignación de derechos para el período de tres años que se inicia el 1 de enero de 2005 será gratuita, salvo lo dispuesto para la reserva de nuevos entrantes en el artículo 18.



2. El 90% de los derechos correspondientes al periodo de cinco años que se inicien el 1 de enero 2008 se asignará de forma gratuita, asignándose el 10% restante de acuerdo con lo que se establezcan el correspondiente plan nacional de asignación».

El primer periodo de tres años de duración que comenzaba el 1 de enero de 2005 dio lugar a la aprobación del Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión, 2005-2007, por RD 1866/2004, de 6 de septiembre, modificado por el RD 60/2005, de 21 de enero, y por el RD 777/2006, de 23 de junio.

Y el segundo periodo que comenzaba el 1 de enero de 2008, al Plan Nacional de Asignación, 2008-2012, aprobado por RD 1370/2006, de 24 de noviembre, modificado por el RD 1402/2007, de 29 de octubre

3.- Por otra parte, se aprueba el Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial.

Este Real Decreto- Ley, estableció, en su artículo 2, que la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica habría de minorarse en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica en el Plan Nacional de Asignación 2005-2007.

La Disposición Adicional Duodécima del Real Decreto 871/2007 regula la aplicación del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006 , considerando los pagos resultantes de aplicar la minoración establecida en dicho precepto como ingresos liquidables del sistema a los efectos del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de febrero de 2009 (rec. 145/2007 ), desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra dicha Disposición Adicional Duodécima.

4.- En desarrollo del Real Decreto Ley 6/2006, el Ministerio de Industria y Comercio dictó la Orden ITC/3315/2007, de 15 noviembre, por la que se regulaba, para el año 2006, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.

Esta Orden fue impugnada ante esta Sala, que desestimó los recursos interpuestos, tanto contra la Orden como contra las liquidaciones derivadas de su aplicación, por Sentencias de la Sección Octava de 26 de marzo de 2010 (rec. 1646/2007 ), 6 de abril de 2010 (rec. 1628/2007 ), 10 de mayo de 2010 (rec. 51/2008 ), 30 de mayo de 2010 (rec. 1611/2007 ), 25 de junio de 2010 (rec. 54/2008 ), 11 de octubre de 2010 (rec. 46/2008 ) y 4 de febrero de 2011 (rec. 675/2008 ); así como por Sentencias de la Sección Primera de fechas 31 de mayo de 2010 (rec. 700/2008 ), 14 de septiembre de 2010 (rec. 632/2008 ), 29 de octubre de 2010 (rec. 609/2008 ), 3 de diciembre de 2010 (rec. 153/2009 ) y 17 de febrero de 2011 (rec. 229/2009 ); y de esta Sección 4a de 28 de septiembre de 2011 (rec. 224/2010 ) entre otras muchas.

Por su parte, las Sentencias (Sección 8a) de 22 y 23 de marzo de 2010 ( recursos 30/2008 y 53/2008 , respectivamente), estimaban parcialmente el recurso, y anulaban exclusivamente el artículo 2 de la Orden, en cuanto excluye de su ámbito de aplicación al instalaciones de régimen especial.

Asimismo, y en desarrollo de este mismo Real Decreto-ley, se dictó la Orden ITC/1721/2009, por la que se regula, para el año 2007, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.

También en relación con esta Orden se había pronunciado esta Sala en Sentencias de 18 de mayo de 2011 (rec. 37/2010 ), ó 19 de octubre de 2011 (rec. 389/2010) de esta Sección 4 a.

5.- Como se ha expuesto, el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012, fue aprobado por el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, modificado por el Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio.

El 2 de noviembre de 2007 el Consejo de Ministros aprobó la asignación individualizada de los derechos de emisión para el correspondiente periodo.

Y el 7 de diciembre de 2007, se aprueba Real Decreto-Ley 11/2007 por el que se detrae de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica el mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Este Real Decreto-Ley extiende, al amparo de los mismos principios



que justificaron el Real Decreto-Ley 6/2006, según reza la Exposición de Motivos, la minoración establecida en éste, a partir del 1 de enero de 2008.

En él se establece que la cantidad por la que se minorará la retribución de las instalaciones de producción será equivalente al mayor ingreso obtenido por la internalización, repercusión o incorporación en las ofertas de venta del coste de los derechos de emisión asignados gratuitamente. Que el ámbito de aplicación de esta disposición comprende a todas las instalaciones de régimen ordinario en el territorio peninsular, pues todas ellas se han beneficiado de este mayor ingreso. Y que, en tanto que el comportamiento eficiente de los agentes en el mercado supone la internalización de los costes de oportunidad, la minoración será de aplicación a toda la energía vendida por cada instalación, independientemente de la modalidad de contratación empleada.

Posteriormente, se aprueba el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, si bien su Disposición Transitoria Sexta mantiene la aplicabilidad del régimen establecido por el Real Decreto-Ley 11/2007, de 7 de diciembre, hasta el 1 de julio de 2009.

6.- En desarrollo del Real Decreto-Ley 11/2007, se dicta la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, que regula, para el año 2008 y el primer semestre de 2009, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, la cual extiende la metodología de la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 30 de junio de 2009.

También en relación con esta Orden se había pronunciado esta Sala en sentencias de 30 de marzo de 2011 (rec. 283/2009) ó 10 de junio de 2011 (rec. 593/2009), entre otras.

**TERCERO.-** Interpuestos recursos de casación contra las sentencias de esta Sala que desestimaban los recursos en los que se impugnaba la Orden ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, el Tribunal Supremo planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Autos de 19 de octubre de 2011 -rec. cas. 3635/2010- y 24 de octubre de 2011 -rec. cas. 5448/2010-), limitada a la cuestión relativa a la detracción del sobreprecio consecutivo a la internalización de los derechos de emisión, a los efectos de su compatibilidad o incompatibilidad con el artículo 10 de la Directiva 2003/87/CE.

En concreto la cuestión planteada era la siguiente: ¿ El artículo 10 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 del Consejo, puede ser interpretado en el sentido de que no obsta a la aplicación de unas medidas legislativas nacionales como son las examinadas en este proceso, cuyo objeto es minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente durante el periodo correspondiente?.

El TJUE dictó sentencia en fecha 17 de octubre de 2013 (Asuntos acumulados C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C- 620/11 y C-640/11), en la que declaró que: El artículo 10 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 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de unas medidas legislativas nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, cuyo objeto y efecto es minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe en que esa retribución ha aumentado como consecuencia de la internalización del valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente en el precio de las ofertas de venta en el mercado mayorista de la electricidad.

**CUARTO.-** El Tribunal Supremo, una vez resuelta la cuestión prejudicial, ha dictado Sentencias en fecha 26 de marzo de 2014 (recursos de casación 3635/2010 y 5448/2010; así como 5464/2010, 5884/2010 y 3260/2010, 2606/2010), seguidas de otras posteriores en el mismo sentido, como las de 31 de marzo de 2014 (recursos de casación núms. 6824/2010 y 5860/2010), 1 de abril de 2014 (recursos de casación núms. 1846/2012 y 3626/2010) y 5 de mayo de 2014 (recurso de casación núm. 253/2011), por las que se anula, por su disconformidad a Derecho, el apartado primero del artículo 2, los artículos 3, 4, 5 y 6 y de Disposición Adicional Única de la Orden ITC/3315/2007, de 17 de noviembre, por la que se regula para el año 2006 la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente.

Si bien dispone que "la declaración de nulidad no obsta a que se exija la minoración de la retribución de dicha actividad para el año 2006 en los estrictos términos que derivan del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, según la interpretación que de ellos hacemos en esta sentencia".



También ha dictado sentencias en fechas 7 de noviembre de 2014 (rec. 3884/2011 ) Ó 18 de diciembre de 2014 (rec. 5759/2011 ), entre otras, por las que anula los artículos 4.2 y 5 de la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, por vulnerar el artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 .

El Tribunal Supremo, en esas sentencias, rechaza la infracción del artículo 10 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 del Consejo, de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea , expuesto en la sentencia de 17 de octubre de 2013 (C-640/11) que, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por esa Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo , declaró que «el artículo 10 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 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de medidas legislativas nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, cuyo objeto y efecto es minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe en que esa retribución ha aumentado como consecuencia de la internalización del valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente en el precio de las ofertas de venta en el mercado mayorista de electricidad».

Sin embargo, considera que tanto la Orden ITC/3315/2007, de 17 de noviembre, como la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio eran incompatibles con el Real Decreto-ley 3/2006, pues lo que el legislador de urgencia decidió en dicho Real Decreto-ley es que los titulares de las instalaciones (centrales) contaminantes que habían recibido de modo gratuito derechos de emisión minoraran -en el importe equivalente al valor de éstos- su retribución en el mercado mayorista. Lo que aquellas Órdenes dispusieron fue, por el contrario, que todas las centrales de generación en régimen ordinario, tanto las asignatarias de derechos de emisión como las no asignatarias (nucleares e hidroeléctricas), vieran minorada su retribución no ya en el importe exacto del valor de los derechos recibidos, sino en la cuantía resultante de la subida del precio ("sobrepeso") de la energía eléctrica que hubiera, a su vez, derivado de la internalización de aquellos derechos. E incurrieron con ello en una extralimitación para la que no le facultaba el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 3/2006 , lo que determina su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

No obstante, en esas sentencias ya dejaba claro que el Real Decreto-ley 11/2007 cambia significativamente el enfoque y regula ya la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica "como consecuencia del mayor ingreso obtenido por la incorporación a los precios del valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente". Minoración que se extiende o aplica, explícita e indistintamente, a todas las instalaciones, tanto a las asignatarias como a las no asignatarias de derechos de emisión de gases de efecto invernadero ( artículo 2.1) y con independencia de la modalidad de contratación utilizada ( artículo 3). Este Real Decreto-ley 11/2007 extendió la minoración a partir del 1 de enero de 2008 fijando, de modo expreso, la cantidad a minorar no ya en el valor de los derechos recibidos gratuitamente sino en una cifra equivalente al "mayor ingreso" obtenido por la incorporación a los precios del valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a esta actividad (para el período 2008-2012).

**QUINTO.-** Pues bien, en el presente recurso se impugnan unas liquidaciones dictadas al amparo de la Orden ITC/1722/2009, de de 26 de junio, por la que se regula, para el año 2008 y el primer semestre de 2009, la minoración de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de los derechos de emisión de gases efecto invernadero.

Y sobre esta Orden también se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre las que cabe destacar la de 14 de noviembre de 2014, dictada en el recurso de casación num. 5209/2011 , interpuesto por la entidad aquí recurrente, Bizkaia Energía, S.L, y que da respuesta a las mismas cuestiones que se plantean en el presente recurso, por lo que necesariamente hemos de remitirnos a lo declarado en la misma, lo que nos lleva a desestimar el recurso.

**SEXTO.-** Así, sostiene el Tribunal Supremo que:

1. Ha de rechazarse la infracción del artículo 10 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 del Consejo, atendiendo al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013 (C-640/11) que, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, declaró que « el artículo 10 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 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de medidas legislativas nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, cuyo objeto y efecto es minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe en que esa retribución ha aumentado como consecuencia de la internalización del valor de los derechos de emisión asignados gratuitamente en el precio de las ofertas de venta en el mercado mayorista de electricidad» .

Con arreglo a los argumentos expuestos por el Tribunal de Justicia, se rechaza la tesis central propugnada por la mercantil recurrente, respecto de que tanto el Real Decreto-ley 11/2007, como la Orden ministerial ITC/1722/2009, de 26 de junio, menoscaban el carácter gratuito de la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, que genera un efecto idéntico al de asignación onerosa de dichos derechos, pues, como expuso el Abogado General en el escrito de conclusiones presentado el 21 de marzo de 2013 en los asuntos C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 y 640/11, el sistema de minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica prevista en la normativa española guarda relación con la imposición de una «carga» o «gravamen» específico a la venta de energía eléctrica en el mercado de la electricidad, que es coherente con el singular funcionamiento del mercado mayorista de electricidad, en el que la práctica revela que los productores de energía eléctrica incluyen en el precio de sus ofertas el valor de los derechos de emisión por el mismo concepto que cualquier otro coste, pese a que estos derechos se les habían concedido gratuitamente, y que la formación de precios en el mercado mayorista de electricidad se ajusta conforme a las reglas de un mercado marginalista, del que se benefician el conjunto de titulares de instalaciones productoras de energía eléctrica, y que, por tanto, trata de paliar las «ganancias inmerecidas» que da lugar la asignación de derechos de emisión en el mercado eléctrico español.

2.- Tampoco cabe acoger la alegación referida a que el mecanismo de minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica, introducido en el Real Decreto-ley 11/2007, y que se desarrolla en la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, vulnera el efecto útil de la normativa comunitaria europea reguladora del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, porque, como se pone de manifiesto en la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013 , si bien puede disminuir el incentivo para que las empresas eléctricas reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero, al condicionar negativamente la estrategia de transferir los derechos de emisión excedentes a otros participantes, no se aprecia que las medidas adoptadas por la normativa española controvertida supongan un obstáculo de tal naturaleza que implique la supresión del mecanismo de mercado creado por la Directiva 2003/87/CE.

3.- Debe, asimismo, rechazarse la vulneración del artículo 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con los artículos 174.3 y 175.2 del referido Tratado, y los artículos 2.1 , 24 , 37, 30 y Anexo 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 del Consejo, pues no resultaba procedente que la adopción de las medidas previstas en el Real Decreto-ley 11/2007, que desarrolla la Orden ITC/1721/2009, de 26 de junio, fueren notificadas previamente a la Comisión Europea, con arreglo al criterio de que se trata de disposiciones que se significan por su contenido regulatorio del sector eléctrico, destinadas a incidir en la formación de los precios en el mercado mayorista de electricidad y a reducir el déficit tarifario, lo que evidencia que no concurren los presupuestos de aplicación de los referidos preceptos del Tratado.

4.- No puede prosperar la infracción de los artículos 9.3 , 10.2 , 31.3 , 33 , 38 , 53.1 , 86 y 97 CE .

.- No se vulnera el artículo 33 CE , ya que la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, no establece una expropiación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente sin la preceptiva compensación, pues consideramos que el sistema de minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en una cantidad equivalente al valor de los derechos de emisiones no tiene un contenido confiscatorio, pues coincidimos con el criterio expuesto por el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aludida sentencia de 17 de octubre de 2013* , de que se trata de una medida de política económica que tiende a paliar los efectos negativos que sobre los consumidores finales pudieran derivarse del incremento de la tarifa eléctrica debido a la opción de las empresas productoras de energía eléctrica de internalizar en sus costes el valor de los derechos de emisión.

En la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010 ) , ya hemos rechazado que sea procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en lo que concernía al ajuste del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 a la Constitución, porque «el precepto controvertido de la legislación de urgencia no priva de sus bienes y derechos a las empresas de generación de energía eléctrica ni establece una prestación patrimonial de carácter público que aquéllas deban satisfacer. Más sobriamente, se limita -según ya hemos expuesto- a modificar en un



determinado sentido el mecanismo de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el marco del mercado mayorista al que se refiere el artículo 16.1.a) de la Ley 54/1997, excluyendo de la ecuación uno de los "costes" remunerables que inciden en la fijación del precio final de la casación.

La modificación normativa comporta una consecuencia desfavorable para los intereses de las empresas afectadas, pero esta circunstancia no convierte en "prestación patrimonial de carácter público" lo que no es sino medida estrictamente conformadora del mercado mayorista. Y si la razón de su ajuste al Derecho de la Unión Europea -tal como afirma la sentencia antes citada- está ligada al objetivo de "paliar los efectos de las ganancias inmerecidas a que da lugar la asignación de derechos de emisión en el mercado eléctrico español" (punto 38 de aquélla) o "compensar las ganancias inmerecidas resultantes de la asignación gratuita" (punto 42), no resulta constitucionalmente criticable que el nuevo régimen retributivo del mercado mayorista -establecido en una norma del mismo rango que la Ley 54/1997- trate de restaurar el equilibrio de modo que lo que gratis se recibió no resulte expropiado pero tampoco pueda aumentar el precio final pagado por los consumidores de energía eléctrica.

- Procede desestimar la violación del principio de reserva de ley del artículo 31.3 de la Constitución, basado en que la Orden ministerial impugnada aborda el desarrollo de una prestación patrimonial pública de naturaleza coercitiva impuesta por el Real Decreto-ley 11/2007, que no tiene el rango normativo suficiente, pues como señalamos en la Sentencia de 26 de marzo de 2014 (RC 3635/2010), en relación al Real Decreto-Ley 3/2006 el legislador de urgencia consideró, en el año 2006, a la vista de la internalización de aquel valor llevada a cabo por las empresas titulares de los derechos de emisión en el sector eléctrico, que era preciso "reflejar esta situación minorando la remuneración de las unidades de generación afectadas en importes equivalentes". Y, dado el "elevado volumen de déficit tarifario generado en el periodo transcurrido del año 2006", ordenó que se "descuente el valor de los derechos de emisión a los efectos de determinar la cuantía de dicho déficit. Y en el Real Decreto 11 /2007, de 7 de diciembre, se acuerda la extensión de la minoración a partir del 1 de enero de 2008 al amparo de los "mismos principios" que justificaron el Real Decreto-ley 6/2006, extendiendo la obligación de pago anual a los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica a lo que se añaden las razones sobre la aplicación efectiva del Plan Nacional de Asignación 2008-2012.

El apartado primero del artículo 2 del Real Decreto 3/2006 se limita tan sólo a modificar en un extremo bien preciso el régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica al que se refiere el artículo 16.1.a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico. Lo hace disponiendo que dicha retribución "[...] se minorará en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente a los productores de energía eléctrica mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, de conformidad con lo previsto en el Plan Nacional de Asignación 2005-2007, durante los periodos que correspondan".

Y "la interpretación que del apartado primero del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2006 lleva a cabo esta Sala es que, con él, el legislador de urgencia ha excluido de las retribuciones correspondientes a las empresas titulares de las instalaciones de generación de energía eléctrica una determinada partida, cuyo importe es el equivalente al valor de los derechos de emisión por ellas recibidos de modo gratuito. No menos ni tampoco más. Habiendo asignado individualmente el acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 a determinadas centrales contaminantes tantos derechos de emisión (traducidos en miles de toneladas de CO<sub>2</sub> y cuyo importe económico se deduce de multiplicar por esa cifra el valor de cada uno), la retribución final debida a las empresas titulares de aquellas centrales (el preámbulo llega a hablar de "la remuneración de las unidades de generación afectadas") ha de ser correlativamente minorada en "un valor equivalente".

Es cierto que con esta minoración no se neutralizaban todas las consecuencias económicas derivadas de trasladar a los precios finales de la energía eléctrica los derechos de emisión asignados gratuitamente. Dado el carácter marginalista del mercado de producción (común, por lo demás, a otros mercados e incluso inherente a todos ellos para un sector de la doctrina económica) el incremento del precio debido a aquel factor podía determinar, y determinaba de hecho, que unidades de generación no contaminantes recibieran, como remuneración, un precio de casación superior al que les correspondería en función de sus propios costes. Incremento que, en efecto, podía traer causa (entre otros factores) de la internalización de los derechos de emisión gratuitamente asignados a las centrales contaminantes, una vez que los titulares de éstas los repercutían en las ofertas determinantes del precio final de la casación y éste resultaba aplicable tanto para las centrales contaminantes -asignatarias de aquellos derechos- como para las no contaminantes (nucleares e hidroeléctricas).

- En lo que se refiere al argumento respecto al Real Decreto 11/2007, que daría lugar a que la Orden ITC 1722/2009 entrara a regular *ex novo* materias que se encuentran sometidas al principio de reserva de ley, no





cabe acoger tal alegación con arreglo a lo razonado, pues no se trata de una materia sometida a reserva de ley, sino de la regulación de las retribuciones correspondientes a las empresas titulares de las instalaciones de generación de energía eléctrica, que se minoran en una determinada partida, no tratándose de una remisión en blanco, al determinar el *Real Decreto-ley 11/2007, el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación y en el artículo 4* los criterios para realizar la minoración de la retribución .

.- Rechazamos el argumento relativo a la vulneración del *artículo 86 CE* , por no apreciar que no concurría el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad que justificaba el Real Decreto-ley 11/2007, porque obedece a los mismos criterios que el anterior Real Decreto-ley 6/2006 como señalamos en la *sentencia de 26 de marzo de 2014* , la grave situación de déficit del sistema eléctrico puesta de manifiesto en el preámbulo del Real Decreto-ley 3/2006 justificaba hacer uso de este instrumento normativo. El Real Decreto-ley 11/2007 en la misma línea, extiende la minoración a partir de 1 de enero de 2008, e invoca las consecuencias de la repercusión de los derechos de emisión asignados en el precio de la electricidad junto a la imposibilidad de promulgar una norma con rango de ley con anterioridad a la aplicación efectiva del nuevo Plan de Asignación 2008-2012.

.- Consideramos que no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad, en relación con lo dispuesto en el *artículo 86 CE* , por no tomar en consideración que había caducado el plazo para desarrollar el Real Decreto-ley 11/2007, cuando se aprueba el Orden ITC/ 1722/2009, de 26 de junio, ya que no se ha desvirtuado que cuando se adopta dicha Orden Ministerial no subsistían las razones de «extraordinaria y urgente necesidad», que determinarían que para combatir el déficit de tarifa y para evitar la elevación del precio de la electricidad, fuera adecuado minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente. En todo caso, cabe recordar que la *Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto-ley 6/2009, de 7 de mayo* que dispone el "mantenimiento de la aplicabilidad del régimen establecido por el Real Decreto-ley 1172007, de 7 de diciembre hasta el 1 de julio de 2009", indicando expresamente que el régimen establecido en dicho Real Decreto seguirá siendo de aplicación hasta la supresión del sistema tarifario integral y la puesta en marcha de la tarifa de último recurso en el sector eléctrico, el 1 de julio de 2009, siendo así que la Orden impugnada se publicó el anterior día 26 de junio de 2009.

**SÉPTIMO-** En consecuencia, procede desestimar el presente recurso, sin que proceda efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas, de conformidad con lo que establece el artículo 139.1 de la LRJCA en la redacción aplicable en atención a la fecha de interposición del recurso.

Vistos los preceptos legales citados,

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el presente recurso contencioso administrativo n° **65/2011** interpuesto por la representación procesal de **BIZKAIA ENERGÍA, S.L** la resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 7 de enero de 2011, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 22 de julio de 2010, por la que se determinan las obligaciones de pago de dicha empresa en aplicación de la Orden ITC/1722/2009, de 26 de junio, por la que se regula, para el año 2008 y el primer semestre de 2009, la minoración de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de los derechos de emisión de gases efecto invernadero.

Sin imposición de costas.

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se preparará ante esta Sala en el plazo de diez días desde la notificación de la misma.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por la l.ima. Sra. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, la Secretario, doy fe.